

El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar

por

ANA LÓPEZ FRÍAS

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. HIPOTECA *VERSUS* DERECHO DE USO.
 - 1. USO ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.
 - A) *Impugnación del acto de enajenación.*
 - B) *Ejecución hipotecaria: ¿subsistencia del uso?:*
 - a) Uso no inscrito.
 - b) Uso inscrito.
 - 2. USO POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.
- III. EMBARGO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DERECHO DE USO.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO

El derecho de uso de la vivienda asignado a uno de los cónyuges en sentencia de nulidad, separación o divorcio entra a veces en conflicto con los derechos que sobre ese inmueble pueda ostentar un tercero. Tal colisión apenas ha recibido atención en el Código Civil. Únicamente encontramos una referencia normativa

relacionada en parte con este tema en el párrafo 4.º del artículo 96, cuando establece que para disponer de la vivienda familiar cuyo uso se haya asignado al cónyuge no titular será necesario el consentimiento de ambas partes o, en su defecto, autorización judicial.

Al margen de las dificultades de interpretación que ha suscitado este apartado, lo cierto es que la casuística práctica ha desbordado tan breve previsión del legislador (1). De ello son reveladores los numerosos litigios que han surgido con motivo de la hipoteca o del embargo de una vivienda cuyo uso corresponde al cónyuge no propietario tras la crisis matrimonial. Se suscita en estos pleitos el problema de determinar en qué situación queda el derecho de uso al producirse la ejecución forzosa de la finca: si es o no oponible al adjudicatario, si se mantiene o se extingue al cambiar la titularidad del inmueble como consecuencia del procedimiento de ejecución. La pregunta es, al mismo tiempo, en qué casos debe respetar el adjudicatario la ocupación del inmueble, y cuándo puede, por el contrario, instar legítimamente el desalojo de quienes lo habitan.

No solo la ausencia de una regulación específica sobre esta cuestión hace que sean complejas las relaciones entre el derecho de uso de la vivienda y los derechos derivados de la hipoteca o del embargo. También incide muy significativamente a este respecto la circunstancia de que nos encontramos ante una figura conceptualmente «incómoda» que resulta difícil de encuadrar en las categorías existentes. Esa dificultad se explica, entre otras razones, por la doble dimensión (familiar y patrimonial) del derecho de uso, así como por el hecho de que la situación jurídica previa del inmueble sobre el que recae varía según los casos. Nos referimos a que la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges o a uno solo; o bien puede ser propiedad de un tercero, y en este caso cabe que se trate de un inmueble arrendado o también que haya sido cedido gratuitamente por el dueño y ocupado por la familia en precario. Tal diversidad de situaciones en relación con la titularidad o goce de la vivienda hace más difícil reconducir el derecho de uso a una determinada institución que actúe como fuente normativa en las materias en las que carece de regulación propia.

Pero el presente trabajo no va a centrarse en la tan estudiada naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, sobre la que, como se ha dicho, han corrido «ríos de tinta» (2). Su propósito es mucho más concreto y también

(1) Subraya MARTÍN MUÑOZ, A. («El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 44, 2009, pág. 65) cómo esa abundante casuística contrasta con la juventud legal del derecho que nos ocupa (1981) y con su orfandad de posterior desarrollo legislativo.

(2) La expresión es de PÉREZ UREÑA, A. A., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad, a la luz de la jurisprudencia registral», en *El consultor inmobiliario*, núm. 98, febrero de 2009, La Ley digital 30/2009. Y, efectivamente, la bibliografía sobre el tema es muy abundante. Vid., entre otros muchos autores, CERVILLA GARZÓN, M. D., «La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular», Marcial Pons, 2005,

más modesto: buscar una respuesta al conflicto apuntado que surge con motivo de la hipoteca o del embargo de la vivienda cuando el deudor es el cónyuge no titular del uso. Ello implica que quedan fuera del estudio los supuestos en que la casa se ha ocupado en la fase de normalidad matrimonial en virtud de un arrendamiento, un comodato o un precario, es decir, los casos en que la vivienda no pertenece a ninguno de los esposos. Porque en esas hipótesis no se plantea el problema que se pretende explicar, aunque sí puedan surgir otros debates (3).

págs. 41 y sigs.; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, 1995, págs. 503 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, julio de 1996, págs. 1694 y sigs.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pág. 2519 y sigs.; JUANES PECES, A., y GALVÁN ARIAS, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *BCNR*, enero de 1993, págs. 16 y sigs.; LUCINI CASARES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos de disposición sobre la misma», en *RCDI*, núm. 596, 1990, págs. 99 y sigs.; LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, 2002, págs. 22 y sigs.; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular en sentencia de nulidad, separación o divorcio como derecho personal», en AA.VV. (coordinador: LLAMAS POMBO): *Estudios de Derecho de Obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso*, tomo II, La Ley, 2007, págs. 249 y sigs.; DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, 2006, págs. 2371 y sigs.; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, 2003, págs. 110 y sigs.

(3) Por ejemplo, el problema que aparece cuando los dueños de una vivienda la ceden gratuitamente a su hijo casado para que habite en ella con su familia, y después, tras la crisis del matrimonio, se atribuye el uso del inmueble a la exnuera. Se suscita entonces la pregunta de si los propietarios de la casa pueden recuperar la posesión de la misma. La STS de 2 de octubre de 2008, seguida por otras posteriores (SSTS de 29 de octubre, 30 de octubre, 13 de noviembre y 14 de noviembre de 2008, 30 de abril de 2011, entre otras), fija al respecto como doctrina jurisprudencial la siguiente: «*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*». En consecuencia, cuando se produce la nulidad, separación o divorcio de los poseedores del inmueble, sus propietarios pueden recuperarlo en cualquier momento, ejercitando la acción reivindicatoria o recurriendo al denominado desahucio por precario. Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008», en *CCJC*, núm. 80, ref. 2120, pág. 677 y sigs., y «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar», en *RDP*, 2008, núm. 2, págs. 13 y sigs.; y COSTAS RODAL, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, núm. 5/2010, BIB 2010/1501. El criterio del Supremo sobre este tema es también el que se ha acogido en el artículo 233-21 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, al disponer que «si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución del uso acaban cuando este reclama su restitución».

Delimitado, pues, el objeto de estas páginas, y aun queriendo eludir las disquisiciones sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso, es obligado adoptar una determinada postura en torno a su configuración y alcance en los supuestos que sí entran en el presente trabajo. Postura necesaria como punto de partida para después poder exponer la interacción del uso con el embargo o la hipoteca de la vivienda.

A este respecto, se considere propiamente un derecho real o bien se le denomine como derecho de carácter familiar, según prefiera en los últimos tiempos la jurisprudencia, lo cierto es que el derecho de uso supone una limitación del dominio pues restringe las facultades de libre disposición y de goce o utilización que corresponden al propietario de la vivienda. Desde esta perspectiva, puede entenderse que constituye una carga que recae sobre el inmueble y que, como tal carga o gravamen, ha de tener eficacia frente a terceros. De hecho, afirman esa eficacia del uso más allá de los cónyuges numerosas sentencias, se pronuncien o no sobre la naturaleza del derecho que nos ocupa, añadiendo seguidamente su posible inscripción en el Registro de la Propiedad (4).

Sin embargo, la afirmación de la trascendencia real del derecho de uso no resuelve por sí sola todas las situaciones de colisión del mismo con los derechos que pueden derivar de un procedimiento de ejecución sobre la vivienda. Hay que precisar cuáles son, en este ámbito, los requisitos, los límites o las excepciones de la oponibilidad frente a terceros de la ocupación familiar tras la crisis del matrimonio. Ese es el propósito de los siguientes epígrafes.

II. HIPOTECA *VERSUS* DERECHO DE USO

La conexión del derecho de uso y la hipoteca sobre la vivienda familiar y, más concretamente, el análisis de cuándo ha de prevalecer un derecho sobre

(4) Vid., entre las más recientes sentencias del Supremo, las de 4 de enero de 2010, 18 de enero de 2010, 8 de octubre de 2010 y 22 de noviembre de 2010. La posibilidad de inscripción está consolidada en la práctica y de ella no se duda en la doctrina actual. Sobre el fundamento y los requisitos de esta inscripción, vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *La especial naturaleza del derecho de uso...*, cit., pág. 2522 y sigs.; y MARTÍN MUÑOZ, A., *El derecho de uso de la vivienda familiar...*, cit., págs. 71 y 7; así como las Resoluciones de la DGRN de 25 de octubre de 1999 y 19 de septiembre de 2007. Esta última afirma: «el derecho de uso, si bien de naturaleza, personal o real, discutida, limita las facultades dispositivas del propietario de la finca (art. 96 del CC), por lo que incuestionablemente merece la protección registral. Con ello se evita la aparición de eventuales terceros que, ante la falta de inscripción del uso, invoquen la protección que dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». En cuanto a los requisitos necesarios para la inscripción, apunta esta resolución los siguientes: reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial, atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda e inscripción registral del inmueble a favor del otro cónyuge (si lo estuviera a favor de un tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio solo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros).

el otro va a depender de distintas circunstancias, y la primera de ellas es el momento de su constitución. Se trata de un elemento inicial pero básico para decidir cómo se resuelve el posible conflicto entre el interés del acreedor hipotecario o del adjudicatario y el del cónyuge que habita en la vivienda hipotecada.

El momento en que surge al mundo jurídico la hipoteca está claro, pues, tratándose de un derecho de constitución registral, solo existe como tal desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, ¿cuándo nace el derecho de uso?

Frecuentemente se parte de la base de que es la sentencia de nulidad, separación o divorcio la que origina el derecho que estudiamos. Pero, como ya han explicado otros autores (5), no tiene por qué ser así. Cabe entender que el derecho de uso existe desde que se acuerda en el convenio regulador de fecha fehaciente o bien desde que la autoridad judicial lo atribuye a uno de los cónyuges en las medidas provisionales (art. 103 CC) o previas (art. 104), es decir, antes de que el proceso culmine o incluso antes de iniciarse. Ello sin perjuicio de que el acuerdo de los cónyuges deba ser homologado o la medida procesal ratificada en la correspondiente sentencia definitiva y firme para que se consolide la facultad de ocupar el hogar familiar tras la crisis del matrimonio.

En todo caso, el nacimiento del derecho de uso *ex* artículo 96 no implica de forma automática que sea oponible a titulares posteriores de derechos sobre el inmueble. La oponibilidad del uso frente a terceros es un problema adicional al de la determinación de su fecha de nacimiento. Esa oponibilidad depende no solo de que la ocupación de la vivienda sea anterior a la garantía hipotecaria, sino también de otras variables, como la inscripción o no del derecho de uso y la buena o mala fe del sujeto frente al que se pretende hacer valer.

1. USO ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

Una vez que hemos identificado cuándo nacen los posibles derechos en conflicto, nos vamos a plantear como primera hipótesis aquella en la que el propietario de la vivienda la hipoteca cuando ya se ha producido la crisis matrimonial y se ha atribuido el uso de la misma al otro cónyuge (6). Aludiremos a dos cuestiones: la posible impugnación del gravamen constituido y, de no producirse esa impugnación, las consecuencias de la ejecución sobre el derecho de uso.

(5) Vid. CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., pág. 99, y MONDÉJAR PEÑA, M. I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000», en *Rev. D. Patr.*, núm. 8 (2002-1), pág. 442.

(6) El hipotecante puede ser el dueño de la totalidad del inmueble o bien puede tratarse de una vivienda perteneciente a los cónyuges en comunidad ordinaria, hipotecando quien no tiene el derecho de uso su mitad indivisa.

A) *Impugnación del acto de enajenación*

La válida realización del acto de constitución de la hipoteca exige, por aplicación del artículo 96.4 del Código Civil, el consentimiento del titular del uso, como también es necesaria la conformidad de ambos cónyuges, conforme al artículo 1320, para realizar actos de disposición en las situaciones de estabilidad matrimonial. Ahora bien, cuando está separado o divorciado quien pretende hipotecar por sí solo una vivienda de su propiedad, hay que preguntarse si debe manifestar en la escritura el carácter no familiar del inmueble, lo que equivale a plantear si, habiéndose producido la separación o el divorcio, resulta de aplicación el artículo 91 RH, que sí exige esa manifestación negativa por parte de quien dispone unilateralmente estando vigente su matrimonio.

La RDGRN de 31 de marzo de 2000 afirma que el dueño de una vivienda, de estado civil separado, puede hipotecarla sin que preste su consentimiento el excónyuge, siempre que no esté inscrito a favor de este último un derecho de uso. Y lo hace en un caso en el que el hipotecante omitió una manifestación clara sobre la situación de la finca. De ahí se deduce que el criterio de esta resolución es no exigir tal pronunciamiento para la inscripción de la hipoteca, criterio que actualmente se mantiene en la práctica registral.

En todo caso, y al margen de la cuestión apuntada, lo cierto es que cuando el derecho de uso existe y su titular no ha consentido la constitución de la garantía, este acto de enajenación puede ser impugnado por quien ocupa la vivienda (7). Surge entonces otro interrogante de interés: si el uso no está inscrito en el Registro de la Propiedad, ¿puede alegar el acreedor hipotecario que es un adquirente de buena fe y que debe ser mantenido en su derecho a pesar de la impugnación?

Se suscita esta cuestión en la SAP de Granada de 17 de julio de 2009, en un supuesto en el que el dueño de la vivienda manifiesta en la escritura de constitución de la hipoteca que es soltero, cuando en realidad estaba separado judicialmente y el uso del hogar familiar había sido adjudicado a su mujer y a sus hijos menores de edad. La Audiencia pone en conexión el artículo 96.4 con el 1320.2 del Código Civil («la manifestación falsa o errónea del disponente

(7) LUQUE TORRES, G. (*Crisis matrimoniales...*, cit., pág. 77) afirma que si el uso está inscrito y el acto de disposición es posterior, no es preciso el consentimiento del ocupante ya que no está en peligro su derecho, lo que implica que el negocio no es impugnabile si falta ese consentimiento. En cambio, otros autores (MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *El uso de la vivienda familiar...*, cit., pág. 296; y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pág. 153) consideran exigible el doble consentimiento en todo caso, conste o no conste tabularmente el uso. La Resolución de 31 de marzo de 2000 implícitamente se pronuncia en este último sentido.

sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe») y se centra en analizar si la entidad bancaria conoció o pudo conocer el derecho de uso de la recurrente, es decir, si adquirió o no su derecho de buena fe. La conclusión a la que llega es que el acreedor hipotecario sí pudo haber conocido, con la diligencia adecuada al caso, la crisis del matrimonio y la situación de la vivienda familiar (8), por lo que no le ampara el artículo 1320.2 y procede decretar la nulidad de la escritura de constitución de la hipoteca.

Sin embargo, aun estando de acuerdo con la decisión final que adopta esta sentencia, hay que advertir que la forma de proceder en su argumentación choca con la opinión de la doctrina mayoritaria, que limita la aplicación del citado artículo 1320.2, incluido en el régimen matrimonial primario, a los actos de disposición del hogar conyugal realizados en situación de estabilidad del matrimonio: la doctrina dominante no lo considera aplicable cuando tiene lugar la nulidad, separación o divorcio (9). Se han esgrimido en este sentido distintas razones, entre las que destaca el carácter excepcional de dicha norma, la cual mantiene en su adquisición a un sujeto que es parte en un negocio anulable. En nuestro sistema, la regla es que la buena fe (unida a otros requisitos) puede dar lugar a la protección de quien es tercero en relación con un contrato nulo o anulable, pero lo que no se admite es que quien presta su consentimiento en el mismo contrato impugnabile pueda invocar a su favor la buena fe como remedio para evitar que la impugnación prospere, ni siquiera en los casos en que el transmitente es titular registral (art. 33 LH). Por tanto, no existiendo en el artículo 96 una norma similar a la del artículo 1320.2, y constituyendo este precepto una regla de excepción en nuestro Ordenamiento, no cabe trasponerla a un ámbito distinto de aquel para el que el legislador la ha establecido (10).

(8) Llega a tal conclusión por la existencia previa de relaciones comerciales entre el Banco y el matrimonio que después se separó, así como por el hecho de que la entidad tasadora del inmueble comunicó a la institución bancaria que la vivienda se encontraba ocupada por «familiares» del disponente que no le permitieron acceder a la misma.

(9) Vid. CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., págs. 73 y sigs.; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit., págs. 550 y 551; LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *Jurisprudencia patrimonial comentada. 1995-1998*, Centro de Estudios Registrales, 1999, pág. 977; LUCINI CASARES, A., *La vivienda familiar en el régimen del Código Civil...*, cit., pág. 95; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular...*, cit., págs. 276 y 277; y «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, 1-15 de noviembre de 2009, La Ley Digital 4975\2005.

(10) Es entonces claro que quienes habitan la vivienda reciben un trato diferente en los supuestos de normalidad matrimonial en relación al que tienen cuando se ha producido la ruptura de los cónyuges: el núcleo familiar queda más protegido en este último caso frente a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular. Esa diferencia parece conscientemente querida por el legislador, seguramente con la idea de extremar la protección del derecho a

Lo anterior significa que en la sentencia de la Audiencia de Granada antes referida no habría sido necesario entrar a discutir la buena o mala fe de la entidad prestamista para decretar la ineficacia de la hipoteca constituida sobre la vivienda sin consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Porque en ambas circunstancias puede este cónyuge que ocupa el inmueble hacer valer la limitación de la facultad dispositiva del dueño que establece a su favor el artículo 96.4. O dicho con otras palabras: haya o no haya buena fe del acreedor hipotecario, la constitución de la garantía es anulable (11).

Situación diferente es la que se da cuando el titular del uso impugna la hipoteca y la finca es ejecutada estando pendiente de resolución el juicio sobre la ineficacia de la garantía. ¿Alcanzará el resultado del mismo al adjudicatario? Lo que aquí se plantea es si la nulidad de la hipoteca perjudica al adquirente en la subasta, quedando sin efecto su adquisición. Y la respuesta será negativa siempre y cuando, conforme a las reglas generales de la fe pública registral, dicho adquirente sea un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH. Por consiguiente, la nulidad sí afectará al adjudicatario que no es un tercero sino el propio acreedor hipotecario y al que, aun siendo tercero, conozca o pueda conocer que la hipoteca se ha constituido sin el consentimiento del titular del uso. Así ocurre, por ejemplo, si se ha anotado tempestivamente en el Registro la demanda de nulidad, en cuyo caso queda enervado el juego de la fe pública, de forma que tanto la hipoteca como la transmisión dominical que trae causa de ella resultará ineficaz.

permanecer en la vivienda frente a posibles actuaciones fraudulentas de su propietario, que en muchos casos no tiene buena relación con su excónyuge. Ello no obstante, algunos autores consideran criticable ese régimen distinto de tutela del domicilio familiar según se haya o no producido la nulidad, separación o divorcio. Cfr. ALGARRA PRATS, E., «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pág. 121 y sigs.

(11) Un criterio distinto, equivocado a nuestro juicio, sigue la SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2003, que, en un supuesto muy similar al que nos ocupa, da la consideración de tercero hipotecario al Banco, cuando es claro que este no puede ampararse en la fe pública registral siendo parte del contrato anulable. En cambio, mantiene la misma posición que la Audiencia de Barcelona, CERVILLA GARZÓN, M. D. (*op. cit.*, págs. 75 y 76), al afirmar que, aunque el adquirente de buena fe no puede acogerse al artículo 1320.2, sí puede quedar protegido frente a la acción de anulabilidad por la normativa hipotecaria. En todo caso, hay que aclarar que la sentencia mencionada fue dictada antes de que entrase en vigor la Ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 233-25 establece que «el propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso».

B) *Ejecución hipotecaria: ¿subsistencia del derecho de uso?*

a) *Uso no inscrito*

Supongamos ahora que el titular del uso (que carece de reflejo registral) no impugna la garantía hipotecaria, el propietario de la vivienda no paga el préstamo y se produce la ejecución de la hipoteca, adjudicándose el inmueble en subasta al mejor postor. Esta enajenación no es de los actos dispositivos que puede atacar el cónyuge que no ha consentido. Estamos ante una enajenación forzosa por impago de una deuda del dueño cuya validez no depende del consentimiento del deudor ni de su cónyuge o excónyuge (12). La cuestión es entonces si, una vez que el inmueble ha cambiado de propietario, subsiste el derecho de uso que no se inscribió pero que es anterior a la constitución de la hipoteca (13).

Para resolver esta pregunta debemos tener en cuenta que el derecho de uso no ha sido configurado por el legislador como un derecho «blindado» frente a las vicisitudes por las que puede atravesar la titularidad del hogar familiar (sobreprotección que, en cambio, sí se da en el arrendamiento de vivienda durante los primeros cinco años). La tutela específica del uso se contempla en el tan citado artículo 96.4 del Código Civil, pero, más allá de esa previsión, habrá que recurrir a las reglas generales relativas a la colisión de derechos sobre bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad (14). Ello supone que si el derecho de uso no se ha inscrito, el tercero que adquiera cualquier derecho real sobre la finca puede quedar indemne frente al uso en base al artículo 32 LH, es decir, al inscribir de buena fe su adquisición onerosa. Pero adviértase que la adquisición protegida puede tener por objeto un derecho real limitado como es la hipoteca: el acreedor hipotecario, si es de buena fe, no debe verse perjudicado por lo no inscrito. Ciertamente que la entidad prestamista es parte en el negocio dispositivo (hipoteca) y, como hemos dicho antes, resultará afectada por su impugnación en caso de que se produzca. Pero si la anulación no tiene lugar,

(12) Vid. STS de 18 de febrero de 1995. La limitación a la facultad de disponer que resulta del artículo 96.4 del Código Civil se refiere, al igual que la establecida en el artículo 1320.1, a los actos dispositivos de la vivienda realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no impide el embargo ni la ejecución hipotecaria del hogar familiar para satisfacer el derecho de los acreedores. Vid., igualmente, DE LA PUENTE ALFARO, F., *La protección de la vivienda familiar...*, cit., pág. 2366, y LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales...*, cit., pág. 93.

(13) Obsérvese que ahora planteamos la oponibilidad del uso frente al adjudicatario, mientras que en el epígrafe anterior nos hemos referido a la oponibilidad a dicho sujeto de la nulidad de la hipoteca, si la impugnación de la garantía se produce. Son, por tanto, dos cuestiones distintas.

(14) Cfr. CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar...*, cit., págs. 97-99; y MONDÉJAR PEÑA, M. I., *Oponibilidad al adquirente judicial...*, cit., págs. 447 y 448.

el negocio queda confirmado y la cuestión deviene otra: la eventual oponibilidad del uso frente a terceros, entre los que está el acreedor hipotecario, quien sí es tercero en relación a la atribución de ese derecho, por lo que, reuniendo los requisitos necesarios, podrá ampararse en la fe pública registral.

Lo que sucede es que el problema de la oponibilidad del uso no se suele plantear cuando la hipoteca está constituida pero la vivienda no ha cambiado de propietario. Lo normal en la práctica es que surja cuando ya se ha producido la ejecución hipotecaria y hay un nuevo dueño de la vivienda que reclama su posesión. Es aquí donde se manifiesta el conflicto que indicábamos al principio del epígrafe entre la persona a la que se atribuyó el uso de la vivienda familiar y el adjudicatario. Pues bien, si, como estamos contemplando, el uso no está inscrito y el acreedor hipotecario adquirió su derecho de buena fe, ese conflicto ha de resolverse a favor del adjudicatario en el proceso de ejecución. Porque estando el titular de la hipoteca protegido por la fe pública registral, el objeto hipotecado va a ser la vivienda sin la carga del uso: eso es lo que se ejecuta y eso es lo que adquiere el adjudicatario. El nuevo dueño deriva su adquisición de la garantía hipotecaria, cuyo alcance no está restringido por el uso. Sería no solo incongruente sino también incorrecto afirmar que este derecho es inoponible al acreedor hipotecario y que en cambio sí se puede hacer valer frente al adquirente en la ejecución, pues la protección que la fe pública otorga a ese acreedor se concreta en el valor de la garantía, o sea, en lo que es objeto de la ejecución, en lo que adquiere el adjudicatario: el inmueble tal y como quedó gravado por la hipoteca, libre del uso.

Por tanto, el asunto de la subsistencia del derecho de uso no inscrito tras la ejecución hipotecaria de la vivienda, hay que resolverlo analizando si el uso es o no oponible al acreedor hipotecario. De forma que si se concluye que este sujeto adquirió el derecho real de hipoteca de buena fe, no solo queda protegido él, sino también el adjudicatario, quien podrá obtener la posesión de la finca ejecutada. Y ello al margen de que este adjudicatario conozca o no que determinadas personas ocupan el inmueble en base a un derecho que no estaba inscrito cuando se constituyó la hipoteca.

Es en el supuesto de quedar demostrada la mala fe del acreedor hipotecario cuando verdaderamente habrá que plantearse si la ocupación de la finca ejecutada es oponible al adquirente. Sí lo será, desde luego, en los casos en que se adjudica la vivienda el propio acreedor hipotecario que conoce la situación de hecho. Pero en las demás hipótesis, es decir, cuando el adjudicatario sea un sujeto distinto al acreedor, habrá que examinar las circunstancias en que se ha producido la ejecución y, en particular, la buena fe del adquirente en la subasta (15).

(15) ¿Y qué contenido o alcance ha de tener la buena fe del adjudicatario? El desconocimiento de la verdadera situación del inmueble implica no solo que el derecho de uso debe carecer de publicidad en el Registro, sino también que no conste en el mismo el destino

Las opiniones y razonamientos que se han expuesto no aparecen reflejados en las sentencias que han enjuiciado casos de derecho de uso no inscrito atribuido antes de constituirse la hipoteca. Así, la SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2005 afirma que no resulta oponible el uso de la vivienda familiar a la rematante y adjudicataria por estar amparada en el artículo 34 LH. Pero en realidad esta sentencia no analiza la buena o mala fe del acreedor hipotecario, cuya posición es clave, como ya se ha explicado, para determinar las posibilidades que tiene el adjudicatario de obtener o no la posesión de la vivienda ejecutada. Por su parte, la SAP de Córdoba de 2 de abril de 2003 entiende que no procede el desalojo del cónyuge que habita el hogar familiar tras la ejecución hipotecaria, porque dicho sujeto «tiene a su favor un derecho real de uso que le permite el derecho a poseerla», añadiendo que coexisten en estos supuestos la posesión mediata del nuevo propietario y la inmediata del ocupante. Estas afirmaciones genéricas, realizadas sin tener en cuenta un prin-

familiar de la vivienda, pues tal dato avisa a terceros sobre la posible limitación de disponer de la finca que tenga tal carácter. La buena fe del adjudicatario exige igualmente que en el seno del procedimiento hipotecario no se haya puesto de manifiesto, conforme al artículo 661 LEC, que la vivienda está ocupada. De forma que si en el anuncio de la subasta se ha expresado la situación posesoria del inmueble, quedará desvirtuada la buena fe del adjudicatario, a efectos del artículo 32 LH, y el derecho de uso le será oponible.

Así pues, y como regla general, la buena fe ha de basarse en la información que el Registro y el mismo procedimiento de ejecución proporcionan, sin perjuicio de que el titular del uso pueda demostrar, por otras vías, que el adjudicatario conocía el derecho no inscrito. No creemos, en cambio, que la presunción de buena fe quede automáticamente destruida por el hecho de que el adjudicatario no haya visitado o inspeccionado la vivienda. No cabe exigir, en nuestra opinión, esa diligencia adicional del adquirente porque en ninguna norma civil o hipotecaria se establece que la inoponibilidad del derecho de uso no inscrito deba apoyarse en la publicidad posesoria acorde con la información registral. Entenderlo así sin el oportuno apoyo normativo supondría dejar vacío de contenido, al menos en parte, el principio de fe pública (sobre la buena fe del tercero que adquiere en un procedimiento de ejecución puede verse mi trabajo «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», en *RCDI*, núm. 721, septiembre-octubre de 2010, págs. 2088 y sigs.).

Por tanto, la diligencia especial que supone cerciorarse del estado posesorio de la vivienda no nos parece imprescindible si el adquirente confía en los datos que constan en el Registro y en los autos (cfr. ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de los derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, 1997, vol. II, BIB 1997/51, y MONDEJAR PEÑA, M. I., *Oponibilidad al adquirente judicial...*, cit., págs. 447 y 448). La situación es distinta cuando, no habiéndose producido la crisis matrimonial, uno de los cónyuges enajena la vivienda sin consentimiento del otro y el adquirente invoca su buena fe *ex* artículo 1320.2 del Código Civil para evitar la ineficacia del acto dispositivo. Aquí sí debe exigirse una cierta investigación personal sobre el carácter familiar de la vivienda enajenada, ya que el adquirente es parte del acto anulable y la protección que le dispensa el Código Civil, ante la manifestación falsa del cónyuge transmitente, no está basada ni en la fe pública registral ni en datos judiciales. En relación con la conducta diligente que es necesaria para la aplicación del artículo 1320.2, vid. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit., pág. 412; MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)*, Civitas, págs. 355 y sigs.; y TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual...*, cit., pág. 60.

cipio básico de nuestro sistema como es la fe pública registral, no nos parecen adecuadas. Pero es cierto que la solución adoptada por la Audiencia, aunque incorrecta a nuestro entender, seguramente vino a salvar una decisión judicial previa absolutamente desafortunada. En un pleito anterior la mujer titular del uso había solicitado que se declarase la nulidad de la hipoteca constituida sin su consentimiento, y el Juzgado que conoció del caso no dio lugar a dicha nulidad por considerar a la entidad financiera tercero hipotecario, lo cual, como ya se ha expuesto, es erróneo, pues si lo que se discute es la validez de un determinado acto jurídico, quien ha participado directamente en él no puede ser tercero ni, por tanto, tercero del artículo 34 LH.

b) Uso inscrito

Nos ocupamos ahora de las situaciones que se plantean cuando el titular del derecho de uso, atribuido con anterioridad a la constitución de la hipoteca, lo hace constar en el Registro de la Propiedad (16). Aquí resulta necesario distinguir según que la inscripción del uso sea anterior a la de la hipoteca o bien sea posterior a ella.

En el primer caso, es decir, si la publicidad del uso es previa a la garantía hipotecaria, no hay duda de que la ocupación de la vivienda familiar es oponible tanto al acreedor hipotecario como al adjudicatario tras la ejecución: al haberse hipotecado un inmueble con un gravamen preexistente e inscrito, los adquirentes de derechos sobre la finca no son inmunes a él, pues en ningún caso pueden ampararse en la fe pública registral. En consecuencia, el citado adjudicatario no está legitimado para reclamar la posesión de la vivienda mientras el derecho de uso esté vigente (17).

El segundo supuesto tiene lugar conforme a la siguiente secuencia cronológica: 1.º nace el derecho de uso a favor del cónyuge no titular; 2.º el dueño del inmueble lo hipoteca; 3.º se inscribe el uso; 4.º se produce la ejecución de la garantía y se adjudica la finca a un tercero o al propio acreedor hipotecario, que inscribe su adquisición.

Desde la perspectiva registral, la inscripción del decreto (antes auto) de adjudicación lleva consigo, una vez que se presente el correspondiente mandamiento, la cancelación de la hipoteca y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, conforme al artículo 674 LEC. Quedará, por tanto, cancelado el

(16) El uso puede acceder al Registro tanto si se ha asignado al cónyuge no titular en calidad de medida provisional como si se ha decretado en la sentencia de nulidad, separación o divorcio (vid. MONTERO AROCA, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, www.tirantonline.com; y TAMAYO CARMONA, J. A., *op. cit.*, pág. 108).

(17) En el mismo sentido se pronuncia CERVILLA GARZÓN, M. D., *op. cit.*, pág. 97.

asiento que publica el derecho de uso (18). Pero también hay que plantearse la cuestión de fondo, estrictamente civil. ¿Subsiste el derecho de uso frente al adjudicatario?, ¿tiene este sujeto derecho a desalojar a los ocupantes?

Se refiere a esta cuestión la SAP de las Islas Baleares de 20 de mayo de 1999. Afirma que el derecho de uso tiene «carácter de derecho real oponible a terceros que le hace subsistir a pesar de los sucesivos cambios de titularidad del bien que deberán respetar el uso acordado en la sentencia matrimonial, mientras el Juez no modifique dicha medida». Y a continuación, centrándose en el caso concreto, resuelve que el adjudicatario de la vivienda no es tercero hipotecario frente a la titular del derecho de uso por faltarle el requisito de la buena fe, dado que en el momento de adquirir ya estaba inscrito el uso y además en los autos del procedimiento constaba la comparecencia de la *ex* mujer del ejecutado manifestando ser titular del derecho de uso de la vivienda por sentencia dictada en juicio matrimonial.

A pesar de que este planteamiento nos pueda parecer «socialmente adecuado», lo cierto es que no resulta correcto, a nuestro juicio, desde el punto de vista técnico-jurídico. La Audiencia analiza la operatividad de la fe pública registral directamente frente al adjudicatario, pero con ello se salta un paso determinante: el examen de si el derecho de uso es oponible al acreedor ejecutante que ha inscrito a su favor la hipoteca cuando todavía no constaba ese derecho de uso en el Registro. Como ya hemos explicado, la posición del adquirente en la ejecución deriva de la que tenga el acreedor hipotecario, en el sentido de que si este último es de buena fe y está amparado por el artículo 32 LH, quedará consolidada la hipoteca de la vivienda sin la carga del uso. Y ese será el objeto que adquiera el adjudicatario (el inmueble libre), aunque pueda conocer cuando adquiere que existió un derecho de uso sobre la vivienda derivado de la nulidad, separación o divorcio del deudor y propietario. Solo en el caso de que esté demostrada la mala fe de la entidad financiera habrá que entrar a decidir si el principio de fe pública ampara al adjudicatario, y entonces sí será decisivo para negar tal protección que el derecho de uso conste inscrito antes de la adquisición derivada de la ejecución hipotecaria. O dicho de otra forma: si la entidad prestamista conoce la ocupación de la vivienda, le afecta el derecho de los habitantes de la misma, y el adquirente en la ejecución no puede apoyarse en el derecho de hipoteca para invocar la inoponibilidad frente a él del uso; esa inoponibilidad tendrá lugar únicamente en el supuesto de que el adjudicatario, personalmente, logre la tutela de la fe pública mediante la concurrencia de los requisitos que la aplicación de este principio exige. Lo que no ocurre, por quedar destruida la buena fe, estando inscrito el uso.

De todo lo que precede se desprende que, siendo el derecho de uso anterior a la constitución de la hipoteca, es vital, para los intereses de las personas que

(18) Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 2001.

ocupan la vivienda, inscribir su derecho y hacerlo a tiempo, antes de que aparezcan nuevos titulares de derechos sobre el inmueble que puedan ampararse en la falta de publicidad del uso para invocar su inoponibilidad. En particular, como se ha visto, la pronta constancia tabular de este derecho otorgado en el juicio matrimonial garantiza su permanencia en caso de cambiar el dueño del inmueble con motivo de una eventual ejecución hipotecaria. Por ello es muy importante que el abogado que representa al titular del uso le asesore para exponerle las ventajas de inscribirlo, pues en la gran mayoría de las ocasiones el afectado desconoce la posibilidad de dar publicidad a su derecho a habitar la vivienda y las consecuencias que puede tener no hacerlo constar en los libros del Registro.

2. USO POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

A veces sucede que el dueño de la vivienda obtiene un préstamo hipotecario, bien estando soltero, bien estando casado, pero con carácter previo a la concesión del uso del inmueble al cónyuge no titular (19): la hipoteca es temporalmente anterior al derecho de uso. Cuando el impago de la deuda motiva la ejecución hipotecaria, los sujetos afectados deben saber con certeza qué suerte corre la ocupación de la vivienda familiar. ¿Subsiste o se extingue el derecho de uso?

La SAP de Madrid de 29 de marzo de 2010, tras afirmar que en estos supuestos «entran en colisión dos intereses legítimos y, por ende, dignos ambos de protección jurídica», se decanta por el mantenimiento del derecho de uso. Las principales razones en las que se apoya son el carácter real de este derecho y la circunstancia de que se constituyó antes de que comprase la vivienda el adjudicatario y la sociedad a quien este la transmitió. No toma en consideración la Audiencia el hecho, decisivo a nuestro entender, de que el derecho de uso es en esta hipótesis posterior a la hipoteca, y por tanto su existencia está supeditada al devenir de la misma. Olvida así un principio básico de nuestro sistema hipotecario: el adjudicatario ha de soportar las cargas que estuvieran vigentes cuando se constituyó la garantía pero no las que puedan nacer posteriormente aunque sean previas al momento en que adquiere el rematante (20). La fecha clave a estos efectos es la de la constitución de la hipoteca, no la de la adjudicación en el procedimiento sobre el inmueble. Y ello con independencia de que el derecho de uso se haya inscrito o no en el Registro de la Propiedad, pues la prevalencia de la posición del adjudicatario no deriva del principio de

(19) Nos referimos en todo el trabajo a los casos en que el uso del hogar familiar se atribuye al cónyuge no propietario y a los hijos con los que convive, así como a aquellos casos, excepcionales, en que no habiendo hijos se asigna la utilización de la vivienda a quien no es dueño.

(20) Con la excepción legal de los arrendamientos de vivienda en los términos del artículo 13 LAU.

fe pública registral, sino de la prioridad que ostenta la hipoteca sobre derechos o cargas posteriores.

Otras sentencias que han decidido sobre la situación que ahora nos ocupa otorgan al adjudicatario la facultad de instar el desalojo del inmueble hipotecado, aunque apoyándose en argumentos de distinta índole (21). Entre ellas destaca la STS de 8 de octubre de 2010, que precisamente revoca una sentencia de la Audiencia de Madrid (con fecha 18 de enero de 2006) dictada en el mismo sentido que la que acabamos de comentar.

Los hechos son muy claros y con igual claridad los expone la Magistrada Ponente. La hipoteca se constituye sobre un bien privativo del marido con el consentimiento de su esposa. Cinco años más tarde el matrimonio se separa y en la sentencia de separación se atribuye el uso de la vivienda a la mujer y a las hijas. Ante el impago del préstamo hipotecario, el Banco insta la ejecución, haciéndose constar en los edictos que la finca está ocupada. Se celebra la subasta y posteriormente la entidad adjudicataria demanda a la mujer ocupante solicitando que se declare su derecho a poseer la vivienda.

(21) Vid. STS de 22 de abril de 2004; SAP de Girona de 23 de febrero de 1998; SAP de Barcelona de 5 de mayo de 2000 y 3 de octubre de 2002; SAP de Baleares, de 20 de junio de 2006; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2008, y SAP de Valladolid de 27 de noviembre de 2008. La SAP de Girona citada fundamenta su decisión, principalmente, en la existencia de la acción prevista en el artículo 96.4 del Código Civil para impugnar el acto de disposición del cónyuge titular por el que se priva o se compromete el derecho de la familia al disfrute de la vivienda, recordando que la razón de ser de dicha acción es precisamente el perjuicio que ese acto de enajenación o gravamen le provoca, y por consiguiente, la imposible compatibilidad del derecho a la vivienda de la familia con el dominio adquirido por un tercero en ejecución de la hipoteca. Se argumenta que si no se diera esa situación, es decir, si en todo caso subsistiera el derecho de uso a pesar de la enajenación, no se otorgaría la acción para demandar su nulidad. Por su parte, la SAP de Baleares de 20 de junio de 2006, se refiere a la ruptura de una pareja no casada que habitaba en una vivienda propiedad del varón. Se atribuyó el uso de la vivienda, previamente hipotecada, a la mujer y a una hija común, uso que se inscribió una vez iniciada la ejecución hipotecaria pero antes de la venta en subasta del inmueble. La adjudicataria vendió la vivienda a una sociedad que es la que solicita que se declare la extinción del derecho de uso y se le otorgue la posesión de la finca. La Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, estima la demanda. Afirma que la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca no es solo una consecuencia registral de la ejecución de la garantía, sino que también tiene alcance sustantivo en el marco del artículo 1876 del Código Civil y concordantes, donde se determina el concepto y eficacia de la hipoteca. También aclara que aunque la actora conociera la atribución del derecho de uso en la fecha en la que adquirió, tal conocimiento no opera en su perjuicio, en cuanto que el derecho de uso estaba vinculado a la suerte de la hipoteca precedente. Finalmente subraya la sentencia que los derechos del acreedor hipotecario y de sus causahabientes no pueden depender del eventual advenimiento de una crisis familiar ni de los intereses del cónyuge custodio y de los menores. Añadiendo incluso: «la posibilidad de que el impago de la hipoteca haya podido ser predeterminada por el padre en perjuicio de la madre e hija, tampoco alcanza a condicionar los derechos del acreedor hipotecario ni los de aquellos que de él traen causa, pues el derecho real de hipoteca no queda al albur de tales acontecimientos».

La Audiencia hace prevalecer el derecho de uso sobre el dominio de la adquirente en subasta, subrayando que esta no es de buena fe pues tuvo posibilidad de conocer la situación real de la finca a través de los edictos, y considerando aplicable el artículo 669.2 LEC, según el cual: «por el hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista esa titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor». Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no hay que analizar en el supuesto enjuiciado la buena o mala fe del adquirente, como tampoco resulta de aplicación el citado artículo de la LEC. Porque el derecho de uso es posterior a la hipoteca y además la mujer consintió la constitución de este gravamen. «No pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges» (22).

Así pues, la hipoteca previa triunfa sobre el derecho de uso posterior. El valor de la garantía, en la regulación actual, no puede verse minorado por un derecho de ocupación de la vivienda que no existe cuando el acreedor concede el préstamo hipotecario (23). Y ello con independencia de que el adjudicatario conozca (a través del proceso, del Registro o personalmente) que se ha producido la crisis matrimonial y que el inmueble está ocupado por una parte de la familia. Tal conocimiento es irrelevante cuando, siendo la hipoteca anterior al uso, lo que resulta de aplicación es la purga de los derechos posteriores a aquella (24). Procede por tanto el desalojo de la vivienda, pues el derecho del adjudicatario deriva de la garantía hipotecaria, que ya grava el inmueble (con la necesaria publicidad registral, por ser la inscripción constitutiva) cuando se atribuye el uso a uno de los cónyuges (25).

(22) Añade la SAP de Valladolid de 27 de noviembre de 2008, que enjuicia un caso muy parecido, lo siguiente: «La protección de los derechos de la esposa que se ve privada del derecho de uso de la vivienda familiar en un procedimiento de ejecución hipotecaria, no pasa porque deba mantenerse a toda costa en el uso de dicha vivienda en perjuicio de un tercero, extraño al matrimonio, que legítima y regularmente ha adquirido la misma en pública subasta, sino por instar, dentro del ámbito del procedimiento matrimonial, una modificación de medidas en solicitud de incremento de las prestaciones económicas a fin de ser compensada por la pérdida de ese derecho de uso».

(23) Vid. SAP de Tenerife de 20 de febrero de 2008.

(24) Esta es una regla básica de nuestro sistema hipotecario, que el antiguo artículo 131, regla 17 LH hacía explícita y que hoy establece el artículo 134 LH. Igualmente se puede deducir, *a sensu contrario*, del antes mencionado artículo 669.2 LEC. En este sentido se pronuncia MARÍN VELARDE, A., «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010», en *Rev. D. Patr.*, núm. 26, 2011, págs. 368 y 369.

(25) La inoponibilidad del derecho de uso al adjudicatario en el caso que nos ocupa ha sido sostenida por varios autores. Vid. CAMPUZANO TOMÉ, H., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004», en *CCJC*, núm. 67, enero-abril de 2005,

III. EMBARGO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DERECHO DE USO

Una vez que hemos analizado cómo incide la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar sobre el derecho de uso derivado de la nulidad, separación o divorcio, vamos a abordar una problemática similar pero que contiene algunos elementos propios o peculiaridades. Se trata de la incidencia del embargo y de la ejecución ordinaria subsiguiente en el citado derecho de uso.

Recordemos que nos estamos refiriendo en el presente trabajo a los supuestos en que el cónyuge deudor es propietario de la vivienda, cuya ocupación corresponde por sentencia al otro cónyuge y a los hijos comunes. Si resulta impagado el crédito (no garantizado en este caso con hipoteca) y se procede al embargo y a la posterior venta en subasta del inmueble, ¿en qué situación queda el derecho de uso?, ¿subsiste o se extingue? (26).

Se ha sostenido la oponibilidad del derecho de uso frente al adquirente en el procedimiento de apremio con apoyo en la eficacia *erga omnes* de este derecho, pero sin especificar requisitos, matices o supuestos (27). Más adecuada nos parece la postura de considerar aplicables en esta materia los principios que rigen la eficacia del embargo y de su anotación en relación con los adquirentes de derechos sobre el inmueble objeto de la traba (28). Ello implica que las relaciones entre el embargo y el derecho de uso van a depender de varios elementos y circunstancias. Por un lado, es decisiva a estos efectos la fecha en la que se decreta el embargo y, en su caso, se anota en el Registro de la Propiedad. E igualmente resulta esencial tener en cuenta cuándo nace el uso, si el mismo se inscribe o no y en qué momento. La interconexión de estas variables es la que va a determinar, en cada caso,

pág. 181; CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda...*, cit., pág. 99; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *El uso de la vivienda familiar...*, cit., pág. 278; y DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, 2006, pág. 2373.

(26) No cabe aquí la impugnación de negocio alguno *ex* artículo 96.4 del Código Civil, pues el titular de la finca embargada no ha realizado ningún acto dispositivo voluntario. En cambio, la hipoteca sí tiene tal naturaleza y por eso cuando se ha constituido sin el consentimiento del cónyuge a quien corresponde el uso es posible su anulación.

(27) Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, 1998, ref. XVII, La Ley digital 1894/2001.

(28) MARTÍN MELÉNDEZ, A. (*El uso de la vivienda familiar...*, cit., pág. 277) entiende que, no habiendo normas especiales que resulten de aplicación al problema que nos ocupa, procede acudir a las reglas generales. En la misma línea, incidiendo en la cronología de los derechos en conflicto, se pronuncian MONDÉJAR PEÑA, M. I. (*Oponibilidad al adquirente judicial...*, cit., págs. 446 y 447), y CERVILLA GARZÓN, M. D. (*La atribución del uso de la vivienda...*, cit., págs. 97 a 99). También LUQUE TORRES, C. (*Crisis matrimoniales...*, cit., págs. 89 y sigs.) parece inclinarse por la aplicación de las «reglas generales del tráfico inmobiliario».

si la ocupación de la vivienda familiar es o no oponible al adjudicatario en el procedimiento de ejecución.

Para concretar más, y a título ilustrativo, vamos a diferenciar varios supuestos, en los que la solución a la cuestión que nos ocupa exige tomar en consideración, además de la naturaleza de los derechos implicados, el orden cronológico de los hechos acaecidos así como los principios hipotecarios de prioridad y fe pública registral (29).

Primera hipótesis. El derecho de uso no se ha inscrito y es anterior al embargo, anotado en el Registro de la Propiedad.

Aquí sucede que, cuando el embargo tiene lugar, la vivienda ya está afectada por una carga previa (el uso). Pero, habida cuenta de la falta de inscripción de este derecho, el adjudicatario podrá instar el desalojo de los ocupantes si reúne los requisitos para alcanzar la protección de la fe pública registral (30). Tal protección requerirá la buena fe del citado adjudicatario (desconocimiento de la existencia del derecho de uso), que no se podrá apreciar cuando en el Registro figura que el inmueble embargado es vivienda familiar o si en los autos del procedimiento hay constancia de la situación posesoria.

Segunda hipótesis. El derecho de uso es previo al embargo y a su anotación; seguidamente se inscribe el uso; y finalmente el adjudicatario adquiere e inscribe el dominio a su favor.

En este caso el derecho de uso es oponible al nuevo dueño, porque el inmueble ya estaba gravado con tal derecho cuando se decretó el embargo y el adquirente en el procedimiento de ejecución no puede invocar a su favor el artículo 32 LH, pues conoce a través de la publicidad registral la ocupación de la vivienda (31).

(29) El método de trabajo y los elementos a considerar son básicamente los mismos, *mutatis mutandi*, que actúan cuando una finca se ve afectada por un procedimiento de ejecución y el deudor la enajena a un tercero, bien antes, bien después de que se decreta el embargo, suscitándose en estos supuestos el dilema de si debe prevalecer el derecho del adjudicatario o el de quien compró ese inmueble, embargado por el impago de una deuda ajena. Al respecto puede verse nuestro trabajo «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», ya citado.

(30) El criterio de solución es el mismo que la STS del Pleno de la Sala Civil de 5 de marzo de 2007 estableció para el supuesto de producirse una transmisión dominical no inscrita y un embargo posterior por deudas del transmitente, inscribiendo el adjudicatario su adquisición.

(31) Esta es, en esencia, la decisión de la SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2002, cuyos hechos, ordenados temporalmente, fueron los siguientes:

1.º En sentencia de separación se adjudica el uso de un piso, propiedad del marido, a la mujer y a la hija.

2.º Por deudas del dueño de la vivienda con la Agencia Tributaria, se decreta y anota el embargo del inmueble.

3.º La mujer se dirige a la Agencia Tributaria para que conste en el expediente la existencia de su derecho de uso. En los edictos de la subasta se consigna tal circunstancia.

4.º Se hace constar en el R.P. mediante nota marginal el derecho de uso.

Es importante advertir que en ambas hipótesis, a diferencia de lo que hemos visto que sucede cuando se ha constituido hipoteca, la aplicación de la fe pública registral ha de analizarse directamente en la persona del adjudicatario, y no plantearse en relación al acreedor embargante, dado que este sujeto no es titular de un derecho real y por ello no le alcanza la tutela derivada de la fe pública (32). O dicho de otra forma: el ejecutante sin garantía real no puede esgrimir la inoponibilidad del uso no inscrito, cosa que sí está en condiciones de hacer el acreedor hipotecario y, en su caso, el adquirente del dominio en cualquier procedimiento de apremio si reúne los oportunos requisitos.

Tercera hipótesis. Después de ordenado el embargo y hecha su anotación en el Registro de la Propiedad, nace el derecho de uso; se ejecuta la vivienda y el adjudicatario inscribe su adquisición.

No hay duda de que el derecho de uso, esté o no inscrito, queda supeditado a las resultas de la ejecución. El gravamen que supone el uso es posterior al embargo anotado, del cual deriva su derecho el adjudicatario: este adquiere la vivienda tal como estaba cuando se acordó la traba de la finca (sin el uso), por lo que podrá poner fin a la ocupación derivada de la crisis matrimonial (33).

5.º Se subasta la finca y se adjudica al mejor postor, quien inscribe su adquisición. El Registrador cancela la anotación de embargo y las inscripciones posteriores, incluido el derecho de uso.

La mujer interpone demanda solicitando que se declare la subsistencia de su derecho y la oponibilidad del mismo frente al nuevo propietario del inmueble. La Audiencia, como ya había hecho el Juzgado, estima la demanda. Distingue con claridad entre la perspectiva registral y la civil. Y argumenta del siguiente modo: la cancelación del derecho de uso tras la ejecución es correcta, pero no implica que desaparezca el mencionado uso de la realidad sustantiva. Tal derecho es anterior al embargo, aunque este último accediera antes al Registro, el cual carece, en general, de eficacia constitutiva. Por ello el uso solo será inoponible al adjudicatario si es un tercer hipotecario. Y no lo es porque tuvo conocimiento de la existencia del derecho de uso por dos vías: en el procedimiento de apremio (edicto de la subasta) y a través del propio Registro, pues en el asiento que publica la ocupación familiar consta su fecha de constitución, muy anterior al embargo.

También la STS de 4 de diciembre de 2000 adopta la misma solución, en un caso en el que se dieron algunos hechos peculiares, como el de ser adjudicatario un amigo personal del deudor dueño de la casa. Vid. el comentario de MONDÉJAR PEÑA, M. I., en *Rev. D. Patr.*, núm. 8 (2002), págs. 437 y sigs.

(32) Son muy numerosas las sentencias del Supremo que excluyen a quien anota un embargo en el Registro de la aplicación de los artículos 32 y 34 LH. Esa es también la postura actualmente dominante en la doctrina. Vid., por todos, RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, Centro de Estudios Registrales, 2008, págs. 164 y sigs.

(33) Vid. la SAP de Valladolid de 20 de junio de 2011. La Audiencia hace hincapié en que en el ámbito de la ejecución de bienes inmuebles, las legislaciones procesal (art. 674 LEC), hipotecaria (arts. 134 LH y 175 RH) y tributaria (art. 111.3 RGR) acogen el principio de purga de cargas y gravámenes posteriores. «El adjudicatario ha de recibir los bienes públicamente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser constituida la carga objeto de ejecución».

Cuarta hipótesis. Los hechos suceden en el siguiente orden: 1.º embargo; 2.º atribución del uso; 3.º anotación del embargo; 4.º inscripción del uso; 5.º ejecución y adjudicación.

Sucede en este supuesto que cuando nace el derecho de uso el embargo ya se ha trabado pero todavía no se ha hecho constar en el Registro. Recordemos que, conforme al artículo 587 LEC, el embargo existe desde que se dicta la resolución correspondiente, aunque no se hayan tomado medidas de publicidad, pero ello es sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de las normas sobre protección del tercero de buena fe. Podría pensarse entonces que el titular del uso está protegido por la fe pública, al no encontrarse anotado el embargo cuando adquiere su derecho. Pero, teniendo en cuenta que la anotación sí está practicada cuando se inscribe el uso, habrá que preguntarse si la buena fe del usuario debe apreciarse solo en el momento de su adquisición o debe pervivir hasta la inscripción. La postura que de hecho (no de forma explícita) acoge actualmente la jurisprudencia sobre esta materia, en casos similares al que ahora estudiamos, es la de mantener la exigencia de la buena fe hasta que el tercero inscribe (34). Así es que, siguiendo esta tesis, que hacemos nuestra, llegamos a la conclusión de que cuando la anotación preventiva es previa a la constancia registral del uso, el titular de este derecho no puede ampararse en el artículo 32 LH y su posición no prevalecerá frente a la del adjudicatario que solicite obtener la posesión de la vivienda.

Quinta hipótesis. Con posterioridad al embargo de la vivienda, se atribuye el uso de la misma al cónyuge no deudor, quien inscribe su derecho. Después se anota el embargo y, como consecuencia del procedimiento de apremio, adquiere el inmueble el propio ejecutante o un tercero.

La cuestión que surge en esta hipótesis es si, ante el embargo decretado pero no anotado aún, el posterior titular del uso inscrito puede alegar que la traba le es inoponible. En principio cabe pensar que así es, siempre que dicho sujeto reúna los requisitos para alcanzar la protección registral frente a lo no inscrito. Pero nuevamente hay que detenerse en la exigencia de la buena fe (ahora, desconocimiento de la ejecución en curso) y advertir las peculiaridades que tal requisito presenta en este caso. Y es que, al tratarse del embargo de la

(34) STS de 30 de noviembre de 2004; STS de 14 y 21 de junio de 2007; autos de la AP de Cádiz de 6 de octubre de 2009; de la AP de Granada de 2 de febrero de 2005, y de la AP de Madrid de 21 de noviembre de 2008. En estas sentencias no resulta afectada la vivienda familiar ni el derecho de uso, pero el problema de fondo es el mismo que ahora estamos comentando. Concretamente la situación, desde el punto de vista cronológico, es la siguiente: 1.º) embargo en procedimiento de ejecución seguido contra el propietario de un inmueble; 2.º) venta del bien embargado; 3.º) anotación del embargo; 4.º) inscripción de la finca a nombre del comprador. Ante tal hipótesis la decisión judicial es que el adquirente, que inscribió cuando el embargo ya estaba anotado, ha de soportar el gravamen y no está protegido por la fe pública registral.

vivienda habitual, es probable que el cónyuge no deudor conozca personalmente que la traba se ha producido, no solo por la relación que le une al ejecutado, sino también porque, si en el Registro consta el carácter familiar de la vivienda objeto de ejecución, conforme al artículo 144.5.º RH es preceptiva la notificación del embargo al cónyuge del deudor para poderlo anotar.

Lo anterior no significa, en absoluto, que en todos los conflictos que se encuadren en esta hipótesis el titular del uso va a ser de mala fe. Solo se quiere manifestar que la presunción de buena fe puede ser aquí más fácilmente desvirtuable teniendo en cuenta quién la invoca y cuál es el objeto del embargo.

En todo caso, es claro que las hipótesis que acabamos de comentar no son las únicas que pueden presentarse, pero creemos que ilustran sobre las posibilidades de concatenación de los hechos y la aplicación de los principios relevantes en esta materia. A la vista de las circunstancias y de las reglas expuestas, puede decirse con carácter general, aunque simplificando mucho, que el derecho de uso anterior al embargo afecta al adjudicatario salvo que este sujeto esté protegido por la fe pública registral. Mientras que el embargo anterior al derecho de ocupación prevalece sobre este a no ser que no se haya anotado (o se anote con posterioridad a la inscripción del uso) y el cónyuge ocupante pueda alcanzar la tutela del artículo 32 LH (35).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Actualmente son muy numerosos los procedimientos de apremio que tienen por objeto viviendas familiares. Este es, como todos sabemos, un claro efecto de la crisis económica que la sociedad española sufre. De igual modo, el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges (y, si los hay, a los hijos) tiene una amplísima implantación en la realidad jurídica de nuestro país, debido al elevado índice de separaciones y divorcios. Quiere decirse con esto que no es en absoluto extraño el encuentro, o más bien la colisión, entre esas dos realidades que son la ejecución y el derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil. Por ello nos ha parecido de interés preguntarnos sobre la situación en que queda este derecho de uso cuando, como consecuencia de un procedimiento de apremio por deudas del cónyuge que no habita la vivienda, adquiere el inmueble un tercero o el propio acreedor ejecutante (36).

(35) En el caso de que, como consecuencia de los criterios que se han expuesto, el usuario sea desalojado del inmueble, podrá solicitar una modificación de las medidas acordadas en convenio regulador o determinadas por el Juez (por ejemplo, un incremento de los alimentos debidos por el progenitor no custodio a los hijos que compense la pérdida por estos del uso del hogar familiar).

(36) El trabajo ha tomado como punto de referencia el matrimonio y la crisis matrimonial, pero el problema planteado también surge y ha de resolverse básicamente con iguales

Del estudio realizado se desprende que la oponibilidad del derecho de uso frente al adjudicatario de la vivienda ha de someterse, en la regulación actual, a los principios y reglas básicas que disciplinan el enfrentamiento entre derechos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. Eso sí, teniendo en cuenta las particularidades que la hipoteca, la ejecución ordinaria y el propio derecho de uso llevan consigo en orden al funcionamiento de los principios de prioridad y fe pública registral. Lo que no nos parece correcto es afirmar, como hacen algunas sentencias, la eficacia frente a terceros del uso sin restricción alguna, o sea, independientemente de su fecha de nacimiento y de su publicidad registral. Mantener tal criterio sin apoyo legal explícito supondría dar carta de naturaleza a una carga clandestina, de existencia y duración desconocida para los terceros, en claro perjuicio de la seguridad jurídica y de la circulación del crédito (37).

Cosa distinta es que nuestro legislador considere oportuno fortalecer o reforzar el derecho de uso a semejanza de lo que en su día hizo con los arrendamientos de vivienda en los artículos 13 y 14 de la LAU. Se trataría de establecer un sistema por el que la ocupación de la vivienda tendría eficacia legal expresa frente a terceros en caso de enajenación voluntaria o forzosa de dicho inmueble. Pero tal modificación legislativa exigiría pensar detenidamente qué hipótesis merecerían ese trato especial y cuáles serían los requisitos necesarios para su aplicación.

En este sentido y en relación con la ejecución hipotecaria, pensamos que la normativa protectora del ocupante de la vivienda solo debería referirse a los supuestos en que el uso es anterior a la hipoteca. Cuando es posterior, a nuestro juicio debe mantenerse la regla general actualmente aplicable que supone su extinción si se produce la enajenación forzosa. Piénsese que el acreedor hipotecario no debe verse perjudicado por la eventual y futura crisis familiar del deudor, pues si así fuera se introduciría un grave factor de incertidumbre e inseguridad en el tráfico inmobiliario, de consecuencias claramente negativas para su normal desarrollo. En cambio, la oponibilidad absoluta del uso frente al adjudicatario de la vivienda sí podría imponerse legalmente cuando el uso sea anterior al gravamen que motiva la ejecución, incluso no estando ese uso inscrito en el Registro (38). Pero, en todo caso, el mantenimiento del mismo

criterios cuando la ruptura tiene lugar en el seno de una pareja de hecho con hijos menores. En este caso el interés superior de los menores lleva a que proceda atribuir el uso del hogar al miembro de la pareja que se queda con la custodia de los hijos (STS de 1 de abril de 2011), aunque no sea propietario de la totalidad o de una parte del inmueble, por lo que igualmente puede producirse la ejecución forzosa por impago de deudas que le son ajenas.

(37) En términos análogos se pronuncian LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *Jurisprudencia patrimonial...*, cit., pág. 977, y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *El uso de la vivienda familiar...*, cit., págs. 279 y 280.

(38) Ello obligaría a los Bancos a informarse sobre el estado civil del deudor y sobre la situación posesoria del inmueble hipotecado, con la finalidad de verificar el verdadero valor de la garantía.

habría de ser por un tiempo limitado. Por ejemplo, hasta completar cinco años de vigencia (como ocurre con el arrendamiento) u otro plazo similar que se estime oportuno. Y esto, claro está, sin perjuicio de que el tan mencionado derecho de uso se extinga de forma natural con anterioridad (39).

Tratándose de la ejecución ordinaria, también podría establecerse la subsistencia en todo caso del uso anterior al embargo durante el periodo legal de cinco años, sin perjuicio de que la inscripción del uso permita a quien habita en el inmueble mantener su situación durante un plazo mayor, hasta el momento previsto en la sentencia derivada de la crisis matrimonial.

Tales medidas deberían acompañarse de otra que permita al dueño de la vivienda realizar actos de disposición sobre ella sin necesidad de contar con el consentimiento de su *ex* cónyuge, cuyo derecho de uso (necesariamente anterior) quedaría a salvo, a pesar de la ejecución, no solo si se inscribió en el Registro de la Propiedad tempestivamente, sino también, aun no estando inscrito, durante el tiempo «de reacción» que se considere más adecuado (40).

Ello no obstante, en el supuesto de que nuestro legislador decidiera mantener la situación actual y no suprimir el doble consentimiento que exige el artículo 96.4 del Código Civil, nos parece imprescindible aclarar, si es preciso reformando el artículo 91 RH, la necesidad de que quien dispone de una vivienda estando separado o divorciado, manifieste si el uso de la misma corresponde a su *ex* cónyuge. Se trata de una cautela cuyo cumplimiento no resulta difícil y que, como contrapartida, posee notables ventajas. Porque contribuye a proteger al ocupante de la vivienda e informa de un dato relevante a quien adquiere derechos sobre ella.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. 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, Sección Doctrina, 12 de abril de 2010, ref. D-119, La Ley digital 1290/2010.

(39) Quede claro, por otra parte, que la protección completa del derecho de uso anterior a la hipoteca tendría lugar, como ocurre ahora, a través de su inscripción con carácter previo al gravamen hipotecario, pues en tal caso habría de mantenerse durante todo el tiempo previsto en la sentencia que lo atribuyó a su titular.

(40) Como ya hemos comentado, en el Derecho catalán se ha eliminado esa limitación de la facultad de disposición, de forma que el dueño de la vivienda puede venderla o hipotecarla «sin perjuicio del derecho de uso» (art. 233-25 de la Ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). Sin embargo, no queda claro en este precepto si esa subsistencia del uso se produce en todo caso o bien, lo que resulta más probable, se sujeta a la legislación hipotecaria, de forma que, no estando inscrito el uso, el adquirente de buena fe que inscribe su derecho pueda invocar a su favor el artículo 32 LH.

- ALGARRA PRATS, E.: «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, págs. 7 y sigs.
- CAMPUZANO TOMÉ, H.: «Comentario a la STS de 22 de abril de 2004», en *CCJC*, núm. 67, enero-abril de 2005, págs. 171 y sigs.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, 2005.
- COSTAS RODAL, L.: «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, núm. 5/2010, BIB 2010/1501.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, 1998, ref. XVII, págs. 363 y sigs., La Ley digital 1894/2001.
- ELORRIAGA DE BONIS, F.: «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *Aranzadi*, 1995.
- ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.: «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, 1999, vol. II, BIB 1997/51.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.: «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en AA.VV.: *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Pamplona, 1986, págs. 125 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Efectos de la atribución del uso al cónyuge titular de la vivienda familiar», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, julio de 1996, págs. 1694 y sigs.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 710, 2008, págs. 2518 y sigs.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994, vol. I, BIB 1994/72.
- JUANES PECES, A., y GALVÁN ARIAS, J. R.: «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, enero de 1993, págs. 16 y sigs.
- LARRONDO LIZARRAGA, J. M.: *Jurisprudencia patrimonial comentada. 1995-1998*, Centro de Estudios Registrales, 1999.
- LUCINI CASARES, A.: «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos de disposición sobre la misma», en *RCDI*, núm. 596, 1990, págs. 88 y sigs.
- LUQUE TORRES, G.: *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, 2002.
- MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar», en *Revista de Derecho Privado*, 2008, núm. 2, págs. 13 y sigs.
- «Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008», en *CCJC*, núm. 80, ref. 2120, págs. 677 y sigs.
- MARÍN VELARDE, A.: «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex artículo 96 del Código Civil. Comentario a la

- sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011, págs. 363 y sigs.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T.: «El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular en sentencia de nulidad, separación o divorcio como derecho personal», en AA.VV. (coordinador: LLAMAS POMBO): *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso*, tomo II, La Ley, 2007, págs. 247 y sigs.
- MARTÍN MUÑOZ, A.: «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 44, 2009, págs. 63 y sigs.
- MONDEJAR PEÑA, M. I.: «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8 (2002-1), págs. 437 y sigs.
- MONTERO AROCA J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, tirantonline.com.
- MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xuridica Galega*, núm. 33, págs. 91 y sigs., <https://rexurga.es>.
- PÉREZ UREÑA, A. A.: «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad a la luz de la jurisprudencia registral», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 98, febrero de 2009, La Ley digital 30/2009.
- DE LA PUENTE ALFARO, F.: «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, 2006, págs. 2359 y sigs.
- SALAZAR BORT, S.: «El uso de la vivienda familiar», en AA.VV. (coordinador: LLOPIS GINER): *El contenido del convenio regulador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 169 y sigs.
- TAMAYO CARMONA, J. A.: «Protección jurídica de la vivienda habitual y facultades de disposición», *Aranzadi*, 2003.

RESUMEN

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La situación de hecho que constituye la base del presente trabajo consiste en la enajenación forzosa de una vivienda cuyo uso no corresponde a su propietario sino a su excónyuge. Se plantea entonces si el derecho de uso derivado de la crisis matrimonial debe mantenerse, o bien se extingue al adquirir el inmueble el adjudicatario en el procedimiento de apremio. Para analizar este tema se diferencia según que el crédito cuyo impago motiva la ejecución esté garantizado con hipoteca o no lo

ABSTRACT

FORECLOSURE PROCEDURE RIGHT TO USE THE FAMILY HOME

The de-facto situation on which this paper is based concerns the forced disposal of a home that is used not by its owner, but by its owner's ex-spouse. The issue is whether the right of use created at the break-up of the marriage ought to remain in force or whether the right is terminated when the property is awarded in legal proceedings for collection. In analyzing this situation, whether the defaulted loan at issue in the foreclosure proceedings was secured with a mortgage or not makes a difference in the explanation of

esté, con objeto de explicar cómo juegan los principios de prioridad y fe pública registral en cada hipótesis, pero resultando esencial para resolver el problema de la oponibilidad del uso, en ambos casos, la fecha de nacimiento de este derecho en relación con la hipoteca o el embargo y su eventual inscripción en el Registro de la Propiedad. En todo el trabajo se destaca la importancia de no confundir la solución que se considere más justa o deseable en el caso concreto con la necesaria aplicación de las reglas y principios vigentes. Ello sin perjuicio de que el legislador decida acometer una reforma dirigida a reforzar la eficacia del derecho de uso frente a terceros durante un plazo de garantía similar al que contemplan para el arrendamiento de vivienda los artículos 13 y 14 de la LAU.

how the rules of priority and conclusive title work in each hypothesis. What is essential for settling the problem of the enforceability of use in both cases, however, is the date when the right of use was created in relationship with the dates when the mortgage or attachment was created and registered. Throughout the paper emphasis is laid on the importance of not mistaking the solution that is felt to be fairest or most desirable in a particular case with the necessary application of legal rules and principles. Legislators may eventually decide to conduct a reform to strengthen the efficacy of the right of use against attacks by third parties for a period similar to the guaranteed period envisioned for home leases in sections 13 and 14 of the Spanish Urban Lease Act.

(Trabajo recibido el 17-10-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)