

La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho y CC.EE.
Universidad de Córdoba

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO. CUESTIONES QUE PLANTEA:
 1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
 2. CUESTIONES A QUE DA LUGAR ESTA NUEVA CONCEPCIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO.
- III. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DE USO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL:
 1. SOBRE LA INSCRIBIBILIDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. LA INSCRIPCIÓN NO ALTERA LA NATURALEZA DEL ACTO O DERECHO INSCRITO:
 - A) *Cuando se atribuye el uso al no titular de la vivienda.*
 - B) *Cuando el cónyuge titular de la vivienda es, al mismo tiempo, adjudicatario del derecho de uso.*
 - C) *Cuando la finca aparece inscrita a favor de un tercero:*
 - a) *Compatibilidad con el derecho real de usufructo.*
 - b) *Vivienda en arrendamiento*
 - c) *Ocupación de la vivienda en virtud de la mera tolerancia de un tercero.*

IV. EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA HABITUAL:

1. ACTOS QUE CONSTAN EN EL REGISTRO CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN.
2. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIVIENDA ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE USO PERO QUE ACCEDEN AL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A LA MISMA.
3. ACTOS DE DISPOSICIÓN POSTERIORES Y QUE ACCEDEN AL REGISTRO DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL EMBARGO DE LA VIVIENDA HABITUAL SOBRE LA QUE RECAE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO QUE CONSTA INSCRITA EN EL REGISTRO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La cuestión que pretende estudiar este trabajo se me plantea a la luz de las continuas noticias en los medios de comunicación sobre la controversia que se plantea entre los titulares de hipotecas en proceso de ejecución, que mantienen la necesidad de una normativa que permita aplicar la figura de la dación en pago para saldar la deuda contraída con la entidad financiera, y no el pago de la cantidad líquida por la que se suscribió el préstamo para financiar la adquisición de la vivienda.

En la práctica, es seguro que la mayoría de estos procedimientos de ejecución recaen sobre la vivienda habitual de la familia y, posiblemente, en otros muchos casos el uso de esta se encuentra atribuido judicialmente a uno de los excónyuges como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio. Pero también es cierto que esta hipoteca posiblemente se constituyó con carácter previo a la disolución del matrimonio (1) y a la atribución del uso, por lo que se requirió el consentimiento de ambos cónyuges como requisito *sine qua non* para su validez y, puesto que se trata de un derecho real de garantía de inscripción constitutiva que, por tanto, no nace ni respecto de las partes ni de terceros sino desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque posteriormente conste en el Registro la inscripción de la atribución judicial del uso, el principio de prioridad que informa el sistema español de Registro público de la propiedad inmueble dicta una norma que además de ser un premio a la diligencia, responde a la exigencia de poner orden en el caos que inevitablemente acabaría estallando en la cadena de producción de títulos inscribibles contradictorios (2). El tiempo es el árbitro que va a decidir cuál

(1) Y puede, incluso, ser anterior a la celebración del matrimonio y venir arrastrada como carga constituida por anteriores y hasta lejanos titulares registrales.

(2) MANZANO SOLANO, A., y MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del Mar, *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2008, pág. 624.

de los derechos que mutuamente se estorban va a prevalecer o se va a colocar antes si los varios derechos son compatibles.

Por tanto, en tesis general, inscrita antes la hipoteca, la atribución judicial del uso de la vivienda habitual que accede al Registro con posterioridad decae ante la ejecución forzosa del bien derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El adjudicatario del bien, tras la correspondiente subasta, recibe el bien libre de todas las cargas posteriores a la fecha de constitución de la hipoteca, por lo que este supuesto no plantea ningún problema de posible colisión de derechos contradictorios. Como ha señalado el Tribunal Supremo: «ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas... No pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que, por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial» (STS de 8 de octubre de 2010) (3).

Ello no obsta a que, de acuerdo con las normas del Derecho Procesal, el ocupante del inmueble, en virtud de esta atribución de uso, deba tener participación en el procedimiento de ejecución. La Exposición de Motivos de la LEC señala en este punto que: «...En relación con la subsistencia y cancelación de cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de las cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las posteriores, deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor por el que los inmuebles deben salir a subasta». En cuanto al régimen de audiencia y desalojo de los ocupantes, la Ley procura que en el proceso de ejecución se pueda tener noticia de su existencia.

Regula también un breve incidente que permite desalojar inmediatamente a quienes puedan ser considerados «ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. Concretamente, el artículo 661.1 LEC regula la «Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta». Establece que ante la constancia de la existencia de personas distintas del ejecutado inmueble, el tribunal les debe de comunicar de oficio la existencia de ejecución a fin de que justifiquen su situación, de tal manera que ello ha de constar en el anuncio de la subasta. Este precepto cumple con la finalidad: de una parte, de proteger a los ocupantes para que puedan hacer constar su oposición dándola a conocer a los interesados en la adquisición del inmueble a los que, de otro lado, busca proteger la ley para

(3) TS, Sala 1.^a (RA, núm. 7445).

que puedan valorar si les interesa participar en la misma o el precio a ofrecer por el inmueble.

En este sentido surge la pregunta de qué ocurre si el procedimiento de ejecución deriva, no de la fase liquidatoria de una hipoteca, sino de un embargo de la vivienda. Y, más concretamente, cuando el uso de tal vivienda embargada ha sido atribuido judicialmente a uno de los cónyuges tras un proceso de disolución del vínculo conyugal.

Dos pueden ser las situaciones posibles:

1. Anotación del embargo con carácter anterior y preferente a la inscripción de la atribución judicial del uso de la vivienda habitual.

Si la anotación de embargo resulta practicada antes de la inscripción del derecho de uso, entiendo que este decae ante la adjudicación en subasta derivada de la anotación de embargo. El TS ha señalado, en sentencia de 4 de diciembre de 2000 (4), que esto será así siempre que el rematante haya obrado de buena fe, es decir, que no conocía antes de la subasta la adjudicación del uso. En el supuesto de referencia, probado que conocía la atribución del uso, el TS acuerda la venta en pública subasta de la finca, repartiéndose el precio entre adjudicatario y demandada por partes iguales.

2. Anotación del embargo con posterioridad a la inscripción de la atribución judicial del uso de la vivienda habitual.

Aplicando en su literalidad el principio de prioridad, podría concluirse que estando inscrito el uso, este debería resultar protegido frente al adquirente posterior en una venta forzosa. Es decir, el rematante adquiriría la vivienda con la carga del uso que, por ser un hipotético derecho real anterior y preferente inscrito con anterioridad, no puede ser barrido por la anotación del embargo y ejecución del mismo en un momento posterior. Sin embargo, creo que no es así.

Es aquí donde se plantea el problema.

Conviene determinar si, efectivamente, la atribución de uso constituye un verdadero derecho real o si, por el contrario, se trata de una mera situación posesoria caracterizada por su temporalidad que el Juez crea de acuerdo a una serie de circunstancias, y que puede tener acceso al Registro.

Llegar a una u otra conclusión daría lugar a soluciones distintas al supuesto objeto de este trabajo.

(4) Sala 1.^a (RA, núm. 10430).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO. CUESTIONES QUE PLANTEA

1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

El TS no mantenía una doctrina uniforme: *a)* Derecho real (STS de 20 de mayo de 1993) (5), pero hay que atribuirle las características del uso conforme a los artículos 523 y siguientes del Código Civil. *b)* Derecho oponible *erga omnes*, pero no derecho real (STS de 31 de diciembre de 1994) (6). *c)* Derecho de naturaleza *sui generis* (STS de 11 de diciembre de 1992) (7). *d)* Derecho no real (STS de 29 de abril de 1994) (8), que se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a los cónyuges.

Sin embargo, más recientemente, y tras numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales y del propio Tribunal Supremo, vacilante (9) en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, el Alto Tribunal ha venido a unificar la Jurisprudencia anterior, evitando de esta forma la interposición de recursos de casación sobre la materia alegando como motivos la existencia de sentencias contradictorias aportadas en alegación del interés casacional. Así, en la de 18 de enero de 2010 (10) se afirma con rotundidad, en su Fundamento de Derecho sexto que: «De la naturaleza del derecho de uso 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* (11).

(5) Sala 1.^a (RA, núm. 3807).

(6) Sala 1.^a (RA, núm. 10330).

(7) Sala 1.^a (RA, núm. 10136).

(8) Sala 1.^a (RA, núm. 2945).

(9) Puede verse un extenso recorrido por la Jurisprudencia en esta materia en la obra de Francisco de Asís SERRANO CASTRO, «Vivienda familiar y cargas del matrimonio», en *El Derecho*, Madrid, 2010. Cita la sentencia de la AP de Barcelona, de 26 de febrero de 2003, que lo configura como un derecho oponible a terceros; la del TS de 14 de julio de 1994, que señala que el carácter de este derecho pugna entre lo personal y lo real; la de la AP de Madrid, de 29 de enero de 2003, que lo califica como derecho de ocupación de carácter absoluto y ejercitable *erga omnes*; la de la AP de Baleares, de 5 de febrero de 2003, como un derecho real familiar de eficacia total; la del TS de 20 de mayo de 1993, que lo asimila a los derechos de uso y habitación, entre otras.

(10) Sala 1.^a (RA, núm. 1274).

(11) A diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil catalán parece haberse decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza.

Esta es la literalidad del fallo, que ahora hay que modificar respecto de la legislación catalana, teniendo en cuenta que la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, ha derogado la Ley 9/1998, del Código de Familia, que ha dejado de estar vigente el 1 de enero de 2011. Efectivamente,

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».

Doctrina que se reproduce en la simultánea con la anterior de 14 de enero de 2010 (12) y se reitera en la de 22 de noviembre de 2010 (13), en los siguientes términos: *el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, 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 de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. 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 (RRDGRN de 27 de agosto y 10 de octubre de 2008) (14).

El Tribunal Supremo sienta la doctrina anteriormente expuesta por cuanto debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a este en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato.

En el mismo sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene la siguiente doctrina: «...*El derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real*, pues la clasificación de los derechos 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 consecuen-

tal y como figuraba en el proyecto, el artículo 233-22 de la Ley 25/2010, bajo la rúbrica «Publicidad del derecho de uso de la vivienda», señala: «El derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido al cónyuge, se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

(12) Sala 1.^a (RA, núm. 2323).

(13) Sala 1.^a (RA, núm. 2011/936).

(14) BOE de 16 de septiembre y 7 de noviembre de 2008, respectivamente.

cias especiales, como es la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento» (15).

En todo caso, la Dirección General se empeña en recalcar que, independientemente de la naturaleza que se otorgue a la atribución judicial del uso, la finalidad de la misma «constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH» (16). Del mismo modo, en la citada más arriba, se reitera: «...el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda».

Resulta obvio que cuando el uso corresponde al mismo cónyuge, que es titular exclusivo de la vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento: «...sin que, por consiguiente, resulte necesario recabar el consentimiento del excónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso. En definitiva, la facultad de limitar la libre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que solo a su titular corresponde».

Reitera la misma doctrina la Resolución de 18 de noviembre de 2009 (17): «...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».

También la Resolución de 19 de julio de 2011 (18): «...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, ostenta un interés más necesitado de protección. No se establecen 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 de disposición de la vivienda».

(15) Resolución de 14 de mayo de 2009. *BOE* de 13 de junio de 2009.

(16) Resolución de 10 de octubre de 2008. *BOE* de 7 de noviembre de 2008.

(17) *BOE* de 8 de enero de 2010.

(18) *BOE* de 28 de septiembre de 2011.

La anteriormente citada Resolución de 18 de noviembre de 2009 señala que el carácter familiar de la atribución del uso impone consecuencias especiales como son la duración del mismo —que puede ser variable—, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Como ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

2. CUESTIONES A LAS QUE DA LUGAR ESTA NUEVA CONCEPCIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO

Entendiendo que la atribución judicial del uso no es un derecho real, se pueden plantear los siguientes interrogantes:

a) *¿Es inscribible la escritura pública de liquidación de gananciales en la que se adjudica a uno de los excónyuges la vivienda, sin necesidad de contrastar su contenido con el convenio regulador?*

La reciente Resolución de 19 de julio de 2011 plantea el siguiente supuesto:

Se adjudica la vivienda a la esposa tras la liquidación de la sociedad de gananciales en pago de su haber ganancial (había satisfecho el exceso de la adjudicación mediante cheque bancario). La registradora deniega la inscripción de la escritura de liquidación donde consta la adjudicación del piso alegando que es imprescindible contrastar la adjudicación efectuada en el título con el contenido del convenio regulador y de su homologación judicial. La notaría recurre estimando que la escritura es inscribible por sí misma por los siguientes argumentos. Primero: porque el hecho de que el convenio regulador sea inscribible no quiere decir que la inscripción sea obligatoria. Y, segundo: que teniendo la escritura presentada un contenido exclusivamente patrimonial, aunque en el convenio se hubiera pactado algo distinto pueden los cónyuges alterarlo.

Dejando aparte otras cuestiones que resuelve la Resolución, en lo referente al tema propuesto, dice la Dirección General: «...el derecho de uso de 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. No se establecen más restricciones a la facultad 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».

Y añade: es cierto que la liquidación de los gananciales puede hacerse en convenio regulador, pero ello no quiere decir que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el artículo 90 del Código Civil no la impone con carácter obligatorio (19), concluyendo que cuando no se haga en el convenio regulador, el documento adecuado para practicarla es la escritura pública de liquidación. La defensa del derecho de uso está encomendada a uno solo de los cónyuges, el titular del derecho, y tal cónyuge puede hasta renunciarlo, consintiendo la enajenación de la vivienda. En consecuencia, *la atribución de la propiedad a uno de los cónyuges no puede contradecir nunca el derecho al uso, pues el mismo, si se atribuye al cónyuge titular lo refuerza, y si se atribuye al otro, no impide que este inscriba su derecho al uso.*

Es una cuestión puramente patrimonial, los cónyuges no ven limitada su libertad contractual por el contenido de dicho convenio.

Estima el recurso interpuesto.

b) *¿Puede el titular del inmueble, también titular del derecho de uso, enajenar la vivienda sin necesidad de consentimiento del otro o de autorización judicial?*

También se plantea la cuestión cuando el titular, que pretende la enajenación, es además el que tiene atribuido el derecho de uso.

Así, en la Resolución de 14 de mayo de 2009, la Registradora suspende la inscripción de la venta de un piso por constar inscrito el derecho de uso del mismo en virtud de convenio aprobado judicialmente a favor de la vendedora y de sus hijos, por lo que siendo estos menores, solo el Juez puede autorizar una disposición que implica la protección de la vivienda familiar, salvo que los menores, al alcanzar la mayoría de edad, lo consintieran. La DGRN estima el recurso interpuesto contra la calificación, que desestima y revoca, entendiendo subsumido en la propia titularidad dominical el derecho de uso, para cuya disposición no se requiere —entiende— el consentimiento del excónyuge al que no se le ha atribuido el uso y que, además, tampoco es propietario, puesto que la vivienda se atribuyó en propiedad al titular del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales. *Como el uso corresponde al mismo excónyuge, que es titular exclusivo de la vivienda, no es posible limitar la libre*

(19) El artículo 90.E del Código Civil se refiere a la liquidación, *cuando proceda*, del régimen económico del matrimonio, como uno de los extremos a los que ha de referirse el convenio regulador.

disposición de la vivienda que solo a su titular corresponde. En relación a la posición jurídica de los hijos entiende el Centro Directivo que se desenvuelve en el ámbito de los derechos familiares, y no de los patrimoniales y que su posición es la de beneficiarios del derecho de uso, pero no la de titulares.

La consecuencia lógica sería entender que si el cónyuge, único propietario, puede vender el inmueble sobre el que se constituyó el derecho de uso, porque está subsumido en su derecho de propiedad y, sin necesidad de autorización judicial, puede extinguir la atribución judicial del uso constituida sobre el inmueble enajenado o, al menos, modificarla.

c) *Inscrita la atribución judicial del uso a favor del no titular, ¿es preciso su consentimiento para la enajenación voluntaria de la vivienda?*

Evidentemente, sí, pues así como el artículo 1320 del Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o, en su caso, autorización judicial, en las situaciones de normalidad matrimonial, el 96.4 para las situaciones de crisis exige igualmente, para disponer de la vivienda y bienes, el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Esto es así, independientemente de la atribución judicial del uso, pero además, en la Jurisprudencia anteriormente expuesta, se reitera que el derecho al uso de la vivienda, concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge, 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 caso, autorización judicial para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda.

Por eso esta limitación es oponible a terceros y es inscribible en el Registro de la Propiedad.

d) *¿Y si se trata de una enajenación forzosa, derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria?*

Ya he señalado en el planteamiento del trabajo que, inscrita antes la hipoteca, la atribución judicial del uso de la vivienda habitual que accede al Registro con posterioridad decae ante la ejecución forzosa del bien derivada de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El adjudicatario del bien, tras la correspondiente subasta, recibe el bien libre de todas las cargas anotadas con posterioridad a la fecha de constitución de la hipoteca.

Como he dicho anteriormente, el supuesto de enajenación forzosa, por la vía de la ejecución hipotecaria, no plantea interrogantes respecto de la posible

subsistencia del derecho de uso tras la adjudicación a un tercero en la correspondiente subasta, por cuanto:

- Lo más frecuente es que la hipoteca se haya constituido antes, o constante matrimonio, para financiar la adquisición de la vivienda, por lo que fue necesario recabar el consentimiento de ambos o la correspondiente autorización judicial para la constitución de la misma (1320 CC).
- Porque aun en el caso que se hubiese constituido después de la inscripción de la atribución judicial del uso y puesto que recae sobre la vivienda habitual, en virtud del 96.4 del Código Civil también fue necesario que ambos prestaran su consentimiento o recayera autorización judicial.
- Y, en el supuesto que se tratara de una hipoteca arrastrada como carga de inscripciones antiguas, sin que exista rastro de consentimiento de los cónyuges ni se haya constituido para financiar la adquisición de la vivienda, es decir, que se trate de una vivienda actualmente de titularidad de uno solo de los dos cónyuges, igualmente, por tratarse de vivienda habitual habrá que dirigir la demanda ejecutiva contra el titular y notificar al otro cónyuge.

e) *Supuesto de embargo de la vivienda habitual sobre la que consta inscrita una atribución judicial de uso.*

Se estudia separadamente.

III. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DE USO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

1. SOBRE LA INSCRIBIBILIDAD DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. LA INSCRIPCIÓN NO ALTERA LA NATURALEZA DEL ACTO O DERECHO INSCRITO

A) *Cuando se atribuye el uso al no titular de la vivienda*

Aunque la naturaleza jurídica de la atribución del uso sobre la vivienda familiar ha sido ampliamente discutida por la doctrina y la Jurisprudencia, como se ha expuesto más arriba, independientemente de su calificación como derecho real o no, no se cuestiona la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad.

Así, la DGRN, en Resolución de 19 de septiembre de 2007, ha señalado que «...nada se opone a la registración pretendida, por cuanto el derecho de uso, si bien de naturaleza personal o real, 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» (20).

Doctrina que ya había sentado en la de 25 de octubre de 1999 (21): «Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario».

Y reitera en otras posteriores:

Resolución de 14 de mayo de 2009: «...en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro...».

Resolución de 18 de noviembre de 2009. En el supuesto de referencia no se trata de «un derecho al uso de la vivienda como el legalmente tipificado e inscribible en el Registro».

Del mismo modo, el Tribunal Supremo: Sentencia de 11 de diciembre de 1992: «...no parece dudoso que dicho uso... debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa...» (22).

B) *Cuando el cónyuge titular de la vivienda es, al mismo tiempo, adjudicatario del derecho de uso*

Siendo el contenido del derecho de uso es el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión registral cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento.

El derecho de uso genera a favor de su titular una facultad de ocupación provisional y temporal y el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del titular del dominio, por lo que, en este caso, quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca (Resolución de 14 de mayo de 2009).

Resolución de 6 de julio de 2007: «tiene razón la calificación del Registrador al decir que el uso y disfrute de la vivienda, en el presente caso, viene atribuido

(20) BOE de 11 de octubre de 2007.

(21) BOE de 1 de diciembre de 1999.

(22) R.A. núm. 10136.

por el derecho de propiedad que sobre la vivienda se ostenta. Por ello, en principio, carece de interés y razón de ser la constancia registral que se solicita».

Resolución de 10 de octubre de 2008: «...el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente». En este caso, si la esposa a quien se le atribuye la guarda y custodia de los hijos comunes es la que tiene encomendada la defensa del derecho de uso, resulta redundante su constancia registral si lo que tiene atribuido la esposa es el pleno dominio de la finca.

Resolución de 19 de julio de 2011: cuando el uso se atribuye al cónyuge titular, lo refuerza.

En estos casos, cuando la atribución del uso y la titularidad de la vivienda coinciden y, al denegarse la inscripción del primero por resultar redundante, se ha pretendido en ocasiones que la inscripción de la atribución se practique a favor de los hijos. El Centro Directivo ha determinado que los hijos son beneficiarios pero no titulares del derecho. Es por ello que no es necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos (Resoluciones de 21 de junio de 2004, 27 de agosto de 2008 y 14 de mayo de 2009, entre otras).

DÍAZ FRAILE (23) estima que la identificación de las circunstancias personales de los hijos y de su edad no es algo necesariamente superfluo, por ejemplo, a efectos de la correcta tramitación de un expediente de expropiación forzosa.

C) Cuando la finca aparezca inscrita a favor de un tercero

En este caso no es posible inscribir la atribución de uso porque el titular inscrito no ha sido parte en el proceso matrimonial del que trae causa la atribución y porque estaríamos ante un supuesto de falta de tracto sucesivo.

a) Compatibilidad con el derecho real de usufructo

En la Resolución de 21 de junio de 2004 (24) se adjudica a la esposa el uso de la vivienda. Entre otros defectos, el Registrador rechaza la inscripción porque el usufructo de la vivienda aparece inscrito a favor de un tercero (el padre del marido), entendiendo que en su inscripción existe un derecho incompatible con

(23) DÍAZ FRAILE, J. M., *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, coordinado por R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE, Bosch, Barcelona, 2011, que redacta el capítulo 16 sobre el uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial, págs. 438 y sigs.

(24) BOE de 8 de septiembre de 2004.

el que se pretende inscribir. La DG confirma el defecto entendiendo que no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el convenio regulador.

La DG, no obstante, estimó compatible la inscripción de la atribución con la de una cuarta parte de la nuda propiedad de la cuarta parte indivisa que ostentaba el marido, atribuyéndose el uso a la esposa y perteneciendo el usufructo a un tercero. Motiva su decisión argumentando que, aunque la utilización de la cosa tendrá las limitaciones propias del usufructo existente, será posible cuando el usufructo se extinga y se consolide con la nuda propiedad. Además, y en todo caso, la constancia registral solicitada impedirá que la esposa pueda verse afectada por un acto dispositivo del marido hecho sin su consentimiento (25).

Si el titular del usufructo es el otro cónyuge, la duración del uso tendrá la duración que le permita la temporalidad inherente al usufructo.

b) Vivienda en arrendamiento

El artículo 15 de la LAU establece que: «en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil». Deben cumplirse los requisitos establecidos en el párrafo segundo, es decir, comunicación al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial, acompañando copia de dicha resolución o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda (26).

La atribución judicial del uso o dimanante del convenio regulador no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y no se trata de una cesión a efectos del artículo 24 LAU, que exija el consentimiento del arrendador, pues a pesar de la atribución del uso a favor del tercero que asume las obligaciones y derechos del titular del arrendamiento, sigue siéndolo quien lo era antes de la crisis matrimonial, no desapareciendo de la relación contractual, ya que es él el que asume las obligaciones respecto del arrendador, porque tanto el convenio regulador aprobado judicialmente como

(25) Resolución de 28 de mayo de 2005. *BOE* de 9 de agosto de 2005.

(26) Estima SANTOS MARTÍNEZ, A., *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 196 y sigs., que este precepto debe ser aplicable igualmente a las parejas de hecho, pues a día de hoy no puede hablarse de crisis matrimoniales como algo distinto a las situaciones producidas por las rupturas de parejas de hecho. Postula, por ello, un cambio de nomenclatura de la tradicional «crisis matrimoniales» a «crisis familiares».

En cuanto a quien debe realizar la comunicación al arrendador, entiende que, ante la falta de concreción de la LAU, la notificación incumbe tanto al arrendatario como al que se le atribuye el uso de la vivienda. Cualquiera puede realizar esta comunicación.

las medidas acordadas por el Juez en un proceso contencioso son susceptibles de modificación, lo que no podría darse si estuviésemos ante un cambio de titularidad contractual (27).

Entiende SANTOS MARTÍNEZ que, esta postura, compartida por un sector doctrinal, obliga a partir de una presunción: que desde el momento en que se inicia la convivencia, ambos poseen un derecho de uso sobre la vivienda. Este derecho puede ser originario y directamente atribuido por el contrato de arrendamiento o bien compartido, que tiene el cónyuge —o conviviente— como integrante de la unidad familiar. La sentencia de atribución lo que permite es continuar en un uso que ya se tenía, pero que ahora ya no derivaría de la posesión que ostentaba el arrendatario sino del contenido de la resolución judicial. Esta continuidad en el uso es lo que explica que no haya subrogación ni cesión alguna (28).

c) Ocupación de la vivienda en virtud de la mera tolerancia de un tercero (29)

La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2010, ha fijado los criterios a tener en cuenta para las distintas situaciones que pueden darse:

(27) Vid., entre otras, la SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2002.

(28) SANTOS MARTÍNEZ, A., *La ejecución del desahucio de vivienda*, cit., págs. 204 y 205.

(29) La STS, de 2 de noviembre de 1993, declara que la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar en proceso de separación matrimonial, no excluye el precario o el juicio de desahucio, frente al propietario que no intervino en el proceso. Si la vivienda se poseía sobre la base de un precario o un arrendamiento, el uso que se atribuya a uno de los cónyuges en virtud del artículo 96, no puede tener más fuerza y, por tanto, no podrá ser derecho real, pues se atacaría la seguridad del tráfico jurídico.

Resulta particularmente interesante este supuesto, por cuanto ha sido objeto de una extensa labor jurisprudencial en tiempos recientes. El problema se centra en determinar qué ocurre en los frecuentes casos en los que el propietario de un inmueble cede su uso a un familiar, generalmente un hijo o hija, para que en él se fije el domicilio familiar y posteriormente deviene la ruptura matrimonial o de la convivencia y una resolución judicial atribuye a uno de los cónyuges o convivientes el uso de la vivienda. Se trata, pues, de dilucidar qué facultades de recuperación del inmueble le quedan a ese tercero, propietario de la vivienda y afectado por una resolución judicial dictada en un proceso de familia. La solución será distinta si resulta probado que ha existido o no un contrato entre las partes: el comodato, generalmente, caracterizado por la cesión gratuita de una cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto, en cuyo caso habrán de aplicarse las normas reguladoras de este negocio jurídico. Por el contrario, en el supuesto en que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se deberá concluir que se está ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario del inmueble podrá, en cualquier momento, reclamar su posesión y, frente a la posible reclamación de su propietario no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda establecido en un procedimiento de familia. Así, la sentencia de 18 de enero de 2010 ha sentado la siguiente doctrina al respecto: «Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse

1. Cónyuge propietario único de la vivienda o ambos propietarios en copropiedad ordinaria por tratarse de vivienda de naturaleza ganancial. No se produce el problema del precario porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia que atribuye el uso o el convenio regulador en que se acuerda.
2. Terceros propietarios que ceden el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime su uso. La relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005:
 - a) El cónyuge titular de la vivienda la vende o cede a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial; o vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y uno de ellos ejercita 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

el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios».

En el supuesto de referencia se trataba de una vivienda de la que la demandante era copropietaria junto con su hermano, quien la había cedido a su hijo y esposa como domicilio conyugal. Divorciados estos y atribuido el uso de la misma a la demandada, la copropietaria ejercita la acción de desahucio por precario con la finalidad de obtener el desalojo de la vivienda.

La sentencia de instancia había desestimado la demanda, entendiendo que la situación de posesión existente no se ajustaba al precario, ya que presentaba una peculiaridad porque la titularidad era compartida con el marido de la demandada y «ello significa que el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella, es decir, el derecho a poseer inherente al condominio que corresponde a ese copropietario está judicialmente atribuido a la demandada y su hija». De este modo, «no cabe considerar precarista al condómino (o a quien ocupa su posición) que posee la cosa común frente a los demás partícipes, ya que [...] no puede ser equiparado con quienes disfrutan de una cosa por mera tolerancia o sin título amparador. Posteriormente, la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia afirmando que la sentencia por la que se atribuye el uso no crea por sí sola un título de ocupación oponible *erga omnes* y no modifica el carácter de precario en el disfrute del inmueble. Solo sería posible esa oponibilidad en el caso que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario. La actora —concluye— no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario».

Recurrido el fallo en casación, el Tribunal Supremo resuelve: «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para 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».

de 1999, de 4 de diciembre de 2000, de 28 de marzo de 2003 y de 8 de mayo de 2006, 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.

- b) Tercero propietario que cede el uso a uno de los cónyuges mediante contrato anterior al matrimonio o suscrito durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, este no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en la sentencia de 3 de abril de 2009 (recurso 1200/2004). Por ello matizando la anterior jurisprudencia (contenida en las sentencias de 2 de diciembre de 1992 y de 17 de julio de 1994 y 14 de abril de 2009, entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea titular del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.
- c) Tercero propietario que cede el uso de forma totalmente gratuita al usuario de la vivienda. Producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS de 26 de diciembre de 2005, de 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009). La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.
- d) Para el supuesto que resuelve la sentencia, vivienda en copropiedad cuyo uso se permite por uno de los condóminos a los beneficiarios con la finalidad de destinarla a vivienda habitual, entiende el

Tribunal Supremo que, de acuerdo con el artículo 445 del Código Civil, «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión». Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

IV. EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA HABITUAL

Es preciso distinguir entre:

1. ACTOS QUE CONSTAN EN EL REGISTRO CON ANTERIORIDAD A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

No hay duda que, respecto de actos de disposición inscritos con carácter anterior y preferente a la atribución judicial, el uso decae. La finalidad de la inscripción de la atribución judicial del uso no es otra, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo y la Dirección General, que impedir al cónyuge, no beneficiario del uso, la realización de actos de disposición sobre la vivienda sin contar con el consentimiento del titular del uso. Pero si para la realización del acto se contó con dicho consentimiento con carácter previo no se plantea problema alguno. El acto existe civilmente y además accede al Registro con anterioridad por lo que, en aplicación del principio de prioridad registral barrería la posterior inscripción de la atribución judicial del uso.

2. ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIVIENDA ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO PERO QUE ACCEDEN AL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A LA MISMA

Se trataría del supuesto en que se realizan actos dispositivos sobre la que es vivienda habitual de la pareja con carácter previo a la atribución judicial del

uso. Es decir, nos moveríamos en la situación de normalidad matrimonial en la que es de aplicación el artículo 1320 del Código Civil, que exige para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno de los cónyuges, el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Así, si se requirió el concurso de ambas voluntades para la realización del acto dispositivo (hipotecar la vivienda o venderla a un tercero), no importa que dicho acto haya accedido al Registro con posterioridad a la inscripción de la atribución del uso tras un procedimiento de nulidad o divorcio. A efectos prácticos, el adquirente (si fue venta) o el rematante (si recibió la vivienda por adjudicación en un procedimiento de ejecución hipotecaria) no recibirán la vivienda con la carga del uso porque, aunque pudiera pensarse que por aplicación del principio de prioridad el uso se mantiene, civilmente el acto de disposición fue válido y existe desde antes. Sería discutible la posibilidad de entablar la correspondiente tercería ante la autoridad judicial para que se fije la prioridad civil o sustantiva del derecho adquirido.

Y, aunque no comparto literalmente la afirmación de que el derecho de uso es oponible a terceros, señala FORCADA MIRANDA (30) que no puede ir en fraude o perjuicio de acreedores que lo eran antes de que se constituyera el derecho de uso, ni puede limitar los derechos de otros titulares que no son parte en el proceso matrimonial.

3. ACTOS DE DISPOSICIÓN POSTERIORES Y QUE ACCEDEN AL REGISTRO DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL EMBARGO DE LA VIVIENDA HABITUAL SOBRE LA QUE RECAE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO QUE CONSTA INSCRITA EN EL REGISTRO

Por la aplicación estricta del principio de prioridad, estando inscrito el uso, este debería resultar protegido frente al adquirente posterior en una venta forzosa. A efectos prácticos, el resultado sería que el rematante o el comprador adquirirían la vivienda con la carga del uso por ser un derecho real anterior y preferente inscrito con anterioridad.

Sin embargo, no vamos a reiterar la extensa Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General en la que se afirma con rotundidad que el uso no es un derecho real.

El Tribunal Supremo ha dicho que el contenido del derecho de uso atribuido judicialmente no es otro que su finalidad de evitar la realización de actos de

(30) FORCADA MIRANDA, F. J. (ponente), MADRAZO MELÉNDEZ, B., y GUERRERO PEYRONA, J. (coponentes), «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», en *Actas de los decimocuartos encuentros del Foro Aragonés*, en *El Justicia de Aragón*, pág. 56, Zaragoza, 2004.

disposición sobre la vivienda por el cónyuge titular sin el consentimiento del no titular.

El artículo 1320 del Código Civil requiere el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre la vivienda o, en su caso, autorización judicial en situaciones de normalidad matrimonial, con independencia de la titularidad. Lo que se trata de proteger no es tanto el interés económico de la persona, como su protección como tal persona integrante de un núcleo de convivencia que se basa en las relaciones de sangre y afecto. Esta especial protección que aparta el estatuto jurídico de la vivienda habitual del de cualquier otro inmueble perteneciente a la familia (en el que siendo de titularidad privativa de uno de los cónyuges no se requiere el concurso de voluntades para realizar actos dispositivos sobre el mismo) responde a que la vivienda constituye la base física indispensable para el desarrollo de la vida familiar. Nuestra Constitución proclama el derecho a la vivienda en el artículo 47, pero además, el derecho a la protección de la familia en el artículo 39.1 y la protección integral de los hijos en el 39.2.

Si el matrimonio entra en crisis, y se disuelve como consecuencia de un procedimiento de nulidad o divorcio, en el que, bien los propios cónyuges en la propuesta del convenio regulador (31), o bien el Juez a falta de acuerdo, ha determinado que el uso de la vivienda corresponda a uno de los cónyuges, el Código Civil sigue protegiendo la vivienda habitual en el artículo 96.4 exigiendo, exactamente igual que el 1320, el concurso de ambas voluntades para realizar actos dispositivos sobre la misma o, en su caso, autorización judicial.

El hecho de que la atribución de uso sea inscribible no altera su naturaleza. La protección a la familia y a los hijos, que proclama la Constitución, debe ser la misma constante el matrimonio y disuelto el matrimonio.

Si, existiendo aún el vínculo conyugal, el inmueble es embargado por deudas del titular privativo de la vivienda, la desprotección a la familia y a los hijos no es obstáculo para la ejecución del embargo. Disuelto el matrimonio e inscrita la atribución judicial del uso con carácter anterior y preferente, hay que preguntarse si el rematante adquiere la vivienda con la carga del uso, en aplicación del principio de prioridad sobre un derecho que el Tribunal Supremo ha dicho que no es real, que no es un derecho patrimonial, que se mueve en la esfera de los derechos familiares y que, creo, es el mismo derecho a la vivienda que tenían los excónyuges y los hijos antes del divorcio. La inexistencia de matrimonio no puede reforzar una situación posesoria que cuando sí existía el matrimonio era la misma. En consonancia con la Jurisprudencia expuesta, disuelto el matrimonio y, con independencia de la titularidad del inmueble, nada dice el Código sobre el

(31) No se trata el supuesto en que dentro del convenio regulador, los cónyuges se atribuyan derechos, pues aquí no estaríamos hablando de situación posesoria, sino de un verdadero derecho real que nace por voluntad de los interesados.

contenido de la atribución judicial del uso. Solamente que, atribuido el uso, se exige el consentimiento de ambos para disponer de derechos sobre la vivienda.

El Juez no puede crear un derecho real prescindiendo de la voluntad de los interesados o, en todo caso, de la voluntad del titular. El Juez solo puede declarar la existencia de una situación posesoria que tiene la virtualidad de paralizar los actos de disposición que pudiera querer realizar el titular que no tiene atribuido el uso. No hay razón alguna que justifique mayor protección en situaciones de crisis que en situaciones de normalidad matrimonial. Lo que hace la sentencia que decreta la atribución es declarar que la situación que existía antes continúa ahora, pero no crea nuevo derecho alguno. Por eso el propio Código, cuando enumera las medidas que, admitida la demanda y a falta de acuerdo de los cónyuges puede adoptar el Juez (art. 103.2.º) señala: «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...».

Así, dice DE LA PUENTE ALFARO (32), que la atribución del uso no es más que estrictamente eso, reconocer legalmente la legitimación para el título posesorio que se detenta, cualquiera que sea este. Por esta razón, si no hay título posesorio, el Juez no se lo puede inventar frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. De ahí, sigue este autor:

En primer lugar, que la atribución del uso confiere a un cónyuge e hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno, sino ejercicio del derecho ajeno; la práctica forense y la doctrina ha viciado el debate —dice— denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto.

Y, en segundo lugar, al no existir creación de título alguno no se plantean cuestiones de titularidad; ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho. Si el título no existe, la sentencia no lo crea y se limita a reconocer que la situación posesoria continúe en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos.

Veamos ahora qué ocurre cuando la vivienda habitual de la familia es objeto de la acción de los acreedores como consecuencia de un embargo por deudas del titular.

En primer lugar, hay que señalar que la LEC (art. 592) prevé la posibilidad de sustituir el embargo de la vivienda familiar por otros bienes de preferente embargabilidad. Así, el no titular puede señalar otros bienes para el embargo y, en defecto de pacto será el tribunal el que «embargará los bienes del ejecutado

(32) DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre de 2006, págs. 2359 a 2379.

procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de esta para el ejecutado».

Pero, cuando es la vivienda familiar el único bien disponible, no hay opción para su embargabilidad. La LEC no se refiere a la vivienda habitual en el artículo 605, cuando enumera los bienes absolutamente inembargables, ni en el artículo 606 respecto de los bienes inembargables del ejecutado. Tampoco lo hace en los artículos 607 y 608 respecto de los bienes relativamente inembargables.

Entendemos que, si el artículo 1320 del Código Civil, para las situaciones de normalidad exige el concurso de ambas voluntades para disponer de derechos sobre la vivienda y, en idénticos términos reproduce estos requisitos el 96.4 para las situaciones de crisis, la finalidad de las dos normas es la misma: evitar que el cónyuge o excónyuge pueda unilateralmente disponer voluntariamente de la vivienda y provoqué el cese del uso y de la posesión.

Téngase en cuenta que en el supuesto de ejecuciones forzosas no se aplica el artículo 96.4 del Código Civil porque no interviene la voluntad del ejecutado y porque el acto emana de la decisión de un órgano judicial.

Por eso, la RDGRN (31 de marzo de 2000) entiende que, en caso de separación, la exigencia de consentimiento o autorización judicial para disponer de una vivienda privativa de un cónyuge solo tiene aplicación cuando sobre la misma se ha constituido a favor del consorte un derecho de uso. En este caso, que se trataba de la constitución de un derecho real de hipoteca, está claro que se trata de un acto de disposición voluntario, por lo que es de aplicación el 96.4 del Código Civil, pero no ocurre así cuando se trata de un embargo decretado por la autoridad judicial.

El artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario determina que: «Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado». Este apartado del artículo 144 fue redactado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre y exige, en definitiva, para poder anotar en el Registro un embargo sobre la vivienda habitual cuyo carácter consta en el Registro, que la notificación del mismo se realice también al no titular. Esto para todas las situaciones: de normalidad y de crisis. Con y sin atribución del uso de la vivienda.

Señala GARCÍA GARCÍA (33) que, respecto al caso que conste por inscripción resultante de convenio de separación o divorcio, la atribución del uso de

(33) En nota a pie comentando el artículo 144.5 del RH, Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil, edición de Civitas, 2011, y texto que también reproduce CHICO Y ORTIZ en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, cuarta edición actualizada, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2000.

la vivienda familiar al cónyuge, por un lado ha de exigirse la notificación al mismo, para la práctica de la anotación sobre los derechos del cónyuge titular de la propiedad; pero, al propio tiempo al constar inscrito el derecho de uso a nombre del otro cónyuge, procede denegar la anotación respecto al derecho de uso por constar a nombre de persona distinta del demandado, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Entendemos que se refiere al supuesto de embargo dirigido contra el cónyuge al que se ha atribuido el uso pero no es titular de la vivienda. En este caso, el cónyuge al que se le ha atribuido el uso no ostenta ningún derecho embargable sobre la misma. De ahí la afirmación de GARCÍA GARCÍA cuando señala que procede denegar la anotación respecto del derecho de uso.

Hay que entender con ACHÓN BRUÑÉN (34) que, efectivamente, en este caso el derecho de uso se ha de estimar inembargable, pero añadiendo que es inembargable porque no existe derecho alguno que pueda ser objeto del embargo, tan solo la titularidad que pertenece al otro cónyuge. Como ha dicho el Tribunal Supremo, el derecho al uso es un derecho de carácter familiar y no patrimonial. Y solo pueden ser objeto de embargo derechos patrimoniales, los derechos que tengan un contenido susceptible de ser valorado económicamente.

El que la atribución del uso no sea embargable por sí sola por las razones expuestas no significa que, ejecutado el inmueble y adjudicado a un tercero tras la correspondiente subasta, quede indemne y a salvo de la acción acreedora. La situación posesoria que protege la atribución del uso no es más que eso, la legitimación para poseer cuando la titularidad es de otro, porque así lo han acordado ambos excónyuges o el Juez cuando no se han puesto de acuerdo.

El adquirente en el procedimiento de ejecución que se encuentra con una atribución de uso inscrita en el Registro recibe el bien libre de cargas, porque así lo recibiría si esa situación posesoria, que ya existía antes del divorcio para el no titular y que ahora, tras la disolución del matrimonio, cuando ya la pareja no vive junta, no es más que la constatación por vía judicial de un hecho: que aunque no existe el matrimonio, el excónyuge no titular y los hijos, en su caso, siguen viviendo allí. Que la situación que existía continúa ahora. Que si el titular quiere realizar actos dispositivos sobre la vivienda, debe recabar el consentimiento del usuario. Pero que si el acto dispositivo deviene a consecuencia de un pronunciamiento judicial, de una ejecución forzosa, en la que no tiene cabida la voluntad del no titular, ni siquiera la del titular, nada se puede hacer, porque nada podría hacerse si la ejecución se produjera constante el matrimonio. La posesión del usuario está amparada por un título, cual es la titularidad del otro excónyuge. Si la propiedad se extingue, por adquisición de un tercero, se extingue también la posesión que traía causa de aquel derecho.

(34) ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *UNED, Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, pág. 48.

La constancia registral del uso solamente obliga, a tenor del 144.5 del Reglamento Hipotecario, a notificar al usuario cónyuge del titular de la existencia del embargo para que el Registrador pueda proceder a la anotación preventiva del mismo, pues estando inscrito el uso, resulta del Registro el carácter de vivienda habitual del inmueble. Esta notificación al no titular le permitirá, si es posible, señalar otros bienes del ejecutado para que sean objeto del embargo de acuerdo con el orden establecido por el artículo 592 LEC. Pero no está legitimado para interponer tercería alguna pretendiendo el lanzamiento del embargo, pues el artículo 595 LEC solo concede esta legitimación:

1. Al dueño de un bien embargado, como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de este una vez trabado el embargo.
2. A quienes sean titulares de derechos que, *por disposición legal expresa*, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes pertenecientes al ejecutado.

Siendo necesario, en ambos casos, aportar un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.

Así lo ha señalado también el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de marzo de 2011 (35): «La atribución del uso y disfrute de una vivienda conyugal en méritos de una resolución resolutoria de un procedimiento de crisis matrimonial no genera ningún título dominical a favor de aquella o aquellas personas en cuyo favor se otorga ese uso... Esta atribución no constituye, por consiguiente, un título hábil para sustentar sobre el mismo la acción de tercería».

El cónyuge del ejecutado solamente podría paralizar la ejecución, como señala DE LA PUENTE ALFARO, pagando y liberando así la finca. La notificación como ocupante de la vivienda, que prevé el artículo 661 de la LEC, solamente tiene esta finalidad, sin que paralice la traba ni tenga otros efectos que poner en su conocimiento la propia existencia de la ejecución. A diferencia de otros ocupantes que pueden alegar título —dice—: «el cónyuge no deudor carece de título para poseer distinto de aquel del cónyuge que es objeto de la ejecución. La atribución de la cualidad de vivienda familiar de la vivienda y la constancia en el Registro no hace titular a quien no lo es, no atribuye título alguno por lo que (...) no puede constituir obstáculo registral que impida la práctica de la anotación ordenada por el mandamiento judicial. A lo más servirá al proceso poniendo de manifiesto la existencia de ocupantes distintos del titular para que sean notificados, pero siempre después de la práctica de la anotación de embargo y sin eficacia alguna en su práctica».

Si fuera de otro modo, si se entendiera que el rematante adquiere la finca con la carga del uso, sería tanto como afirmar que el Ordenamiento Jurídico

(35) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17. Civil. Aranzadi *JUR* 2011/202104.

dispensa una protección más férrea al cónyuge no titular y los hijos, si los hay, disuelto que constante el matrimonio y que están más desprotegidos los acreedores del titular cuando se divorcia que mientras está casado.

Y, de llegar a la conclusión contraria habría que valorar como posible la situación extrema, pero factible, en la que, amenazado el titular por la acción de los acreedores, y siendo el único objeto posible de ejecución la vivienda habitual, acordara con su pareja la disolución del vínculo y atribución a esta del uso de la vivienda en convenio regulador, que puede llevarse a efecto en pocos meses tras la reforma del año 2005, asegurándose así, al menos, la legitimación para poseer la vivienda durante el tiempo convenido y dejarla a salvo de la ejecución, que desplazaría todos sus efectos si no hubiera habido divorcio.

CONCLUSIONES

- I. El uso de la vivienda habitual de la familia, tras un procedimiento de disolución del matrimonio, puede ser adjudicado al cónyuge no titular y a los hijos, si los hay. La titularidad del bien no obsta a la continuación del uso y disfrute del mismo por el no titular. Se trata de una situación posesoria que ya existía constante el matrimonio y que ahora continúa por acuerdo de los excónyuges o decisión de la Autoridad Judicial.
- II. La atribución del uso no es un derecho real, no es un derecho patrimonial, sino familiar, que trae causa de un título preexistente cual es la titularidad de uno de los excónyuges y que tiene como finalidad evitar que uno de ellos pueda de forma unilateral disponer voluntariamente de la vivienda y provoque el cese del uso y de la posesión. En consecuencia, cuando el título que legitima el uso se extingue, se extingue este también.
- III. Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, el Código Civil exige en los artículos 1320 (situaciones de normalidad matrimonial) y 96.4 (crisis) el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Estos preceptos no son aplicables a las ejecuciones forzosas, pues en estas se prescinde, en todo caso, de la voluntad de los interesados y la decisión emana de un órgano judicial.
- IV. Inscrita la atribución judicial del uso en el Registro de la Propiedad, esta decae frente a las cargas anotadas o inscritas con carácter anterior y preferente a su constancia registral, por lo que el adjudicatario, tras la subasta y posterior remate, adquiere el bien libre de gravámenes.
- V. Pero anotado un embargo con posterioridad a la inscripción de la atribución del uso y llegado el momento de la adjudicación tras el

remate, el uso se extingue porque si ya no hay título que justifique la posesión, el Juez no puede crearlo frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. El adquirente recibe el bien libre de cargas porque así lo recibiría constante el matrimonio.

- VI. La constancia registral del uso solo obliga, a tenor del 144.5 del Reglamento Hipotecario, a notificar al usuario de la existencia del embargo, para que el Registrador pueda proceder a la anotación preventiva del mismo.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

Sentencia de 11 de diciembre de 1992 (*RA*, núm. 10136).
Sentencia de 20 de mayo de 1993 (*RA*, núm. 3807).
Sentencia de 22 de noviembre de 1993 (*RA*, núm. 9178).
Sentencia de 29 de abril de 1994 (*RA*, núm. 2945).
Sentencia de 31 de diciembre de 1994 (*RA*, núm. 10330).
Sentencia de 4 de diciembre de 2000 (*RA*, núm. 10430).
Sentencia de 14 de enero de 2010 (*RA*, núm. 2323).
Sentencia de 18 de enero de 2010 (*RA*, núm. 1274).
Sentencia de 8 de octubre de 2010 (*RA*, núm. 7445).
Sentencia de 22 de noviembre de 2010 (*RA*, núm. 2011/936).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 25 de octubre de 1999 (*BOE* de 1 de diciembre).
Resolución de 31 de marzo de 2000 (*BOE* de 25 de abril).
Resolución de 21 de junio de 2004 (*BOE* de 8 de septiembre).
Resolución de 28 de mayo de 2005 (*BOE* de 9 de agosto).
Resolución de 6 de julio de 2007 (*BOE* de 31 de julio).
Resolución de 19 de septiembre de 2007 (*BOE* de 11 de octubre).
Resolución de 27 de agosto de 2008 (*BOE* de 16 de septiembre).
Resolución de 10 de octubre de 2008 (*BOE* de 7 de noviembre).
Resolución de 14 de mayo de 2009 (*BOE* de 9 de junio).
Resolución de 18 de noviembre de 2009 (*BOE* de 8 de enero de 2010).
Resolución de 19 de julio de 2011 (*BOE* de 28 de septiembre).

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: «La problemática del embargo y la ejecución forzosa», en *UNED, Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2045 a 2077.
- DE LA PUENTE ALFARO, F.: «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre de 2006, págs. 2359 a 2379.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, coordinado por R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE, Bosch, Barcelona, 2011, que redacta el capítulo 16 sobre el uso de la vivienda familiar en el Libro Segundo, sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial, págs. 438 y sigs.
- FORCADA MIRANDA, F. J. (ponente), MADRAZO MELÉNDEZ, B. y GUERRERO PEYRONA, J. (coponentes), «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», en *Actas de los decimocuartos encuentros del Foro Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2004.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: «Ejecución de vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1611 a 1797.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: En nota a pie comentando el artículo 144.5 del RH, *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 2011.
- MANZANO SOLANO, Antonio, y MANZANO FERNÁNDEZ, M. del Mar: *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2008.
- SANTOS MARTÍNEZ, A.: *La ejecución del desahucio de vivienda*, Bosch, Barcelona, 2009.
- SERRANO CASTRO, Francisco de Asís: «Vivienda familiar y cargas del matrimonio», en *El Derecho*, Madrid, 2010.

RESUMEN

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN. EMBARGO

La vivienda habitual de la familia es objeto de una especial protección por el Ordenamiento Jurídico. En situaciones de normalidad matrimonial, el Código Civil en su artículo 1320 exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda o, en su caso, autorización judicial. En situaciones de

ABSTRACT

COURT ASSIGNMENT OF USE OF THE FAMILY HOME FORECLOSURE PROCEDURES. ATTACHMENT

A family's regular home comes under especially strong legislative protection. Under normal marital conditions, article 1320 of the Civil Code requires either the consent of both spouses or court authorization before rights in the home can be disposed of. Alternatively, article 96.4 of the Civil Code sets the same requirements

crisis, el artículo 96.4 del Código Civil exige los mismos requisitos cuando el matrimonio se disuelve a consecuencia de un procedimiento de nulidad o divorcio. En ambos momentos, constante matrimonio y una vez disuelto, la vivienda, como bien inmueble que es, puede ser objeto de la acción de los acreedores a consecuencia de un procedimiento de ejecución. Y puede ocurrir que, disuelto el matrimonio, el uso del inmueble esté atribuido judicialmente al cónyuge no titular y a los hijos, si los hay. Admitida la posibilidad de inscribir la atribución judicial del uso en el Registro de la Propiedad, se plantea la cuestión de qué ocurriría cuando con posterioridad a la constancia registral del uso accede al Registro una anotación de embargo que tiene por objeto la vivienda habitual. El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han sentado la doctrina que afirma que la atribución judicial del uso no es un derecho real y que su única finalidad es evitar la realización de actos de disposición voluntarios sobre la vivienda por parte del titular sin contar con el consentimiento del usuario no titular. Este cambio de jurisprudencia, respecto a la tradicional corriente que consideraba la atribución de uso como un derecho real lleva a la consecuencia inmediata de entender que la inscripción de tal atribución no es título suficiente que pueda paralizar la adquisición del dominio tras la ejecución, pues tan solo se trata de una situación posesoria, la misma que existía antes de disolverse el matrimonio y que legitima al usuario para permanecer en el inmueble mientras el título de que trae causa su posesión exista, pero que decae una vez que la titularidad del otro cónyuge se extingue.

for crisis situations when a marriage is dissolved through annulment or divorce. At both times, when the marriage is in force and after dissolution, the home, being real property, can as such be the object of action taken by creditors as a consequence of foreclosure. And if the property is registered as belonging to one of the spouses only, the court declaring the marriage dissolved may well assign use of the property to the spouse who is not the registered owner and to any children. We accept the possibility that the court's assignment of use may be registered in the Property Registry, and we wonder what would happen if, after such an entry is made, a caveat of attachment of the home is submitted for registration as well. The Supreme Court and the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs have established their view, which is that the court's assignment of use is not a real right, and that the sole purpose of the court's assignment of use is to prevent the registered owner from disposing of the home at will without the consent of a non-owner ex-spouse who is using the home. This is a switch from the authorities' traditional stance, under which assignments of use were regarded as real rights, and it leads to this immediate consequence: Registration of such an assignment is not sufficient title to stop acquisition of ownership after foreclosure. The situation is merely one of possession the same situation of possession that existed before the marriage was dissolved, a situation that entitles the user to remain on the property as long as the title underlying the user's possession exists, but a situation that nevertheless collapses once the owner spouse's ownership is terminated.

(Trabajo recibido el 19-12-2011 y aceptado para su publicación el 1-2-2012)