

IX

VIVIENDA Y SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».  
ESPECIALIDADES DE RÉGIMEN

## A. Disposición «mortis causa» de la vivienda habitual en propiedad

Clara Gago Simarro\*

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil,  
Universidad de Oviedo*

**Resumen:** *La especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar no se extiende tras el fallecimiento de uno de los cónyuges; momento en el que según doctrina jurisprudencial la vivienda pierde el carácter familiar. Habida cuenta de la falta de una norma específica que permita al cónyuge viudo continuar residiendo en el domicilio conyugal –similar al artículo 96 CC– conviene analizar distintas vías que logren dicho objetivo, tanto en el ámbito familiar como sucesorio.*

**Palabras clave:** *Vivienda familiar, fallecimiento, cónyuge viudo, derechos mortis causa.*

**Abstract:** *The special protection that the legal system grants to the family home does not extend after the death of one of the spouses; moment in which according to jurisprudential doctrine the home loses its family character. In*

---

\* El trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+i «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Matilde CUENA CASAS (PID 2021-124953NB-100).



*view of the lack of a specific rule that allows the widowed spouse to continue residing in the marital home –similar to artículo 96 CC– it is convenient to analyze different ways to achieve this objective, both in the family and inheritance spheres.*

**Keywords:** *Family dwelling, death, widowed spouse, mortis causa rights.*

**Sumario:** 1. Disposición *mortis causa* de la vivienda familiar. 1.1 Vivienda familiar ganancial. 1.2 Vivienda familiar exclusiva del cónyuge fallecido. 2. Bibliografía.

## 1. DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La consideración de la vivienda como un patrimonio puesto al servicio de la familia le hace tributaria de una especial protección con independencia de quién sea su titular. Ello no solo es consecuencia de la función social que acomete para el cumplimiento del mandato constitucional recogido en el artículo 39 CE<sup>(1)</sup>, sino también por la importancia que dicho inmueble tiene para el desarrollo y la protección de la familia.

En efecto, la vivienda familiar es objeto de una especial regulación en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar y proteger los intereses de la familia. Es por ello por lo que los artículos 96 y 1320 del Código Civil restringen la posibilidad de disposición de la vivienda familiar de manera unilateral por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, tanto durante la vigencia del matrimonio como tras la crisis matrimonial<sup>(2)</sup>.

---

(1) Así lo recoge Cuenca Casas: «el fundamento de la normativa específica en materia de vivienda familiar en el ámbito de los regímenes económico-matrimoniales radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia de la arbitrariedad del otro cónyuge que, ostentando la titularidad de la misma, disponga de ella a favor de terceros. Una medida, pues, consecuencia del principio de protección de la familia consagrado en el artículo 39 CE» (CUENCA CASAS, M., 2012, pp. 296-297). En opinión de MINGORANCE GARCÍA «los derechos de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, responden a un doble principio constitucional. Un principio de carácter general, el derecho a la vivienda, proclamado por el artículo 47 CE. Y otro principio más específico, el derecho a la protección de la familia, proclamado por el artículo 39.12. Además, asegura en este contexto de la protección familiar *la protección integral de los hijos* (art. 39.2 CE)» (MINGORANCE GARCÍA, C., AJI, núm. 19, 2023, p. 603).

(2) Como indica la STS de 8 de octubre de 2010 «la jurisprudencia ha interpretado el artículo 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar». En relación con el citado precepto, la STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2013 destaca que «el precedente de la reforma del Código Civil del año 1981 no lo hallamos en ningún antecedente del derecho



#### A. DISPOSICIÓN «MORTIS CAUSA» DE LA VIVIENDA HABITUAL EN PROPIEDAD

Por un lado, el artículo 1320 del Código Civil como norma de régimen matrimonial primario exige el consentimiento del otro cónyuge para que el propietario pueda celebrar actos dispositivos sobre la vivienda familiar siempre que comprometan su uso<sup>(3)</sup>, debiendo requerir, en su defecto, autorización judicial<sup>(4)</sup>. El necesario cumplimiento del requisito del consentimiento del otro cónyuge afecta a la validez del título, pues el artículo 1322 del Código Civil dispone que «cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos»<sup>(5)</sup>. Por su parte, el artículo 96 del Código Civil regula el derecho de uso de la vivienda familiar acaecida la crisis matrimonial, permitiendo al cónyuge no propietario (o copropietario) continuar en la vivienda familiar en los casos en los que se le atribuye la guarda y custodia exclusiva de los hijos comunes menores o en situación de discapacidad, así como en aquellos casos en los que sus intere-

---

castellano, sino en la resolución (78) 37, sobre la igualdad de los cónyuges en el derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 27 de septiembre de 1978, que aconsejaba a los gobiernos de los Estados miembros de asegurar o promover la igualdad de los cónyuges en derecho civil en lo que concierne, entre otras cuestiones, a tomar las medidas necesarias para garantizar una protección legal al cónyuge que vive o ha vivido en la vivienda familiar sin ser el propietario, el arrendatario o el titular de cualquier otro derecho que confiera el uso de la misma, cuando estos derechos pertenezcan o hayan pertenecido al otro cónyuge y puedan extinguirse o se hayan extinguido como consecuencia del comportamiento abusivo de éste, sin perjuicio de los derechos de terceros, que más tarde se convirtió en la Recomendación (81) 15, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 16 de octubre de 1981, así como en otras legislaciones de nuestro entorno tales como la ley inglesa, y los ordenamientos jurídicos noruego, danés y holandés entre los europeos, en todos los cuales se protegía de diversas formas el hogar o domicilio de la familia de las actuaciones de uno solo de los cónyuges que permitieran la desposesión de la misma».

(3) El artículo 1320 CC no se refiere expresamente a los actos dispositivos que comprometan el uso, como sí lo hacen los artículos 231.1-9 CCCat y 190.1 CDFA. No obstante, como pone de manifiesto la RDGRN 13 junio 2018 «atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma [...] en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar [...] Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble».

(4) Como pone de manifiesto la STS de 8 de octubre de 2010, el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «constituye una medida de control, que se presenta como declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión».

(5) Sobre la sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente por el cónyuge titular, *Cfr*: FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2023, pp. 219-222.



ses son los más necesitado de protección –en caso de guarda y custodia compartida o en defecto de hijos menores o en situación de discapacidad–<sup>(6)</sup>.

No cabe duda de que la razón de ser que subyace a la limitación y de uso recogida en los artículos 96 y 1320 del Código Civil es consecuencia de la especial trascendencia que la vivienda desempeña en la dinámica familiar, lo que aconseja dotarla de reglas encaminadas a proveerla de un especial régimen de protección. Esta especial trascendencia de la vivienda familiar aconsejaría incluir también reglas de protección a favor del cónyuge viudo como consecuencia del fallecimiento del propietario o titular del inmueble.

Pese a lo expuesto, el Código Civil no contempla una norma similar al artículo 96 en caso de fallecimiento del cónyuge propietario o copropietario que legitime el uso *mortis causa* de la vivienda por el supérstite<sup>(7)</sup>, ni el Tribunal Supremo justifica la necesidad de dicha protección, pues parece defender que la vivienda pierde el carácter de familiar «al haber desaparecido la familia por fallecimiento» (STS 3 de junio de 2009).

Ahora bien, aunque no se regula una norma específica de protección de la vivienda familiar *mortis causa* –a semejanza del artículo 96 CC–, cabe aducir mecanismos que indirectamente logran dicha finalidad. Para ello, conviene diferenciar según la vivienda familiar tenga carácter ganancial, sea propiedad exclusiva del causante o concurra un contrato de arrendamiento.

---

(6) La resolución judicial o notarial que atribuye el derecho de uso sobre la vivienda familiar al cónyuge no propietario implica la mutación de la posición jurídica previa a la crisis matrimonial del cónyuge titular respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovisto de la facultad de uso, al haberse atribuido a su (ex)pareja; y, además, según el tenor literal del artículo 96. III del Código Civil ve limitadas sus facultades de disposición. Sobre la disposición de la vivienda por el cónyuge durante la crisis matrimonial, *Cfr.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3369-3441.

(7) La única medida que contempla el Código Civil de protección de la vivienda por fallecimiento del cónyuge, dentro de las reglas del régimen matrimonial primario y, por tanto, aplicable cualquiera que fuese el régimen económico del matrimonio, es el derecho del cónyuge viudo a adjudicarse el ajuar familiar, sin computárselo en su haber: el derecho a recibir «las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos», sin computárselo en su haber» (art. 1321 CC). Con la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el derecho de predretacción se incorpora como norma del régimen matrimonial primario a favor del cónyuge viudo como un derecho familiar que no se computará en su lote en la liquidación del régimen económico matrimonial (caso de que fuesen bienes comunes) ni en la cuota hereditaria de éste. En opinión de Villagrasa Alcaide, «la preocupación del legislador europeo por proteger la conservación del *hogar familiar* durante el matrimonio, también se prolonga, por tanto, en consideración al cónyuge viudo para el caso de disolución del matrimonio por causa de muerte». Así, pues, la *ratio* de la atribución del derecho de supervivencia al cónyuge viudo, cualquiera que haya sido el régimen que hasta la muerte de su consorte venía rigiendo las relaciones patrimoniales del matrimonio existente entre ellos, es garantizar la continuidad del hogar familiar, es decir, permitir que siga gozando, en lo posible del mismo ambiente familiar existente hasta el fallecimiento de su cónyuge premuerto (VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2019, p. 10).



### 1.1 Vivienda familiar ganancial

La vivienda familiar común de ambos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales goza de una norma específica de protección en sede de liquidación del régimen económico matrimonial que permite al cónyuge continuar en ella tras el fallecimiento de su pareja. En efecto, el artículo 1406 del Código Civil contempla un derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar con eficacia *post mortem*. Aunque el cónyuge viudo no podrá continuar en la vivienda familiar so pretexto de un derecho *ex lege* o por atribución *mortis causa* de un derecho de uso, en aquellos casos en los que la vivienda fuese familiar y, a su vez tuviese carácter ganancial, gozará de un derecho de adjudicación preferente sobre el referido inmueble al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Conforme con lo expuesto, el derecho de adjudicación preferente se admite sobre la vivienda que tenga el carácter de familiar. A este respecto, el Tribunal Supremo define la vivienda familiar como el «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» (STS 31 diciembre 1994) o; «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc...) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y la protección de éstos» (STS 16 diciembre 1996). De acuerdo con ello, para que un inmueble tenga el carácter de familiar es necesario la concurrencia de dos presupuestos: habitabilidad y habitualidad<sup>(8)</sup>.

La vivienda además del carácter familiar debe ser ganancial, tal y como explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.<sup>a</sup>) de 2 de febrero de 2018 «es patente que para hacerlos valer será condición indispensable que los bienes sobre los que se ejercita tengan naturaleza ganancial, puesto que la normativa en cuestión opera en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales»<sup>(9)</sup>. Este requisito, no obstante, no

---

(8) Como señala Cuenca Casas «además de tratarse de un lugar habitable, debe ser el que constituye el lugar donde *habitualmente* se desarrolla la convivencia familiar [...] son las características específicas que presenta la vivienda familiar principal, morada de la familia, lugar donde tiene ubicado el domicilio conyugal, las que justifican que sea solo respecto de ésta donde se dé la necesidad de protección» (CUENCA CASAS, M., 2011, pp. 285-288). Asimismo, Gallardo Rodríguez conjuga ambos requisitos al declarar que la vivienda familiar es el lugar habitable –habitabilidad– donde se desarrolla la convivencia familiar –habitualidad– (GALLARDO RODRÍGUEZ, A., *La Ley*, 2020, p. 3).

(9) Asimismo, el artículo 125.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal dispone que «el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso». El referido precepto posibilita que el cónyuge solicite al juez del concurso la disolución de la sociedad de gananciales en los casos en que en la masa activa se incluyan



significa que deba exceptuarse los supuestos en los que la vivienda es copropiedad de la sociedad de gananciales y del cónyuge superviviente, quién al poder atribuirse preferentemente la cuota ganancial podrá adquirir la totalidad de la propiedad de la vivienda<sup>(10)</sup>. Más problemático es el supuesto en el que la cuota privativa es titularidad del cónyuge fallecido y, ello, porque se les impondría a los herederos del causante la carga de soportar una comunidad de bienes con el cónyuge viudo, lo que además de poder general un grave perjuicio no querido por éstos resulta contrario a la regla de indivisión del artículo 1062 del Código Civil. La posible adjudicación preferente de la vivienda familiar copropiedad del fallecido y de la sociedad de gananciales fue rechazada por la Sentencia de 16 de marzo de 2007, si bien en el asunto de autos la vivienda familiar pertenecía en un 1,557% a la sociedad de gananciales al haberse pagado una sola cuota del préstamo hipotecario con dinero común. Y, es más, la razón aducida para rechazar la adjudicación de la vivienda familiar a la viuda no fue el escaso porcentaje de carácter ganancial, sino de índole procesal al ser «cuestión ajena al ámbito del presente recurso de casación en la medida en que las cuestiones relativas a la adjudicación de los bienes, previa la liquidación de la sociedad de gananciales, quedaron expresamente al margen de lo decidido en las instancias y en la Sentencia dictada en sede casacional que se dice contrariada, que estaba ceñida a la calificación de los bienes integrantes del caudal relicto». Aunque el Tribunal Supremo no entró en el fondo del asunto, en los casos en los que siendo la vivienda copropiedad del cónyuge fallecido y resultando la cuota ganancial ínfima debería rechazarse la aplicación del artículo 1406 del Código Civil, en cuanto derecho del cónyuge viudo de adjudicarse la propiedad de la vivienda familiar<sup>(11)</sup>.

Como último presupuesto para que pueda reconocerse el derecho de adjudicación preferente, el artículo 1406 del Código Civil requiere el fallecimiento de uno de los cónyuges con anterioridad a la liquidación del haber ganancial. En relación con este tercer presupuesto se cuestiona si el derecho de adjudicación preferente debe quedar limitado a los casos en los que la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento o si, al contrario, debe estimarse siempre que al tiempo de la liquidación del régimen uno de los cónyuges hubiese fallecido con independencia de cuál hubiera sido la causa de disolución (*inter vivos o mortis causa*). El de-

---

bienes gananciales que deban responder de las obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que se le adjudique preferentemente la vivienda familiar que tuviere carácter ganancial.

(10) Como señala Rams Albesa «no existe inconveniente alguno ni en el plano teórico ni en el práctico para que lleve a efecto su derecho a la atribución preferente sobre la porción ganancial indivisa» (RAMS ALBESA, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1028).

(11) En este mismo sentido, *Cfr*: CABEZUELO ARENAS, A. L., *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 85-110, GARCÍA URBANO, J. M., 1993, p. 799 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2011, pp. 1413-1415.

recho de adjudicación preferente se configura como norma de liquidación y, por lo tanto, debe compartirse la argumentación que permite su aplicación en los casos en los que al tiempo de la liquidación uno de los cónyuges había fallecido con independencia de cuál hubiera sido la causa que originó la disolución de la sociedad de gananciales<sup>(12)</sup>.

Caso de concurrir los tres presupuestos anteriormente analizados, el cónyuge viudo podrá pedir que en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudique con carácter preferente la propiedad exclusiva o un derecho de habitación sobre el inmueble ganancial que constituyó la vivienda familiar, tal y como expresamente dispone el artículo 1407 del Código Civil.

El derecho de adjudicación preferente trata de garantizar la continuidad del cónyuge viudo en la vivienda familiar, ya sea adjudicándole el inmueble por entero, ya sea ofreciéndole un derecho de ocupación alternativo al dominio y de menor valor económico (derecho de habitación). Esta elección de adquirir el inmueble o de constituir un derecho de uso o habitación dependerá exclusivamente de la voluntad del cónyuge viudo, sin que sea necesario que el valor del bien inmueble sea superior al *quantum* de su cuota, pues «si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero» (art. 1407 *in fine* CC). En efecto, el legislador ha permitido que el cónyuge viudo pueda adjudicarse la plena propiedad o un derecho de uso o habitación sobre la vivienda familiar con independencia de su valor, pues si el valor del derecho de propiedad o de uso o habitación supera el haber del cónyuge viudo, éste deberá satisfacer el exceso en metálico, según opinión mayoritaria de la doctrina, al tiempo de ejecutarse la liquidación<sup>(13)</sup>.

---

(12) Aunque del tenor literal del precepto parece que solo cabrá la adjudicación preferente en los casos en los que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo por el fallecimiento de uno de los cónyuges, como pone de manifiesto Rebolledo Varela «el artículo 1406.4 CC también resulta aplicable en aquellos supuestos en que disuelta la sociedad de gananciales por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges, entre la disolución y la liquidación, en que puede transcurrir un período de tiempo en ocasiones ciertamente amplio, se haya producido el fallecimiento de uno de ellos. En este caso el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge supérstite que tiene en la vivienda ganancial su residencia habitual será oponible frente a los herederos del otro» (REBOLLEDO VARELA, A. L., 2013, p. 9942).

(13) Para Rams Albesa «el atributivo deberá hacer efectiva en metálico la diferencia en el momento mismo de ejecutarse la partición. Es evidente que el legislador ha querido evitar las situaciones de crédito personal, no admitiéndolas sencilla y llanamente, o en los casos excepcionales en que las admite, convirtiéndolas en una compensación entre lotes, de forma tal que el atributivo in natura en exceso respecto de su cuota reconocida vierte en el consorcio la diferencia, agrandando la masa partible para que en el momento de la división material ambos lotes sean iguales en valor efectivo y no llegue a nacer siquiera una relación de crédito-deuda entre los coparticionarios» (RAMS ALBESA, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1018). Esta opinión es compartida por Martín Meléndez al declarar que «salvo acuerdo de los cónyuges o del cónyuge y los herederos, deberá hacerse al contado





No obstante, esta limitación o requisito de satisfacer el exceso al tiempo de la liquidación puede desvirtuar el derecho de adjudicación preferente o dejarlo vaciado de contenido, teniendo en cuenta los recursos económicos del cónyuge viudo. No parece que exista ningún inconveniente en admitir la posibilidad de que adjudicada la vivienda familiar al cónyuge viudo, éste se convierta en deudor del patrimonio hereditario del cónyuge fallecido por el valor del exceso de la cuantificación del derecho de propiedad o del derecho de goce de uso o habitación sobre la vivienda familiar. Esta posibilidad además no queda excluida en el artículo 1407 del Código Civil cuya finalidad es admitir excepcionalmente el derecho de adjudicación preferente en los casos en los que el valor de la vivienda o el derecho de uso o habitación excede del haber del cónyuge viudo<sup>(14)</sup>.

Asimismo, el derecho de adjudicación preferente podrá ser ejercitado por el cónyuge viudo con independencia de cuál fuese la voluntad del causante y de sus herederos. Ello significa que el causante no puede impedir ni sus herederos oponerse a la adjudicación preferente de la vivienda familiar querida por el cónyuge sobreviviente<sup>(15)</sup>. A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de 2 de febrero de 2018 declara que el derecho que se «concede al cónyuge viudo de que se le atribuya la vivienda que fue residencia habitual, [...], bien en propiedad o que se constituya sobre ellos un derecho de uso o habitación, es un derecho de opción que la ley le atribuye no una simple facultad, y que en caso de ejer-

---

en el momento de hacer las adjudicaciones, y ello ya se piense que estamos ante una operación puramente liquidatoria que no genera derecho de crédito alguno». Pese a ello, aduce, «de *lege ferenda* podría permitirse que, solo en casos excepcionales, a falta de acuerdo, el Juez, a su prudente arbitrio pero dentro de un límite legal, teniendo en cuenta la situación de ambos esposos, autorizase un aplazamiento moderado si se dan especiales circunstancias y siempre que el que resultase deudor ofreciera garantías suficientes; el crédito, debería, además devengar intereses hasta su pago. Si no se diera esta excepcionalidad, el cónyuge que no tuviera dinero suficiente en el momento de partir, debería desistir de la atribución por entero del bien o buscar otras vías de financiación procedente de un tercero, ya sea éste una entidad crediticia o un particular (MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *ADC*, núm. 4, 2019, pp. 1109-1113).

(14) Ragel Sánchez comparte esta opinión al entender que como el artículo 1407 CC «no... indica que el abono en dinero sea al contado, permite que el pago pueda quedar aplazado cuando así lo acuerdan los partícipes o lo decide el Juez» y que «es preferible que lo decida el Juez, pues cuando el aplazamiento es fruto únicamente del acuerdo... podría ser impugnado a través de una acción revocatoria o pauliana por los acreedores privativos del cónyuge acreedor, por haber sido realizado en fraude o perjuicio de sus derechos» [RAGEL SÁNCHEZ, L. F., ob. cit. (ed. 2.º, 2017), pp. 826-827].

(15) Los derechos de adjudicación preferente podrán ejercitarse al tiempo de la formación de los lotes en la liquidación de la sociedad de gananciales, una vez que se conozcan el activo a repartir entre los cónyuges (o sus herederos). Ello significa que los derechos de atribución preferente derivados del artículo 1406 CC son inoponibles frente a los acreedores consorciales que podrán exigir la enajenación o adjudicación de la vivienda familiar en pago de sus créditos (Cf: REBOLLEDO VARELA, A. L., 2013, p. 9952 y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *ADC*, núm. 4, 2019, p. 1072).



citar este derecho, la opción que la misma realizada, en este caso con la constitución de un derecho de uso y habitación, es irrevocable e inatacable, por lo que el resto de los herederos deben pasar por ella»<sup>(16)</sup>.

Los herederos del causante tampoco podrán impedir la adjudicación de la vivienda familiar requerida por el cónyuge viudo so pretexto del incumplimiento del principio de igualdad cualitativa entre los lotes *ex* artículo 1061 del Código Civil<sup>(17)</sup>. Y ello porque el derecho de adjudicación preferente se configura como una excepción al requisito de cumplimiento del principio de igualdad en los casos en los que no sea posible su cumplimiento, por ejemplo, por ser la única vivienda del patrimonio ganancial. No parece lógico que dicho derecho de adjudicación preferente quede limitado a los casos en los que los herederos del causante puedan adjudicarse un bien de la misma naturaleza, especie y calidad.

Ahora bien, lo que sí puede ocurrir es que el derecho de adjudicación preferente ejercitado por el cónyuge viudo colisione con el derecho de habitación sobre la vivienda habitual que tienen reconocido *ex lege* los descendientes en situación de discapacidad que convivieran con el causante *ex* artículo 822 del Código Civil<sup>(18)</sup>. En estos casos se plantea qué derecho tiene carácter preferente o prima sobre el otro: el derecho del cónyuge viudo a adjudicarse la vivienda familiar o el derecho del descendiente en situación de discapacidad de continuar residiendo en dicha vivienda derivado del legado *ex lege*. Para dar solución a este conflicto, el propio artículo 822 *in fine* del Código Civil dispone que el legado del derecho de habitación a favor del descendiente discapacitado «no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación». Ello debe significar que el derecho de propiedad que se adjudica al cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales se verá grabado con el derecho de habitación a favor del descendiente discapacitado y, en consecuencia, ambos podrán continuar resi-

---

(16) En contra de lo expuesto, Rams Albesa opina que «la opción a que se constituya en favor del atributario un derecho real de uso o habitación tan solo procede cuando la vivienda sobrepasa por sí sola el haber que le corresponde al solicitante; si el valor de este bien no sobrepasa el referido haber creo que los herederos del cónyuge fallecido pueden oponerse eficazmente a la constitución de tal derecho real limitado, pues, como ya he puesto de manifiesto, el empleo de las facultades extraordinarias del artículo 1407, encaminado a la acumulación de atribuciones, constituye un abuso de derecho por desviación arbitraria de la finalidad de la norma» (RAMS ALBESA, J., *RCDI*, núm. 569, 1985, p. 1014).

(17) *Cfr.* SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 11 de junio de 1998. En este mismo sentido, *Cfr.* DIEZ PICAZO, L., 1984, p. 1081 y GARRIDO DE PALMA, V. M.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T. A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., y VELEZ BUENO, J., 1985, pp. 13-14.

(18) Sobre el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un descendiente del causante en situación de discapacidad, *vid. infra* LÓPEZ TUR, T., «Derecho de habitación en favor del legitimario en situación de discapacidad» pp. 1153-1177.



diendo en el domicilio familiar (teniendo en cuenta además que, en muchos casos, dicho descendiente será común a ambos cónyuges)<sup>(19)</sup>.

## 1.2 Vivienda familiar exclusiva del cónyuge fallecido

En aquellos casos en los que la vivienda familiar no tuviera carácter ganancial, sino que fuese privativa o exclusiva de uno de los cónyuges, el inmueble formará parte del patrimonio hereditario del causante junto con el resto de sus bienes, sin que el cónyuge viudo pueda disfrutar de una regla especial de protección<sup>(20)</sup>. No se prevé en ningún precepto una norma especial de adjudicación del uso o atribución preferente a favor del cónyuge viudo por el fallecimiento del titular de la vivienda familiar, similar a la atribución el uso de la vivienda en supuestos de crisis matrimonial *ex* artículo 96 del Código Civil.

La falta de una norma que establezca un régimen específico de protección sobre la vivienda familiar podrá implicar que el cónyuge viudo carezca de justo título de posesión sobre dicho inmueble y, en consecuencia, esté abocado a abandonarlo tras el fallecimiento de su cónyuge. Por la muerte del titular de la vivienda no surge *ex novo* un título de posesión legítimo de la vivienda familiar a favor del cónyuge no propietario, por lo que si éste residía en dicho inmueble so pretexto del título de propiedad de su cónyuge no podrá continuar en él tras la apertura de la sucesión, pudiendo los herederos del causante solicitar que abandone la vivienda o, caso de oposición, instar su desahucio al poseer la vivienda en precario.

---

(19) La doctrina mayoritaria defiende la aplicación del artículo 1380 CC en los casos en los que la vivienda es adjudicada al cónyuge viudo, admitiendo la compatibilidad en los casos en los que confluyen dos derechos de habitación *ex* artículos 822 y 1407 CC. Al respecto, *Cfr.* DÍAZ ALABART, S., 2011, p. 870, NOGUERA NEBOT, T., *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 487-488 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2013, pp. 6108-6109.

(20) No se incluye en este epígrafe los supuestos de vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges, pues en tal caso el cónyuge viudo tendrá derecho a continuar en el uso de la vivienda familiar tras el fallecimiento de su pareja (copropietario) con base en la facultad de uso de todos los comuneros conferida en el artículo 394 CC, a cuyo tenor «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». En estos casos, la solución sería el goce y disfrute solidario del bien por todos los copartícipes *ex* artículo 394 CC. No obstante, en los casos en los que la convivencia de todos los comuneros es imposible, el Tribunal Supremo ha fijado como doctrina que «la aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa y aplicable a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste» (STS 9 diciembre 2015). En su defecto, cualquiera de los comuneros podrá instar la división de la cosa común (arts. 400 a 406 CC).

Asimismo, en los casos de vivienda copropiedad cabe tener presente el derecho de predetracción del artículo 1321 CC, a cuyo tenor «falleciendo uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber». *Cfr. supra* nota al pie 7.

La pérdida del carácter familiar de la vivienda por el fallecimiento del (ex)cónyuge propietario justifica, asimismo, la extinción del derecho de uso que se hubiese podido atribuir en la sentencia de separación o de divorcio a favor del cónyuge no propietario *ex* artículo 96 del Código Civil. No parece controvertido que acaecida la muerte del titular de la vivienda, sus herederos puedan instar el abandono o el desahucio del titular del derecho de uso. Esta conclusión resulta conforme con la doctrina jurisprudencial que cataloga al cónyuge beneficiario del derecho de uso –atribuido por sentencia de separación o divorcio– como un mero precarista en los supuestos en los que la vivienda familiar pertenece a un tercero: «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» (STS 2 octubre 2008)<sup>(21)</sup>.

Al no existir ninguna norma especial de protección *mortis causa* de la vivienda familiar propiedad del causante, para que el cónyuge viudo pueda continuar residiendo en ella tras el fallecimiento de su cónyuge debe acudir al régimen general del derecho sucesorio inspirado en la voluntad del testador. En efecto, el testador podrá ordenar a favor del cónyuge viudo el legado de la vivienda familiar o del usufructo sobre dicho inmueble o, incluso, lo que cada vez es más común en la práctica, el usufructo universal y vitalicio a través de la *cautela socini* si el cónyuge concurría con legitimarios<sup>(22)</sup>. Con base en el legado del usufructo vitalicio universal de la herencia del causante, la Sentencia plenaria de 20 de enero de 2014 confirma la posesión legítima de la viuda y estima la acción de desahucio por precario ejercitada contra el hijo común –heredero de la nuda propiedad–. La esposa como legataria del usufructo de todo el patrimonio hereditario –entre el que se encuentra la vivienda familiar–

---

(21) En este mismo sentido, *Cfr.* SSTS de 29 de octubre de 2008, 30 de octubre de 2008 (1034/2008), 30 de octubre de 2008 (1036/2008), 30 octubre 2008 (1037/2008), de 13 de noviembre de 2008, de 14 de noviembre de 2008, de 30 de junio de 2009, de 22 de octubre de 2009 y la STS (plenaria) de 18 de enero de 2010.

(22) «La llamada comúnmente cláusula o *cautela socini* es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiéndole que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta [...] Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. En este sentido, se incorporó al Código Civil en el apartado 3.º del artículo 820» (SSTS 27 mayo 2010 y 21 noviembre 2011).



adquiere *mortis causa* justo título de posesión que le habilita para poseer los bienes hereditarios y evitar que terceros frustren o imposibiliten su uso. Como precisa la Sentencia no se trata de un conflicto sobre el uso exclusivo y excluyente de la cosa común por un comunero con vulneración del artículo 394 del Código Civil, sino del derecho de la usufructuaria a usar los bienes usufructuados con limitación de la facultad de uso al nudo propietario (el hijo común)<sup>(23)</sup>.

En defecto de la voluntad del testador y, caso de concurrir con descendientes –o con ascendientes–, el cónyuge viudo podrá continuar en la vivienda familiar so pretexto de su legítima viudal (art. 834 CC) o, incluso, a través de la conmutación del usufructo, bien por decisión de los herederos (art. 839 CC), bien por su imposición en aquellos casos en los que concurre con descendientes del causante (art. 840 CC).

Como puede observarse de lo expuesto, en el derecho civil común no se regula ninguna norma específica de protección de la vivienda por fallecimiento del cónyuge titular, debiendo ampararse el viudo en las normas sucesorias –bien por voluntad del causante o por disposición legal– para lograr continuar residiendo en la vivienda familiar, a diferencia de lo que acontece en los derechos civiles especiales, como podrá comprobarse más adelante.

## 2. BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C., «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, 2016, pp. 125-150.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código civil», en *Estudios de derecho de sucesiones «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 143-164.
- BOTELLO HERMOSA, P. I., *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2021.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., «Sentencia de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1861)», en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil. Familia y sucesiones*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 585-601.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, núm. 2, 1986, pp. 339-536.
- CAPELO DE SOUSA, R., «Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 8, 2021, pp. 2199-2220.

---

(23) Esta doctrina se reitera por las SSAP de Madrid (Sección 11.ª) 17 noviembre 2014 y de Alicante (Sección 5.ª) 11 abril 2019.

A. DISPOSICIÓN «MORTIS CAUSA» DE LA VIVIENDA HABITUAL EN PROPIEDAD

- CERVILLA GARZÓN, M. D., «El derecho a usar la vivienda familiar del conviviente supérstite», en *La vivienda en las crisis familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 315-336.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-442.
- DA SILVA LEIRAS, D. I., *Estatuto sucessório do cônjuge supérstite no direito espanhol e português*, Colex, Madrid, 2020.
- DIAS COSTA, E., «A posição sucessória do cônjuge sobrevivente no direito português: a propósito da lei 48/2018, de 14 de agosto», *Direito em Dia: Direito Magazine*, 2019, pp. 1-14.
- DÍAZ ALABART, S., «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, vol. I, Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 853-938.
- DÍEZ PICAZO, L., «Comentario a los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1801-1803.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «La disposición de la vivienda familiar», en *La vivienda familiar*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2023, pp. 209-264.
- FERNÁNDEZ CHACÓN I., y GAGO SIMARRO, C., «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, 2021, pp. 3369-3441.
- GAGO SIMARRO, C., «La atribución del uso temporal de la vivienda habitual al conviviente supérstite en Andalucía: artículo 13 de La Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho», *Revista de Derecho Civil*, pp. 397-400.
- GALLARDO RODRÍGUEZ, A., «Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *La Ley*, 2020, pp. 1-39.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «La inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho», en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. 1, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp. 547-558.
- GARCÍA HERRERA, V., *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GARCÍA URBANO, J. M., «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T. A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., y VELEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil)*, Reus, Madrid, 1985.
- GOMÁ LANZÓN, I., «Desahucio por precario entre coherederos. Legitimación de la legataria del usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble sobre el que se ejercita la acción», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 6, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 711-722.



- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta *de lege ferenda*», *Anuario de derecho civil*, núm. 4, 2019, pp. 1059-1132.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, M. C., «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2545-22546.
- «La sucesión *mortis causa* de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 19, 2023, pp. 600-629.
- MIRALLES BELLMUNT, M., *La posició del cònjuge i del convivent en parella estable supervivent en el Dret civil de Catalunya*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2016.
- NOGUERA NEBOT, T., «El legado del derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 471-488.
- QUICIOS MOLINA, M. S., «Comentario a la Sentencia de 30 mayo 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 139-158.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Comentario a los artículos 819 a 830 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6021-6173.
- «La sociedad de gananciales. La disolución de la comunidad de gananciales», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1241-1498.
- *El régimen de gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.
- RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales: régimen y naturaleza I», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568, 1985, pp. 727-835.
- «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales: régimen y naturaleza II», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 569, 1985, pp. 927-1070.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario a los artículos 1406 y 1407 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9942.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., *El derecho de predetracción: bienes excluidos de la herencia a favor del cónyuge viudo o de la pareja superviviente*, Atelier, Barcelona, 2019.

