

1.3. Derechos Reales

El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021*

The right to use the family home as a registerable right: missed opportunity in Law 8/2021

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La última reforma del artículo 96 del Código Civil, operada en virtud de la Ley 8/2021, incluye en su párrafo tercero el mandato de inscribir en el folio de la finca que sea vivienda familiar «la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar», cuando su uso haya sido atribuido, como consecuencia de la separación o divorcio, al otro cónyuge no titular. Por fin, el legislador incluye de forma expresa que se inscriba el derecho de uso consecuente de la sentencia de separación o divorcio, porque supone una restricción a la facultad de disponer; es decir, una limitación en la facultad dispositiva del otro cónyuge titular. Se trata del contenido negativo del derecho de uso a la vivienda familiar. Sin embargo, de la dicción literal de ese artículo, no parece desprenderse que deba inscribirse, asimismo, el contenido positivo de este derecho: la facultad de uso, de ocupación. Se critica en este artículo esta reforma legal, por inútil y errónea, y se argumenta en favor de la necesidad de inscripción del contenido positivo —facultad de uso— del derecho de uso a la vivienda familiar. Consideramos que debe inscribirse como un verdadero derecho real para alcanzar su plena oponibilidad y garantizar su función de vivienda de las personas más necesitadas de protección.

ABSTRACT: *The latest reform of article 96 Civil Code, operated by virtue of Law 8/2021, includes in its third paragraph the express mandate to register on the folio of the property that is a family home «the restriction on the operative power over the family home», when its use has been attributed, as a consequence of the separation or divorce, to the other non-owner spouse. Finally, the legislator expressly includes that the right to use the judgment of separation or divorce be registered, because it implies a restriction on the power to dispose; that is to say, a limitation on the dispositive power of the other titular spouse. This is the negative content of the right to use the family home. However, from the literal diction of that article,*

* Este trabajo se encuadra dentro del Proyecto de investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar», (PID2021-124953NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y dirigido por D.^a Matilde CUENA CASAS.

it does not seem to follow that the positive content of this right should also be registered: the power of use, occupation. This article criticizes this legal reform, as useless and erroneous, and argues in favor of the need to register the positive content —power of use— of the right to use the family home. We consider that it must be registered as a true real right to achieve its full opposability and guarantee its function of housing the people most in need of protection.

PALABRAS CLAVE: Derecho de uso. Vivienda familiar. Inscripción. Registro de la Propiedad. Disposición.

KEY WORDS: *Right of use. Family home. Registration. Land register. Disposition.*

SUMARIO: I. CONCEPTOS GENERALES. DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR.—II. EL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR COMO DERECHO REAL: 1. CONTENIDO INSCRIBIBLE DEL DERECHO DE USO. 2. NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN DEL CONTENIDO POSITIVO DEL DERECHO DE USO.—III. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. ASIENTO Y FORMA DE INSCRIPCIÓN. 2. EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN REGISTRAL: *A) Determinación del derecho. B) Titularidad del derecho. C) Finca sobre la que recae el derecho. D) Plazo. E) Contenido del derecho inscrito.*—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTOS GENERALES. DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR

El derecho de uso a la vivienda familiar se pone de manifiesto tras una crisis conyugal, cuando se produce la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, y hay que decidir quién se queda viviendo en la —hasta entonces— vivienda familiar. Eso es el derecho al uso de la vivienda familiar, que surge siempre que esta fuera propiedad, bien exclusiva o bien copropiedad, del cónyuge a quien no se ha atribuido el uso. Se produce una disociación entre la titularidad dominical de la vivienda y la titularidad del uso. Solo en estos casos se entiende que hay verdadero derecho de uso, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en varias ocasiones.

En definitiva, se trata de un verdadero derecho subjetivo que implica el habitar en una determinada vivienda —ajena o en parte ajena—, 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» —artículo 96 del Código Civil.

Este artículo recoge el contenido del convenio regulador que rige tras la crisis conyugal, y en él, según consta en su párrafo primero, hay que atribuir el uso de la vivienda al cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores o el más necesitado de protección. Se trata, por tanto, de un derecho de origen judicial, pues, aunque conste en el convenio, nace tras la aprobación judicial de este.

Por otra parte, el derecho de uso a la vivienda familiar, como ya se ha insinuado, tiene una finalidad clara: la de satisfacer la necesidad habitacional, y proteger, a los hijos menores o discapacitados. Esa y no otra es la razón por la que la jurisprudencia

ha afirmado que se trata de un derecho de carácter familiar, y no de carácter patrimonial (derechos de crédito o reales), por lo que goza de una especial naturaleza¹.

Por último, entendemos que el derecho de uso a la vivienda familiar tiene un doble contenido: la facultad de ocupación, de uso, de goce, que constituye el contenido positivo, y a nuestro juicio, probablemente, el más importante de este derecho; y un contenido negativo que supone una restricción a la facultad de disponer del excónyuge titular de la vivienda sobre la que se ha constituido el uso, ya que necesita del consentimiento del otro cónyuge atributario del uso para poder realizar sobre ella actos de disposición, pudiendo impugnar este aquellos actos realizados sin su consentimiento. Así lo confirma la RDGSJFP de 29 de noviembre de 2021, recogiendo la doctrina de la RDGRN de 10 de octubre de 2008: «Por un lado, tiene un contenido positivo, en tanto atribuye al otro cónyuge y a los hijos bajo su custodia el derecho a ocupar la vivienda. Por otro lado, impone al cónyuge propietario la limitación de disponer consistente 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».

A este contenido negativo se refiere expresamente el nuevo párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, tras la reforma provocada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Entendemos que este doble contenido debe ser conocido por todos; es decir, el derecho de uso a la vivienda familiar debe ser plenamente oponible, para que: a) no se disponga del inmueble sin consentimiento del titular del uso, y b) para que se respete de forma plena la facultad de ocupación y satisfacer la necesidad habitacional de los más desprotegidos. Para ello es necesaria su inscripción.

II. EL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR COMO DERECHO REAL

1. CONTENIDO INSCRIBIBLE DEL DERECHO DE USO

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) siempre han sido proclives a la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar, a pesar de considerarlo como un derecho de especial naturaleza familiar². Y hay que resaltar que, aunque mayoritariamente han considerado la inscripción de su vertiente negativa, no faltan resoluciones en las que se aboga por la inscripción del derecho en su totalidad: tanto como limitación de la facultad de disposición, como derecho real de ocupación oponible. En este sentido, la RDGRN de 5 de septiembre de 2016 afirma contundentemente que: «La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer *ex artículo 26.2* de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos *erga omnes*».

Sostenemos, desde estas líneas, la necesidad de hacer constar en el Registro el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar. Es decir, hay que inscribir la facultad de uso, de ocupación, que conlleva este derecho, asimilándolo a un verdadero derecho real o, si la inscripción no altera la naturaleza del derecho inscrito, al menos hacerlo así, plenamente oponible. Consideramos, como explicamos a continuación, que la inscripción del derecho de uso, en sentido positivo, basta por sí sola para proteger al más necesitado de protección, sin que sea necesario hacer constar la limitación de disponer, puesto que aquella va a englobar a esta, en el sentido que pretende el legislador. No solo debe inscribirse el derecho de uso cuando se otorgue en favor del cónyuge no propietario de la vivienda (como mera limitación de disponer), sino que sus facultades de uso y ocupación deben ser oponibles también en otras circunstancias, cuando sea copropietario, o incluso simple usuario (arrendatario o usufructuario).

Y es una pena que el legislador, con la nueva redacción del artículo 96.3 del Código Civil, introduzca sombras y dudas al respecto, y haya perdido una oportunidad única para la necesaria inscripción del derecho de uso. En efecto, como ya hemos señalado, la Ley 8/2021, de 2 de marzo, modificó el artículo 96 del Código Civil, y en su apartado 3.^o, recoge la necesidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho de uso a la vivienda familiar. Es de agradecer que por fin se establezca de forma clara tal inscripción, como ya pedíamos hace años³. Pero, parece que de momento —habrá que esperar a la interpretación jurisprudencial de aquél—, solo se inscribe la limitación o prohibición de disponer. La literalidad del precepto parece clara: «esta restricción de la facultad dispositiva». ¿Solo debe/puede inscribirse el contenido negativo del derecho de uso a la vivienda familiar? Aparentemente así es, porque pudiendo aprovechar la reforma para hablar simplemente de la necesidad de hacer constar el derecho de uso a la vivienda familiar, el legislador utiliza las palabras «restricción de la facultad dispositiva»; es decir, da a entender que se inscribe solo el contenido negativo, pues en la especificación excluye el contenido positivo, o sea, la facultad posesoria, de ocupación.

Es cierto que la limitación dominical debe ser oponible *erga omnes*, y esto solo será así con su inscripción en el Registro, y es bueno y loable que se haga y se haya ordenado en esta reforma. De otro modo, los terceros adquirentes de buena fe, si no conocen esa limitación de disponer, no se verían afectados en su adquisición, y el cónyuge usuario y los menores que estén bajo su custodia, podrían perder la vivienda, quedando totalmente inútil el derecho de uso atribuido, por el juego de los artículos 32 y 34 LH, con los principios de inoponibilidad de lo no inscrito y mantenimiento en la adquisición.

Pero, por otra parte, si esa limitación de la facultad de disposición es una verdadera prohibición de disponer, esta solo puede acceder al Registro cuando sea voluntaria y se inserte en negocios a título gratuito, tal y como se desprende del artículo 27 LH. Y este no es el caso que se analiza, ya que se trata de una prohibición de disponer de carácter legal. Es la ley la que la establece en el propio 96.3 del Código Civil, dotándole de publicidad a los terceros por sí misma, sin que sea necesaria su inscripción. ¿Por qué se ordena su inscripción entonces? Puede ser, como afirma GARCÍA MAYO⁴, porque se trata de un supuesto excepcional en el que, probablemente, a lo que se pretende dar publicidad no es tanto a la prohibición, sino al carácter familiar de la vivienda que, una vez conocido, lleva aparejada tal prohibición.

Y si se trata de hacer constar y dotar de oponibilidad al carácter de vivienda familiar, bastando para ello una mención, nos planteamos si lo que realmente se

quiere hacer oponible es el derecho de uso, de ocupación, que conlleva inexorablemente unido, pues es el que caracteriza la vivienda familiar.

Por eso, ¿no sería bueno inscribir la facultad positiva de uso, de ocupación? ¿No debe oponerse a terceros? ¿es irrelevante para la protección de los menores o necesitados de protección que su ocupación sea oponible a terceros, pudiendo estos ignorarla y en consecuencia haciéndose inútil el derecho de uso?

Entendemos que el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar también debe inscribirse, pues este derecho, si no es un derecho real, (creemos que sí) debe gozar también de la plena protección registral a través de su inscripción. El legislador parece que ha perdido una buena oportunidad para expresarlo correctamente.

Por eso, consideraremos que la inscripción únicamente de la restricción a la facultad de disposición es un error y además innecesario, por las siguientes razones:

a) Es innecesaria: Si se trata solo de una prohibición de disponer, que es de carácter legal, su publicidad y oponibilidad *erga omnes* la tiene de «serie» basada en el principio de «la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento». No sería necesaria su inscripción en el Registro, salvo, como ya hemos dicho, que se pretenda hacer constar otra cosa: que se trata de una vivienda familiar; y eso, también apuntado antes, implica hacer constar la facultad de uso y ocupación específica. Es más, si abogamos por la inscripción del derecho de uso (positivo), todavía se hace más innecesaria la inscripción de la limitación dominical, puesto que, si está inscrito el derecho de uso, este es oponible y, si se enajena el inmueble, se enajena con el derecho de uso (a semejanza de lo que ocurre con cualquier otro derecho real limitativo), y la necesidad del consentimiento del otro cónyuge solo será para enajenarlo sin ese derecho de uso, por lo que es innecesario la inscripción de tal restricción. No se necesita la restricción a la disposición si ya está inscrito el derecho de uso, como defendemos desde estas líneas⁵.

b) Es errónea: se olvida de una parte fundamental del derecho de uso a la vivienda familiar que no puede reducirse a una mera limitación de disponer; pues se basa en la protección de una «necesidad habitacional», y no en la cautividad del inmueble en el tráfico.

Habría sido mejor establecer la posibilidad y necesidad de la inscripción del derecho de uso en sentido positivo.

2. NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN DEL CONTENIDO POSITIVO DEL DERECHO DE USO

Por el contrario, sí entendemos necesario inscribir el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar, de naturaleza real, y con su propio asiento de inscripción, por las siguientes razones:

a) Se trata de un derecho con facultades propias del derecho real en cosa ajena: uso, disfrute, ocupación, en un inmueble que no es propiedad del titular del derecho de uso. Esas facultades suponen un poder directo e inmediato del atributario sobre la cosa, y que deben ser oponibles.

b) Para que esas facultades sean verdaderamente oponibles necesitan de la inscripción registral, pues, si el derecho de uso positivo no estuviera inscrito, podría perderse y, con él, su finalidad de protección al más necesitado para satisfacer su necesidad habitacional propia. Esto es así porque:

c) Solo a través de un verdadero asiento de inscripción el titular del derecho gozará de la fe pública registral y de la prioridad registral derivada del asiento, cuestión que no se predica de las simples menciones o anotaciones preventivas de demanda por las que se haría constar la limitación de disponer.

d) Además, en el caso de que el derecho de uso esté inscrito con anterioridad a una ejecución forzosa, a una hipoteca o a la constitución de un derecho real, permanecerán los beneficiarios protegidos en la vivienda familiar; de otro modo, si no existe ese derecho de uso positivo inscrito, perderán la vivienda, y su necesidad habitacional no quedará satisfecha. Esto ocurre en los siguientes casos:

a. Solo con su inscripción, el derecho de uso sería preferente a una ejecución forzosa, de la que se derivaría un embargo, ya que esta no se trata de un acto de disposición por parte del titular, sino de un acto respaldado por el *imperium* de un órgano judicial, para el que no se requiere su consentimiento⁶. En este caso, si solo se inscribe la limitación de disponer y no el derecho de uso, el atributario quedaría desprotegido frente a esa enajenación forzosa y no voluntaria, pues no estaría disponiendo voluntariamente sin el consentimiento del cónyuge usuario. Este no podría impugnar tal disposición; quedando perjudicado. No tiene sentido que sea esto lo que pretende el legislador: una mayor desprotección del más necesitado. Pues, como afirma CUENA CASAS, «embargada la vivienda, la familia deberá abandonar el inmueble porque ya no hay publicidad registral de ese derecho de uso que le concede el propio artículo 96.1 y cuya inscripción parece negar el artículo 96.3 del Código Civil. Al adquirente en pública subasta le sería inoponible tal derecho de uso. El cónyuge usuario estaría solo protegido frente a la enajenación voluntaria por parte del propietario, protección que no necesitaría si el derecho de uso estuviera inscrito, ya que subsistiría este a pesar de la enajenación sin consentimiento»⁷.

b. De igual forma, solo la inscripción como derecho real del derecho de uso a la vivienda familiar solucionará situaciones de posible pérdida del derecho en las adquisiciones por terceros en las subastas consecuentes de un proceso de disolución de comunidad (por *actio communi dividundo* en comunidad ordinaria, o por liquidación sociedad gananciales). En estos casos, la vivienda familiar pertenece a ambos cónyuges en copropiedad ordinaria por cuotas, de carácter privativo (la compraron de solteros, o bien en régimen de separación de bienes), o cuando la vivienda familiar tuviera carácter ganancial, y tras la ruptura, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, originándose entonces una comunidad ordinaria entre ambos cónyuges.

Tras el divorcio se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los excónyuges, y el otro solicita la división de la vivienda familiar, que muchas veces se traduce en la subasta y venta de la misma a un tercero que la adquiere. Como sabemos, en comunidad ordinaria ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en indivisión, teniendo en su mano la facultad irrenunciable, imprescriptible y personalísima de solicitar la división de la cosa común (*actio communi dividundo*, art. 400 CC).

Por eso, entendemos que cualquiera de ellos puede hacerlo, sin necesidad del consentimiento del otro, a pesar de la dicción del artículo 96.3 del Código Civil, y por el hecho de que la división en sí misma no es considerada un acto dispositivo sobre la vivienda, sino un mero acto declarativo o especificativo de los derechos de los copropietarios, por el que la cuota se materializa en una parte real. No podría impugnarse, por tanto, dicho acto de división por el cónyuge atributario del uso, aunque no prestara su asentimiento⁸. Si el derecho de uso de contenido

positivo estuviera inscrito con anterioridad, el tercer adquirente debería respetarlo. En estos casos es conveniente su inscripción, a pesar de desaconsejarla desde la tesis tradicional que lo entiende como mera limitación dominical, cuando el atributario es copropietario.

c) También es necesaria la inscripción del derecho de uso positivo ante una ejecución hipotecaria, cuando el derecho de uso se hubiese inscrito con anterioridad a la hipoteca, haciéndose de este modo oponible al tercer adquirente en subasta, siempre que el cónyuge atributario no propietario no hubiese impugnado la hipoteca previa como acto de disposición. El derecho de uso es anterior a la constitución de la hipoteca. En estos casos, el titular dominical hipoteca después de la separación o divorcio su vivienda sobre la que ya existe un derecho de uso a favor del excónyuge. Aquí el excónyuge puede impugnar la constitución de la hipoteca al tratarse este hecho de un acto de disposición clarísimo, por tanto, si se hizo sin su consentimiento, puede solicitar la anulabilidad de dicha hipoteca. Si este derecho de uso está inscrito, no podrá nunca el acreedor hipotecario alegar su buena fe para que no le afecte la impugnación del acto, y si no lo estuviera, pero lo hubiera podido conocer por otros medios (a similitud de lo dispuesto en 1320.2 CC) también le afectaría. Si no impugnara la hipoteca, puede ocurrir que llegue un momento en que se ejecute, y la adquiera un tercero. En estos casos, al estar inscrito el derecho de uso con anterioridad a la hipoteca ejecutada, afectará, entonces, como carga anterior y debiendo respetarlo, al tercer adquirente a quien resultará oponible, sin que quepa alegar nunca protección registral.

e) La jurisprudencia, aunque no reconozca que se trata de un derecho real de uso inscribible y oponible, sí que ha considerado la oponibilidad de la facultad de uso posesoria en distintas situaciones, afectando a adquirentes posteriores siempre que no se trate de terceros hipotecarios protegidos, por ejemplo, la STS de 24 de marzo de 2021 observa que es doctrina consolidada que «la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el artículo 400 del Código Civil reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad», pues «La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda». En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 18 de octubre de 1994, 14 de diciembre de 2004, 8 de mayo de 2006 y 27 de febrero de 2012, RRDGRN de 25 de octubre de 1999, 31 de marzo de 2000, 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007.

f) Cuando el derecho de uso se atribuya al cónyuge pero también de forma específica a los hijos, siendo el cónyuge, por ejemplo, copropietario del inmueble vivienda familiar, se pone de relieve la posibilidad y necesidad de la inscripción de la facultad de uso inherente al mismo, porque si no estuviera inscrito ese uso, y el derecho fuera solo una limitación de disponer, esta se englobaría en la cuota dominical del copropietario atributario, «desapareciendo» el derecho al uso (a vivir en ella) de los hijos beneficiarios; no sería entonces oponible. Este es uno de los casos en los que se comprueba que el derecho de uso a la vivienda familiar implica un contenido positivo de carácter real, distinto de la mera limitación dominical que no jugaría en este caso. Es necesario separar y hacer oponible el derecho de uso real que tienen los hijos a su favor.

g) Por último, y como ya se ha dicho también, la aparente inutilidad de la inscripción de la limitación legal de disponer, en el fondo, se justifica en la

necesidad de hacer constar que se trata de una vivienda familiar. Y si esto es así, lo que se trata de hacer constar es que hay un derecho de uso de carácter real en favor de los beneficiarios protegidos, pues es lo que define a la vivienda familiar. Creemos que, incluso, cuando el matrimonio no se ha roto, y por tanto no ha «surgido» el derecho de uso de la vivienda familiar como derecho independiente, es conveniente inscribir este uso porque así se confirma la consideración de una vivienda como familiar y, por tanto, se facilita lo dispuesto en el artículo 1320.2 del Código Civil en relación con el 91.1 RH⁹ y el supuesto del 144 RH. Es decir, si el uso está inscrito sobre una vivienda, no hay duda de que esa es la vivienda familiar, y sería más difícil que uno de los cónyuges dispusiera de la misma sin el consentimiento del otro. De este modo, se facilita o evita el que el cónyuge disponente hubiera hecho una manifestación errónea del carácter de la vivienda familiar. Si el uso, y por lo tanto el carácter familiar de la vivienda, está inscrito, no podría alegarse la buena fe del adquirente, y la mala manifestación del disponente.

III. FORMA DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR

1. ASIENTO Y FORMA DE INSCRIPCIÓN

La inscripción de este derecho en el Registro ha sido una constante en la realidad jurídica española, la antigua DGRN la ha admitido sin problemas a lo largo de los años, y ha sido refrendo de su plena eficacia. Hasta ahora, la ley no recogía expresamente tal posibilidad, pero sí la práctica registral.

Con la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se modificó el artículo 96.3 y en él se establece la necesidad de que se inscriba el derecho de uso de la vivienda familiar. Es la primera vez que lo recoge expresamente el legislador y es de alabar que así se haga —aunque ya no había dudas sobre ello—, pero es de lamentar que solo lo recoja parcialmente, puesto que parece amparar únicamente la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar en su vertiente negativa, como limitación a la facultad de disposición. El artículo 96.3 del Código Civil afirma que: «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Ya hemos defendido que debe inscribirse tanto el contenido negativo (único al que se refiere el legislador en el art. 96.3 CC), como el positivo para dotarle de oponibilidad, siendo incluso esta opción suficiente para obtener la oponibilidad, haciendo innecesaria la inscripción del contenido negativo. Eso sí, en la inscripción del derecho de uso, deberán respetarse las normas y principios registrales, al igual que cualquier otro derecho real o situación jurídica inscribible.

En este sentido, no puede ser más clara la RDGSJFP de 29 de noviembre de 2021, al afirmar que «Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad —aunque no sea necesario la fijación de un *«dies certus»*,

salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil catalán, artículo 233-20— y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral. Más concretamente, conforme al principio de especialidad o determinación registral (cfr. los arts. 9 LH y 51 RH), todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro debe estar perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere».

¿Cómo debe inscribirse, entonces, el derecho de uso a la vivienda familiar?

Forma de inscripción: El derecho de uso a la vivienda familiar, antes de la reforma del artículo 96 del Código Civil por la Ley 8/2021, podía llegar al Registro, a través de una anotación preventiva que recogiera la medida cautelar¹⁰, adoptada conforme al artículo 103.2 del Código Civil¹¹, —por tanto, anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo—. Y, 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)¹²; esta última opción es la más frecuente en la práctica y concuerda con la mayoritariamente aceptada naturaleza de derecho familiar que limita la facultad de disposición¹³.

Pero, además, y tal y como hemos explicado antes, si se defiende la existencia e inscripción de su contenido positivo similar a un derecho real de uso, deberá inscribirse con su propio asiento de inscripción específico, con base en el artículo 2 LH, donde cabe la inscripción de «cualesquiera otros derechos reales».

Título de la inscripción y documentos necesarios¹⁴: El título en virtud del cual se practique la inscripción de este derecho será el testimonio que recoge la resolución judicial que aprueba el Convenio regulador que lo contiene, sea este aprobado por mutuo acuerdo entre las partes, o sea el establecido por el juez a falta de acuerdo de los cónyuges. Normalmente se adjunta fotocopia testimoniada del propio convenio en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar; a veces, el convenio regulador no aparece debidamente firmado, o sellado, o falta algún folio, y al tratarse de un documento privado puede generar ciertos problemas para su inscripción y para la comprobación de su veracidad por el registrador¹⁵. En cuanto a los documentos que deben acompañar a dicha resolución judicial, destacamos: certificado del Registro Civil acreditativo de la inscripción de la separación o divorcio¹⁶ y acreditación de haberse presentado el convenio ante la Administración Tributaria competente por razón del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (arts. 254 y 255 LH). En principio, no es necesario presentar la liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía), porque no están sujetos a tal impuesto las aportaciones o adjudicaciones o transmisiones resultado del cumplimiento de sentencias de nulidad, separación o divorcio (art. 104 TR Ley Haciendas Locales).

2. EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN REGISTRAL

El principio de especialidad registral alcanza por supuesto a la inscripción del derecho de uso y, en consecuencia, deberán determinarse tanto la finca sobre la que recae el derecho, el contenido del mismo, el titular, y las circunstancias que

delimiten el derecho inscribible (arts. 9LH y 51.6 RH). De este modo, y para su debido cumplimiento, deberá constar:

A) Determinación del derecho

Es deseable la perfecta expresión clara e inequívoca del derecho de uso a la vivienda familiar. Esto quiere decir que debe estar expresamente contemplado como tal en el convenio regulador y su asignación, no bastando para su inscripción la mera referencia a la fijación del domicilio en la que era la vivienda familiar¹⁷, a diferencia de lo que ocurría antes, pues la DGRN permitía la inscripción del derecho de uso aunque no estuviera así denominado y perfectamente determinado siempre que se especifique la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe conforme al artículo 51.5.^a y 6.^a RH, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN de 5 de junio de 2008, y 20 de febrero de 2004). Me parece coherente el cambio de postura de la DGRN por la importancia que tiene el derecho de uso para su oponibilidad y con el cambio legal que se ha producido que ordena su inscripción de forma clara.

B) Titularidad del derecho

Debe constar la titularidad del derecho. El titular del derecho es el cónyuge al que se ha atribuido la custodia de los hijos menores, o el más necesitado de protección, que no debe ser propietario pleno del inmueble sobre el que recae el derecho de uso. En efecto, la DGRN ha entendido tradicionalmente que no existe derecho de uso a la vivienda familiar si el cónyuge atributario es el propietario de la vivienda (pleno o al 50% por sociedad de gananciales), pues la facultad de uso y ocupación que este derecho implica ya está inmersa, insita, en el propio derecho de propiedad; lo que hace innecesario su constancia expresa¹⁸. No tiene sentido entonces establecer una prohibición o limitación de disponer en este caso, en su propia contra, pues es el mismo titular el que debería limitarse.

Los hijos menores (o con discapacidad) son los beneficiarios del derecho de uso, y este se establece para su protección, pero, en principio no son los titulares del derecho, aunque sí debe constar su nombre para su protección, como bien afirmó la RDGRN de 27 de agosto de 2008: «no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios, pero no titulares del derecho». Sin embargo, desde 2012, se han producido una serie de resoluciones a favor de la inscripción del derecho de uso también a favor —como titulares— de los hijos, siempre que así se hubiera recogido expresamente en el convenio regulador. Teniendo en cuenta que lo establecido en el convenio, una vez aprobado judicialmente, produce plenos efectos jurídicos¹⁹, si en ese convenio se establece la titularidad, también, a favor de alguno de los hijos, debe reflejarse asimismo en el Registro. En este sentido se han manifestado las RRDGRN de 9 de mayo de 2012, 24 de octubre de 2014, SJPI de Valencia de 31 de marzo de 2016.

La atribución conjunta de la titularidad a favor de alguno de los padres y alguno de los hijos pone de manifiesto la importancia de hacer constar el derecho de uso a la vivienda familiar en su vertiente o contenido positivo, y no solo en el negativo que, como ya hemos dicho, carecería de sentido, puesto que uno no se va a limitar la disposición a sí mismo. Esto es así porque, al constar inscrito el derecho a favor de los hijos (beneficiarios y verdaderos protegidos por este

derecho), se impide que la facultad de uso/ocupación que entendemos clave en este derecho se difumine, se pierda, o quede subsumida en el derecho de propiedad del cónyuge. Tal y como afirma la RDGRN de 24 de octubre de 2014 y comenta CASAS ROJO, «cabe la posibilidad de que el juez apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres, y en tal caso se produce la atribución del derecho de uso a la hija, conjuntamente con la madre, lo cual impide considerar que se haya subsumido el derecho de uso en la titularidad ganancial que a la madre corresponde sobre la vivienda, al faltar la identidad subjetiva en la titularidad activa de ambos derechos».

Por último, y en cuanto a la titularidad del derecho, debe recordarse que no es posible la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar establecida en un convenio regulador, cuando el titular de la vivienda sea persona que no fue parte en el procedimiento judicial en el que se constituyó (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007). Si la propiedad de la vivienda estuviera inscrita a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio solo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros (STS de 26 de diciembre de 2005 y RRDGRN de 28 de noviembre de 2002 y 28 de mayo de 2005). Sería contrario al principio del trato sucesivo, pues se constituiría un derecho a favor de persona que no trae causa del último titular registral.

C) Finca sobre la que recae el derecho

La finca sobre la que recae el derecho de uso debe ser la vivienda familiar, sin que pueda establecerse en otra vivienda, segunda residencia o de otra clase, (RDGRN de 28 de enero de 2020), no es derecho de uso a la vivienda familiar el que «no se constituye sobre la vivienda familiar y se constituye a favor de la esposa por razón de unas obras de mejora y acondicionamiento de la vivienda que va a efectuar a su exclusivo cargo». De igual forma, el derecho debe establecerse sobre toda la vivienda o parte de ella, siempre que se determine perfectamente y conste el consentimiento de los propietarios, pero no puede recaer sobre partes indivisas de la finca (RDGRN de 20 de junio de 2019).

D) Plazo

Es un derecho eminentemente temporal, sometido a plazo de duración, sin que pueda ser indefinido. Así se ha considerado siempre a este derecho, si bien, antes de la reforma de 2021 no existía precepto legal que recogiera la duración determinada, dejando a la jurisprudencia la fijación del mismo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰ y la doctrina de la DGRN o DGSGFP han manifestado en diversas ocasiones²¹ que se trata de un derecho de duración limitada, aunque no sea necesario señalar un *dies certus* y, en aras de su especial naturaleza, consideran que no debe limitarse el derecho a la duración de la titularidad sobre el inmueble, ni mientras exista el deber de custodia. Tradicionalmente esto se ha traducido en que la duración era la mayoría de edad de los hijos, siendo ese el momento en que se ponía fin al derecho, para no vulnerar el derecho de los hijos y su protección²².

La nueva redacción del artículo 96.1.1.º del Código Civil aclara, por fin y de forma acertada, la duración del derecho: hasta la mayoría de edad de los hijos,

y en el caso de que siendo mayores de edad no fueran económicamente independientes se estará a lo establecido para la obligación de alimentos (art. 96.1.3.ºCC). Es decir, habrá que acreditar la situación de dependencia de los hijos para que pueda continuarse con el derecho de uso a la vivienda familiar. Nos remite este precepto al artículo 142 del Código Civil, (obligación de alimentos entre parientes), y como dice DE VERDA Y BEAMONTE²³: «si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (a través del uso de la vivienda familiar, junto con el progenitor con el que convivan) y, siempre (según consolidada jurisprudencia), por un tiempo determinado (siendo, no obstante, posible su prórroga una vez vencido el plazo fijado, en atención a las circunstancias del caso, así como su extinción anticipada, si deja de existir la situación de necesidad)».

En caso de no existir hijos menores, debe establecerse un plazo determinado del derecho en aras del principio de especialidad (STS de 5 de septiembre de 2011, 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre de 2013, 12 de febrero de 2014, 18 de mayo de 2015, 29 de mayo de 2015 y 21 de julio de 2016), señala la resolución de 20 de octubre de 2016 que se aprecia «en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho». La atribución indefinida al cónyuge no titular necesitado de protección, no existiendo hijos menores o no existiendo hijos, puede adulterar el principio de solidaridad conyugal y asemejarse a una expropiación temporal de la propiedad (RDGSJFP de 17 de mayo de 2021, recogiendo la STS de 5 de septiembre de 2011).

Cuando existan hijos en situación de discapacidad «que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes». Se trata de una regulación específica y nueva que deja al arbitrio del juez considerar la duración de ese derecho de uso según las necesidades de los hijos discapacitados, pues, aunque estos sean mayores de edad, continua el párrafo 2.º del número 1 del artículo 96 del Código Civil, se equiparan a los menores de edad en iguales circunstancias, es decir, y como dice el 96.1. 1.º, cuando «se hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad». Entonces, podrá prorrogarse el derecho de uso según las necesidades y circunstancias del menor o mayor discapacitado con respecto a seguir viviendo en esa vivienda familiar, pero siempre con plazo determinado.

Anteriormente, la jurisprudencia determinó que los hijos incapacitados judicialmente mayores de edad se equiparaban a los menores en cuanto que el derecho de uso se extendía hasta que salieran de la situación de incapacidad, por ser asimilables en cuanto a más necesitados de protección (STS de 30 de mayo de 2015), pero eso no afectaba a los discapaces no incapacitados, teniendo que señalar la jurisprudencia la limitación temporal en este caso (STS de 19 de enero de 2017)²⁴, ya que lo contrario —y ante una situación que no tiene fin determinado como es la minoría de edad— sería, como dice GARCÍA MAYO, vulnerar el propio derecho del artículo 96 del Código Civil, «que no configura el derecho de uso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges»²⁵. Ahora ya se equiparán ambos supuestos, y deberá fijarse en

cualquier caso esa duración caso por caso, atendiendo a «la protección del más débil, encontrándose su necesidad habitacional directamente vinculada con la que ha venido siendo la vivienda familiar».

Sigue sin resolver y afrontar la reforma del artículo 96 del Código Civil el supuesto cada vez más frecuente de la custodia compartida, pues todos los supuestos que se acaban de exponer son para el caso de una custodia monoparental. Habría estado bien que el legislador resolviera los casos conflictivos que en torno al uso de la vivienda familiar se suscitan cuando hay custodia compartida y, por lo tanto, y normalmente, dos viviendas familiares: ¿hay derecho de uso a la vivienda familiar en estos casos? ¿a quién se atribuye la otra vivienda familiar? Debería ser al cónyuge más necesitado, si es que lo hay, y siempre por tiempo limitado. Si ambos cónyuges fueran equiparables en cuanto a la necesidad, probablemente corresponda la venta de la original vivienda familiar y sustituirla por las nuevas, sin atribución de uso. El legislador debería haber aprovechado para regular esta situación cada día más frecuente en la práctica.

E) Contenido del derecho inscrito

Una de las principales exigencias del principio de especialidad es la descripción del derecho que se inscribe y su contenido. En este caso, se inscribe un derecho de uso a la vivienda familiar, de naturaleza y carácter especial, en principio familiar, en el que se disocian la titularidad y los beneficiarios, con plazo limitado, que nace de una resolución judicial consecuente de un procedimiento de crisis familiar (separación, divorcio o nulidad), para el caso de la vivienda familiar propiedad de una de las partes implicadas en ese procedimiento, o copropiedad de ambos, atribuyéndose a la otra parte no propietaria. Ese es el derecho que se inscribe, pero ¿qué facultades lo componen? ¿cuál es su contenido?

Ya hemos dicho que el contenido de ese derecho tiene dos vertientes, la positiva y la negativa, y que ambas deben inscribirse, pues ambas deben ser oponibles²⁶. No existe duda sobre que el derecho de uso a la vivienda familiar supone una limitación al dominio del otro cónyuge: es una limitación en su facultad de disposición, pues el cónyuge titular de la vivienda no puede disponer eficazmente de ella sin el consentimiento del usuario (art. 96.3 CC), y por tanto debe ser oponible.

Pero, entendemos que también debe inscribirse y ser oponible el contenido positivo, el derecho de uso, de ocupación, que permite habitar y vivir en la vivienda asignada. Es más, este contenido positivo, esta facultad de ocupación, posesoria, es lo que caracteriza y da sentido al propio derecho, pues es lo que convierte a una vivienda (inmueble que sirve para la residencia) en vivienda familiar, donde se desenvuelve la vida familiar y la personalidad de sus miembros.

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de uso a la vivienda familiar es un derecho subjetivo de especial naturaleza que surge tras la separación o divorcio matrimonial, cuando se disocia la titularidad dominical del inmueble sobre el que recae y la del derecho de uso.

II. Su finalidad no es otra que satisfacer la necesidad habitacional de los miembros más desprotegidos de la familiar, para que puedan seguir desenvolviéndose en un entorno seguro.

III. Por eso es necesaria su inscripción, para que este derecho sea oponible a terceros y respetado por todos, con el fin de que no pueda disponerse del inmueble sin ese derecho, y garantizar así la finalidad de protección.

IV. En consecuencia, es necesario que se inscriba el contenido positivo del derecho de uso a la vivienda familiar, el derecho de goce, de ocupación, siendo innecesaria y errónea la inscripción únicamente del contenido negativo, como mera restricción a la facultad de disposición del excónyuge propietario, tal y como parece exigir el nuevo artículo 96.3 del Código Civil, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

V. Abogamos por la configuración del derecho de uso (positivo) como un verdadero derecho real inscribible, con base en la posibilidad de creación de nuevos derechos reales (*numeris apertos*, art. 2 LH), cumpliendo las características que para ello exige la DGRN: que la nueva figura reúna los requisitos propios del derecho real (poder directo e inmediato sobre la cosa), requisitos de fondo y forma (escritura/documento público para acceder al Registro), perfecta determinación del contenido y objeto del derecho (facultades, plazo, causa, titular... que ya hemos descrito) y causa o razón que la justifique, que entiendo sobradamente demostrada.

VI. En consecuencia, ese derecho real debería inscribirse como tal, con sus facultades posesorias concretas, su finalidad clara de solución habitacional, plazo determinado, titulares específicos, en virtud de sentencia judicial o escritura pública notarial, y sobre una finca concreta, que era la familiar, dando debido cumplimiento al principio registral de especialidad, y a semejanza de lo que recoge el Código Civil catalán en su artículo 233-22.

VII. En definitiva, consideramos que debería haberse previsto la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar, de su contenido positivo como tal derecho de uso, y no solo de la prohibición de disponer. Es una pena que el legislador no haya aprovechado esta reforma para dejar clara dicha inscripción en la dicción del nuevo artículo.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI de Valencia de 31 de marzo de 2016.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN) / DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (DGSJFP)

- RDGRN de 25 de octubre de 1999
- RDGRN de 31 de marzo de 2000
- RDGRN de 19 de mayo de 2000
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002
- RDGRN de 17 de diciembre de 2002
- RDGRN de 18 de diciembre de 2003
- RDGRN de 20 de febrero de 2004
- RDGRN de 28 de mayo de 2005
- RDGRN de 6 de julio de 2007
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007

- RDGRN de 5 de junio de 2008
- RDGRN de 27 de agosto de 2008
- RDGRN de 10 de octubre de 2008
- RDGRN de 11 de abril de 2012
- RDGRN de 8 de mayo de 2012
- RDGRN de 9 de mayo de 2012
- RDGRN de 9 de julio de 2013
- RDGRN de 2 de junio de 2014
- RDGRN de 24 de octubre de 2014
- RDGRN de 19 de enero de 2016
- RDGRN de 5 de septiembre de 2016
- RDGRN de 20 de octubre de 2016
- RDGRN de 20 de junio de 2019
- RDGRN de 28 de enero de 2020
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007
- RDGSJFP de 17 de mayo de 2021

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de diciembre de 1992
- STS de 20 de mayo de 1993
- STS de 18 de octubre de 1994
- STS de 31 de diciembre de 1994
- STS de 14 de diciembre de 2004
- STS de 26 de diciembre de 2005
- STS de 8 de mayo de 2006
- STS de 14 de enero de 2010
- STS de 8 de octubre de 2010
- STS de 5 de septiembre de 2011
- STS de 27 de febrero de 2012
- STS de 30 de marzo de 2012
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 12 de febrero de 2014
- STS de 6 de marzo de 2015
- STS de 18 de mayo de 2015
- STS de 29 de mayo de 2015
- STS de 30 de mayo de 2015
- STS de 21 de julio de 2016
- STS de 19 de enero de 2017
- STS de 23 de enero de 2017

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁMERIGO ALONSO, E. (2022). La inscripción del Convenio Regulador en el Registro de la Propiedad, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/la-inscripcion-del-convenio-regulador-en-el-registro-de-la-propiedad/>, marzo de 2022. Última visita 7 de diciembre de 2022

- BANON GONZÁLEZ, A.M. (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre de 2015, 113-144.
- CASAS ROJO, J.C. (2017). Inscripción del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar adjudicada a la esposa propietaria y al hijo menor, disponible en blog de registradores: <https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-derecho-de-uso-y-disfrute-de-la-vivienda-familiar-adjudicado-a-la-esposa-propietaria-y-al-hijo-menor-juan-carlos-casas-rojo>. Última visita, 7 de diciembre de 2022.
- CUENA CASAS, M. (2022). Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas. *El Notario del S.XXI*, núm. 101 enero-febrero de 2022, disponible en <https://www.elnotario.es/hereroteca/revista-101/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas>, 1-6.
- DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2021). El vigente artículo 96 del Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, disponible en <https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/>, julio-septiembre de 2021. Última visita, 5 de diciembre de 2022.
- GARCÍA MAYO, M. (2021). El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del Código Civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3, julio-septiembre de 2021, Estudios, 187-221.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *RCDI*, núm. 710, noviembre-diciembre de 2008, 2518-2525.
- (2013). Oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *RCDI*, núm. 737, mayo-junio, 1893-1912.
- MONTERO AROCA, J. (2002). *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 91 y sigs.

NOTAS

¹ Así lo confirman las siguientes sentencias SSTS de 18 de octubre de 1994 y la de 31 de diciembre de 1994, y esta última considera que la finalidad del derecho de uso a la vivienda familiar es la protección de la familia, y STS de 14 de enero de 2010. Igualmente es significativa la RDGRN de 20 de febrero de 2004, que 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, CC)». Corroboran esta doctrina las RRDGRN de 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008.

² En este sentido, resoluciones DGRN de 25 de octubre de 1999, 31 de marzo y 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007, y SSTS de 14 de enero de 2010, 8 de octubre de 2010, 6 de marzo de 2015, entre otras.

³ Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *RCDI*, núm. 737, mayo-junio, 1893-1912 y (2008) La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad. *RCDI*, núm. 710, noviembre-diciembre 2008, 2518-2525.

⁴ GARCÍA MAYO, M. (2021). El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del Código Civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre de 2021)

Estudios, 209: «Cuestión distinta es que haya de darse publicidad de que un determinado inmueble es vivienda familiar atribuida a persona distinta del dueño —que es el único que, como tal, en principio aparece en el Registro de la Propiedad—. Sabido por cualquiera que esa casa es vivienda familiar atribuida al excónyuge, ya debe saber, o no puede alegar de buena fe ignorarlo, que le es aplicable la referida restricción del artículo 96 del Código Civil. Téngase en cuenta, aquí, que en el supuesto del que nos ocupamos existe una publicidad posesoria; aunque, desde luego, la misma no es inequívoca —pues el tercero puede pensar que se posee en arriendo, en precario,...—, tal tenencia ya le exige la diligencia de comprobar con qué título se tiene la vivienda, no pudiendo ya alegar de buena fe la ignorancia del derecho real».

⁵ En este sentido, véase también CUENA CASAS, M. (2022). *Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas*. *El Notario del S. XXI*, núm. 101 enero-febrero de 2022, disponible en <https://www.elnotario.es/hereroteca/revista-101/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas>, 4.

⁶ Véase GARCÍA MAYO, M., *ob. cit.*, 212.

⁷ CUENA CASAS, M. (2021). *Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas*, *ob. cit.*, 4.

⁸ En contra de esta opinión se encuentra MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). *La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 117-119, afirmando que los cónyuges deben pedir de común acuerdo la división de la vivienda común, siendo por tanto de aplicación el artículo 96.4 del Código Civil también en este supuesto de vivienda común y no exclusiva, basándose en que el derecho a pedir la división debe subordinarse al interés superior de la protección a la familia. Sin embargo, entendemos que, si el derecho de uso es oponible al tercer adquirente, este interés y la protección familiar se salvaguardan.

⁹ Artículo 91.1 RH: Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter.

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

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

¹⁰ MONTERO AROCA, J. (2002). *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 256-261.

¹¹ Artículo 103.2 del Código Civil: Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos, las medidas siguientes:

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

¹² 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.

¹³ BANON GONZÁLEZ, A.M. (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, 126.

¹⁴ Seguimos en este punto a ÁMERIGO ALONSO, E. (2022). La inscripción del Convenio Regulador en el Registro de la Propiedad, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/la-inscripcion-del-convenio-regulador-en-el-registro-de-la-propiedad/>, marzo 2022. Última visita 7 de diciembre de 2022; y a BANON GONZÁLEZ, A.M. (2015). La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales, *ob. cit.*

¹⁵ Véase en este sentido BANON GONZÁLEZ, A.M., *ob. cit.*, 124.

¹⁶ La de 11 de abril de 2012 En este sentido, la RDGRN de 11 de abril de 2012, afirma que debe constar acreditada la previa toma de razón de la sentencia de divorcio —causa de disolución de la sociedad conyugal— en el Registro Civil, para que la misma surta efecto respecto de terceros.

¹⁷ Así lo manifiesta la RDGRN de 2 de junio de 2014, que no admite que se haya establecido un derecho de uso por la simple fijación del domicilio familiar. También exigió con anterioridad la determinación del derecho de uso la RDGRN de 5 de junio de 2008, afirmando que «después de decir que «se atribuye a la esposa y los hijos el uso del domicilio conyugal» (estipulación primera), en las adjudicaciones se atribuye a la esposa el 50% indiviso de la vivienda familiar, expresando además que «asimismo, se le atribuye expresamente un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar del que disfrutará como mínimo hasta que los hijos del matrimonio sean mayores de edad e independientes económicamente», con lo cual se produce un confusionismo que no se compadece con el principio de especialidad, y, sobre todo, con la claridad en la extensión del derecho que se inscribe (cfr. reglas 5.^a y 6.^a del art. 51 RH) que exige la legislación hipotecaria, dada la distinta naturaleza del derecho real de usufructo y el derecho familiar al uso de la vivienda habitual.

¹⁸ RRDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007, 10 de octubre de 2008, 9 de julio de 2013 y 19 de enero de 2016. CASAS ROJO, J.C., comenta estas resoluciones y afirma lo siguiente: «Aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse a la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal, y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio, quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca. En definitiva, no cabe inscribir derecho de uso alguno a su favor, en cuanto ha de considerarse facultad insita en su dominio, careciendo por tanto de interés su reflejo registral». CASAS ROJO, J.C. (2017). Inscripción del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar adjudicada a la esposa propietaria y al hijo menor, disponible en blog de registradores: <https://blog.registradores.org/-/inscripcion-del-derecho-de-uso-y-disfrute-de-la-vivienda-familiar-adjudicado-a-la-esposa-propietaria-y-al-hijo-menor-juan-carlos-casas-rojo>. Última visita, 7 de diciembre de 2022.

¹⁹ RDGRN de 8 de mayo de 2012 que afirma que las previsiones acordadas por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, que incidan sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar (y es indudable que el uso de la vivienda familiar es uno de tales aspectos conforme a los arts. 90 y sigs. CC), producen plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente, por lo que es pertinente admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez.

²⁰ STS de 23 de enero de 2017 que recoge doctrina de la STS de 29 de mayo de 2015: La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso (...) deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas.

²¹ Véase por todas y recogiendo la doctrina de otras resoluciones y sentencias del Alto Tribunal, la RDSGFP de 17 de mayo de 2021 que afirma: «Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad —aunque no sea necesario la fijación de un «*dies certus*», salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil catalán, artículo 233-20— y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el prin-

cipio general de especialidad propio de nuestro sistema registral»... y continúa afirmando que «Más concretamente, conforme al principio de especialidad o determinación registral (cfr. los arts. 9 LH y 51 RH), todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro debe estar perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere. Y tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de documento que se presente en el Registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del registrador, según lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial».

²² «Esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez» (RDGSJFP de 17 de mayo de 2021).

²³ DE VERDA y BEAMONTÉ, J.R. (2021). El vigente artículo 96 del Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, disponible en <https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/>, julio-septiembre de 2021. Última visita, 5 de diciembre de 2022.

²⁴ Seguimos en este punto a DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2021). El vigente artículo 96 del Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *ob. cit.*, 5.

²⁵ GARCÍA MAYO, M. (2021). El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 del Código Civil, *ob. cit.*, 203.

²⁶ RDGSJFP de 17 de diciembre de 2021 que señala que: «Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional, y por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial». En el mismo sentido, RDGSJFP de 29 de noviembre de 2021.