

17 SEP 2024

La vivienda familiar, 1ª ed., diciembre 2023

II Derecho de uso de la vivienda familiar

13 El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad

13

El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Titular (acreditada) Derecho Civil

Universidad Francisco de Vitoria

1. VIVIENDA FAMILIAR Y DERECHO DE USO

1.1. Vivienda familiar

La vivienda familiar es un objeto de especial protección por parte del legislador, debido a que la función que se desempeña en ella es muy distinta de la de cualquier otro inmueble, pues es el lugar del desenvolvimiento de la familia, lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas.

Por lo tanto, además de su importante valor pecuniario (representa la mayor parte del patrimonio económico de las familias, y la financiación garantizada por el valor de los mismos constituye más del 50 por ciento del saldo vivo de los créditos otorgados por las entidades financieras en determinados periodos [\(1\)](#)), sus características de bien necesario para el desarrollo personal de los miembros de la familia hacen que, probablemente, sea el bien más importante para una familia.

No nos olvidemos de que la persona es un ser corpóreo, que necesita de bienes materiales para el desarrollo de su cuerpo, y para poder vivir y realizar sus funciones biológicas principales. Esos bienes deben estar a su alcance, el hombre debe ser capaz de usarlos, transformarlos en nuevos recursos y hay que reconocer que la propiedad sobre los mismos es una cuestión de supervivencia humana; por ello, entendemos que corresponde al hombre organizar el reparto de aquellos, para que todos puedan utilizarlos y usarlos para su propio

crecimiento y perfección, de una manera justa. Y entre esos bienes, como ya hemos dicho, uno de los más importantes es la vivienda, pues es el lugar, el espacio que necesita para cobijarse, refugiarse, pero también donde tener privacidad, tranquilidad, y el libre desarrollo de su personalidad y desenvolvimiento de su familia.

Por eso, es necesario que todas las personas tengan una vivienda, el lugar de residencia habitual, que implica un uso permanente, continuo, común y compartido para todos los miembros de la unidad familiar, con el ánimo específico de que sea ese su lugar de residencia (2). En la vivienda familiar predomina su función social, de necesidad habitacional para los más necesitados, frente a su valor económico.

El Código Civil, y el ordenamiento civil en general, no definen, ni aportan los rasgos distintivos de la vivienda familiar, pero sí le confieren un régimen especial, solo aplicable a la misma, debido al papel e importancia que alcanza este peculiar inmueble. En su especial régimen destacan las siguientes particularidades: a) Las limitaciones para llevar a cabo los actos de disposición sobre la misma, constante matrimonio, y sea cual sea la titularidad en virtud de la cual se ocupa el inmueble y con independencia de a quién pertenezca, que establece el art. 1320 CC, b) El derecho de adquisición preferente que tiene el cónyuge superviviente sobre la vivienda habitual -familiar-, al morir el otro cónyuge, o bien el derecho a que se constituya un derecho de uso o habitación a su favor sobre ese bien (1406 y 1407 CC); c) La LAU de 1994, en su artículo 16, establece la posibilidad de que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar arrendada, tras la nulidad, separación o divorcio, pueda decidir continuar en el uso de la misma, a pesar de no ser él el titular del mismo; d) la inembargabilidad de la vivienda habitual o familiar del art. 593 LEC; e) Las especialidades en la ejecución hipotecaria judicial y extrajudicial de la vivienda habitual, más favorables al deudor, con el fin de salvaguardarla, y que continúe con su uso (arts. 607 LEC, 129 LH, etc.); f) por último -y objeto principal de este estudio- se establece un especial derecho de uso a la vivienda familiar en casos de crisis matrimoniales que se otorga en favor de aquel cónyuge en cuya compañía queden los hijos menores o discapacitados o que resultara más necesitado de protección (art. 96.4 CC). Este especial derecho de uso que solo recae en la vivienda familiar o habitual pretende que esa vivienda siga siendo la vivienda familiar, que en ella se sigan ejerciendo las facultades de ocupación y uso para el desenvolvimiento de la familia en favor de aquellos miembros que resulten más vulnerables (menores, discapacitados o cónyuge necesitado), impidiendo a la vez que pueda enajenarse en favor de un tercero que no respete tal uso de la vivienda.

Queda claro que la vivienda familiar tiene un carácter y régimen especial que lo diferencia de un inmueble tipo, y precisamente es ese derecho de uso continuo, conjunto, habitual y para que la familia desarrolle sus funciones vitales lo que le caracteriza. Examinamos a continuación ese especial derecho de uso.

1.2. El derecho de uso como caracterizador de la vivienda familiar y su necesidad de oponibilidad

Acabamos de ver que, el hecho de que una vivienda sea calificada como familiar, le otorga un régimen jurídico peculiar con importantes consecuencias e implicaciones legales y jurídicas, sobre todo, a efectos civiles, con trascendencia para terceros, y por lo tanto con necesidad de su conocimiento por los mismos, y necesidad de oponibilidad *erga omnes*; lo

que hace, a nuestro parecer, necesario que tan especial adscripción, tenga importancia y deba quedar constancia de la misma en el propio Registro de la Propiedad, para que sea conocido por todos, y seguir respetando el carácter familiar de la vivienda.

Y, como ya hemos dicho, el carácter de «vivienda familiar», -siendo aquella donde la familia vive, usa y disfruta- se caracteriza precisamente por su «uso», el especial uso que los miembros de la unidad familiar hacen de la misma.

El uso de la vivienda familiar existe, por supuesto, constante matrimonio (o situación de análoga convivencia) y, durante este periodo, probablemente el uso de la vivienda familiar no cobra relevancia externa porque va unido a la titularidad de la misma (sea conjunta o exclusiva); no se pone de manifiesto la disociación entre el uso y la titularidad (sea dominical o de un derecho de arrendamiento, cesión, usufructo, etc.) de la vivienda, pues el titular también vive en la misma. Aquí es necesario, no tanto poner de manifiesto el uso, sino el carácter de vivienda familiar por lo que afecta, tal y como ya hemos dicho, a los actos de disposición, embargo, ventajas fiscales, etc., aunque, como mantenemos, ese carácter viene dado por el uso.

Sin embargo, cuando se produce la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges que integraban la familiar, muchas veces el uso de la vivienda familiar se separa de su titularidad, pues se atribuye en virtud del art. 96 CC al otro cónyuge no titular o cotitular. En estos casos, se pone realmente de manifiesto que el carácter de vivienda familiar, lo atribuye el «uso» a la vivienda, pues las limitaciones en los actos dispositivos sobre la misma provienen ahora con claridad y autonomía del «uso», pues el cónyuge que lo tenga atribuido deberá consentir en cualquiera de los actos dispositivos realizados sobre la misma (art. 96.4 CC).

Es decir, realmente, es el uso de la vivienda familiar lo que caracteriza a la vivienda familiar, y lo que obliga, por así decirlo, a su especial régimen jurídico, pues no es tanto la titularidad del mismo (más bien es irrelevante), sino el uso de esa vivienda lo que supone limitaciones en su disposición. Por tanto, creemos que, incluso, constante matrimonio, y antes de la crisis, también se debe dejar constancia del uso de la vivienda familiar, porque es lo que hace que una vivienda sea calificada, o no, como familiar. Siempre es necesario hacer constar e inscribir el uso a la vivienda familiar porque hace que un inmueble se convierta en vivienda familiar. De hecho, y tal y como recoge la SAP Girona de 7 junio 2012, cuando no existe ya «uso», o atribución del uso de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges tras la separación, se facilita la división de la cosa común -la hasta entonces vivienda familiar-, perdiendo ésta tal carácter [\(3\)](#).

Pero, la necesidad de la inscripción del derecho de «uso a la vivienda familiar» se pone sobre todo de relieve en los supuestos en los que se pone fin al matrimonio o relación de convivencia. En estos casos, y como ya hemos dicho, es cuando se puede disociar la titularidad de la vivienda, del uso de la misma, y por eso, y tras la crisis conyugal, es cuando defendemos sin lugar a dudas la constancia e inscripción en el Registro del derecho de uso, tal y como hemos comentado en otras ocasiones [\(4\)](#), ha corroborado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) en multitud de ocasiones, y por fin, aunque luego volveremos sobre ello, ha recogido el legislador en la nueva redacción del art. 96.3 CC [\(5\)](#), debido a la reforma motivada 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. Ese uso, en principio y aceptado de forma mayoritaria, limita las facultades de disposición, y por tanto debe ser oponible *erga omnes* (6). Pero ¿implica algo más ese derecho de uso a la vivienda familiar que una simple limitación dominical?

El derecho de uso a la vivienda familiar que se va a examinar en este trabajo surge cuando, tras la separación, nulidad o divorcio, se separa del derecho del que formaba parte, para atribuirse de forma exclusiva a uno de los cónyuges en el convenio regulador, tal y como establece el art. 90.1.c CC (7).

Este artículo establece que uno de los contenidos del convenio regulador, consecuente tras una ruptura matrimonial, debe ser la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges. Igualmente, cuando no exista acuerdo entre las partes, el art. 96 CC determina que el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar directamente al cónyuge que obtenga la custodia de los hijos del matrimonio, o si no hubiera hijos, se atribuirá al cónyuge más necesitado de protección. En cualquier caso, se trata de un derecho de configuración judicial, pues, aunque se establezca por acuerdo de las partes, siempre debe ser aprobado por el Juez (art. 90 CC). El derecho de uso que consiste en la posibilidad de vivir o habitar en la vivienda pone de manifiesto uno de sus contenidos más importantes como es la facultad de uso y goce de la vivienda familiar (8).

El derecho de uso de la vivienda familiar implica la facultad de ocupación de la vivienda para el desenvolvimiento de la vida familiar. Esto es lo que denominamos el contenido positivo del derecho de uso de la vivienda familiar. Junto a este contenido positivo, el titular del derecho de uso de la vivienda familiar tiene también una facultad de carácter negativo que es precisamente limitar la disposición de la vivienda en cuestión. Como bien establece el propio art. 96.3 CC, será también necesario el consentimiento del cónyuge que titular del derecho de uso para los actos de disposición de la vivienda y enseres. En consecuencia, el derecho de uso actúa como una limitación de disponer. Dos son por tanto los contenidos del derecho: a) positivo: implica facultades propias del uso, b) negativo: impide la disposición del inmueble a favor de terceros.

Además, y como características propias de este derecho, debemos resaltar su finalidad, pues se establece en atención al interés de necesidad de protección de los hijos o cónyuge más necesitado; lo que le configura como un derecho muy especial, para salvaguardar la función de vivienda de la familia.

Se trata, por tanto, de un verdadero derecho subjetivo -de naturaleza discutida (9), pero con marcado carácter familiar-, que implica el habitar en una determinada vivienda, respondiendo a la idea básica de protección, o de procura de las necesidades básicas bien a los hijos, si los hubiera y mientras no fueran independientes, o bien al cónyuge «más necesitado de protección» -art. 96CC-. Por lo tanto, «necesidad de protección» y utilización de una vivienda concreta -la familiar- como ideas motrices de esta figura, que pueden inclinar la balanza hacia el carácter personal o real respectivamente del derecho de uso. La STS 31 diciembre 1994 afirma que «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí sólo proteger el que la familia ya tenía».

Sin embargo, considero que no podemos olvidar que este derecho tiene o debe tener eficacia típica de los derechos reales; se trata de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y es por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad, para conseguir esa plena eficacia real; todo lo cual me inclina a mí a situarlo más cerca de un derecho real que otro de distinta naturaleza. No podemos olvidar que la distinción entre derechos reales y personales ya es más sistemática que real, siendo lo realmente relevante en la práctica su oponibilidad a terceros o no, en aras de su diferenciación.

Y de lo que no cabe duda es que este derecho debe ser oponible *erga omnes*, y como ahora diremos, no solo en cuanto a su contenido negativo, (pues debe impedir válidas disposiciones de la vivienda sin consentimiento de su titular), sino también de su contenido positivo: las facultades de uso y ocupación que garantizan la estabilidad de los miembros de la familia. Todo ello nos inclina a defender su admisión como derecho real, tal y como explicamos luego.

2. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1. Forma de practicar la inscripción

El derecho de uso debe ser oponible *erga omnes*, esto es una realidad, y para ello, lo más conveniente es su inscripción en el Registro de la Propiedad, pues es el instrumento adecuado para asegurar la seguridad jurídica del tráfico, y dar publicidad a este derecho de forma que sea conocido por todos, no pueda ignorarse y, en consecuencia, las personas protegidas por el mismo puedan continuar viviendo en ese inmueble.

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 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se modificó el art. 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-, aunque 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 art. 96.3 CC 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».

El legislador entiende inscribible el derecho de uso a la vivienda familiar como «restricción en la facultad dispositiva», ¿solo en su sentido negativo? ¿No se inscribe el derecho en su totalidad, implicando la facultad de uso, de ocupación? ¿no es esta oponible de forma autónoma a la restricción dispositiva? Analizaremos luego esta cuestión.

Pero, está claro que este derecho se puede inscribir en el Registro. ¿Cómo debe inscribirse?

Forma de inscripción: El derecho de uso a la vivienda familiar, antes de la reforma del art. 96 CC por la Ley 8/2021, podía llegar al Registro, bien a través de una anotación preventiva que recogiera la medida cautelar [\(10\)](#), adoptada conforme al art. 103. 2 CC [\(11\)](#), -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 disposición [\(13\)](#).

Como luego razonaremos, creemos que su constancia puede hacerse también a través de una inscripción, si se defiende -como hacemos desde estas líneas- su contenido positivo similar a un derecho real de uso, con su propio asiento de inscripción específico, con base en el art. 2 LH, donde cabe la inscripción de «cualesquiera otros derechos reales».

Título de la inscripción y documentos necesarios [\(14\)](#): 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 Registrador [\(15\)](#). 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 divorcio [\(16\)](#). Acreditación de haberse presentado el convenio ante la Administración Tributaria competente por razón del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria). 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).

Determinación de las circunstancias jurídico-reales en virtud del principio de especialidad: 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 (art. 9LH y 51. 6 RH). De este modo, y para su debido cumplimiento, deberá constar:

2.1.1. 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 familiar [\(17\)](#), 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 art. 51.5.^a y 6.^a RH, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN 5 junio 2008, y 20 febrero 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.

2.1.2. 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 atributivo 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, ínsita en el propio derecho de propiedad; lo que hace innecesario su constancia expresa [\(18\)](#). 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 27 agosto 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 jurídicos [\(19\)](#), 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 9 mayo 2012, 24 octubre 2014, SJPI Valencia 31 marzo 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 24 octubre 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».

Considero este uno de los argumentos para defender que el derecho de uso, y el que debe inscribirse, es más que una mera limitación dominical. Luego volveré sobre ello.

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 17 diciembre 2002, 18 diciembre 2003 y 19 septiembre 2007), si la propiedad de la vivienda estuviera inscrita a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues los resultados del proceso de separación o divorcio solo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros (STS 26 diciembre 2005 y RRDGRN 28 noviembre 2002 y 28 mayo 2005). Sería contrario al principio del tracto sucesivo, pues se constituiría un derecho a favor de persona que no trae causa del último titular registral.

2.1.3. 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 28 enero 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 20 junio 2019)

2.1.4. 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 del 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 Supremo [\(20\)](#) y la doctrina de la DGRN o DGSGFP han manifestado en diversas ocasiones [\(21\)](#) 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 protección [\(22\)](#). La nueva redacción del art. 96.1.1.º CC 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 art. 142 CC, (obligación de alimentos entre parientes), y como dice DE VERDA Y BEAMONTE [\(23\)](#): «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 (SSTS 5 septiembre 2011, 30 marzo 2012, 11

noviembre 2013, 12 febrero 2014, 18 de mayo 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 éstos 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 adular el principio de solidaridad conyugal y asemejarse a una expropiación temporal de la propiedad (RDGSJFP 17 mayo 2021, recogiendo la STS 5 septiembre 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 art. 96 CC, 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 30 mayo 2015), pero eso no afectaba a los discapaces no incapacitados, teniendo que señalar la jurisprudencia la limitación temporal en este caso (STS 19 enero 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 art. 96 CC, «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 art. 96 CC 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 otrora vivienda familiar? Debería ser al cónyuge mas 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.

2.1.5. 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?

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). Así lo ha declarado la doctrina y la jurisprudencia en multitud de ocasiones. Es lo que hemos denominado el contenido negativo del derecho de uso.

Pero, entendemos que ese derecho de uso tiene también un contenido positivo que es 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, tal y como dijimos al inicio de este trabajo, 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.

No puede obviarse el contenido positivo de este derecho. La jurisprudencia también lo ha recogido en varias ocasiones, aunque luego no le preste la atención suficiente como explicaremos. Baste ver por ejemplo la RDGSJFP «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, podemos citar las...

Ese doble contenido del derecho está claro. Pero ¿qué es lo que se inscribe en el Registro de la propiedad? ¿El derecho en su globalidad, contenido positivo o negativo? ¿o solo el contenido negativo, la limitación de disponer?

No olvidemos que aquello que se inscribe es lo que será plenamente oponible *erga omnes*, luego la cuestión no es baladí, y debemos analizarla con detenimiento.

2.2. Contenido de la inscripción: ¿facultad limitativa del dominio o también la facultad de ocupación?

Como ya hemos señalado, la Ley 8/2021, de 2 de marzo, modificó el art. 96 CC, 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 años [\(26\)](#).

¿Qué es lo que debe hacer constar en el Registro? 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 facultad dispositiva», es decir, da a entender que se inscribe solo el contenido negativo, pues en la especificación excluye el contenido positivo, es decir 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 arts. 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 art. 27 LH. Y 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 CC, 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 MAYO [\(27\)](#), porque se trata de un supuesto excepcional en el que, probablemente 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. por el objeto sobre el que recae tal prohibición debe quedar constancia expresa.

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 la caracteriza, la vivienda familiar.

Por eso, ¿no sería bueno inscribir la facultad 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.

3. LA NECESARIA INSCRIPCIÓN DEL CONTENIDO POSITIVO DEL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA FAMILIAR PARA SU COMPLETA OPONIBILIDAD: EL DERECHO DE USO A LA VIVIENDA COMO DERECHO REAL

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado siempre ha sido proclive a la inscripción del derecho de uso a la vivienda familiar, a pesar de considerarlo como un derecho de especial naturaleza familiar, y hay que resaltar que, aunque

mayoritariamente lo ha considerado en 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 5 septiembre 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 incluso 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 art. 96.3 CC, introduzca sombras y dudas al respecto, y haya perdido una oportunidad única para la necesaria inscripción del derecho de uso. Parece que de momento –habrá que esperar a la interpretación jurisprudencial de aquel–, solo se inscribe la limitación o prohibición de disponer. Entendemos que esto 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, 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 líneas [\(28\)](#).

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 una cautividad del inmueble en el tráfico.

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 sean verdaderamente oponibles necesitan de la inscripción registral, pues si no estuviera inscrito, el derecho de uso positivo podría perderse y, con él, su finalidad de protección al más necesitado satisfaciendo una 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 simple 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 consentimiento [\(29\)](#). 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 CC. 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 [\(30\)](#)».

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 dividendo* 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 ex cónyuges, 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 art. 96.3 CC, 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 atributivo del uso, aunque no prestara su asentimiento [\(31\)](#). 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 atributivo 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 atributivo 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 ex cónyuge. Aquí el ex cónyuge 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 resultara 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 24 marzo 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 art. 400 CC 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 22 diciembre 1992, 20 mayo 1993, 18 octubre 1994, 14 diciembre 2004, 8 mayo 2006 y 27 febrero 2012, RRDGRN 25 octubre 1999, 31 marzo 2000, 19 mayo 2000 y 19 septiembre 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 atributivo, «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 art. 1320. 2 CC en relación con el 91.1 RH [\(32\)](#) 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.

4. CONCLUSIÓN

En conclusión, el derecho de uso a la vivienda familiar es un derecho que debe ser plenamente oponible, para ello debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, a través de un asiento propio de inscripción, sometido a los principios registrales de especialidad y tracto sucesivo para obtener la eficacia de la fe pública registral. En definitiva, se debería asemejar a un verdadero derecho real atípico por su finalidad, duración y contenido, pero posible de configurarlo como tal en virtud del *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento (art. 2 LH), y siempre que exista una razón que lo justifique y se adapte a las normas de fondo y forma de los derechos reales, tal y como ha establecido la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública [\(33\)](#) en numerosas ocasiones. El centro directivo ha afirmado que para ello es necesario 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.

Por otra parte, ya el ordenamiento civil catalán contempla la inscripción del propio derecho de uso, tal y como se desprende de los arts. 233-22 CCCat, donde se proclama su inscripción en Registro, y en el 233-25 [\(34\)](#) del mismo cuerpo legislativo en el que se reconoce como tal derecho de contenido positivo y no como mera limitación de disponer, pues el cónyuge titular siempre puede disponer de la vivienda sobre la que se ha constituido el uso sin consentimiento del otro cónyuge atributivo, eso sin «sin perjuicio del derecho de uso», que es por tanto oponible e inscribible.

Abogamos por su constitución como tal y por su inscripción plena en el Registro. Es una pena que el legislador se haya vuelto a confundir con la dicción del nuevo artículo,

impulsando la inscripción del contenido negativo de este derecho (limitación de la facultad de disposición), cuando al inscribir el derecho de uso positivo, devendría inútil tal inscripción, pues la oponibilidad del uso, descubriría el carácter familiar de la vivienda, dando publicidad a la prohibición de disponer legal del art. 96.3 CC, sin necesidad de hacer constar tal restricción, y facilitando el cumplimiento y finalidad del derecho de uso en todas las situaciones a favor de los más necesitados de protección y vivienda.

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 la prohibición de disponer. Para ello, habría que configurarlo como tal derecho real, 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. Así entendido y escrito, gozaría de la oponibilidad necesaria para cumplir su fin, y haría inútil la inscripción de la restricción dominical.

(1)

Estadística Registral Inmobiliaria (ERI), 2019, en www.registradores.org.

(2)

La SAP Ciudad Real, de 30 diciembre 1995, recoge perfectamente estos requisitos: «el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges». Destacamos otras sentencias que han recogido el concepto de vivienda familiar: SAP Bilbao 3 febrero 1992: «es el lugar de ubicación o asentamiento de ésta con anterioridad a la ruptura del vínculo afectivo de los cónyuges, donde estos han venido desarrollando su vida en común en compañía de sus hijos, y con independencia de que tal bien sea privativo o ganancial»; SAP Mallorca 24 febrero 1992, afirma que la vivienda familiar «lo es, únicamente, la conyugal, es decir, aquella donde, de manera permanente y estable y como centro de su convivencia íntima, han venido habitando esposos e hijos hasta el momento de producirse la crisis en el matrimonio».

(3)

Esta sentencia recoge la doctrina establecida en la anterior SAP Girona 23 diciembre 2010, y afirma que: «el domicilio familiar es una vivienda propiedad de ambos, por lo que los dos tienen derecho a su disfrute, resultando injusto que uno disfrute de la vivienda a cosa del otro y de forma indefinida, debiendo solamente excepcionarse tal regla cuando exista realmente una necesidad en uno de los cónyuges...y en el presente caso, la única diferencia acreditada es la de los ingresos, que ya hemos dicho que no es determinante para la concesión de dicho uso...» y concluye, por lo tanto, «la no atribución de la misma -uso- a ninguna de las partes facilitará la ejecución de la sentencia en orden a la acción de división de la cosa común».

(4)

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, n.º 710, 2008, pp. 2518-2524.

(5)

Nueva redacción art. 96.3 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio:

«3. 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».

(6)

Véase confirmando esta idea a AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J.: «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley*, n.º 7378, 2010, pp. 1-8. Para este autor, el uso de la vivienda familiar no solo tiene una eficacia negativa en cuanto que limita las facultades de disposición, sino también una eficacia positiva, un contenido positivo que le hace merecedor de inscripción registral y oponibilidad *erga omnes* como verdadero derecho real de uso. Entiende que este derecho confiere a su titular la facultad de usar y ocupar como residencia familiar una determinada vivienda, y esa es la esencia positiva del derecho que debe oponerse a terceros. Prueba de ello, afirma este autor, es la oponibilidad de este derecho de uso al adjudicatario de la finca embargada o hipotecada, cuando este derecho estuviera inscrito con anterioridad al gravamen que se ejecuta, o se hubiera podido conocer por el mismo. E igualmente es oponible en las enajenaciones en subastas de procedimientos de disolución de comunidad, sea de bienes o de gananciales, tal y como ha confirmado la jurisprudencia en varias ocasiones (SSTS 14 julio 1994 y 28 marzo 2003).

(7)

Art. 90.1.c. CC: «1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: ...c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar».

(8)

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

(9)

Sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, y las distintas posturas, véase: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M: «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», en *RCDI*, n.º 710, 2008, pp. 2518-2524. Véase también sobre su carácter de derecho real: RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987; MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xuridica Galega*, n.º 33, 2001, pp. 91-119; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010; CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 41-44. Mantienen por el contrario que no se trata de un derecho real: ROCA TRÍAS, E.: «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en AA.VV, *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984; ESPIAU ESPIAU, S.: «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», en PPU, Barcelona, 1992. Y por último consideran que este derecho tiene naturaleza variable según el título en virtud del cual se poseía antes del divorcio o separación: CUENA CASAS, M.: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, (IZQUIERDO TOLSADA, M. Y CUENA CASAS, M., (dir.)), tomo III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2012, pp. 273-439 y BERROCAL LANZAROT, A.I.: «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *RCDI*, n.º 734, pp. 3435-3666; O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1.

(10)

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

(11)

Art. 103.2 CC: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes:
2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar ...».

(12)

Art. 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.: «La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3 bis, noviembre 2015, p. 126. (pp. 113-144).

(14)

Seguimos en este punto a AMÉRIGO ALONSO, E.: «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 diciembre 2022; y a BANON GONZÁLEZ, A.M.: «La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales», ob. cit.

(15)

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

(16)

La de 11 de abril de 2012 En este sentido, la RDGRN 11 abril 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 2 junio 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 5 junio 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 confusiónismo 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 artículo 51 del reglamento Hipotecario) 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 6 julio 2007, 19 septiembre 2007, 10 octubre 2008, 9 julio 2013, 19 enero 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 (ex cónyuge) 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 ínsita en su dominio, careciendo por tanto de interés su reflejo registral». CASAS ROJO, J.C.:

«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 diciembre 2022.

(19)

RDGRN 8 mayo 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 siguientes del Código Civil), 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 23 enero 2017 que recoge doctrina de la STS 29 mayo 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 17 mayo 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 principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral»... y continúa afirmando que «Más concretamente, conforme al principio de especialidad o determinación registral (cfr. los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), 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 17 mayo 2021).

(23)

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El vigente art. 96 CC, 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 2021. Última visita, 5 diciembre 2022.

(24)

Seguimos en este punto a DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El vigente art. 96 CC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio», ob. cit., p. 5.

(25)

GARCÍA MAYO, M.: «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC», *RDC*, vol. VIII, n.º 3, *Estudios*, p. 203. (pp. 187-221).

(26)

Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», *RCDI*, n.º 737, mayo-junio 201, pp. 1893-1912) y «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», *RCDI*, n.º 710, noviembre-diciembre 2008, pp. 2518-2525.

(27)

GARCÍA MAYO, M.: «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC», ob. cit., p. 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 art. 96 CC. 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».

(28)

En este sentido, véase también CUENA CASAS, M.: «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas», *El Notario del S. XXI*, n.º 101 ENERO - FEBRERO 2022, disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11188-vivienda-y-crisis-familiar-novedades-legislativas-no-siempre-afortunadas>, p. 4. (1-6).

(29)

Véase GARCÍA MAYO, M.: ob. cit., p. 212.

(30)

CUENA CASAS, M.: «Vivienda y crisis familiar. Novedades legislativas no siempre afortunadas», ob. cit., p. 4.

(31)

En contra de esta opinión se encuentra MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», ob. cit., pp. 117-119, afirmando que los cónyuges deben de pedir de común acuerdo la división de la vivienda común, siendo por tanto de aplicación el art. 96.4 CC 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.

(32)

Art. 91.1RH: «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 sólo de los cónyuges

que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

Art. 1320 CC: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo 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».

(33)

RRDGRN 11 abril 1930, 1 marzo 1939, 21 diciembre 1943, 7 junio 1949, 1 agosto 1959, 120 septiembre 1966, entre otras.

(34)

Artículo 233-22. CCCat: Publicidad del derecho de uso de la vivienda.

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.

Artículo 233-25 CCCat: Actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso.

El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.