

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.
ASPECTOS REGISTRALES.

THE ALLOCATION OF SOLE USE AND OCCUPANCY OF THE
FORMER MATRIMONIAL HOME. REGISTERING LAND ISSUES.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 113 - 144.

Fecha entrega: 01/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

ALEJANDRO M^a. BAÑÓN GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad de Torreveja 3
ambanon@registradores.org

RESUMEN: Tras exponer las líneas generales de la ley que regula la atribución del uso de la vivienda familiar en la Comunidad Valenciana, se dedica este trabajo a poner en relación la atribución de dicho uso y el Registro de la Propiedad. Se examinan en concreto: el documento que se presenta a inscripción, el tipo de asiento que deberá practicar el registrador, el contenido del mismo, la posición jurídica de la persona a cuyo favor se inscribe el uso y los distintos supuestos que se pueden dar, dependiendo de cómo esté inscrita la finca y de qué actos accedan al Registro después de la inscripción del uso. A lo largo de todo el trabajo, porque tiene relación con los aspectos analizados, y de forma directa en el último capítulo, se aborda la naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar

PALABRAS CLAVE: Uso de vivienda familiar, divorcio, Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: After presenting the outlines of the law governing the allocation of sole use and occupancy of the former matrimonial home in Valencia, this work is dedicated to offer a legal explanation regarding the relationship between the attribution of such use and occupancy and the Land Registry. In particular, the author examines the document submitted for registration, the type of assent that should be applied by the registrar and the content thereof, the legal position of the person in whose favor the use and occupancy is registered, and the different assumptions that could be foreseen, as it will depend on how the property was originally registered, and which kind of acts should have access the Registry after the assent of sole use and occupancy. The last part of this work is dedicated to addressing some other legal issues such as the nature of the family home as it is closely related with all the questions previously analyzed.

KEY WORDS: Sole use and occupancy former family home, divorce, Registry Land.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA GENERALITAT VALENCIANA, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN.- II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR FRENTE AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.- 1. Introducción.- 2. Título para inscribir.- 3. Clases de asiento registral.- 4. Contenido del asiento registral.- 5. Titular registral.- 6. Posibles supuestos en función de la titularidad inscrita de la finca.- A) La vivienda figura inscrita, con carácter privativo y exclusivo, a favor del cónyuge que es, además, titular del derecho de uso.- B) La finca figura inscrita a favor del cónyuge al que no se ha atribuido el uso de la vivienda.- C) La vivienda figura inscrita a nombre de terceros.- D) La finca figura inscrita a favor de ambos cónyuges sea en copropiedad de la vivienda para ambos, sea con carácter ganancial o común matrimonial.- III. EFECTOS DE LA CONSTATAción REGISTRAL DEL USO FAMILIAR EN DETERMINADOS SUPUESTOS.- 1. No consta inscrito el uso concedido judicialmente de la vivienda familiar.- 2. Consta inscrito el uso de la vivienda familiar.- IV. LA PRETENDIDA NATURALEZA REAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

I. APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA GENERALITAT VALENCIANA, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS E HIJAS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN.

A pesar de abordar esta exposición la atribución del uso de la vivienda familiar desde una perspectiva fundamentalmente registral, siendo el objeto de estas jornadas el de la problemática actual del derecho de familia valenciano¹, se empezará exponiendo la normativa que, en la Comunidad Valenciana, hemos de considerar específica sobre la cuestión.

La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y a la que nos vamos a referir simplemente como Ley Valenciana de Custodia Compartida, entró en vigor el 5 de mayo de 2011. Poco tiempo después, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de julio de 2011, admitió a trámite un recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley, lo que produjo la suspensión de su vigencia y aplicación en relación con los preceptos impugnados. Posteriormente, por Auto del mismo Pleno, de 22 de noviembre 2011, se acordó levantar la suspensión.

¹ Este trabajo reproduce sustancialmente el contenido de la ponencia *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales*. Se leyó el día 3 de julio de 2014, en el ámbito de los Cursos de Verano Rafael Altamira de la Universidad de Alicante. En las jornadas del curso, que tenía como título el de *Problemática actual del derecho de familia valenciano*, se trataba de analizar las principales cuestiones que plantea la interpretación y aplicación de la legislación civil valenciana en materia de familia.

El art. 6 de la Ley Valenciana de Custodia Compartida contiene una norma cuyo objeto es precisamente el de “la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”. En su apartado 1, establece:

“1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso.

Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial.

El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores”.

De acuerdo con estas últimas palabras, se entiende que este artículo se va a aplicar tanto en los supuestos de custodia compartida como en los casos en los que la custodia fuera individual, pudiendo quedar configurada como un precepto de aplicación general sobre la atribución del uso de la vivienda familiar y con esa vocación será aquí objeto de exposición.

Ante todo, el art. 6 da prioridad al pacto entre los progenitores. El art. 4 de la misma ley, que regula el pacto de convivencia familiar, se refiere, como uno de los contenidos mínimos del mismo, al “destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar. Dicho pacto, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal”.

En defecto de pacto, de la norma transcrita resulta con claridad que el principio imperante en la toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar es el de la protección del interés del menor. Este interés, como se desprende del propio precepto, puede ser atendido satisfaciendo a su vez otro interés concurrente, también digno de protección, el del progenitor que tenga objetivamente más dificultades para acceder a otra

vivienda, pero ello siempre y cuando no se cause perjuicio alguno al menor, pues es el interés del hijo o la hija el que habrá de ser considerado preferente. Se hace efectivo, a través de esta exigencia, uno de los principios rectores que en su art. 3 establece la Ley Valenciana 12/2008, de 3 julio, de Protección de la Infancia, el de la “primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo concurrente”.

En lo que se refiere a la fijación de una compensación a favor del progenitor titular de la vivienda, pero no adjudicatario de su uso, por la pérdida de éste, podemos destacar algunos aspectos.

En primer lugar, llama la atención el tono taxativo con el que parece pronunciarse el legislador. Aunque nos mostrásemos favorables a esta compensación económica a favor del propietario privado del uso de la vivienda, puede parecer criticable esa imperatividad de la norma valenciana que limitaría la valoración de las circunstancias del caso concreto sólo a efectos de determinar el importe de la compensación, pero no a la principal y previa de tomar la decisión de fijar o no una compensación².

Por lo que se refiere al criterio para ponderar el importe o cuantía de la compensación que deba acordarse, la norma remite a las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona. En la práctica, para tomar conocimiento de cuál sea el importe de esas rentas, se viene admitiendo, con las debidas precauciones, la posibilidad de efectuar consultas a través de Internet. En caso de discrepancia entre la información aportada por cada una de las partes, se acude por la autoridad judicial a la prueba pericial, a practicar por agentes de la propiedad inmobiliaria.

Como uno de los criterios más usuales para concretar el importe la compensación, se admite hacerla equivalente al importe de la mitad de la cuota hipotecaria que le correspondería abonar al progenitor que pierde el uso.

En cualquier caso, el importe de las rentas pagadas por alquileres no es el único a tener en cuenta. El precepto remite también a *las demás circunstancias concurrentes en el caso*. Singularmente, se valorará la capacidad económica de ambos progenitores y el porcentaje en la titularidad que le corresponde al adjudicatario³.

² En estos términos se manifiesta CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil de Notarios y Registradores*, 2014, vol. 1, núm. 2.

³ PEINADO MARTÍNEZ, S.: “Aplicación de la Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2013-2014, núm. 9, Derecho y familia. Febrero 2013-Enero 2014.

El otro aspecto a examinar en esta parte del precepto, y de mayor discusión, es el de que, fijado el importe de la compensación a tener en cuenta, la cantidad de que se trate, dice el artículo 6, “podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial”.

Comentando el alcance de esta compensación, TAMAYO CARMONA⁴ ha hecho algunas precisiones:

En relación con el cómputo de la compensación que se fije como contribución a los gastos ordinarios, y su relación con la obligación específica del deber de alimentos derivados de la filiación (art. 154 CC), ha destacado este autor “el carácter puramente patrimonial -incluso crematístico- de tales partidas que lo acercan más al concepto de cargas del matrimonio o deudas de cargo de la economía conyugal, que al deber alimenticio de los padres respecto a los hijos, que incluyen elementos tanto patrimoniales, como no patrimoniales”. Para este autor, “afirmándose la patrimonialidad de tales atenciones, a la hora de enlazar con las necesidades habitacionales de los hijos -menores- la primera conclusión que se puede obtener es que se trataría de uno de esos gastos consolidados que menciona el art. 3 e) Ley Valenciana de Custodia Compartida, y como tal, los gastos derivados de éstas serán tratados jurídicamente como cargas del matrimonio”.

Qué ha de entenderse por “gastos ordinarios”, lo concreta, en efecto, el citado art. 3, letra e) de la propia ley valenciana, que establece: “Deben considerarse gastos ordinarios aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia”.

Y en relación con el consentimiento a que se refiere el artículo lo define TAMAYO CARMONA, como una especie de “ius optionis del titular o cotitular de la vivienda privado del uso de recibir una compensación por la pérdida de éste, sea de forma positiva (una determinada cantidad de dinero), sea de forma negativa (disminuyendo su contribución económica en metálico a los gastos de los hijos)”. Se trataría de un elemento más de este derecho que “parecería definitivamente alejarlo de su carácter alimenticio, en cuanto que, de optar por recibir una compensación, confirmaría a contrario sensu que

⁴ TAMAYO CARMONA, J. A.: “¿Patrimonialización del Derecho de uso de la Vivienda familiar?”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, 2011, núm. 10, Segundo semestre 2011.

mediante la cesión del uso de la vivienda no estaría cumpliendo con su deber de alimentos, por definición, gratuito”.

Por lo que respecta a la regulación de esta cuestión en el ámbito estatal, la materia está siendo tratada en el ámbito del Anteproyecto de la llamada Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Si fuera aprobado este anteproyecto con el texto que presenta en la actualidad, el art. 96.4 del Código Civil establecería, entre otros extremos, que “la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”.

Se sigue el criterio establecido con anterioridad en el art. 233-20.7 del Código Civil Catalán que señala que “la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge”.

Para CUENA CASAS, comentando este aspecto del anteproyecto estatal, señala que “para que efectivamente se pudiera considerar como compensación patrimonial al cónyuge usuario por la vía de la reducción de la pensión alimenticia, la atribución del uso de la vivienda familiar debería someterse a la regla de la proporcionalidad propia de la pensión de alimentos, lo cual requeriría una regulación expresa”. Para esta autora, “deben establecerse y objetivarse los criterios para la computar el uso de la vivienda como contribución en especie. La indefinición de la norma generará inseguridad jurídica”⁵.

⁵ Con posterioridad a la ponencia en que se basa este trabajo, el Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día, 24 de julio de 2014, informó del anteproyecto estatal, en el siguiente sentido: “d) Atribución de uso de la vivienda y ajuar familiar, duración o momento de cese y repercusión de éste sobre las cargas familiares, los alimentos y la pensión por desequilibrio económico. Nuevamente en este caso el Anteproyecto constituye una concreción de la normativa vigente. El vigente artículo 90.1.d) del CC ya contempla, dentro del contenido mínimo del convenio regulador, la ‘atribución de uso de la vivienda y el ajuar familiar’. El Anteproyecto exige que se determine también la ‘duración’ de dicha atribución y la ‘repercusión’ que su cese tendrá en la obligación de contribuir a las cargas familiares, a la pensión por alimentos de los hijos y a la pensión de desequilibrio económico -la denominada ‘pensión compensatoria’- en favor del cónyuge en peor situación patrimonial tras la ruptura de la convivencia. Dado que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges deberá ponderarse -según el proyectado artículo 96.4 CC- en el cálculo de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, resulta justificado que el Anteproyecto exija que el convenio regule la repercusión que el cese de dicha atribución producirá en el monto de tales obligaciones. No obstante, se advierte cierta incoherencia entre los proyectados artículos 90.1.c) y 96.4 del CC: en el primero de ellos se dice que el convenio regulador deberá especificar la repercusión que el cese de la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en la contribución a las ‘cargas familiares’, a los ‘alimentos’ y a la ‘pensión compensatoria’; en el segundo, en cambio, se establece, para el caso de

Para terminar con el examen de esta parte del apartado primero del art. 6 de la ley, por lo que respecta a la posibilidad de que el uso se atribuya al cónyuge al que no se le haya concedido la custodia por tratarse del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, se ha criticado que se haga participar a este supuesto de idénticos parámetros que los que son aplicables al caso en que la asignación del uso esté relacionada directamente con la atribución de la custodia de los hijos. Y es que, divorciados ya los progenitores, no existe derecho de alimentos entre ambos, de modo que la compensación que se fije en vez de computarse como gasto ordinario en el sentido del transcrito artículo 3 de la ley valenciana, debería mejor valorarse como pago en especie de la pensión compensatoria que en su caso se haya fijado entre ambos ex cónyuges.

Volviendo a la regulación del art. 6 de la Ley Valenciana de Custodia Compartida, su apartado 2^o hace una aplicación concreta del principio de protección del interés del menor, al establecer, por un lado, que “salvo acuerdo en contrario, en ningún caso se adjudicará una vivienda, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar”; y, por otro lado, “que si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

Quizá sea el alcance de la expresión “derechos” lo más destacable en este apartado, pudiendo deducirse del inciso que se hace a continuación sobre el alcance de la facultad que ha de comprender dichos derechos, en concreto, la facultad de “ocupar como residencia familiar” la vivienda, un concepto más

falta de convenio, que el Juez deberá prever ‘la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla’, sin mencionar las ‘cargas familiares’. Así pues, parece necesario coordinar la redacción de ambos preceptos, previsiblemente en el sentido de incluir en este último artículo 96.4 del CC una referencia a las ‘cargas familiares’”.

⁶ Art. 6.2: “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso”.

amplio que el que resultaría de identificarlos con un derecho necesariamente de naturaleza real, como la propiedad o el usufructo.⁷

En cuanto a la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar, el apartado 3 prescribe que “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”.

Lo cierto es que, en lo que respecta a la práctica registral diaria, no viene fijándose propiamente un plazo en los casos en los que el uso de la vivienda se atribuya al cónyuge no titular. No se establece ninguno concreto ni en la resolución judicial en la que se concede el uso, ni en la que es simplemente aprobatoria de los convenios reguladores. Ello puede tener relación con una posible interpretación de la ley que no variaría de la que se venía haciendo antes de la regulación estatal y a través de la cual se toma como referencia la mayoría de edad de los hijos menores o la subsistencia de la obligación legal de alimentos como plazo máximo de duración.

El anteproyecto estatal que da nueva redacción al art. 96 CC, es más preciso distinguiendo según que el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores esté relacionado con la guarda y custodia de los hijos, en cuyo caso, aquel progenitor tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos; o que se conceda sin consideración a la guarda y custodia de los hijos, en cuyo caso tendrá un plazo máximo de dos años, añadiéndose además, que “el cónyuge adjudicatario del uso podrá instar, tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”.

De acuerdo con esta interpretación, podría pensarse que la necesidad de fijar un plazo que establece el art. 6 de la Ley Valenciana irá referido preferentemente al caso en el que la atribución del uso lo sea a uno de los cónyuges sin consideración a la guarda y custodia de los hijos sino a sus dificultades en acceder a la vivienda.

⁷ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 17/2014, de 4 diciembre, N^o rec. 14/2014, expone como doctrina de la Sala, en cuanto a la interpretación del art. 6 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que “el régimen de atribución del uso de la vivienda y ajuar doméstico y el régimen de compensación por la pérdida del uso de la vivienda familiar en favor del progenitor que sea propietario o copropietario de la misma, resulta de aplicación en el supuesto de que la vivienda sea de propiedad de una sociedad mercantil participada exclusivamente por los progenitores con independencia de su porcentaje”.

En sus tres apartados finales, el art. 6 establece:

En el apartado 4 la inaplicabilidad de lo previsto en los apartados anteriores a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

En el apartado 5, una norma sobre el ajuar familiar, que “permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial”.

Y en el apartado 6, final, la remisión a la regulación general para los casos en que se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, supuesto en el cual, “se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso”.

II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR FRENTE AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

1. Introducción.

Pasando ya a afrontar la relación del uso de la vivienda familiar con el Registro de la Propiedad, se define al uso de la vivienda familiar, como un derecho temporal e indisponible a ocupar y disfrutar la vivienda habitual de la familia, libremente acordado por los cónyuges y plasmado en el convenio regulador, el cual deberá ser aprobado por el Juez en la sentencia que falle en los procedimientos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio; o en defecto de convenio y cuando las circunstancias así lo aconsejen, el que imperativamente fije el Juez en la propia sentencia.

Si hablamos de “derecho”, sin más, sin delimitar la naturaleza del mismo, es porque esa es precisamente la discusión que se abre al hablar del uso de la vivienda familiar; concretamente la de si pertenece a la categoría de los derechos familiares o a la de los derechos patrimoniales; y si estuviera entre éstos, si se encuentra entre los derechos de crédito o entre los reales. Y como derecho real, si tal derecho real es el uso regulado en el Código Civil, o, por el contrario, se trata de un derecho real innominado o atípico.

En esta diferenciación, por sus caracteres se viene considerando al derecho de uso de la vivienda familiar entre los derechos de carácter familiar. Al respecto, son especialmente ilustrativas de esta posición las sentencias de unificación de doctrina de 14 y 18 de enero de 2010, por las que el Tribunal Supremo confirma e insiste en que este derecho de uso no es un derecho real, sino de un derecho de naturaleza familiar.

Partiendo en concreto de la lectura de los arts. 96.1, 96.3 y, muy en particular, del art. 96.4, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 afirma:

Que no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2009).

Que, desde el punto de vista patrimonial, 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.

Y que esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad.

En el mismo sentido que el Tribunal Supremo, se ha venido manifestando la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, la resolución de 19 de julio de 2011, en la que se afirmaba: “Como derecho absoluto, ejercitable “erga omnes” y cuya efectividad depende de su publicidad registral, es por lo que el T.S. en sentencias de 18 de octubre y 31 de diciembre de 1994, lo calificó como derecho real familiar; bajo la premisa de que al Registro de la Propiedad sólo acceden los derechos reales, obviando que también acceden cualquiera otras vicisitudes o circunstancias que afectan al tráfico jurídico de tales derechos reales, como las limitaciones de disponer (artículo 26 L.H. y resolución 25 de octubre de 1999)”.

En cualquier caso, esto es, sea la que sea la concepción defendida, lo cierto es que para que la efectividad de este derecho no resulte desvirtuada, es preciso que acceda al Registro de la Propiedad. Y a ese acceso nos vamos a referir a continuación.

2. Título para inscribir.

El documento público necesario para inscribir el uso de la vivienda familiar es la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador o, en su defecto, en la que, directamente, se establezca la atribución de este derecho conforme al art. 96 CC.

Lo primero que hay que comprobar, al afrontar la calificación registral de la documentación aportada, es que lo que materialmente se presenta a inscripción tiene unas mínimas garantías de autenticidad.

Por regla general, el título que se presenta al Registro es un testimonio de la sentencia en la que se encuentra insertada la fotocopia testimoniada del convenio regulador, en el que se hace una concreta atribución del uso de la vivienda. Lo expide el Secretario Judicial, que es a quien le corresponde con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial⁸. En estos casos, el registrador debe llegar a la convicción de que el convenio regulador aprobado, que es un documento privado, redactado y firmado por las partes, es el que acompaña a la sentencia presentada.

Sin embargo, en la práctica, los problemas suscitados son múltiples:

Hay casos en los que, en las fotocopias del convenio, salvo al final del mismo, en la última hoja, no existe ningún signo de su correspondencia con lo aprobado por el Juzgado.

En otros casos, ocurre simplemente que no lleva sello ni rúbrica del fedatario judicial más que la sentencia de separación o divorcio, pero no las hojas del convenio

A veces, los mismos folios en donde se encuentra el convenio no están ni seriados, ni numerados, e incluso se trata de papel ordinario con la firma sólo de las partes.

Si, conforme a los arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario, el título presentado a inscripción ha de tener carácter público, lo que supone que ha de estar autorizado por un notario o funcionario público competente y con las solemnidades requeridas por la Ley, circunstancias como las relacionadas, por las dudas suscitadas, normalmente impedirán la inscripción.

⁸ Art. 453.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

Como la atribución del uso de la vivienda familiar es una operación independiente, en principio, de la liquidación del régimen económico matrimonial, no existe inconveniente en el caso de que lo que se presente a inscripción sea sólo la escritura de liquidación del régimen económico matrimonial, con adjudicaciones de inmuebles, pero no el convenio regulador, judicialmente aprobado, o la resolución en que directamente se atribuya el uso. En estos casos, ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado que no puede el registrador pedir el convenio o la resolución para examinar su concordancia con la escritura y, concretamente, que la vivienda familiar adjudicada en la escritura lo ha sido al cónyuge a quien se ha reconocido el uso.

Para la Dirección General, la liquidación, en aquel caso, de la sociedad de gananciales, “en una cuestión puramente patrimonial” y “los cónyuges no ven limitada su libertad contractual por el contenido de dicho convenio”⁹. Que el uso de la vivienda familiar sea un derecho familiar no significa que no sea disponible e incluso renunciable por su titular. De este modo:

Si en la adjudicación se ha respetado, adjudicándosele la vivienda, se verá reforzado.

Y si en la adjudicación no se ha respetado, siempre podrá inscribirlo directa e independientemente de la escritura de liquidación, cuando quiera porque la sentencia es directamente inscribible.

3. Clases de asiento registral.

No es habitual que se concrete, en los documentos judiciales que se presentan en el Registro, el tipo de asiento que ha de practicarse, quedando en el ámbito de la decisión del registrador la elección del mismo. Pueden plantearse tres posibilidades:

1º) Inscripción propiamente dicha.

⁹ RDGRN de 19 de julio de 2011: “Ante la preocupación de la registradora por la vivienda habitual hay que decir que, como consecuencia de la naturaleza del derecho al uso de tal vivienda, que, como ha dicho este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos»), no es un derecho real sino de carácter familiar, la defensa del mismo está encomendada siempre a uno solo de los cónyuges, el titular de tal derecho, y tal cónyuge puede hasta renunciar al mismo consintiendo la enajenación de la vivienda. En consecuencia, la atribución de la propiedad a uno solo 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 éste inscriba el derecho al uso”.

Esta fórmula presupondría la consideración del uso de la vivienda familiar como un propio y típico derecho real de uso. Pero como esta naturaleza real parece haber quedado excluida jurisprudencialmente (como se ha expuesto, al menos en lo que se refiere a la regulación del Código Civil), no será la inscripción el asiento a practicar. A la misma conclusión puede llegarse a través de cierta doctrina práctica de la que se infiere que no es necesario, para su constatación registral, determinar plenamente todas las circunstancias que el art. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario exigen para practicar una inscripción, por ejemplo, en cuanto a la identificación completa de los hijos beneficiarios, ni al plazo.

2º) Anotación preventiva con vigencia limitada y pendiente de confirmación o modificación en la sentencia definitiva.

Se trataría de una anotación preventiva cuyo objeto será el de dar publicidad a la medida previa o preventiva, adoptada conforme al art. 103.2 del Código Civil, esto es, como anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo¹⁰.

3º) Nota marginal, al margen de la inscripción de dominio.

Parece que será lo habitual, una vez consolidado este derecho y atribuido ya por sentencia judicial. Es congruente:

a) Con el alcance que, según hemos visto, se da al uso de la vivienda familiar, considerado ante todo, no como un derecho real sino como una limitación a la facultad de disposición. Publicará fundamentalmente eso, la restricción a las facultades dispositivas del titular registral de la vivienda.

b) Con el tenor del art. 96.2 del Reglamento Hipotecario, que establece que “las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal”.

4. Contenido del asiento registral.

Que, como venimos diciendo, no tenga la consideración de derecho real y, por ello, no le sea exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen a la inscripción de los derechos reales, no significa que el uso de la vivienda

¹⁰ Véanse, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos 771, medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución- y 773, medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

familiar no se someta al principio de especialidad registral. Por eso, en el título presentado para su constatación registral, deberá quedar definido, si no con absoluta, sí con suficiente claridad, el objeto de la inscripción.

No obstante, la exigencia de determinación del objeto principal de lo que se inscribe, según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, no podemos llevarla al extremo de negar la inscripción simplemente porque no se “denomine” o “califique” exactamente el derecho cuya inscripción se solicita, pero sí la de evitar al menos confusionismos contrarios a la necesaria claridad en la extensión del derecho que se inscribe. Veamos dos ejemplos:

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 2008 se enfrentó a la siguiente cláusula: se adjudica la propiedad de la vivienda familiar en proindiviso por mitad a ambos cónyuges; se atribuye a la esposa y a los hijos el uso del domicilio conyugal, y ya en las adjudicaciones, se le adjudica 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. Para la Dirección General se produce un confusionismo contrario al principio de especialidad, dada la distinta naturaleza del derecho de usufructo y el derecho familiar al uso de la vivienda habitual que se reconocen superpuestos.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 2009, por su parte, afrontó el alcance e inscribibilidad del pacto por el que se acordaba que las hijas comunes del matrimonio, junto con su madre, tendrán su domicilio habitual en la vivienda que fuera domicilio conyugal, privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente y siempre que no contraiga la madre nuevo matrimonio o viva maritalmente con otra persona. La duda por la que la Dirección General rechazó este pacto era la de si lo que se está constituyendo es el derecho de uso de la vivienda familiar tipificado legalmente, o una simple declaración de intenciones o una obligación sin repercusión frente a terceros.

En cuanto al dato concreto de la duración del derecho en cuestión, no parece que la falta de expresión de un plazo exacto de duración constituya un defecto que impida su inscripción, ya no sólo porque no se trate propiamente un derecho real sino, también, porque estamos ante un derecho que siempre tendrá un plazo máximo, en defecto de determinación, plazo que será el de la vida del cónyuge a quien se atribuye o de los menores de edad. En este

sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2004¹¹.

Excepcionalmente, al hilo de lo que se ha expuesto al tratar la normativa sustantiva en el ámbito de la Comunidad Valenciana, podría sostenerse mayor firmeza en la fijación de un plazo concreto, como requisito de inscripción, en aquellos casos en los que la atribución del uso estuviera ligada, exclusivamente, a las dificultades de uno de los cónyuges, a acceder a una vivienda propia.

5. Titular registral.

La tesis tradicional, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha venido considerando que nos encontramos ante un derecho cuyo titular es el cónyuge a cuyo cargo permanecen los hijos, bastando por tanto que se inscriba a nombre de éste, sin que sea necesario especificar el nombre y demás circunstancias de los hijos, que son meros beneficiarios.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de agosto de 2008 abordó el caso de una escritura notarial en la que los ex cónyuges, en cumplimiento de una sentencia de divorcio y del convenio regulador, constituyeron ante notario un derecho de uso sobre una vivienda familiar a favor de la ex esposa “mientras mantenga la custodia de los hijos”.

Alegaba el registrador que los hijos debían de ser titulares también del derecho de uso.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, el carácter familiar y no patrimonial del derecho de uso de la vivienda familiar impone, entre otros efectos que le son propios, el de la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. A favor de los hijos no se practicará la inscripción o asiento que se elija, pues sólo son beneficiarios, pero no titulares del derecho. Es a la ex esposa a la que corresponde la

¹¹ En dicha resolución, la DGRN se inclinó por no exigir duración basándose en que: a) si bien ha de constar en el Registro el plazo de duración de los derechos reales de carácter temporal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real b) concluirá, en todo caso, con la vida de su titular, y c) es revocable por el Juez, por lo que el plazo podría dar lugar a confusión. Por su parte, para la DGRN (así, la citada resolución de 18 de noviembre de 2009) la peculiar naturaleza familiar que tiene este derecho le impone “consecuencias especiales como es, entre otras, su duración, que puede ser variable”.

titularidad del derecho, y por tanto sólo a ella corresponderá el consentimiento para disponer de dicho derecho.

Por su parte, la Resolución de 14 de mayo de 2009 abundó en esa idea de distinguir entre titular y beneficiarios del uso de la vivienda familiar. Se trataba de un caso en el que en el Registro figuraba ya inscrito un derecho de uso familiar a favor de la esposa y de los hijos, dentro de un procedimiento de separación. Habiendo vendido la vivienda la esposa, que era además titular en pleno dominio de la finca por la liquidación de gananciales, la registradora exigió el consentimiento al acto de disposición por parte del cónyuge no titular, padre de los hijos, por considerar que ellos son titulares del derecho también.

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho de tipo familiar y no patrimonial y una cosa es el interés protegido (el interés familiar en este caso) y otra, la titularidad del derecho, (en este caso únicamente de la esposa) que conlleva el poder de disposición del mismo.

De este modo, tras afirmar que “los hijos son beneficiarios, pero no titulares de ese derecho, pues lo es únicamente la esposa”, decidió la Dirección General que bastaba que el cónyuge beneficiario del uso –en este caso, la esposa- diera su consentimiento para que pudiera disponerse, enajenarse, la vivienda.

No obstante, matizando el criterio expuesto, la resolución de 19 de mayo de 2012 admite la posibilidad de inscribir el derecho de uso a nombre de los hijos. Considera la Dirección General que si, en el convenio regulador, se acuerda claramente que los titulares del derecho de uso sean los hijos menores, y no el otro cónyuge y si el juez así lo ratifica en su sentencia de aprobación del convenio, serán los hijos los titulares del derecho, y a su nombre concreto y específico corresponde entonces inscribirlo.

La consecuencia práctica inmediata de esta posición será la de que habrá que hacer constar en el Registro, en estos casos sí, las circunstancias identificativas de cada uno de los hijos, dando cumplimiento de este modo a lo prescrito por los arts. 9.4 de la Ley Hipotecaria y 51.9 del Reglamento Hipotecario, pues su especial naturaleza de derecho familiar no le excluye del principio de determinación registral.

Ciertamente, la inscripción a favor de los hijos del uso de la vivienda familiar puede evitar los pactos encubiertos entre los progenitores a través de los cuales pudieran dejar a los protegidos por la norma sin vivienda familiar,

dado el carácter renunciable o disponible este derecho cuando se atribuye normalmente a uno de los ex cónyuges.

Sin embargo, parece excesivo convertir en categoría lo que debería ser considerado como muy excepcional (el acuerdo de ambos ex cónyuges en perjuicio de sus hijos), especialmente si tenemos en cuenta las consecuencias prácticas a que ello conduce pues, tratándose de menores, la inscripción que se practique a su favor del uso conllevará sujetar los ulteriores actos de disposición sobre el bien a las normas restrictivas reguladoras de la capacidad de los hijos menores.

6. Posibles supuestos en función de la titularidad inscrita de la finca.

En la calificación por parte del registrador de la propiedad de la documentación por la que se atribuye judicialmente el uso de la vivienda conyugal, la titularidad registral de la finca puede presentar diversas situaciones. Distinguiremos, a continuación, algunas de ellas.

A) La vivienda figura inscrita, con carácter privativo y exclusivo, a favor del cónyuge que es, además, titular del derecho de uso.

Si, cuando vamos a inscribir el uso, examinando la inscripción de dominio de la finca resulta estar ya inscrita en pleno dominio a favor del cónyuge al que se le da el uso, puede considerarse superflua su constatación registral.

Como ya declararan sendas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007, no es inscribible el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges si la vivienda pertenece ya a él con carácter privativo, pues en tal caso su uso y disfrute le vienen atribuidos por el derecho de propiedad que sobre ella ostenta. Por ello, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso así atribuido judicialmente.

B) La finca figura inscrita a favor del cónyuge al que no se ha atribuido el uso de la vivienda.

Es el supuesto normal, el que recoge el artículo 96.4 del Código Civil. Es aconsejable inscribir el uso a favor del cónyuge no propietario, para conseguir su oponibilidad de forma segura, para darle eficacia erga omnes más allá de la que resulta de la posesión de la vivienda.

C) La vivienda figura inscrita a nombre de terceros.

Sin entrar en otras consideraciones, la cuestión se resuelve a través, exclusivamente, de los principios registrales. El de tracto sucesivo impide practicar la inscripción porque en el procedimiento de separación o divorcio no son parte esos terceros, propietarios registrales de la finca. Todos los asientos que se practiquen sobre ella requerirán esa intervención como parte o, en su defecto, consentimiento expreso dado en escritura pública¹².

No obstante, cabrá inscribir el uso en aquellos casos en que, habiendo otros propietarios registrales de la finca, tenga inscrito a su favor uno de los cónyuges (aquel al que no se le atribuya el uso) un derecho que comprenda la facultades de posesión y uso de la vivienda (por ejemplo, el usufructo de la finca).

Un caso especial, dentro de estos supuestos, sería el del art. 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que establece que el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda, como cesionario del contrato de arrendamiento, bien por acuerdo de las partes, bien por decisión judicial, en base a lo que dispone el art. 96 CC. En este caso, si constase inscrito ese arrendamiento de vivienda¹³, parece que la constatación registral de ese acuerdo o resolución no habrá de limitarse a practicar una nota al margen de la inscripción del arrendamiento, sino que habrá de consistir en un propio asiento principal de inscripción, ya que de la ley parece desprenderse que nos hallamos, más bien, ante una cesión del contrato¹⁴.

¹² Aunque en este caso habría que pensar en cómo articular ese consentimiento: ¿Sería suficiente si se articulara simplemente como un asentimiento a la solicitud de inscripción?

¹³ Tras las últimas reformas aprobadas en la materia (en particular, la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos llevada a cabo por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas respecto de las viviendas), se ha generalizado la inscripción de los arrendamientos de viviendas, dada la eficacia limitada que, respecto de terceros, se le da ahora a dichos arrendamientos, en caso de que no hayan accedido al Registro a través de la correspondiente inscripción.

¹⁴ El apartado 1 del art. 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, establece: “Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. 1. 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 la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato”.

D) La finca figura inscrita a favor de ambos cónyuges sea en copropiedad de la vivienda para ambos, sea con carácter ganancial o común matrimonial.

La primera impresión que se tiene es que puede ser innecesaria la constatación registral del uso: como sin consentimiento del titular del uso no hay actos de disposición sobre la total finca, está de sobra inscribirlo.

Distingamos los supuestos:

1º) La finca está inscrita por mitades indivisas a favor de ambos cónyuges, uno de ellos, el destinatario del uso de la vivienda.

Si la atribución judicial del uso de la vivienda familiar se entiende sólo como una restricción a la facultad de disposición, puede parecer redundante su inscripción: siendo ya el cónyuge que tiene ese uso copropietario de la finca, su consentimiento será siempre necesario para realizar, sobre la totalidad de la finca, actos de disposición.

Sin embargo, parece más prudente, en lugar de denegar la inscripción del uso en estos casos, denegarla, sí, en la parte indivisa en la que el titular del mismo sea ya propietario de la finca, pero inscribirlo en la otra, en la parte indivisa que no le pertenezca. Esta forma de actuar tiene una evidente eficacia práctica:

Pensemos que uno de los copropietarios ejercitara la acción de división de la cosa común y ésta desembocara en la adjudicación de la finca en subasta pública a un tercero. Como la disolución de la comunidad de bienes no viene siendo considerada como un acto de disposición sino declarativo o especificativo de derechos, esa adjudicación de la finca a tercero será posible, aun constando la oposición del cónyuge titular del uso de la vivienda. Entonces: ¿será oponible al rematante de la finca del uso judicialmente atribuido a uno de los copropietarios? La cuestión es discutible¹⁵ pero la respuesta será indudablemente afirmativa si, aunque sea sólo en una parte indivisa de la finca, conste inscrito el uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges. Todo el que concurra a la subasta, sabiendo que va a adquirir la totalidad de la finca, deberá recabar la información registral de todas las

¹⁵ A favor de la regla general de que el uso es, en este caso, oponible al adquirente, se han mostrado las dos sentencias citadas de 14 y 18 de enero de 2010, para las cuales “el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único o en subasta consiguiente a la acción de división”, y en la STS de 27 de febrero de 2012, en la que, además de confirmar que puede llevarse a cabo la acción de división por un copropietario, añade que de ello no puede derivarse la extinción del derecho de uso atribuido al otro cónyuge, pues su interés se ha considerado más digno de protección.

participaciones indivisas y no podrá alegar, constando inscrito el uso en una de ellas, desconocimiento o buena fe.

2º) La finca está inscrita, sí, con carácter ganancial a nombre del destinatario del uso y su cónyuge. Si no nos consta pacto alguno de liquidación respecto de esa finca, ésta seguirá siendo, pues, ganancial y pertenecerá, en la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, al cónyuge titular del uso. De acuerdo con lo dicho antes, no parece que tenga utilidad inscribir a su favor ese uso, porque ningún acto dispositivo se efectuará sobre la finca sin su consentimiento.

Sin embargo, puede que haya casos que induzcan a llegar a una conclusión distinta:

En su día, denegamos la inscripción del uso porque la finca estaba inscrita a nombre del deudor con carácter ganancial.

Se presenta luego un mandamiento de embargo sobre esa finca, en procedimiento ajeno, por deudas del otro cónyuge. Como la anotación se produce disuelta, pero pendiente de liquidación, la sociedad de gananciales, se anotará el embargo, si el mandamiento lo deja limitado a la cuota global que a la liquidación de los gananciales corresponda al deudor respecto de la finca.

Si luego, producida la liquidación de gananciales, a consecuencia de adjudicarse la finca al cónyuge deudor, se adjudicaría en subasta la finca a un tercero. La inscripción que se practique a favor del adjudicatario, ante la falta de inscripción del uso, podrá alegar desconocerlo, cosa que no podría invocar si hubiera estado inscrito.

Por ello, parece lo responsable acceder a la inscripción del uso en estos casos, no obstante ser el cónyuge al que se le atribuye propietario de la finca.

III. EFECTOS DE LA CONSTATAción REGISTRAL DEL USO FAMILIAR EN DETERMINADOS SUPUESTOS.

Examinaremos, a continuación algunas de las situaciones en las que habrá de enfrentarse el derecho de uso a la vivienda familiar con otras titularidades que accedan al Registro. Podremos comprobar el distinto tratamiento que habrá de recibir en función de que dicho derecho haya sido inscrito o no y dependiendo de en qué momento accede al Registro.

Se plantea, en primer lugar, qué pasa si se otorga, y se pretende inscribir, una escritura de hipoteca otorgada por el dueño de la vivienda cuyo uso se ha atribuido al otro cónyuge, al que no es dueño de la finca.

Si en el folio registral sí consta inscrita la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no otorgante, conforme al art. 96 CC, no cabrá inscribir la hipoteca sin consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial.

Pero si en el folio registral no consta inscrito el uso de la vivienda al cónyuge no otorgante, el propietario de la finca podrá constituir la hipoteca sin consentimiento de aquél. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 31 de marzo de 2000, para el caso de una persona separada legalmente que otorgaba una escritura de hipoteca y a la que la registradora exigió que acreditara a quién correspondía el uso de la vivienda, sostuvo que si el derecho de uso no está inscrito, no hay que hacer averiguaciones adicionales ya que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular de los términos del asiento respectivo y, en aquel caso concreto, sin restricciones en cuanto a la facultad de disposición sobre la finca.

Lleguemos ahora a ver qué pasa en caso de ejecución hipotecaria de la hipoteca que tenemos inscrita.

1. No consta inscrito el uso concedido judicialmente de la vivienda familiar.

Tratándose de bienes inmuebles, a falta de constatación registral, ha de presumirse que el adquirente de la finca desconoce la existencia de dicho derecho y que adquirirá la vivienda que se adjudica con las cargas que consten inscritas y, en cuanto al uso de la vivienda familiar, libre de él, debiendo probarse la mala fe de su adquisición.

2. Consta inscrito el uso de la vivienda familiar.

En este caso vamos a distinguir dos supuestos.

1º) Consta inscrito el uso de la vivienda familiar, y consta inscrito, además, antes que la inscripción de la hipoteca.

En este caso, el adjudicatario de la finca debe respetar el uso inscrito de la vivienda familiar. Por aplicación de los principios registrales y procesales, la eficacia cancelatoria de la hipoteca no puede “retrotraerse” a los asientos que se practicaran antes que la inscripción de hipoteca que sea objeto de

ejecución. Es decir, el registrador, al inscribir la finca a favor del rematante o adjudicatario, se limitará a cancelar los asientos posteriores a la inscripción de hipoteca, tal y como normalmente le ordenará el juzgado, pero no los anteriores.

Sin embargo, independientemente de la prioridad registral de que goza el uso atribuido a uno de los cónyuges, nos podemos plantear: ¿qué efectos habrá de producir el consentimiento que dio el cónyuge al que se había atribuido el uso para que se inscribiera en su día la hipoteca? En otras palabras: por el hecho de haber consentido la hipoteca ¿se cancelaría también su derecho de uso, cuando se inscriba la adjudicación judicial y la finca, con todas las facultades dominicales, de la finca a favor del adjudicatario?

El Tribunal Supremo, en sentencias como la de 8 de octubre de 2010 declaró que en caso de ejecución de hipoteca, prevalece la hipoteca sobre el derecho de uso, pues la constitución de aquella fue consentida en su día por la hoy usuaria, al constituir en aquel momento el domicilio familiar.

Si, con arreglo a esto “prevalece la hipoteca sobre el derecho de uso”, la pregunta que nos hacemos es: ¿cancelaría el registrador la nota marginal de uso de la vivienda familiar, si se lo ordenara el juzgado, a pesar de ser anterior a la inscripción de la hipoteca que se ejecutó? De nuevo, creo, nos encontramos con una materia relativamente ligada a la decisión que se tome en cuanto a la naturaleza jurídica del uso.

En principio, si atendemos a que se trata de un derecho que, desde el punto de vista patrimonial, no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, cabe interpretar, avanzando en la línea de la sentencia citada de 8 de octubre de 2010, que el consentimiento dado en su día comprende también el necesario para la enajenación para la realización de su valor. Con arreglo a ello, podría el registrador acceder a cancelar también el uso inscrito, si lo ordenara el juzgado.

Pero si optáramos por dar al derecho de uso a la vivienda familiar un carácter positivo, con incorporación de una serie de facultades de uso y ocupación similares a las de un derecho real, parece que la cancelación del asiento registral de atribución del uso debería recibir un nivel de exigencia superior. Se trataría de un asiento registral, el de ese uso, que situaría a su titular en una posición similar a la que recibiría un hipotecante no deudor, o, más bien, un usufructuario o un copropietario que concurriera a la constitución de hipoteca y prestara su consentimiento para que la garantía recaiga sobre la totalidad del pleno dominio de la finca. La cancelación de su inscripción, si lo ordenara el juzgado, no podría practicarse si no constase que la demanda y el requerimiento de pago en la ejecución hipotecaria se hubieran dirigido

también contra el titular del derecho de uso. Es lo mismo que se exigiría si, por ejemplo, adjudicándose la finca en pleno dominio, existiera un copropietario o un titular del usufructo o uno de la nuda propiedad que, sin ser deudores, hubieran consentido en su día la constitución de la hipoteca.

El problema está en que, aun pretendiendo el carácter real del derecho de uso, como un derecho de goce limitado, no existe base legal para que reciba el mismo trato que aquellos otros derechos a los que se sitúa por la Ley de Enjuiciamiento Civil y por la Ley Hipotecaria en el mismo plano que al deudor y al hipotecante no deudor en cuanto a la exigencia de legitimación pasiva en el procedimiento de ejecución. La legislación citada sólo se refiere al tercer poseedor (art. 685.1º LEC) y, como tercer poseedor, sólo se refiere al que hubiere adquirido “el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo” (art. 662.2 LEC)¹⁶.

Entiendo que si se pretendiera dar al uso de la vivienda familiar la consideración de derecho real inscribible, se tendrían que modificar estas normas para dar entrada precisamente al supuesto que examinamos y poner a su titular al nivel del usufructuario o nudo propietario que hubiera consentido en su día la constitución de la hipoteca. Si consiente, como titular de tal derecho, la hipoteca, la adjudicación de la finca pudiera llegar a significar que el adjudicatario reciba todos los derechos dominicales sobre la finca, incluido el uso en cuestión, pero ello será consecuencia de que el titular de ese uso fuera demandado en la ejecución.

2º) Consta inscrito el uso, pero después de la inscripción de la hipoteca bien porque se hubiera concedido judicialmente después que la hipoteca bien porque, aun habiéndose concedido antes, hubiera accedido más tarde que la inscripción de hipoteca al Registro.

Como regla general, la ejecución de la hipoteca primeramente inscrita arrastrará y cancelará el asiento del uso inscrito después, como consecuencia del principio de prioridad registral y el art. 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha existido cierta jurisprudencia que ha sostenido que, no obstante tener que cancelarse el asiento del uso por ser posterior a la hipoteca ejecutada, dicho uso se habría hecho ya inoponible como derecho y el adjudicatario en vez de

¹⁶ 662.2: “Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo”.

685.1: “La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”.

desconocerlo y lanzar a los ocupantes de la vivienda, debería, por el contrario, respetarlo en determinados casos, más o menos relacionados con la falta, por su parte, de buena fe. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 20 de mayo de 1999, afirmó que el derecho de uso en este caso sigue siendo oponible a terceros, y que el tercero adjudicatario no es tercero hipotecario, al faltarle la buena fe, pues el derecho de uso, aunque posterior, estaba inscrito en el registro antes de su propia adquisición, luego no puede ser inoponible al mismo, y debe respetarlo.

Dos puntualizaciones habría que hacer a sentencias como esta:

Por un lado, que la prioridad registral de la adquisición del rematante o adjudicatario deriva de la prioridad que tenga la inscripción de la hipoteca, no de la que tenga, *per se*, la inscripción de adjudicación por la que se constata su adquisición.

Y, por otro lado, que precisamente por ello, la buena fe determinante no es la del adquirente por la subasta o adjudicación (salvo que sea él el propio ejecutante) sino la buena fe del acreedor hipotecario que obtuvo a su favor la inscripción de hipoteca e inició la ejecución.

De nuevo, parece que el planteamiento de la cuestión está relacionado con una determinada concepción del uso de la vivienda familiar:

Si se concibiera el uso como una mera limitación legal de disponer, el asiento registral correspondiente tendría que recibir el mismo trato que cualquier asiento posterior a la hipoteca que se ejecuta: se procederá a su cancelación a consecuencia de la adjudicación.

Pero si se planteara que estamos ante un propio derecho real inscribible, de goce limitado que conlleva la posesión y uso inmediato de la finca, creo que, de nuevo, habría que plantearse la posibilidad de equipararle al *tercer poseedor* a que se refiere nuestra legislación procesal e hipotecaria. Ello exigiría, como se ha dicho, añadir al caso del usufructuario, del nudo propietario o del titular del dominio directo o útil, al titular del derecho de uso de la vivienda familiar. Si así se hiciera, poniendo las normas de esa legislación en relación con las resoluciones que, en los últimos meses¹⁷, han tratado de resolver el problema de la necesidad o no de demandar y requerir de pago al tercer poseedor de la finca hipotecada, tendríamos que distinguir según que dicho uso hubiera accedido al Registro antes de la demanda, que lo hubiera hecho después de la demanda de ejecución y antes de la nota marginal de expedición de la

¹⁷ Como las de 13 de septiembre de 2012, 22 de mayo y 10 de julio de 2013.

certificación de cargas, o que hubiera accedido después de haberse expedido la certificación de cargas¹⁸:

- En caso de que la inscripción de uso se practicara *después de inscribirse la hipoteca pero antes de la presentación de la demanda*, debería el acreedor, en el momento de presentarla, obtener información registral que le anuncie las titularidades registrales inscritas. Su buena fe se pondrá en relación con el Registro y si, cuando prepara su demanda, aquél publica el uso familiar no podrá decir que lo desconocía para pretender, el día de mañana, su cancelación. Así pues, si diéramos a ese uso inscrito la consideración de un derecho real, no sólo por razón de la restricción dispositiva que implica sino por el conjunto de facultades directas de goce sobre el objeto que incorpora, debería su titular recibir un tratamiento similar al del tercer poseedor y el acreedor ejecutante, claramente, dirigir contra el titular inscrito del uso la demanda.

- En caso de que la inscripción de uso se practicara *después de presentarse la demanda, pero antes de expedirse la certificación de cargas* prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y de practicarse la nota marginal acreditativa de su expedición, si seguimos el criterio que la Dirección General, en las citadas resoluciones, parece que podría ser suficiente que, por parte del juzgado, a la vista de la certificación de cargas, se proceda simplemente a notificar el procedimiento con arreglo a lo que establece el artículo 689.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No será necesario demandar al titular del uso, pero se entenderán con él, por parte del juzgado, todas las actuaciones posteriores.

- Y en caso de que la inscripción de uso se practicara *después de expedirse la certificación de cargas y practicarse su nota marginal*, la ejecución de la hipoteca implicará su cancelación automática, sin necesidad de atender a otras consideraciones de legitimación pasiva y trámites de notificación.

¹⁸ En la resolución de 10 de julio de 2013, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha reiterado su doctrina (definida en la resolución de 13 de septiembre de 2012, y en la de 22 de mayo de 2013, entre otras), según la cual, y por exigencias del art. 132.1º LH, la calificación registral, a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, ha de controlar, entre otros extremos “que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento”, exigencia que se considera coherente con el art. 685, que prevé que la demanda ejecutiva se dirija frente al deudor y, en su caso, “frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”; y con el art. 686, que regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro».

Debe insistirse en que toda esta construcción es una ficción que estaría basada en una doble innovación:

La primera, la de que realmente se confiera al derecho de uso de la vivienda familiar carácter de derecho real, de la categoría de los de goce, directamente inscribible en el Registro de la Propiedad, y no sólo a los efectos de garantizar su eficacia erga omnes sino por su propia naturaleza de potestad directa e inmediata sobre el inmueble.

La segunda, la de que se reformen las normas procesales e hipotecarias para que se dé al titular de dicho derecho idéntica posición que la que se da al tercer poseedor de la finca hipotecada.

Entretanto, lo que debe hacerse es respetar los principios hipotecarios y, en particular, el de prioridad registral, con arreglo al cual, lo recomendable es:

1º) No cancelar el asiento registral de uso familiar si es anterior a la hipoteca que se ejecuta.

2º) Cancelarlo directamente si es posterior a la inscripción de hipoteca. Únicamente deberá el registrador comunicarle a su titular, cuando expida la certificación de cargas, el inicio de la ejecución hipotecaria, si es que el uso se constató registralmente antes de expedirse esa certificación¹⁹.

¹⁹ Con posterioridad a la exposición que ha dado lugar a este trabajo, ha tratado la cuestión la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 2015. Se planteaba si cabía la inscripción de la adjudicación derivada de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad a la inscripción de la atribución del uso familiar de la vivienda conyugal. Cuando se inscribió la hipoteca, no concurrió el cónyuge no titular prestando su consentimiento a la constitución del gravamen, pues en ese momento el dueño de la finca era todavía soltero. Por lo que se refería a la inscripción del uso, ésta se produjo en virtud de un procedimiento iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda de ejecución hipotecaria. El registrador entendía, en principio, en la nota de calificación recurrida, que el cónyuge al que se atribuyó el uso familiar debió haber sido demandado, tomando una posición similar a la que adoptaría el tercer poseedor.

La resolución emite dos conclusiones:

La primera, la de que, “lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad”. A tales efectos, reproduce la argumentación contenida en una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015: “El Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de marzo de 2015, recogiendo doctrina de otras Sentencias anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 16 de enero 2010), manifestó lo siguiente: ‘La sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 cuando afronta la cuestión relativa a la reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges parte de una afirmación, cual es que «el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente”’.

Y llegado este punto, sería interesante plantear a continuación si realmente cabe sostener la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar y las consecuencias prácticas a que ello conduciría en su relación con el Registro de la Propiedad.

IV. LA PRETENDIDA NATURALEZA REAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Al tratar precisamente el supuesto de inscripción del uso de la vivienda familiar en los casos en los que la finca figure ya inscrita a nombre del destinatario de aquél, en su trabajo “La oponibilidad derecho de uso de la vivienda familiar”, MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA²⁰, tras compartir que, en efecto, no “sería necesaria la inscripción del derecho de uso desde su perspectiva negativa, al coincidir la titularidad dominical y la del derecho de uso, añade que sí sería interesante esa inscripción para destacar su contenido positivo, con respecto a su oponibilidad a un tercer adquirente, por ejemplo, en una subasta por apremio o embargo por deudas del titular”²¹.

A lo largo de su trabajo, traslada GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA en numerosas ocasiones aparte de en esa, la doble perspectiva desde la que otro autor, AGUIRRE FERNÁNDEZ²², aborda el asunto de la naturaleza del uso de la vivienda familiar:

La segunda, relativa al grado de intervención que ha de tener en la ejecución el cónyuge a cuyo favor se ha atribuido el uso de la vivienda familiar, en el sentido de que “ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. Resolución de 23 de marzo de 2015)”.

En relación con esta última declaración, debería plantearse si realmente cabe llegar a tal conclusión (la de dar al cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda conyugal el mismo carácter de “tercer poseedor” que se predica para un propietario, usufructuario, nudo propietario o titular del dominio directo o útil de la finca) y, a la vez, seguir sosteniendo que el derecho de que se trata no es un derecho real propiamente dicho, sino sólo una limitación de la facultad de disponer impuesta al cónyuge titular registral.

²⁰ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a: “La oponibilidad derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, Año LXXXIX, núm. 737.

²¹ Añade: “Como este derecho de uso, de origen no patrimonial, queda fuera de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y tiene una finalidad diferente y superior que es la protección de la familia, puede tener como consecuencia su exclusión de la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil, sin que el derecho de uso se vea afectado por esta circunstancia. Se garantiza, así, el derecho de uso de la residencia de la familia, y para ello, si se ha constituido e inscrito con anterioridad a este embargo, el adquirente queda afectado por el uso seguro”.

²² AGUIRRE FERNÁNDEZ, J.: “La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7378, año XXXI, pp. 1-8.

Habla este autor, en primer lugar, de una perspectiva negativa, que consiste en la limitación que supone para las facultades de disposición del titular dominical. Desde esta perspectiva, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha entendido que solo se inscribirá el derecho de uso, o sólo será necesaria su inscripción cuando la vivienda familiar sea de propiedad exclusiva de un cónyuge y el uso se atribuya al otro²³.

Pero, junto a esa vertiente negativa, destaca AGUIRRE FERNÁNDEZ, una perspectiva positiva del uso de la vivienda familiar, un contenido que comprende una serie de facultades -en esencia, las de usar y ocupar como residencia la vivienda familiar- que son más cercanas al contenido de un derecho real y que deben tenerse en cuenta, pues deben ser también oponibles a terceros, aun cuando excedan de la simple limitación dispositiva en que también consiste este derecho.

Bajo esta visión, también en los casos en los que el titular dominical y el titular del uso de la vivienda sean la misma persona (sea como propietario en exclusiva, o con carácter ganancial o común, o como copropietario), cabría inscribir el uso de la vivienda familiar²⁴.

Y adoptando un punto de vista más general, traslada GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA llega a la conclusión de que el derecho de uso de la vivienda familiar en su vertiente positiva, está integrado por las facultades de uso y ocupación similares a las de un derecho real, facultades por las que puede ser

²³ De modo que: 1º) Cuando la finca pertenezca exclusivamente al cónyuge titular del uso, este uso no será necesario inscribirlo porque, obviamente, los actos de disposición sobre la finca necesitarán su consentimiento. 2º) Cuando la vivienda tuviera carácter ganancial, tampoco sería necesaria la inscripción del uso, porque si todavía no se ha liquidado dicha sociedad, seguirá siendo necesario el consentimiento de ambos cónyuges en todos los actos dispositivos, y si ya se ha disuelto pero no liquidado todavía, los bienes pertenecen a una especial comunidad en la que se sigue necesitando el consentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto dispositivo sobre los mismos.

²⁴ Destaca en su trabajo GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a: “La oponibilidad”, cit.: “El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han afirmado y ha admitido este doble contenido del derecho uso. Baste ver la RDGRN de 14 de mayo de 2009, que recoge la doctrina de la STS de 4 de abril de 1997, y señala que el derecho de uso es un derecho ocupacional y además una limitación de disponer: «...derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal [STS de 4 de abril de 1997 (RJ 1997/2636)], y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio [RDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/7680)]»; es decir, afirma el contenido tanto negativo como positivo del derecho de uso de la vivienda familiar. Pero, la Dirección General, que reconoce este doble contenido, no va más allá, pues sigue manteniendo la no necesidad de inscripción del derecho de uso cuando el titular dominical y el tributario del uso sean la misma persona, pues allí no hay limitación a la facultad de disposición que valga. Se olvida de la vertiente positiva del derecho de uso que, desde nuestro punto de vista, además de existir también debe ser oponible”.

percibido como un derecho con contenido patrimonial positivo que puede y debe afectar a terceros adquirentes.

Frente a los que pudieran llegar a sostener, en algunos casos, que existe una super-oponibilidad del derecho de uso, a modo de carga oculta y en cualquier situación, aboga esta autora:

1º) Por la necesidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad “para favorecer y ordenar su oponibilidad...respetando siempre los principios hipotecarios de prioridad y fe pública, así como los de la ejecución”.

2º) Y “por ampliar los supuestos de inscripción de este derecho”.

Evidentemente, las consecuencias de la configuración como derecho real “positivo” nos obligaría a volver sobre nuestros pasos y a replantearnos muchas de las cosas que aquí se han dicho.

Al hablar de la clase de asiento registral a practicar, deberíamos inclinarnos, ya más claramente, por el asiento de inscripción propiamente dicha, que es el que sirve para constatar registralmente los derechos completos de naturaleza real, con la única excepción de la anotación preventiva en caso de que se trate de medidas pendientes de alcanzar firmeza o de carácter meramente cautelar.

Al hablar del contenido del asiento registral, cabría exigir una precisión mayor que permitiera trasladar mejor las facultades que comprende, para su conocimiento preciso por los posibles adquirentes de la finca, frente a la innecesariedad de “calificación” del derecho en cuestión, que –según se ha expuesto- actualmente se viene sosteniendo.

Salvo en los casos en los que esa calificación remita a alguno de los derechos nominados o típicos (sustancialmente, el derecho de usufructo), deberá ser la resolución judicial, el convenio regulador o el pacto de convivencia lo suficientemente claro en la determinación del alcance de las facultades que comprenda el uso y, saliéndose del envase del usufructo, deberá cumplir con los requisitos de especialidad y determinación que son propios del derecho inmobiliario registral, en particular, entre otros aspectos, la clara atribución a su titular de una potestad directa e inmediata sobre el bien, su vocación de eficacia real o erga omnes y la determinación clara de un plazo de duración.

Al hablar del titular registral, debería afrontarse con espíritu crítico, incluso excluir, la distinción expuesta entre titular y beneficiarios pues serían estos últimos, ya claramente, en la mayoría de los casos, los titulares inscritos del derecho de que se trata. En consecuencia:

1º) Desde un plano formal, debería exigirse la consignación de todas circunstancias identificativas de cada uno de los hijos, en consideración a los cuales se atribuya el uso, o la definición de las cuotas indivisas de cada uno de ellos, en caso de cotitularidad entre varios.

2º) Y, en cuanto al fondo, sería discutible sostener todavía que se siga tratando de una facultad de la que pueda el cónyuge al que se asignara el uso, exclusivamente, disponer o renunciar unilateralmente (como hasta ahora, cuando, por ejemplo, prestaba su consentimiento a un acto de disposición del cónyuge titular de la vivienda). Siendo los titulares los hijos, tales actos pasarían necesariamente por su consentimiento, debidamente complementado en su caso, por el de sus representantes legales o, en fin, por la correspondiente autorización judicial

Y al desmenuzar los supuestos posibles de titularidad inscrita, habría que admitir la inscripción del uso, en todo caso (también en aquellos en los que sea propietario el destinatario del mismo) y siempre que lo permita el principio de tracto sucesivo.

Pero ¿puede predicarse, en el actual panorama legislativo, que el uso de la vivienda familiar tenga naturaleza de derecho real, con ese doble alcance que recogen los autores antes citados?

Por lo que respecta al Código Civil estatal, no lo parece. Ya hemos visto la doctrina del Tribunal Supremo que, sobre la base de la redacción actual del art. 96 CC, le da el limitado carácter de una restricción a las facultades dispositivas del propietario de la finca.

En el ámbito de la legislación foral catalana, por el contrario, se admite por la misma jurisprudencia del propio Tribunal Supremo (la citada sentencia de 18 de enero de 2010, por ejemplo) que el art. 233-22²⁵ del Libro II del Código Civil de Cataluña se ha decantado por considerar al derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, si fuera aprobado el anteproyecto de reforma del Código Civil estatal, el apartado 8 de su art. 96, reiterando prácticamente los términos del artículo citado del Código Civil de Cataluña, pasaría a decir que “el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad, de donde se

²⁵ Dice este artículo que “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”.

deduciría, según la misma jurisprudencia, que quedaría sancionado su naturaleza de derecho real.

No existe una norma similar a estas ni en el derecho aragonés, es decir, en el art. 7 de la Ley Aragonesa 2/2010, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres, ni en el comentado artículo 6 de la Ley Valenciana de Custodia Compartida, lo que significa que, a través de la aplicación supletoria del derecho estatal y hasta la aprobación de la reforma del artículo 96 del Código Civil estatal, habrá que seguir predicando el limitado alcance real del derecho de uso que estamos tratando.²⁶

Ante tal regulación, habría que concluir llamando respetuosamente la atención sobre la necesidad de que la pretendida naturaleza real del uso de la vivienda familiar no se quede en la aprobación de una norma que simplemente declare su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad. Si, en realidad, el uso de la vivienda familiar se integra de facultades concretas de uso y ocupación que lo definen diferenciadamente de la titularidad dominical, hasta el punto de poder llegar a permitirse su constatación registral superpuesta, incluso, a la titularidad dominical del mismo sujeto de ambos derechos, la regulación legal debería ser clara sobre el contenido y alcance de ese derecho. Y si la norma legal no aborda ese contenido y alcance, deberá exigirse a las resoluciones judiciales o a los pactos y convenios por ellas aprobados la mayor concreción en la delimitación del derecho concedido así como el cumplimiento de todas las exigencias de determinación que impone nuestro sistema registral inmobiliario, en su acceso al Registro de la Propiedad.

ÍNDICE

²⁶ La Disposición Final Segunda de la Ley Valenciana de Custodia compartida establece: Aplicación supletoria del Código Civil. “El Código Civil se aplicará con carácter supletorio, en defecto de la presente ley, en todas las materias reguladas por ésta”.