

1.3. Derechos reales

LA OPONIBILIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR¹

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. DERECHO DE USO: CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO.— II. OPONIBILIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA POR UN TERCERO COMO CONSECUENCIA DE UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 2. ADQUISICIÓN POR UN TERCERO COMO CONSECUENCIA DE LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.—III. SUPUESTOS DE INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. SUPUESTOS. 2. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN.— IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. DERECHO DE USO: CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO

El derecho de uso de la vivienda familiar, como el derecho subjetivo que implica la facultad de ocupar y habitar la vivienda donde reside y se desenvuelve la vida familiar, tiene una especial naturaleza que oscila desde su vertiente de Derecho privado, por sus rasgos patrimoniales, a su perfil de Derecho público, del Derecho de familia, por sus innegables caracteres y finalidad que no es otra que la protección de los intereses de los hijos menores o del cónyuge más desfavorecido, si no los hubiera².

Este derecho de uso caracteriza o sirve para calificar a una vivienda como familiar, pues esta adquiere tal carácter cuando sobre la misma existe un derecho de uso a favor de los integrantes de la unidad familiar. Sin embargo, a pesar de existir siempre, incluso constante matrimonio, es, cuando se produce la ruptura matrimonial, cuando este derecho adquiere notoriedad, independencia y cierta autonomía. Si hasta la ruptura existía pero de forma latente, tras la nulidad, separación o divorcio, se debe adjudicar el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos o al más necesitado de protección si estos no existieran (arts. 90 y 96 CC), independientemente de que este fuera o no el titular dominical de la misma. Cuando se produce la disociación entre la titularidad dominical y el uso de la vivienda familiar es cuando el derecho de uso deviene visible y cuando se pone de manifiesto. Entendiendo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que, realmente, solo existe cuando la ruptura se ha

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre «La nueva familia ante el Derecho Público y Privado» (DER 2010/17847), contando con la financiación I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación.

² En este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1994 afirma que «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía».

producido y su titularidad no coincide con la del dominio de la finca, aunque no siempre sea exactamente así.

Su naturaleza, como hemos dicho, no es pacífica, y esa especial naturaleza ha hecho que la doctrina se divida y defienda muy diversas tesis en torno a la misma³, cuestión frecuentemente debatida y examinada ya en otros trabajos que hemos publicado en esta misma REVISTA.

Sin entrar de nuevo a analizar su peculiar naturaleza, sí que queremos partir de lo que la Jurisprudencia ha dejado claro en torno a la misma, pues las últimas resoluciones de la Dirección General y las sentencias del Tribunal Supremo, de unificación de doctrina, coinciden en señalar que no se trata de un derecho real, y que tiene una naturaleza especial, a la que califican como derecho familiar.

En este sentido, la RDGRN de 20 de febrero de 2004 afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre los derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del CC)». Corroboran esta doctrina las RRDGRN de 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008, y en términos muy parecidos, rechazan la naturaleza de derecho real y lo califican, asimismo, como familiar, las Resoluciones de 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009 y 19 de julio de 2011.

Baste ver, por ejemplo, la descripción que hace la RDGRN de 14 de mayo de 2009, cuando afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo...», y continúa, «la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para

³ Sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y las distintas posturas, véase: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518-2524. Véase también sobre su carácter de derecho real: RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987; MORALEJO IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xuridica Galega*, núm. 33, 2001, págs. 91-119; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2010; CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 41-44. Mantienen, por el contrario, que no se trata de un derecho real: ROCA TRÍAS, E., «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en AA.VV., *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», en *PPU*, Barcelona, 1992. Y por último consideran que este derecho tiene naturaleza variable según el título en virtud del cual se posea antes del divorcio o separación: CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia* [IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.)], tomo III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2012, págs. 273-439, y BERROCAL LANZAROT, A. I.: «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3435-3666; O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1.

los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma [cfr. art. 154 CC (*LEG* 1889/27)], que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial.

En este sentido, dada esta disociación entre titular y beneficiarios del derecho de uso, aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse a la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal [STS de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997/2636)], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio [RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7689)], quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca».

Gracias a las sentencias de unificación de doctrina de 14 y 18 de enero de 2010, parece que la postura del Tribunal Supremo, en cuanto a su naturaleza, se aclara y confirma. Estas sentencias corroboran e insisten en que el derecho de uso no se trata de un derecho real, sino de un derecho de naturaleza familiar.

En concreto el Fundamento tercero de la STS de 14 de enero de 2010 afirma: «El artículo 96.I del Código Civil establece que, “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. El artículo 96 III del Código Civil añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular, “siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV del Código Civil en los siguientes términos: “Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

Y el Fundamento sexto de la STS de 18 de enero de 2010 afirma en términos muy parecidos:

«Naturaleza del derecho de uso.

De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho

real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF (LCAT 1998, 422, 521) y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.

El artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario».

Es decir, el Tribunal Supremo, al igual que la Dirección General, niega su carácter de derecho real y afirma su naturaleza familiar, aunque con cierto contenido patrimonial: supone una limitación a la facultad de disposición, que sí debe ser oponible *erga omnes*.

Si nos fijamos en esta última afirmación, el contenido esencial del derecho de uso de la vivienda familiar, desde un punto de vista patrimonial, es que este consiste en una limitación a la facultad de disposición, y nada más que eso. Limitación a la facultad de disposición del titular dominical de la finca que no lo es del derecho de uso, y que, por lo tanto, debe inscribirse para ser oponible, ya que implica la necesidad del consentimiento del cónyuge atributivo del uso siempre que se quiera enajenar la finca por el titular dominical. Si ese consentimiento no se diera, el acto de disposición sería anulable.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia, como ya hemos dicho, son prácticamente unánimes en este sentido: han considerado que el derecho de uso de la vivienda familiar es sobre todo una limitación de las facultades de disposición del titular dominical de dicha vivienda. Esto es lo que claramente establece el artículo 96.4 del Código Civil: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Si la facultad de disposición del titular dominical está sometida a la obtención del consentimiento del no titular, usuario, o autorización judicial, no cabe duda de que está limitada. Como tal limitación dominical es lógico que aparezca recogida en el Registro porque haría ineficaz la transmisión realizada sin el consentimiento o autorización establecida. Esto es lo que AGUIRRE FERNÁNDEZ⁴ ha denominado la perspectiva defensiva o negativa del derecho de uso, de la cual no hay duda.

La DGRN ha suscrito esta idea, y consecuencia de la misma, entiende que cuando la titularidad dominical de la finca sea exclusiva del cónyuge titular del uso, este uso no es necesario inscribirlo, porque obviamente obtiene ese consentimiento, y si la vivienda tuviera carácter ganancial, tampoco sería necesaria la inscripción del uso, porque si todavía no se ha liquidado dicha sociedad, seguirá siendo necesario el consentimiento de ambos cónyuges en todos los actos dispo-

⁴ AGUIRRE FERNÁNDEZ, J., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley*, núm. 7378, abril de 2010, año XXXI, págs. 1-8.

sitivos, y si ya se ha disuelto pero no liquidado todavía, los bienes pertenecen a una especial comunidad donde no hay cuotas, y por tanto se sigue necesitando el consentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto dispositivo sobre los mismos. De esta forma, el derecho de uso no se inscribe porque la limitación que supone a la facultad de disposición sigue existiendo en cualquier caso, al exigirse ambos consentimientos.

Según esta tesis, solo se inscribirá el derecho de uso, o solo será necesaria su inscripción cuando la vivienda familiar sea de propiedad exclusiva de un cónyuge y el uso se atribuya al otro. Este es el caso previsto típicamente por el artículo 96.4 del Código Civil, donde el derecho de uso actúa limitando la disponibilidad de la vivienda, al exigir un consentimiento extra, que de otra forma no sería necesario, al ser la vivienda un bien privativo (RRDGRN de 10 de octubre de 2008, 6 de julio de 2007 y 19 de septiembre de 2007, afirman que no es necesaria la inscripción del derecho de uso cuando a favor de un cónyuge sea él mismo el titular dominical de la vivienda).

Sin embargo, y según AGUIRRE, el derecho de uso además de actuar como limitación, con un contenido meramente limitativo de la facultad de disposición del propietario, puede tener un contenido positivo, una serie de facultades, más cercanas al contenido de un derecho real, que deben tenerse en cuenta, pues deben ser también oponibles a terceros, aun cuando excedan de esa limitación.

Estas facultades propias y características del derecho de uso son la facultad de usar y ocupar como residencia la vivienda familiar. Coincidimos y consideramos acertadas estas ideas, y hasta el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han afirmado y ha admitido este doble contenido del derecho uso. Baste ver la RDGRN de 14 de mayo de 2009, que recoge la doctrina de la STS de 4 de abril de 1997, y señala que el derecho de uso es un derecho ocupacional y además una limitación de disponer: «...derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal [STS de 4 de abril de 1997 (RJ 1997/2636)], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio [RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/7680)]»; es decir, afirma el contenido tanto negativo como positivo del derecho de uso de la vivienda familiar.

Pero, la Dirección General, que reconoce este doble contenido, no va más allá, pues sigue manteniendo la no necesidad de inscripción del derecho de uso cuando el titular dominical y el tributario del uso sean la misma persona, pues allí no hay limitación a la facultad de disposición que valga⁵. Se olvida de la vertiente positiva del derecho de uso que, desde nuestro punto de vista, además de existir también debe ser oponible.

Por eso, y a diferencia del Alto Tribunal y del Centro Directivo, entendemos que este derecho implica, desde luego, una limitación de la libre disposición del titular dominical de la finca, pero también un derecho de goce o uso por parte de su titular y beneficiarios, un contenido positivo que debería tratarse de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro

⁵ Véase, en este sentido, abogando por la no necesidad de inscripción del derecho de uso cuando su titular sea el mismo que el titular dominical, pues se extinguiría entonces por confusión, o bien reforzaría su posición: RRDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007; 14 de mayo de 2009; 18 de noviembre de 2009; 10 de octubre de 2010; 1 de marzo de 2011 y 19 de julio de 2011.

cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y para ello, inscribible en el Registro de la Propiedad.

¿Debe ser oponible el derecho de uso en sus dos vertientes o contenidos? Lo importante es confirmar su oponibilidad, o no, y el alcance de esta, independientemente de si esa oponibilidad es inherente a su naturaleza por ser derecho real o no. Eso es lo que vamos a analizar en las siguientes líneas y, ya adelantamos que, además, esa oponibilidad se alcanza con la inscripción de este derecho en más supuestos de los expresamente admitidos y recomendados por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II. OPONIBILIDAD DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Aunque es cierto que la oponibilidad *erga omnes* es propia de los derechos reales, y no existe en los personales por agotarse entre las partes que los pactan, no es menos cierto que existen derechos que son oponibles o adquieren oponibilidad frente a terceros, teniendo, entonces, eficacia real, aunque su propia naturaleza sea la de un derecho personal (arrendamiento, opción de compra, derecho de retorno arrendaticio...).

Con esto queremos señalar que, a efectos de la práctica, importa más si el derecho de uso de la vivienda familiar debe soportarse por un tercer adquirente, que si es un derecho personal o real. Entonces nos preguntamos: ¿Y debe soportarlo? ¿Es oponible el derecho de uso de la vivienda familiar?

No queda duda de que el contenido negativo del derecho de uso como limitación de disponer, es oponible, debe inscribirse y así lo admite tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Pero, creemos que también su contenido positivo, como conjunto de facultades de uso ocupacional, debe ser oponible, tal y como sí ha considerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque a veces sin ser consciente de estas afirmaciones, en varias ocasiones⁶.

En concreto, existen diversos supuestos en los que creemos que el contenido positivo del derecho de uso debe ser oponible a terceros, y por tanto inscribible, tal y como sostiene AGUIRRE FERNÁNDEZ: *a)* En los supuestos de enajenación forzosa, consecuencia de una ejecución hipotecaria; *b)* En las adquisiciones por terceros en las subastas consecuentes de un proceso de disolución de comunidad (por *actio communi dividundo* en comunidad ordinaria, o por liquidación sociedad gananciales).

En estos supuestos, la jurisprudencia ha abogado por una mayor oponibilidad del derecho de uso, no derivada de su perspectiva negativa, pues aquí no actúa como mera limitación dispositiva, sino en su perspectiva o contenido positivo, con facultades suficientes para ser atendido *per se*, como facultades de uso especial que deben oponerse. Por eso ha considerado que, en estos casos, el derecho de uso será oponible al tercer adquirente del inmueble.

Compartimos este razonamiento. Creo que el derecho de uso, por su propio contenido y esencia, debe ser oponible en estos supuestos, pero también creo

⁶ No así la DGRN, para quien esto es secundario y no aboga por la inscripción y oponibilidad del contenido positivo, sino solo del negativo, impidiendo, por tanto, la inscripción del derecho de uso cuando el titular dominical y el del uso sean el mismo. Véase las resoluciones citadas en la nota anterior.

que esa oponibilidad debe provenir de su publicidad: sea por su inscripción en el Registro de la Propiedad (que es lo que aquí defendemos, para evitar situaciones controvertidas), o de la posesión que genera apariencia, como otros derechos reales, pues esta publicidad posesoria lleva al conocimiento del derecho por un tercero, destruyendo su buena fe.

En este sentido, y siguiendo en este punto a LÓPEZ FRÍAS⁷, pueden darse distintos supuestos en relación con el derecho de uso que, a nuestro entender, deben ser oponibles.

1. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA POR UN TERCERO COMO CONSECUENCIA DE UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Ejecutada la finca, vivienda familiar, como consecuencia del impago de la obligación garantizada con hipoteca, un tercero adquiere en subasta dicha finca. Se plantea el problema de sí, establecido un derecho de uso sobre dicha vivienda familiar, este derecho de uso es oponible o no al tercer adquirente; es decir, si debe respetarlo, o por el contrario puede ignorarlo y echar al usuario poniendo fin al mismo.

Analizamos el supuesto típico del 96.4 del Código Civil de que la titularidad de la vivienda es exclusiva del cónyuge no titular del derecho de uso.

En este supuesto, y siguiendo a la misma autora, hemos de distinguir las diferentes situaciones:

- a) El derecho de uso es anterior a la constitución de la hipoteca. En estos casos, el titular dominical hipoteca, después de la separación o divorcio, su vivienda sobre la que ya existe un derecho de uso a favor del excónyuge. Aquí el excónyuge puede impugnar la constitución de la hipoteca al tratarse este hecho de un acto de disposición clarísimo, por tanto, si se hizo sin su consentimiento, puede solicitar la anulabilidad de dicha hipoteca. Si este derecho de uso está inscrito, no podrá nunca el acreedor hipotecario alegar su buena fe para que no le afecte la impugnación del acto, y si no lo estuviera, pero lo hubiera podido conocer por otros medios (a similitud de lo dispuesto en el art. 1320.2 CC) también le afectaría. Pero, para evitar esta situación, es mucho mejor el inscribirla para darle la publicidad necesaria. En este sentido la RDGRN de 31 de marzo de 2000 afirma que un separado, dueño exclusivo de la vivienda familiar, puede hipotecarla sin consentimiento del excónyuge, siempre que el derecho de uso no esté inscrito. La inscripción, por tanto, adquiere relevancia, no ya solo en cuanto a la oponibilidad, sino en cuanto al contenido negativo del derecho de uso, como mera limitación de la disposición. Si no impugnara la hipoteca, puede ocurrir que llegue un momento en que se ejecute y la adquiera un tercero. En estos casos, habrá que distinguir si el derecho de uso está inscrito o no. Como la situación que describimos se trata del supuesto típico de inscripción según la DGRN, probablemente ya lo esté, y si lo está con anterioridad a la hipoteca ejecutada, afectará, entonces, como carga anterior y debiendo respetarlo,

⁷ LÓPEZ FRÍAS, A., «El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 729, págs. 111-136.

al tercer adquirente a quien resultara oponible, sin que quepa alegar nunca protección registral.

Si, a pesar de ser el derecho de uso anterior a la constitución de la hipoteca, tiene inscripción retrasada a esta en el Registro, entendemos que la ejecución de la misma arrastrará y cancelará el asiento de este derecho de uso, como consecuencia del principio de prioridad registral y el artículo 674.2 LEC. Pero, ¿además de cancelarse el asiento, se hace inoponible el derecho y el adjudicatario puede echar a los ocupantes de la vivienda, o por el contrario sí se le puede oponer a pesar de ser cancelado su asiento? La SAP de las Islas Baleares, de 20 de mayo de 1999, afirma que el derecho de uso en este caso sigue siendo oponible a terceros, y que el tercero adjudicatario no es tercero hipotecario (art. 32 LH), al faltarle la buena fe, pues el derecho de uso, aunque posterior, estaba inscrito en el registro antes de su propia adquisición, luego no puede ser inoponible al mismo, y debe respetarlo. Sin embargo esta solución es criticable, y como afirma LÓPEZ FRÍAS, dependerá la oponibilidad o no, no de la buena fe del propio adjudicatario sino del acreedor hipotecario ejecutante. Si este tuvo buena fe, y no conoció el derecho de uso, el adjudicatario adquirirá la vivienda como libre de cargas, en virtud de la inoponibilidad del artículo 32 LH, pero sí el acreedor la conoció, y se prueba, el tercero adjudicatario, solo podrá alegar la protección de la fe pública registral, si él mismo es de buena fe y desconoció la carga, y esto solo ocurre si no está inscrita, aunque sea con posterioridad a la hipoteca. Luego su inscripción vuelve a ser necesaria para su plena oponibilidad.

En cualquier caso, considero que, por la aplicación del principio de prioridad y purga de cargas consecuente a una ejecución hipotecaria, difícilmente se puede sostener la oponibilidad de este derecho una vez cancelado, pues iría en contra de la seguridad jurídica que otorga el Registro y las normas de ejecución en las que confía el tercer adquirente de la finca, ya que, al estar ese derecho inscrito con posterioridad a la hipoteca, debe cancelarse y liberarse a la finca. Es cierto que conoce la carga cuando adquiere, pues así consta en el Registro, pero al ser posterior, también conoce el principio de purga de cargas posteriores y de prioridad registral que le favorecen dando lugar a la cancelación e inoponibilidad del derecho.

Si el uso no está ni siquiera inscrito en el Registro, entiendo que, lo no inscrito pudiendo hacerlo —art. 32 LH—, no debería resultar oponible al tercer adquirente, y esto sea un derecho de uso de la vivienda familiar, o sea un derecho de usufructo, o de propiedad anterior por una doble venta. El principio de fe pública registral, en su vertiente de inoponibilidad de lo no inscrito, en relación, de nuevo, con el principio de prioridad y los que rigen la ejecución, deberían hacer inoponible el mismo al tercer adquirente adjudicatario de la finca hipotecada. De ahí que su oponibilidad dependa estrechamente de su inscripción.

Sin embargo, LÓPEZ FRÍAS entiende que la oponibilidad de este derecho dependerá de la adquisición de buena o mala fe del acreedor hipotecario: si es de buena fe, el tercero adquiere libre de cargas la finca, pues como ya hemos dicho su adquisición depende de la hipoteca que le dio lugar, pero si el acreedor tiene mala fe y conoce la existencia del derecho de uso al tiempo de constituir la hipoteca —y siempre que esta no se hubiera impugnado por el excónyuge atributario del uso—, deberá el

tercer adquirente de la finca demostrar su buena o mala fe para que se aplique la publicidad registral, siendo solo entonces inoponible para el mismo tal derecho. Si fuera de mala fe, sostiene esta autora, el derecho de uso sí le sería oponible a pesar de no estar inscrito.

Creo que ese derecho de uso no tiene o no puede tener mayor oponibilidad que cualquier derecho real, y si cualquiera de ellos, cuya oponibilidad no solo no es discutida, sino que es rasgo identificador de aquellos, es siempre oponible *erga omnes*, salvo frente a un titular registral cuando el derecho real no se ha inscrito, con mayor motivo ha de predicarse esta misma solución con respecto al derecho de uso, de naturaleza real discutida.

Hacerlo oponible sin estar inscrito frente a otro titular inscrito, desde mi punto de vista, es dotarle de una oponibilidad mucho mayor, alterando los principios hipotecarios y de la ejecución. Y, aunque existan sentencias que lo hacen, creo que, o están equivocadas, o bien, realmente el derecho de uso es un derecho de una naturaleza y eficacia absolutamente peculiar y distinta de cualquier otro, lo que, entiendo, debería dejar claro el legislador, y no lo ha hecho.

- b) Cuando el derecho de uso se constituye después del derecho de hipoteca, implica que se hipotecó la vivienda constante matrimonio, y después se produjo la separación o divorcio con la atribución del uso a un cónyuge distinto del titular. Posteriormente se produce la ejecución de la hipoteca, y un tercero adquiere la finca hipotecada. ¿Le es oponible el derecho de uso? En este caso, tanto si el derecho de uso no está inscrito, como si lo estuviera con posterioridad a la hipoteca, consideramos que la ejecución de la hipoteca produciría el efecto de la purga de cargas, cancelándose, desde luego, el asiento registral que lo recogería, pero haciéndolo también plenamente inoponible al tercer adjudicatario. Y esto es así, siguiendo la tesis de LÓPEZ FRÍAS, porque el derecho del adjudicatario deriva de la hipoteca anterior, del derecho tal y como se constituyó, y en ese momento no existía ningún derecho de uso que pudiera mermar o disminuir tal garantía. El valor de la garantía no puede verse minorado por un derecho de ocupación que no existía al tiempo de constituirse esa hipoteca. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma en alguna sentencia que prevalece el derecho de hipoteca por aplicación estricta de las reglas de ejecución. Se rechaza, por tanto, desde el Tribunal Supremo, y también desde nuestra parte, lo que afirmaba la SAP de Madrid de 29 de mayo de 2010, alegando que subsistía en este caso el derecho de uso, que se hace oponible por su inscripción al tercer adquirente adjudicatario, pues lo conoce, ya, en el momento de su adquisición. Esta tesis desconoce los principios de prioridad registral, de la ejecución hipotecaria, y el origen del derecho del adjudicatario que deriva del derecho de hipoteca inicial y del acreedor. Si en el caso anterior hemos defendido la inoponibilidad del derecho no inscrito o inscrito con posterioridad aunque de constitución anterior, más aún lo haremos en este caso y con los mismos argumentos que aquí no tienen fisura.

La postura aquí defendida y corroborada por el Tribunal Supremo nos parece lógica y razonable, el derecho de uso es posterior a la hipoteca y por lo tanto por prioridad registral e inoponibilidad —que recordemos que están estrechamente unidos—, no puede ser oponible.

Nos alejamos, de este modo, de una oponibilidad absoluta de este peculiar derecho como a veces se ha pretendido, ajustándolo por supuesto a la

misma oponibilidad de todos los derechos con eficacia real, dependiendo asimismo del juego de los principios hipotecarios de prioridad y fe pública. Considerar lo contrario, como se ha hecho en alguna sentencia, es admitir la posibilidad de una carga oculta para el tercer adquirente que se fía del Registro, a modo de una hipoteca legal tácita; hacer esto sería dotar al derecho de uso de una «super oponibilidad», que solo puede establecer si así lo quisiera el legislador. No entiendo, por tanto, posible su oponibilidad en estos casos.

Creemos, en definitiva, que es un derecho oponible, que esa oponibilidad es mucho más efectiva si se inscribe en el Registro, pero que, obviamente, está sometida a las reglas registrales, y que si no estuviera inscrito, también se sometería a los principios registrales y civiles de la fe pública (inoponibilidad de lo no inscrito) y buena fe.

2. ADQUISICIÓN POR UN TERCERO COMO CONSECUENCIA DE LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

Nos planteamos, ahora, el supuesto en el que la vivienda familiar pertenece a ambos cónyuges en copropiedad ordinaria por cuotas, de carácter privativo (la compraron de solteros, o bien en régimen de separación de bienes), o cuando la vivienda familiar tuviera carácter ganancial, y tras la ruptura, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, originándose entonces una comunidad ordinaria entre ambos cónyuges.

En estos casos, y tras el divorcio, se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los excónyuges, y el otro solicita la división de la vivienda familiar, que muchas veces se traduce en la subasta y venta de la misma a un tercero que la adquiere. ¿Debe ese tercer adquirente soportar el derecho de uso de uno de los copropietarios? ¿Es oponible ese derecho de uso?

Como sabemos, en comunidad ordinaria ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en indivisión, teniendo en su mano la facultad irrenunciable, imprescriptible y personalísima de solicitar la división de la cosa común (*actio communi dividundo*, art. 400 CC).

Por eso, entendemos que cualquiera de ellos puede hacerlo, sin necesidad del consentimiento del otro, a pesar de la dicción del artículo 96.4 del Código Civil, y por el hecho de que la división en sí misma no es considerada un acto dispositivo sobre la vivienda, sino un mero acto declarativo o especificativo de los derechos de los copropietarios, por el que la cuota se materializa en una parte real (aunque como hemos dicho, muchas veces acaba con la venta de la misma). No podría impugnarse, por tanto, dicho acto de división por el cónyuge atributivo del uso, aunque no prestara su asentimiento⁸.

En ese caso, y cuando la vivienda deba venderse en subasta ante la imposibilidad de división real de la cosa, nos planteamos si ese adquirente debe respetar o no el derecho de uso atribuido a uno de los excopropietarios.

⁸ En contra de esta opinión se encuentra MORALES IMBERNÓN, N., «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *ob. cit.*, págs. 117-119, afirmando que los cónyuges deben pedir, de común acuerdo, la división de la vivienda común, siendo por tanto de aplicación el artículo 96.4 del Código Civil, también en este supuesto de vivienda común y no exclusiva, basándose en que el derecho a pedir la división debe subordinarse al interés superior de la protección a la familia. Sin embargo, entendemos que si el derecho de uso es oponible al tercer adquirente, este interés y la protección familiar se salvaguardan.

La jurisprudencia ha sido bastante unánime a este respecto, y considera por regla general que el derecho de uso es, en este caso, oponible al adquirente y que debe respetarlo hasta su extinción⁹. En este sentido, la SSTS de 14 y 18 de enero de 2010 afirman que «el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único o en subasta consiguiente a la acción de división», y en la STS de 27 de febrero de 2012 además de confirmar que puede llevarse a cabo la acción de división por un copropietario, añade que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido al otro cónyuge, pues su interés se ha considerado más digno de protección.

Reproducimos el Fundamento séptimo de la STS de 18 de enero de 2010, por su claridad e importancia:

«La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar.

Otra cuestión distinta es la relativa a los posibles supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma. Ello obliga a distinguir distintas situaciones:

1.^a El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero, una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división [ver SSTS de 27 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999/9493), 4 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000/9323), 28 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/3040) y 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/2342), entre otras]. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o excónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios».

De estas sentencias y muchas otras parece deducirse con total claridad la oponibilidad del derecho de uso, y nada dicen acerca de la necesidad, siquiera, de inscripción del mismo en el Registro, aunque en varias de ellas sí se habla del conocimiento por el tercer adquirente. Podemos, entonces, considerar que a todas luces este derecho es oponible, es más, volvemos a una super oponibilidad, porque sin estar inscrito, parece afirmarse tal cualidad.

Nosotros entendemos que debería exigirse la inscripción de este derecho para dotarle de oponibilidad, tal y como ocurre con el resto de derechos reales, y evitar las dudas o conflictos que muchas veces han surgido. Entendemos que sería mucho mejor inscribir también en estos casos el derecho de uso atribuido a uno de los copropietarios, haciendo de esta forma indubitada su oponibilidad, y no contravieniendo el principio de inoponibilidad registral (art. 32 LH y 606 CC).

Es decir, creemos que aunque este es uno de los supuestos donde la DGRN tradicionalmente evita o desaconseja la inscripción del derecho de uso, por ser cotitular dominical el propio cónyuge atributivo, debería admitirlo, aconsejarlo

⁹ Véanse SSTS de 22 de diciembre de 1992; 14 de julio de 1994; 16 de diciembre de 1995; 3 de mayo de 1999; 28 de marzo de 2003; 26 de junio de 2007; 3 de diciembre de 2008; 14 y 18 de enero de 2010; 1 de abril de 2011 y 27 de febrero de 2012.

y exigirlo, pues es la forma de admitir la oponibilidad que al mismo le atribuye el Tribunal Supremo, sin que nos parezca desmesurada y contradictoria con nuestro ordenamiento y principios registrales.

En definitiva, el derecho de uso es oponible, pero la oponibilidad absoluta más allá de la de cualquier derecho real, aun pasando por encima de terceros adquirentes de buena fe —como afirma alguna desafortunada sentencia—, creo que no es razonable sostenerla. Pero, sin embargo, sí que comparto y creo que la inscripción en el Registro de ese derecho de uso le dota de la publicidad y oponibilidad necesaria que soluciona muchos de los conflictos planteados en la realidad, evitando la discusión de si debe ser oponible o no; siempre que esté inscrito, y se respeten los principios registrales, entiendo que sí.

Por todo ello, creemos que es buena la inscripción en el registro para conseguir o mejorar la oponibilidad o para ajustarla a derecho —tal y como se acaba de exponer— y esto, porque tal y como hemos ido adelantando, el derecho de uso no es solo una mera limitación de la facultad de disposición en el supuesto típico del artículo 96.4 sino, que también tiene un contenido de carácter positivo (uso ocupacional) que debe ser oponible en otros muchos casos.

III. SUPUESTOS DE INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. SUPUESTOS DE INSCRIPCIÓN

Según lo que se acaba de exponer, el derecho de uso debe ser oponible a terceros también en su vertiente positiva, y para ello es aconsejable su inscripción. De este modo, y de forma similar a cómo hace AGUIRRE FERNÁNDEZ¹⁰, podemos destacar los siguientes y distintos supuestos en los que parece recomendable la inscripción del derecho de uso para conseguir o mejorar su oponibilidad:

- a) Supuesto típico previsto por el artículo 96.4 del Código Civil: Titularidad dominical exclusiva de un cónyuge con uso atribuido al otro: En este caso, el derecho de uso a la vivienda tiene desde luego un contenido negativo pero también un contenido positivo. Es cuando no se duda de su inscripción y de la importancia de esta para su plena oponibilidad. La inscripción en estos casos no se duda, se permite y facilita, y ya hemos dicho cómo es mejor inscribir para conseguir la oponibilidad que no hacerlo; eso sí con oponibilidad sujeta, igual que cualquier otro derecho de eficacia real, a los principios y reglas registrales y de la ejecución.
- b) Cotitularidad ordinaria privativa de la vivienda, es decir, copropiedad de la vivienda para ambos cónyuges, o bien titularidad ganancial de la vivienda: La tesis tradicional mantiene que no es necesaria la inscripción del derecho de uso considerado únicamente desde una perspectiva negativa, pues simplemente por estar en comunidad, se necesitará el consentimiento de ambos copropietarios para realizar cualquier acto de disposición (copropiedad, sociedad de gananciales o comunidad post-ganancial); pero de nuevo, sí es conveniente la inscripción del derecho de uso como derecho de contenido positivo oponible al tercer adquirente

¹⁰ AGUIRRE FERNÁNDEZ, B., «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *ob. cit.*, págs. 1-8.

de la vivienda tras la enajenación en subasta subsiguiente a la división de la cosa común; así no quedaría duda de su oponibilidad.

De igual forma, si uno de los cónyuges pretendiera la enajenación de su cuota, como esta puede llevarse a cabo sin consentimiento de la otra parte, según normas generales de la comunidad de bienes, es conveniente que el adquirente de la cuota conozca el derecho de uso que grava o recae también sobre la misma, y para ello, nada mejor que la inscripción en el Registro.

- c) Titularidad privativa y exclusiva de la vivienda del cónyuge que es, además, titular del derecho de uso. No sería necesaria la inscripción del derecho de uso desde su perspectiva negativa, al coincidir la titularidad dominical y la del derecho de uso, pero sí puede ser interesante, una vez más, para destacar su contenido positivo, con respecto a su oponibilidad a un tercer adquirente, por ejemplo, en una subasta por apremio o embargo por deudas del titular. Como este derecho de uso, de origen no patrimonial, queda fuera de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y tiene una finalidad diferente y superior que es la protección de la familia, puede tener como consecuencia su exclusión de la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil, sin que el derecho de uso se vea afectado por esta circunstancia. Se garantiza, así, el derecho de uso de la residencia de la familia, y para ello, si se ha constituido e inscrito con anterioridad a este embargo, el adquirente queda afectado por el uso seguro.

- d) Si la vivienda es propiedad de un tercero: Puede ocurrir que se tenga la posesión del mismo en virtud de un contrato de arrendamiento, en estos casos, ya resueltos por el artículo 15 LAU, también sería interesante su inscripción para facilitar lo dispuesto en el precepto legal. Si por el contrario la vivienda pertenece a un familiar, normalmente padres del excónyuge que no tiene atribuido el uso, se considera que el titular del uso tiene la posesión en precario¹¹. En este caso, entendemos que no será ni necesaria, ni posible, la inscripción del derecho de uso, ni desde la vertiente negativa, como limitación a la facultad de disposición del artículo 96.4 del Código Civil, protegiendo la familia, ni para hacerlo oponible a un tercer adquirente, pues no puede inscribirse por falta de tracto (¿quién concede el derecho, unos terceros cuando es la sentencia la que lo constituye?)¹². Además, la jurisprudencia¹³, acertadamente, ha

¹¹ Ver numerosas sentencias que consideran posible la constitución del derecho de uso en este supuesto, y que son precaristas: «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» (SSTS de 29 de octubre, 30 de octubre, 13 de noviembre y 14 de noviembre de 2008, 14 de enero de 2010, 18 de enero de 2010 y 30 de abril de 2011).

¹² Sobre este tema, véase el completo estudio de CUADRADO PÉREZ, C., «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3149-3193.

¹³ Se ha afirmado en numerosas ocasiones que la sentencia por la que se le atribuiría el uso a la vivienda familiar, en su caso, no es un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial (SSTS de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010).

dicho que en este caso el derecho de uso no es oponible nunca a terceros, porque no puede generarse más derecho que el que ordinariamente se tenía sin que la sentencia, que atribuye el derecho de uso, sea título suficiente para generar un derecho oponible a esos terceros (titulares dominicales) que no han sido parte en el proceso de separación o divorcio.

- e) Inscripción constante matrimonio. Creemos que, incluso, cuando el matrimonio no se ha roto, y por tanto no ha «surgido» el derecho de uso de la vivienda familiar como derecho independiente, es conveniente inscribir este uso porque así se confirma la consideración de una vivienda como familiar, y por tanto, se facilita lo dispuesto en el artículo 1320.2 del Código Civil en relación con el artículo 91.1 RH¹⁴ y el supuesto del artículo 144 RH. Es decir, si el uso está inscrito sobre una vivienda, no hay duda de que esa es la vivienda familiar, y sería más difícil que uno de los cónyuges dispusiera de la misma sin el consentimiento del otro. De este modo se facilita o evita el que el cónyuge disponente hubiera hecho una manifestación errónea del carácter de la vivienda familiar. Si el uso, y por lo tanto el carácter familiar de la vivienda, está inscrito, no podría alegarse la buena fe del adquirente, y la mala manifestación del disponente.

Muy parecido ocurre con lo dispuesto en el artículo 144.5 RH, relativo al embargo de la vivienda familiar. Cuando la vivienda familiar embargada pertenezca en exclusiva a alguno de los cónyuges, y del Registro resulte el carácter de vivienda habitual del bien embargado, el Registrador suspenderá la práctica del asiento hasta que no se le acredite que no se trata de la vivienda familiar o que se ha producido la notificación del embargo al cónyuge no titular, conforme al artículo 144.5 RH (RRDGRN de 13 de junio de 1998, 25 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000 y 9 de marzo de 2000). De este modo, si ya consta inscrito el uso y el carácter familiar de la vivienda, no sería necesario esperar a la acreditación de tal extremo.

Por tanto, en todos estos supuestos, donde realmente hay derecho de uso de la vivienda (en sentido positivo y negativo), creemos conveniente y necesaria su inscripción. Necesaria para su oponibilidad, y conveniente para no quebrantar nuestros principios registrales, limitando, en consecuencia, dicha oponibilidad a los principios de prioridad y fe pública.

Y la DGRN ha impedido su inscripción por falta de tracto (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007).

¹⁴ Artículo 91.1 RH: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario, para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges, que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

Artículo 1320 del Código Civil: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

2. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN

Vamos a analizar ahora cómo debe inscribirse este derecho de uso en el Registro de la Propiedad, limitándonos a ampliar lo ya dicho en otro trabajo de esta REVISTA¹⁵:

- Título para inscribir: El documento público necesario para su inscripción será la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador, o en su defecto, en la que se establezca directamente la atribución de este derecho conforme al artículo 96 del Código Civil. La DGRN ha afirmado también que el testimonio judicial por el que se acredita el convenio y que este ha sido aprobado por sentencia que acuerda la separación (RDGRN de 19 de julio de 2011) también es título bastante para inscribir el derecho de uso.

- Asiento registral: La forma de inscribir este derecho puede ser, en primer lugar y tal y como afirma MONTERO AROCA¹⁶, a través de una anotación preventiva que recoja la medida previa o preventiva, adoptada conforme al artículo 103.2 del Código Civil¹⁷ —por tanto, anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo—. Aunque no sabemos si este asiento sería el más adecuado para la inscripción.

Una vez consolidado este derecho y atribuido por sentencia judicial, desde luego, puede llegar al Registro a través de una nota marginal, que recoja las limitaciones que afectan a la facultad de disposición del titular (art. 96.2 RH)¹⁸.

Pero, sin embargo, y como argumento a favor de que el derecho de uso es más que una mera limitación dispositiva, este derecho ya constituido por la sentencia judicial de aprobación del convenio puede llegar al Registro a través de un asiento de inscripción, como de hecho ocurre. Por lo tanto, es algo más que una limitación de la facultad de disposición, tiene un contenido positivo propio que lo hace acreedor de su asiento de inscripción.

- Tracto sucesivo: Igualmente, la inscripción de este derecho implica el cumplimiento del principio de tracto sucesivo, lo que impide, como ya hemos dicho antes, la inscripción del mismo cuando el titular de la vivienda sea persona que no fue parte en el procedimiento judicial en el que se constituyó (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007). Esto impide claramente la inscripción del derecho de uso cuando los cónyuges poseyeran como meros precaristas la vivienda familiar, o incluso como comodatarios, al resolverse este derecho personal con el vínculo conyugal y continuar en la misma a título de precario. Este derecho al uso, sin título alguno, dependiente

¹⁵ Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso: Su inscripción en el Registro de la Propiedad», *ob. cit.*

¹⁶ Véase MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 256-261.

¹⁷ Artículo 103.2 del Código Civil: «Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos, las medidas siguientes:

2.^a Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...».

¹⁸ Artículo 96.2 RH: «Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal».

de la voluntad de los propietarios de la vivienda, no puede constituirse por la sentencia judicial, sin más, que no sirve en este caso de título para constituir un derecho distinto de aquel del que procedía, sin que los verdaderos titulares registrales constituyan el derecho, y por tanto, con una falta evidente de tracto sucesivo.

- Especialidad registral: A pesar de que no es un verdadero derecho real, por lo que «respecto a tal derecho de uso no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen a la inscripción de los derechos reales» (RDGRN de 5 de junio de 2008), su posibilidad de inscripción, lo somete también, al principio de especialidad registral, y por eso, entendemos que debe definirse con claridad:

- a) La naturaleza y extensión del derecho que se inscribe conforme al artículo 51.5.^a y 6.^a RH, aunque esta precisión basta con que quede clara en la resolución que lo autoriza, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN de 5 de junio de 2008 y 20 de febrero de 2004).
- b) Aunque no es necesario señalar el plazo exacto de duración de este derecho, por no ser propiamente un derecho real, siempre tiene un plazo máximo: el de la vida del cónyuge a quien se atribuye o de los menores de edad (RDGRN de 20 de febrero de 2004), por lo que siempre cumplirá este requisito formal. Recordemos que no puede limitarse por pacto su duración determinada, al ser un derecho en protección familiar, pues esa duración determinada iría en perjuicio de los menores que podrían perder el derecho de uso. La DGRN ha señalado que la peculiar naturaleza familiar de este derecho exige que tenga una duración determinada aunque variable (RRDGRN de 18 de noviembre de 2009, 14 de mayo de 2009 y 19 de julio de 2011).
- c) La tesis tradicional, tanto del TS como de la DGRN, es que se trata de un derecho cuyo titular es el cónyuge a cuyo cargo permanecen los hijos, bastando por tanto que se inscriban a nombre de este, sin que sea necesario especificar el nombre de los hijos que son meros beneficiarios. En este sentido, la RDGRN de 27 de agosto de 2008, dice que «no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios pero no titulares del derecho» (igualmente RRDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007, 5 de junio de 2008, 27 de agosto de 2008, 10 de octubre de 2008, 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009, 1 de marzo de 2011 y 19 de julio de 2011).

Esta resolución disocia claramente entre el interés protegido por el derecho —el interés familiar y facilitar la convivencia entre los hijos y el cónyuge que tiene su custodia—, y la titularidad del mismo que se otorga únicamente al cónyuge bajo cuya custodia quedan, ya que basta con solo su consentimiento para remover la limitación a la disposición de la vivienda. Por lo tanto, entiende esta resolución que no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, «que son beneficiarios pero no titulares», y afirma que basta que el cónyuge beneficiario del uso dé su consentimiento, para que pueda disponerse, enajenarse, la vivienda por el otro cónyuge titular de la misma.

Sin embargo, parece que se inicia un cambio a este respecto por la DGRN. La reciente RDGRN de 19 de mayo de 2012 introduce

una nueva posibilidad, sin excluir la anterior, que es la posibilidad de inscribir el derecho de uso a nombre de los hijos. Es posible, si así se ha establecido por los cónyuges en el convenio regulador, que los titulares del derecho de uso sean los hijos menores, y no el otro cónyuge. Si el juez así lo ratifica en su sentencia de aprobación del convenio, considera la DGRN que estos son los titulares del derecho, y a su nombre concreto y específico corresponde entonces inscribirlo. De hecho el propio artículo 96 del Código Civil otorga el uso a «los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», previendo esa posibilidad, y el artículo 90 del Código Civil recoge un contenido mínimo del convenio regulador, siendo posible, por tanto, si no se perjudica a los menores establecer más acuerdos por los cónyuges, que pueden ser aprobados por el juez. Nada obsta, entonces a ese pacto por el que se atribuya el derecho de uso a los hijos, y que en consecuencia se pueda inscribir. Entonces, habrá que hacer constar en el Registro las circunstancias identificativas de cada uno de los hijos, dando cumplimiento de este modo a lo prescrito por los artículos 9.4 LH y 51.9 RH, pues su especial naturaleza de derecho familiar no le excluye del principio de determinación registral.

No nos parece desacertada esta resolución, pues, en efecto, la especial naturaleza y finalidad de este derecho (la protección de la familia y el interés más necesitado de protección) hace posible que se atribuya el derecho de uso a los hijos directamente, y por tanto se pueda inscribir. Se puede evitar, así, algún pacto entre los progenitores por el que se tratara de dejar, a los realmente protegidos por la norma, sin vivienda familiar; aunque, en contra, hay que señalar las enormes dificultades que esto puede suponer en orden a la capacidad para disponer la vivienda por los hijos menores.

IV. CONCLUSIONES

El derecho de uso de la vivienda familiar tiene una especial naturaleza y características a medio camino entre los derechos patrimoniales y familiares. De este modo, no puede olvidarse que dos son las ideas motrices de este derecho: la necesidad de protección de los hijos menores o al cónyuge más desprotegido en su caso, y la utilización de una vivienda concreta —la familiar—.

Pero, además, el contenido del derecho de uso tiene una doble vertiente: a) negativo: como mera limitación a la facultad de disposición del cónyuge titular de la vivienda; b) positivo: integrado por las facultades de uso, y ocupación similares a las de un derecho real.

Este doble contenido, hace que deba ser oponible, no solo como limitación de disponer, sino también como derecho con contenido patrimonial positivo que puede y debe afectar a terceros adquirentes.

En concreto, esta oponibilidad del contenido positivo se comprueba en dos situaciones: adquisición por terceros de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso como consecuencia de una ejecución hipotecaria, y como consecuencia de la división de la cosa común.

En ambos casos el tercer adquirente debe respetar el derecho de uso ya establecido con anterioridad, respetando siempre los principios hipotecarios de prioridad y fe pública, así como los de la ejecución.

El derecho de uso es por tanto oponible, pero esa oponibilidad está limitada o sometida a los principios de nuestro ordenamiento. No abogamos por una super oponibilidad del derecho de uso en cualquier situación, a modo de una carga oculta, o similar a una hipoteca legal tácita, salvo que así lo dispusiera el legislador en aras al interés protegido.

Para favorecer y ordenar su oponibilidad creemos que es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad; de este modo se promueve su oponibilidad frente a terceros dentro de un orden registral. Eso sí, abogamos por ampliar los supuestos de inscripción de este derecho para conseguir esa finalidad.

La inscripción de este derecho debe hacerse a través de un asiento de inscripción, lo que corrobora su contenido positivo, en virtud de sentencia judicial de separación o divorcio, y respetando el principio de especialidad y tracto sucesivo, y a favor del cónyuge titular, aunque últimamente parece permitirse que se inscriba a nombre de los hijos, en aras de su carácter especial de derecho familiar.

En definitiva, es un derecho muy especial con rasgos propios que lo sitúan al margen de cualquier clasificación ordinaria de los derechos, pero que puede someterse a los principios registrales, en orden a limitar y ordenar su oponibilidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, J.: «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley*, núm. 7378, abril de 2010, año XXXI, págs. 1-8.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3435-3666.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 41-44.
- CUADRADO PÉREZ, C.: «Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 734, págs. 3149-3193.
- CUENA CASAS, M.: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia* [IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.)], tomo III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2012.
- ESPÍAU ESPÍAU, S.: «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», en *PPU*, Barcelona, 1992.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518-2524.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- LÓPEZ FRÍAS, A.: «El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 729, págs. 111-136.
- MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 256-261.
- MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xuridica Galega*, núm. 33, 2001, págs. 91-119.
- O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1.
- RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ROCA TRIÁS, E.: «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en AA.VV.: *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

SSTS

- 22 de diciembre de 1992.
- 14 de julio de 1994.
- 31 de diciembre de 1994.
- 16 de diciembre de 1995.
- 4 de abril de 1997.
- 3 de mayo de 1999.
- 27 de diciembre de 1999.
- 4 de diciembre de 2000.
- 28 de marzo de 2003.
- 8 de mayo de 2006.
- 26 de junio de 2007.
- 30 de octubre de 2008.
- 13 de noviembre de 2008.
- 14 de noviembre de 2008.
- 3 de diciembre de 2008.
- 14 de enero de 2010.
- 18 de enero de 2010.
- 1 de abril de 2011.
- 30 de abril de 2011.
- 27 de febrero de 2012.

RRDGRN

- 13 de junio de 1998.
- 25 de octubre de 1999.
- 25 de febrero de 2000.
- 29 de febrero de 2000.
- 9 de marzo de 2000.
- 17 de diciembre de 2002.
- 18 de diciembre de 2003.
- 20 de febrero de 2004.
- 3 de junio de 2006.
- 6 de julio de 2007.
- 19 de septiembre de 2007.
- 5 de junio de 2008.
- 27 de agosto de 2008.
- 10 de octubre de 2008.
- 14 de mayo de 2009.
- 18 de noviembre de 2009.
- 10 de octubre de 2010.
- 1 de marzo de 2011.
- 19 de julio de 2011.
- 19 de mayo de 2012.
- 31 de marzo de 2000.

SAP

- Islas Baleares, de 20 de mayo de 1999.
- Madrid, de 29 de mayo de 2010.

RESUMEN

DERECHO DE USO
DE LA VIVIENDA FAMILIAR
OPONIBILIDAD E INSCRIPCIÓN

El derecho de uso de la vivienda familiar por su peculiar naturaleza y contenido en el que confluyen elementos patrimoniales y también del Derecho de Familia produce unos efectos especiales. Entre ellos, consideramos que es un derecho que debe ser oponible erga omnes, y por tanto conocido por todos, pues debe afectarle sobre todo a terceros adquirentes de la vivienda a la que se atribuye tal uso. Por ello, analizamos en el presente trabajo cuándo y en qué ocasiones el derecho de uso de la vivienda familiar es o debe ser oponible, y por lo tanto, cuándo debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para facilitar dicha oponibilidad, ampliando los, hasta ahora, tradicionales supuestos de inscripción del derecho de uso y los requisitos de la misma.

ABSTRACT

RIGHT TO USE THE FAMILY HOME
ENFORCEABILITY AND
REGISTRATION

The right to use the family home is an unusual one; it contains elements of property law and family law, which combine to give it special effects. One such effect is that it is a right that must be enforceable erga omnes and therefore known to all. Above all it will affect any third party who purchases or otherwise acquires the home at issue. When and on what occasions is the right to use the family home enforceable, and when ought it to be enforceable? When, therefore, should the right be registered to facilitate enforceability? The hitherto traditional assumptions regarding registration of the right of use and the requirements involved should be expanded upon.