

1.3. Derechos reales

LA ESPECIAL NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 90.b) del Código Civil establece que uno de los contenidos del Convenio Regulador, consecuente tras una ruptura matrimonial, debe ser la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges. Igualmente, cuando no exista acuerdo entre las partes, el artículo 96 del Código Civil determina que el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar directamente al cónyuge que obtenga la custodia de los hijos del matrimonio, o si no hubiera hijos, se atribuirá al cónyuge más necesitado de protección.

Sea de forma convencional, o judicial, tras una ruptura de la convivencia matrimonial es necesario asignar la vivienda familiar —hasta entonces común— a uno de los dos cónyuges. El uso de la vivienda familiar implica, por una parte, la posibilidad de vivir, habitar, en dicha vivienda, que es necesario que sea aquella en la que se desarrollaba la vida en común con normalidad, sin que quepa entender como vivienda familiar cualquier otra que se hubiese adquirido por cualquiera de los cónyuges, sin ser el lugar donde los cónyuges cumplen con su obligación de vivir juntos (art. 68 del Código Civil).

Dentro de las características de este derecho podemos señalar las siguientes:

- Es un derecho que implica la facultad de goce de la vivienda familiar.
- Se establece en atención al interés de necesidad de protección de los hijos o cónyuge más necesitado; lo que le configura como un derecho muy especial.
- No tiene carácter indefinido, pues el límite del mismo será el fin de la custodia de los hijos, sea por su mayoría de edad o independencia económica; o el fin de la situación de protección del cónyuge beneficiario del mismo y, en última instancia, mientras viva.
- Es un derecho de configuración judicial, pues aunque se establezca por acuerdo de las partes, debe ser aprobado por el Juez (art. 90 del Código Civil).

A pesar de que este derecho implica la facultad de goce de la vivienda, no puede confundirse con un derecho real de usufructo, vitalicio y disponible, tal y como recoge la STS de 11 de diciembre de 1992, aunque la STS de 20 de mayo de 1993 estableció que sí se podía configurar con la duración y características propias del derecho de uso y habitación, aunque, siempre según el Tribunal, supone más bien, «un derecho de ocupación oponible a terceros».

Esto nos lleva a plantearnos, cuál es la naturaleza jurídica de este derecho de uso, si se trata de un derecho real, de uno personal, o cuáles son las características que realmente lo configuran.

II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En primer lugar, lo que se puede afirmar es que se trata de un verdadero derecho subjetivo, que implica el habitar en una determinada vivienda, respondiendo a la idea básica de protección, o de procura de las necesidades básicas bien a los hijos, si los hubiera y mientras no fueran independientes, o bien al cónyuge «más necesitado de protección» (art. 96 del Código Civil). Por lo tanto, «necesidad de protección» y utilización de una vivienda concreta —la familiar— como ideas motrices de esta figura, que pueden inclinar la balanza hacia el carácter personal o real respectivamente del derecho de uso.

De esta forma, se puede distinguir dos grandes tesis, los que consideran que se trata de un derecho de naturaleza real, y los que niegan tal carácter. La jurisprudencia también ha oscilado entre ambas posturas, por lo que merece la pena que recojamos sus argumentos.

1. NO TIENE NATURALEZA REAL

Las ideas que refrendan esta postura son básicamente:

- Se trata de un derecho que se concede básicamente por una necesidad de proteger a las personas más necesitadas y concretas.
- Además, y como establece la STS de 29 de abril de 1994, puede concederse sin necesidad de ser propietario, cuando por ejemplo, la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges, lo que excluye su carácter real.
- Podíamos descartar su naturaleza real, ya que cuando el derecho de uso se establece sobre una vivienda de carácter ganancial, en la que ambos cónyuges son cotitulares, el propio derecho de uso se extinguiría por consolidación, y en estos casos, como ha reconocido la jurisprudencia, el derecho de uso no supone ninguna restricción a la facultad de disposición de la misma.

La jurisprudencia, si bien de manera oscilante como luego veremos, ha negado en distintas ocasiones el carácter de derecho real del derecho de uso, en este sentido, y al inicio de la evolución jurisprudencial, niega la eficacia real de tal derecho en la STS de 22 de septiembre de 1988, en la que admite el derecho a la división de la cosa común ejercitado por uno de los cónyuges cotitulares de la vivienda, aun cuando existe este derecho de uso, prevaleciendo el derecho a dividir sobre el derecho de uso de la vivienda familiar. Basa su resolución en el hecho de que considera que cuando la vivienda es copropiedad de ambos cónyuges, el derecho de uso a la misma no puede suponer ninguna limitación al dominio. En este sentido, encontramos también la STS de 22 de diciembre de 1992, si bien, matiza esta postura, admitiendo que, a pesar de ello, y en ejecución de sentencia, debe garantizarse el derecho al uso atribuido al cónyuge no titular. En una línea muy similar encontramos la STS de 14 de julio de 1994, que recoge esta misma postura, pues permite el ejercicio de la acción de división —por tanto también prevalece sobre el derecho al uso—, pero, no obstante, hay que mantener el derecho al uso «así reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges».

Podemos resumir estas ideas diciendo que o es un derecho real absolutamente oponible, pues parece que prevalece la división de la cosa común, pero,

sin embargo, «debe mantenerse el derecho al uso»; como vemos el Tribunal Supremo es ambiguo a la hora de definir la eficacia de este derecho. No obstante, la sentencia STS de 29 de abril de 1994 da un paso más, y clarifica la situación puesto que niega expresamente la eficacia real del derecho al uso, ya que señala que «el derecho de uso no tiene en sí mismo considerado naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges».

No obstante, sí podemos decir que esta sentencia tan clara en cuanto a que rechaza la naturaleza real de este derecho, es más bien aislada, pues en las demás, siempre se deja traslucir la admisión de una «cierta eficacia real», o por lo menos la necesidad de mantener y respetar el derecho al uso de la vivienda.

2. DERECHO REAL

La naturaleza de derecho real del derecho a la vivienda ha sido probablemente más aceptada, o si no tanto como un verdadero derecho real, sí, al menos, como un derecho con eficacia real.

Parte de la doctrina se inclina más por su carácter real (1), en un mayor o menor grado, desde LACRUZ BERDEJO (2), que considera que se trata de un verdadero derecho de uso o de habitación temporal, al igual que afirma la STS de 20 de mayo de 1993, hasta posturas mucho más templadas, o eclécticas, pero que se inclinan hacia el carácter real de este derecho, como puede ser CERVILLA GARZÓN (3).

Los argumentos que defienden su naturaleza real son:

- Recae sobre una cosa determinada.
- Implica un poder directo e inmediato sobre la misma (ese uso).
- Además puede ser oponible *erga omnes*, pues recae directamente sobre el inmueble y afecta a cualquiera que sea su propietario (STS de 11 de diciembre de 2002); y con eficacia total, absoluta (STS de 18 de octubre de 1994). Característica propia de los derechos reales.
- Eso sí, entre los autores que defienden el carácter real del derecho, tal y como afirma CERVILLA GARZÓN (4), parten de la premisa de que el uso inicial de los cónyuges tuviera su fundamento en un derecho real (vgr., propiedad, usufructo, etc.); pues este derecho no puede atribuir un derecho mayor de aquél del que procede (STS de 31 de diciembre de 2004).

La jurisprudencia niega que se trate de un derecho real típico de usufructo (STS de 4 de abril de 1997), y aunque a veces lo configura con los requisitos del derecho de uso y habitación, «como un derecho real limitado en cuanto a su

(1) En este sentido, se inclinan a la naturaleza real del derecho los siguientes autores: RODRÍGUEZ OTERO, JUANES PECES, O'CALLAGHAM MUÑOZ, ISAAC AGUILAR, MÉNDEZ PÉREZ o RAMS ALBESA.

(2) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, Ed. Bosch, 1997.

(3) Véase CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 41-44.

(4) CERVILLA GARZÓN, M. D., «La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular», *ob. cit.*, pág. 41.

contenido y duración» (STS de 20 de mayo de 1993), la mayoría de las veces no es tan contundente, y se limita a afirmar, olvidándose de cuál sea su verdadera naturaleza, que se trata de un derecho oponible y con eficacia *erga omnes*.

Una de las sentencias más claras en este sentido es la STS de 18 de octubre de 1994, que denomina a este derecho como un «derecho real familiar de eficacia total afectado de la temporalidad a que se refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil» y por tanto oponible a terceros. Antes de esta sentencia, la STS de 11 de diciembre de 1992, afirmaba que «nos encontramos ante un derecho oponible a terceros y que como tal debe tener acceso al Registro», aunque lo califica como «una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares», de naturaleza *sui generis*. Repite esta doctrina la STS de 11 de diciembre de 2002, que lo acerca a un derecho de carácter real, pues entiende que es una carga impuesta sobre el inmueble y que afecta cualquiera que sea su propietario, por tanto, con oponibilidad *erga omnes*, característica típica de los derechos reales, aunque no lo califica, tampoco, como tal.

Si bien, esta oponibilidad *erga omnes*, tal y como dice SALAZAR BORT (5), recogiendo doctrina del propio Tribunal Supremo, hay que matizarla, pues «la atribución del uso de la vivienda familiar es, desde luego, oponible a terceros; pero ello se encuentra supeditado a que la titularidad de dichos terceros traiga causa de un acto de disposición llevado a cabo por el cónyuge no usuario con posterioridad a la decisión judicial, y sin que el cónyuge atributario de la vivienda haya prestado su consentimiento a dicho negocio».

Es decir, el Tribunal Supremo no se decanta por la naturaleza real del derecho, no lo califica claramente como tal, pero sí le dota de características típicas y propias de un derecho de esa clase, pues lo hace oponible *erga omnes*; sin embargo, prefiere pasar de puntillas por su verdadera naturaleza, clasificándolo fuera del cliché real/personal, como un derecho de naturaleza familiar, como a continuación exponemos.

3. CONCLUSIÓN

Como acabamos de decir, a pesar de tener eficacia típica de los derechos reales, la jurisprudencia clasifica al derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges como «derecho familiar». En este sentido, la STS de 4 de abril de 1997 resume perfectamente la doctrina jurisprudencial al respecto y lo describe de la siguiente forma: «un derecho de ocupación, que es oponible frente a terceros (sentencia de 11 de diciembre de 1992), sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; «derecho familiar», dice la sentencia de 18 de octubre de 1994; «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real», dice la de 29 de abril de 1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: sentencias de 22 de diciembre de 1992, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995 y, en último término a la familia: «la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...», dice la sentencia de 31 de diciembre de 1994».

(5) Véase SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 177.

En el mismo sentido, la RDGRN de 20 de febrero de 2004 afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre los derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil)». Corroboran esta doctrina las RRDGRN de 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008.

Por lo tanto, parece que nos encontramos ante un derecho de naturaleza peculiar, «familiar», en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza, y por tanto delimita su contenido y características; en este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1994 afirma que: «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y si sólo proteger el que la familia ya tenía».

Pero este carácter no puede hacernos olvidar que se trata de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y es por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad, todo lo cual me inclina a mí a situarlo más cerca de un derecho real que otro de distinta naturaleza.

III. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. FUNDAMENTO DE SU INSCRIPCIÓN

Que este derecho es inscribible en el Registro de la Propiedad no deja lugar a dudas, pues así lo ha confirmado la jurisprudencia en múltiples ocasiones (6) y se ha llevado a cabo en la práctica.

El fundamento de su inscripción en el Registro debe ser el dotar a este derecho, de naturaleza controvertida, de oponibilidad frente a terceros; es decir, que todos puedan conocerlo y respetarlo, ya que, como afirma la RDGRN de 25 de octubre de 1999, «constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH, que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido» (7).

Por lo tanto, debe inscribirse para dotarle de publicidad, al constituir una limitación o restricción a la facultad de disposición del dueño, que, en ningún caso, puede disponer del inmueble sin consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso, o autorización judicial, en su caso. Si un tercero adquirente desconoce que existe ese derecho de uso, que no está inscrito, alegan-

(6) STS de 11 de diciembre de 1992, RRDGRN de 25 de octubre de 1999, 19 de septiembre de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008, entre otras.

(7) En el mismo sentido, véanse las RRDGRN de 19 de septiembre de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008.

do la protección registral, podría instar el desalojo de la vivienda; luego, es necesario, para hacerlo oponible, que se inscriba en el Registro.

¿Cómo se inscribe este derecho?

2. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN

A) Los requisitos sustantivos necesarios para la inscripción de este derecho, son recogidos por la RDGRN de 19 de septiembre de 2007, que los concreta en los siguientes:

- «Reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial (arts. 90 y 91 del Código Civil).
- Atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda (si se atribuyera al que ya es dueño, la inscripción del uso sería innecesaria —cfr. RDGRN de 6 de julio de 2007—).
- Inscripción registral de la vivienda a favor del otro cónyuge (si lo estuviera a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio sólo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros; cfr. STS de 26 de diciembre de 2005 y RRDGRN de 28 de noviembre de 2002 y 28 de mayo de 2005).»

B) En cuanto a los requisitos formales de inscripción en el Registro del derecho de uso a la vivienda familiar:

- El documento público necesario para su inscripción será la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador, o en su defecto, en la que se establezca directamente la atribución de este derecho conforme al artículo 96 del Código Civil.
- La forma de inscribir este derecho puede ser, en primer lugar y tal y como afirma MONTERO AROCA (8), a través de una anotación preventiva que recoja la medida cautelar, adoptada conforme al artículo 103.2 del Código Civil (9) —por tanto, anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo—. Una vez consolidado este derecho y atribuido por sentencia judicial, desde luego, puede llegar al Registro a través de una nota marginal, que recoja las limitaciones que afectan a la facultad de disposición del titular (art. 96. 2 RH) (10).
- Igualmente, la inscripción de este derecho implica el cumplimiento del principio de tracto sucesivo, lo que impide, como ya hemos dicho antes, la inscripción del mismo cuando el titular de la vivienda sea persona que no fue parte en el procedimiento judicial en el que se cons-

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

(9) Artículo 103.2 del Código Civil: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

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

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

tituyó (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007).

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

- a) La naturaleza y extensión del derecho que se inscribe conforme al artículo 51.5.^a y 6.^a RH, aunque esta precisión basta con que quede clara en la resolución que lo autoriza, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN de 5 de junio de 2008, y 20 de febrero de 2004).
- b) Aunque no es necesario señalar el plazo exacto de duración de este derecho, por no ser propiamente un derecho real, siempre tiene un plazo máximo: el de la vida del cónyuge a quien se atribuye (RDGRN de 20 de febrero de 2004), por lo que siempre cumplirá este requisito formal.
- c) Es necesario que se especifique el nombre de los hijos favorecidos por el uso, sin que baste una referencia genérica a los mismos. Esto es así, precisamente por su naturaleza de derecho familiar en el que predomina o priva esa necesidad de protección de los hijos hasta que sean independientes económicamente. Sin embargo, la RDGRN de 27 de agosto de 2008, dice que «no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios, pero no titulares del derecho». Esta resolución, sorprendentemente, cambia el criterio mantenido hasta ahora, pues disocia claramente entre el interés protegido por el derecho —el interés familiar y facilitar la convivencia entre los hijos y el cónyuge que tiene su custodia—, y la titularidad del mismo que se otorga únicamente al cónyuge bajo cuya custodia quedan, ya que basta con sólo su consentimiento para remover la limitación a la disposición de la vivienda. Por lo tanto, entiende esta resolución, que no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, «que son beneficiarios pero no titulares», y afirma que basta que el cónyuge beneficiario del uso dé su consentimiento, para que pueda disponerse, enajenarse, la vivienda por el otro cónyuge titular de la misma. Esta resolución, merece *a priori*, cierto rechazo o al menos estupor, pues como ella misma dice, el interés protegido es el interés familiar, y no podemos entender que por un acuerdo de los cónyuges, pueda privarse a los hijos de su vivienda, que son los verdaderamente protegidos, sin ni siquiera un control judicial de dicha enajenación, o al menos registral, como mínima protección, lo que se conseguiría en parte al estar el derecho atribuido a los hijos concretos, lo que impediría la disposición, sin más, por parte de ambos cónyuges. No puede olvidarse el fundamento y el interés protegido que marca especialmente este derecho.

En conclusión, se trata de un derecho muy especial, que aunque externamente se nos asemeja más a un derecho de carácter real, por su oponibilidad e inscripción registral, su naturaleza queda absolutamente modalizada por las

ideas básicas del interés protegido, que no es otro que el de los hijos a vivir en la vivienda familiar en compañía del otro cónyuge.

RESUMEN

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El derecho de uso de la vivienda familiar asignado tras un divorcio a uno de los cónyuges, tiene unas características especiales que hacen necesario detenerse en el estudio de su verdadera naturaleza, discutida por la doctrina y jurisprudencia, en el sentido de si es un derecho real o personal; o, si por el contrario, carece de carácter patrimonial, siendo un derecho meramente familiar. Por otra parte, se ha pretendido analizar si puede o no inscribirse en el Registro de la Propiedad, y en su caso, en qué condiciones y cómo debe llevarse a cabo esa inscripción, y la eficacia que la misma tiene.

ABSTRACT

RIGHT TO USE THE FAMILY HOME

There are some special characteristics pertaining to a spouse's court-assigned right to use the family home after divorce, so a close, careful look needs to be taken at the true nature of the right. Doctrine and case law argue whether it is a real or personal right or, on the contrary, not a property right at all, but merely a family right. This article endeavours to analyse whether such a right can be entered in the property registration system and, if so, under what conditions and how, and what efficacy registration would have in that case.

1.4. Sucesiones

LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. CRITERIO RESTRICTIVO EN CUANTO A LA ADMISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE INVALIDEZ DE LAS PARTICIONES

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

1. PLANTEAMIENTO

La partición pone fin al proceso por el cual los llamados a una herencia adquieren los bienes hereditarios, haciendo que finalice la comunidad hereditaria al proceder a la adjudicación de los bienes.

Existen distintos tipos de partición en función de la persona o personas que la realizan. En este pequeño estudio trataremos de la partición realizada por los propios coherederos o partición convencional.

Asimismo se tratará la postura jurisprudencial que aboga por un criterio restrictivo de admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones.