

Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día

María Dolores Cervilla Garzón

Profesora Titular de Derecho Civil
Acreditada a Catedrática de Universidad
Universidad de Cádiz

Abstract

En este trabajo se aborda la naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar así como su eficacia frente a terceros, desde la doctrina y jurisprudencia más actual. La autora parte de estudios previos en la materia, que los revisa y pone al día, apuntando novedosas conclusiones sobre esta temática.

This paper addresses the legal nature of the right to use family housing as well as its effects against third parties, from the most current doctrine and case law. The author starts from previous studies on the subject, which reviews and updates, carrying out new conclusions on this topic.

Palabras clave: vivienda familiar, derecho personal, derecho real, separación, divorcio

Title: The legal nature of the right to use family housing. Review and update.

Keywords: family housing, personal right, property law, separation, divorce

Sumario

- 1. Introducción: De nuevo sobre el derecho de uso de la vivienda familiar**
- 2. El derecho a usar la vivienda familiar: un derecho personal**
- 3. El derecho a usar la vivienda familiar: un derecho familiar**
- 4. El derecho a usar la vivienda familiar: un derecho patrimonial**
- 5. La eficacia erga omnes del derecho a usar la vivienda familiar**
 - 5.1. Eficacia derivada de la situación posesoria**
 - 5.2. Eficacia derivada de la situación de condominio**
 - 5.3. Eficacia derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad**
- 6. Reflexión final: Hacia un derecho real de uso de la vivienda familiar atribuida como consecuencia de la crisis conyugal o de pareja**
- 7. Tabla de jurisprudencia citada**
- 8. Bibliografía**

* Este trabajo se enmarca dentro del marco del Proyecto de Investigación I+D+i DER 2016-74971-P, "Jurisprudencia y doctrina: Incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral".

1. Introducción: De nuevo sobre el derecho de uso de la vivienda familiar

Este trabajo tiene su origen en la preparación de la ponencia titulada “Naturaleza Jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros” para el Congreso Internacional “Menores y crisis de pareja: La atribución del uso de la Vivienda familiar”, celebrado en Sevilla los días 10 al 12 de mayo de 2017, al que fue invitada a participar por los organizadores. El tema que me fue sugerido, me obligaba a replantearme el aspecto más complejo, y aun no resuelto, del régimen jurídico de la atribución del uso de la vivienda familiar: su naturaleza jurídica. Mis anteriores disertaciones sobre la materia no habían llegado a “buen puerto”; pues he de confesar que, cuando he abordado en mis trabajos sobre el uso de la vivienda familiar esta particularidad, siempre he evitado el posicionamiento, argumentando, para esconder mi reticencia, que no es necesario hacerlo, que el Derecho no es una ciencia exacta, que existen categorías intermedias²...para, a continuación, explicar, con más o menos brillantez, su eficacia real o personal, según los casos, sobre la base de que es indiferente la etiqueta o la categoría con la que identifiquemos un determinado derecho, ya que lo, verdaderamente relevante, son sus efectos.

Como, es cierto, que tanto la doctrina³ como la jurisprudencia⁴ han oscilado, tal cual péndulo, sin que uno u otra postura se haya sustentado, a mi juicio, en argumentos de peso que, con claridad,

² María Dolores CERVILLA GARZÓN, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular* (2005), ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 41-43.

³ Los autores que le dota de naturaleza de derecho real, parten, siempre, de que el derecho de uso atribuido proviene de un derecho real. Ahora bien, dicha argumentación cede cuando el derecho que facultaba a los esposos a usar de los bienes que componen la vivienda familiar tuviera naturaleza personal (me estoy refiriendo al caso típico del arrendamiento), ya que, en ese caso, no es posible afirmar que el derecho de uso atribuido gozara de naturaleza real. Así, hay autores que afirman su carácter de derecho real atípico, y otros que optan por encajarlo en las categorías existentes de derechos reales (uso y habitación, básicamente). En este sentido, véase Ángel JUANES PECES, “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Judicial* n° XIV, Madrid, 1992, p. 254; Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ, “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil* 1986-1, pp. 1329 y ss.; Antonio ISAC AGUILAR, “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXII, Nov-Dic 1986, n° 577, pp. 1721 y ss., concretamente en las pp. 1730 a 1731; José MÉNDEZ PÉREZ, “La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio”, *Revista General del Derecho*, Diciembre 1987, pp. 6309 y ss. concretamente en las pp. 6307 a 6308 y Joaquín RAMS ALBESA (1987), *Uso, habitación y vivienda familiar* Ed. Técno, Madrid, entre otros. Que es un derecho de naturaleza personal lo sostiene Soledad GARCIA-MAURIÑO y Verónica DEL CARPIO FIESTAS, “Atribución del uso de la vivienda familiar y actio communi dividendo”, *Actualidad Civil* 1994-1, epígrafes 75 y ss. concretamente epígrafe 81 y Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (1998), *El uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* ed. La Ley, Madrid p. 51; Amalia BLANDINO GARRIDO, “Régimen jurídico de los actos de gestión sobre vivienda familiar de naturaleza ganancial (y II)”, *La Ley*, n° 4519, 14 Abril 1998, p. 1 ss., concretamente en la p. 1 sostiene que es “un acto de destinación que la autoridad judicial hace, y que no tiene por objeto crear un derecho real sino una destinación que primero la ley hace y después la autoridad judicial corrobora”.

⁴ La jurisprudencia, a diferencia de la doctrina, se muestra partidaria de considerarlo un derecho personal. Así, por ejemplo, STS, 1ª, de 18.01.2009 (RJ. 1274; MP: Encarnación Roca i Triás) y STS, 1ª, 13.10.2008 (RJ.5; MP: José Almagro Nosete).

inclinen el fiel de la balanza, el discurso se sostenía con facilidad. Máxime cuando, autoridades como la profesora ROCA I TRÍAS⁵, también habían optado por posiciones “eclécticas” o “difusas”, sin entrar a clasificar el derecho de uso⁶.

El tema que había evitado y soslayado, volvía al cabo de los años, como si fuera un “boomerang”, ofreciéndome una “segunda oportunidad” para la reflexión. Así que, superando mi inicial reserva, he decidido “coger el toro por los cuernos” y afrontarlo con valentía. Vuelvo, pues, a estudiar el uso de la vivienda familiar pero ahora sólo con la finalidad de llegar a una conclusión sobre su controvertida naturaleza jurídica. Parto de mis “ambiguas” premisas, de los postulados de mis trabajos anteriores, pero teniendo muy presente la evolución sufrida en la materia (o involución), manifestada en la jurisprudencia reciente de nuestros Tribunales, así como las principales aportaciones de la doctrina más actual.

Adelanto que me posicionaré en el debate con contundencia, con la contundencia que, hasta este momento, no ha estado presente en ninguno de mis trabajos sobre esta apasionante materia del Derecho de familia. Corro el riesgo de hacer uso de argumentos que no sean compartidos por mis colegas, de ser cuestionada, pero nadie dijo que el Derecho fuera una ciencia exacta, y el intercambio de opiniones siempre enriquecerá al Conocimiento.

2. El derecho a usar la vivienda familiar: un derecho personal

Inicio, pues, el discurso partiendo de una afirmación que trataré de fundamentar y sustentar a lo largo del mismo: el derecho a usar la vivienda familiar, tal y como aparece regulado en el Código Civil, es un Derecho personal. Aunque la doctrina sigue sin querer decantarse ante el binomio real/personal, se vislumbra una, llamémosle, “cierta” inclinación, en la doctrina más reciente, a predicar su naturaleza real frente a la personal⁷. Dicha predisposición obedece más a un *desiderátum* o, en algunos casos, un efecto de “deslumbre” propio de la eficacia *erga omnes* del

⁵ Encarnación ROCA I TRIAS (1984) *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia* vol. I, ed. Tecnos, Madrid pp. 612 y 613 mantuvo brillantemente la tesis de la posesión compartida que pasa a ser exclusiva, sin que exista creación ninguna de derecho real o de crédito. No obstante bajo esta argumentación se esconde la negativa a entrar en la calificación del derecho como real o personal; limitándose a centrar su razonamiento en algo que nadie se cuestiona y que es efecto del derecho a usar la vivienda familiar, cualquiera que sea su naturaleza.

⁶ Así, por ejemplo, Fabián ELORRIAGA DE BONIS (1995), *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 513 a 516.

⁷ Matilde CUENA CASAS, “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, num. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39, la cita es a la p. 13, cuando afirma que “se comporta como un derecho real oponible erga omnes”; María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, nº 710, 2008, p. 2522 “...todo lo cual me inclina a mí a situarlo más cerca de un derecho real que otro de distinta naturaleza”; Ana BERROCAL LANZAROT, “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, nº 734, 2012, p. 2497; José Ramón DE VERDA BEAMONTE y Gabriele CARAPEZZA FIGLIA, “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, nº 752, 2015 p. 3412 “...la calificación que mejor conviene a la naturaleza del derecho de uso...es la de un auténtico derecho real de disfrute sobre cosa, total o parcialmente, ajena”.

derecho en cuestión, en alguna de sus manifestaciones, derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en otras, por el interés público (hijos menores o cónyuge más necesitado de protección) que se encuentra en su origen y que lo justifica.

Pero situémonos en el texto de la ley. No se trata de elucubrar sobre el derecho de uso, de analizar su comportamiento, sino de clasificarlo en una u otra categoría sustentando dicha inclusión en argumentos legales. Quizás, el halo de confusión que ha rodeado al derecho de uso ha derivado de mirar sus efectos antes que su naturaleza, de constatar su comportamiento dual y no dar el paso de denominarlo.

Partimos de la premisa de que el derecho a usar la vivienda familiar atribuido por el juez, bien sea en sentencia definitiva en el seno de un procedimiento contencioso o en aprobación de convenio regulador, bien sea en medidas provisionales, es un auténtico derecho subjetivo (y no una potestad o una mera facultad), cuyo titular es el cónyuge que corresponda según los criterios de atribución del art. 96 o por el acuerdo sustentado en el convenio regulador, de cuyo contenido es preceptiva dicha disposición (art. 90 CC). El carácter de derecho subjetivo no le impide gozar de una finalidad asistencial o que, en el mismo, concorra un interés familiar que justifica su nacimiento. Pero de estos aspectos nos ocuparemos más adelante.

Siguiendo con el razonamiento, los derechos subjetivos se clasifican en Derechos reales y Derechos de crédito; distinción que, como suele ser habitual en nuestra disciplina, admite matices, en la medida que pueden observarse entidades jurídicas de difícil (que no imposible) inclusión. En estos casos, deberá optarse por una u otra, decantándose el jurista por aquella categoría donde se presenten mayores características o estas sean más significativas, aunque, eso sí, poniendo de relieve aquellos aspectos que no son típicos de la ubicación donde se ha decidido, previa justificación, integrarlo.

Que el derecho a usar la vivienda familiar es una de las "entidades jurídicas de difícil inclusión", porque su particular finalidad así como el interés familiar en él presente, tiñen sus atributos, y son los responsable de que, en algunos casos, se presente con las trazas propias del derecho real, y en otros, con las típicas del derecho personal, es una realidad que no podemos obviar. A fin de hacer una reflexión contextualizada, es de suyo aseverar, que no es el único de los derechos existentes en nuestro ordenamiento jurídico que así actúa, pues es de todos conocidos determinados derechos de discutida naturaleza jurídica y que han generado algún que otro debate sobre su definición.

Para completar el razonamiento es preciso poner de relieve una característica propia del derecho que nos ocupa. Sea cual sea su naturaleza jurídica este es un derecho *per relationem*, que se construye o articula sobre el derecho del titular no usuario, por lo que, si este fuera un derecho personal, difícil justificación tendría calificar de real un derecho que proviene o se fundamenta en otro de carácter personal. Por lo que de entrada, si el derecho originario fuera un derecho real (por ejemplo el dominio) es admisible, dentro de la lógica y el razonamiento jurídico, que el derecho de uso atribuido al ex cónyuge, pueda ser calificado de uno u otro tipo. En cambio, si el

derecho del titular fuera un derecho personal (por ejemplo, un derecho arrendaticio), el derecho de uso derivado de este sólo puede tener idéntica naturaleza. Prueba de ello es la regulación sobre el contrato de arrendamientos urbanos y la subrogación arrendaticia *ex lege* que tiene lugar en el ámbito del art. 15 LAU⁸, que convierte al beneficiario de la atribución en titular del arrendamiento, siempre que la duración del uso sea permanente o en un plazo superior al que resta de contrato, y que se realicen las notificaciones pertinentes en el plazo legalmente establecido⁹.

La anterior afirmación, sin embargo, debe ser comprendida en el marco de nuestro Código Civil, texto que no categoriza el derecho en cuestión, por lo que es pertinente, pues, acudir a planteamientos generales, como el que hemos descrito en líneas precedentes. No obstante, el legislador podría, si hubiera querido, dotar de naturaleza real al derecho de uso en cualquiera de los escenarios; ahora bien, ello no podría extender la existencia del derecho más allá del derecho originario. En definitiva, es el silencio, pues, el que nos da pie a llevar a cabo este razonamiento y los que, a continuación, se expondrán.

Es una realidad incuestionable que, como consecuencia de su acceso al Registro de la Propiedad¹⁰, así como de otras circunstancias, a las que me dedicaré con más detenimiento en el epígrafe 4 de este trabajo, el derecho a usar la vivienda familiar goza de oponibilidad *erga omnes*. Dicha particularidad es propia de los derechos reales pero no sólo exclusivamente de estos. Pues existen derechos de créditos, como el derecho de opción o el derecho arrendaticio, que también lo son cuando acceden al Registro de la Propiedad.

La clave de la ubicación se sitúa en la respuesta a una cuestión ¿es siempre oponible *erga omnes* el derecho de uso? Cualquier derecho real lo es por su propia naturaleza. A la inversa, los derechos personales sólo lo serán en algunos casos y conectado con su posible inscripción, excepcionalmente, en el Registro de la Propiedad.

⁸ “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. 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.”

⁹ Así califica de “subrogación” el cambio de titular que la atribución de uso genera en el marco del art. 15 LAU, modificado por ley 4 junio 2013, la STS, 1ª, 26.10.2015,(RJ. 5608; MP: Eduardo Baena Ruiz)

¹⁰ Aunque no existe una norma en la legislación hipotecaria que, expresamente, abra las puertas del Registro al derecho a usar la vivienda familiar, es unánime la doctrina y la jurisprudencia, y así proceden habitualmente nuestro registradores, que las resoluciones judiciales, provisionales o definitivas, que atribuyen el derecho de uso, podrán ser inscritas en el Registro. Para ello se acude al art. 7 LH, en cuanto admite la inscripción de acto o contrato de naturaleza real que pueda modificar facultades del dominio u otros derechos reales sobre inmuebles, y al art. 96,2 RH, que, textualmente, se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales cuyo contenido afecte a la administración o disposición de bienes cuya titularidad sea de otro cónyuge.

El Código Civil no se ha manifestado sobre ninguno de estos extremos¹¹, dedicando el art. 96 a los criterios que deben guiar al juez para su atribución, en defecto de acuerdo en convenio regulador. Sin embargo, el último párrafo del art. 96, contiene una regla de eficacia de los actos dispositivo del titular cuando el uso estuviera atribuido al no titular: a saber, se exige el consentimiento del usuario para la validez del acto¹². La sanción ante la falta de consentimiento no es otra que la anulabilidad del acto dispositivo; acción para la que estará legitimado el cónyuge usuario que no consienta y prosperará siempre, claro está, que no exista un tercero hipotecario protegido por el art. 34 LH. Dicha sanción entendemos que es operante, también, en el caso de transmisiones gratuitas, pues, la previsión del art. 1322 del CC, *in fine* no es aplicable al supuesto de crisis matrimonial, en el que tiene lugar la atribución del uso¹³. Podemos afirmar que el ámbito de aplicación del precepto es muy amplio y acoge cualquier acto dispositivo que pueda afectar, de alguna manera y en cualquier momento, al derecho de uso, en definitiva, a la posesión del inmueble por el usuario¹⁴.

Esta necesidad de consentimiento (que no asentimiento) sólo puede estar justificada en la naturaleza de derecho personal del usuario, pues en el escenario distinto (es decir, el de un derecho real) no cabría la exigencia o requisito de disposición descrito. Pues su oponibilidad *erga omnes* convertiría en inútil tal requisito. De hecho, el Código Civil Catalán, que sí configura el

¹¹ Como dice María Isabel DE LA IGLESIAS MONJE "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 728, pp. 3451-3462, concretamente p. 3252.

¹² El paralelismo entre esta regla y la contenida en el art. 1320 del CC es más aparente que real pues obedecen a situaciones diametralmente opuestas. A saber, el art. 1320 del CC, se suscita en el marco de la convivencia conyugal, en el que ambos cónyuges son poseedores, en cambio el art. 96,4 contempla un escenario bien distinto lo que mediatiza su interpretación. Pues el sujeto beneficiario del uso goza de un derecho propio, establecido en una resolución judicial, lo que le legitima para oponerse a la disposición, en cambio, en el escenario del 1320 CC, el cónyuge no titular es un coposeedor de un bien ajeno, que posee por obra de la obligación de vivir juntos al titular por su condición de cónyuge. Ello me lleva a afirmar, que la exigencia de consentimiento del art. 96,4 no es un mero asentimiento, como se puede interpretar en el marco del art. 1320. Véase, pp. 68 y 69 de mi trabajo *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*. En este sentido, se posiciona Emilio MURCIA QUINTANA (2002), *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, ed. Aranzadi, p. 383, y a lo largo del texto donde se refiere al "asentimiento" como interpretación de la necesidad de consentimiento del art. 1320 CC. No opinan así, Ángel LUCIANI CASALES, "La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivo sobre la misma", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n 596, 1990, p. 112; María José HERRERO GARCÍA (1984), "Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil", en la obra colectiva *Libro homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 324; Encarna ROCA I TRIAS, en "Comentarios a la reforma del Derecho de familia", cit. pp. 613 y 614 o Santiago ESPIAU ESPIAU (1992), *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*", ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, p. 238.

¹³ Mantenemos la anulabilidad en cualquier escenario (transmisiones gratuitas u onerosas). Así lo he defendido y argumentado en mi obra, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, cit. pp. 73 a 75, siguiendo a Fabian ELORRIAGA DE BONIS (1995), *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 546 y 547. En contra opina Gabriel GARCIA CANTERO (1982), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, ed. Edersa, obra colectiva coordinada por Manuel ALBADALEJO, p. 415.

¹⁴ Por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre el inmueble sin el consentimiento del cónyuge usuario es un acto impugnabile. Entre otras, SAP Málaga, 4ª, 24 .11.2014, (Ac. 236; MP: Francisco Sánchez Gálvez).

derecho a usar la vivienda como un derecho real de uso¹⁵, dice textualmente en el art. 233-25. “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.”

En consecuencia, el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho personal con eficacia real u oponibilidad *erga omnes* cuando accede al Registro de la Propiedad; comportándose, en ese caso, como si fuera un verdadero derecho real.

Ahora bien, aunque no todos deben concurrir en la figura, uno debe serlo en toda su plenitud y en cualquiera de los escenarios: la eficacia universal del Derecho real, la posibilidad de hacerlo valer frente a toda la comunidad, que sólo se observa cuando éste accede al Registro. Fuera del ámbito registral, el derecho a usar la vivienda es un derecho personal, que únicamente puede hacer valer entre las partes afectadas: titular no usuario y usuario no titular. Ello no es óbice para observar que la buena fe del tercero fundada en la apariencia posesoria dimanante del ejercicio del derecho de uso (que, por definición, es un derecho-deber por lo que, al menos, desde el punto de vista teórico incluye la posesión), le obliga a respetar tal situación y no realizar ningún acto jurídico que la entorpezca. No debe confundirse dicha eficacia obligatoria de la buena fe con la eficacia *erga omnes*, pues el deber de respeto de las situaciones o relaciones jurídicas conocidas por ser públicas no es propia de los derechos reales, sino de cualquier derecho, sea real o personal, donde se ejerza la posesión sobre bienes

3. El derecho a usar la vivienda familiar: un derecho familiar

Entre este vaivén de sentencias donde los Tribunales oscilan en la calificación de derecho real o personal (con mayor número que se decantan por esta última consideración), nuestro Tribunal Supremo y la DGRN ha optado por una nueva denominación, no muy afortunada, a mi juicio, pero que sí debe reconocérsele una utilidad manifiesta: le evita entrar en el infructuoso debate sobre la naturaleza jurídica¹⁶.

En este sentido, y partiendo de la no calificación de Derecho real del derecho a usar la vivienda de nuestro Código civil¹⁷, el TS, 1ª, en sentencia 14.01.2010 (Ar. 2323; MP Juan Antonio Xiol Rius),

¹⁵ Pues le son de aplicación los preceptos que regula el derecho real de uso. Por todos, *Derecho civil de Cataluña*, de Pedro POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILLA (2016), ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 145-147.

¹⁶ La tesis que, a continuación exponemos, la ha hecho suya algún autor de nuestra doctrina. Por ejemplo, Alejandro BAÑÓN GONZÁLEZ, “La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3 bis, noviembre, 2015, pp. 113-144, concretamente 122-123.

¹⁷ STS, 1ª, 18.01.2009, sección (RJ. 1274; MP: Encarnación Roca Trías): “De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF (LCAT 1998, 422, 521) y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo

en unificación de doctrina¹⁸, ha llevado a cabo dos afirmaciones, merecedoras, ambas, de dedicarles un comentario.

En primer lugar, y de forma categórica, asevera con contundencia que el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho de carácter familiar por lo que no es un derecho real. Dicha denominación ya había sido utilizada por la DGRN, aunque añadiendo un matiz más: el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho familiar lo que le impide ser categorizado como derecho real o personal, pues dicha diferenciación solo es pertinente en el ámbito de los derechos patrimoniales y no en el de los derechos familiares¹⁹.

inscribible en el Registro de la propiedad. El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario. ”

¹⁸El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC . Así lo hacemos en el mismo sentido fijado por la STS, 1ª, 18.01.2009 (RJ. 1274), RC n.º 1994/2005 .El artículo 96 I CC establece que «[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.» El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado desprotección.» El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.» De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).”

¹⁹RDGRN 09.07.2013 (RJ. 6668)“Igualmente se ha afirmado con reiteración que el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar”. En idéntico sentido, RDGRN 24.10.2014 (RJ. 6107); y 10.10.2008 (RJ. 634), citada por Antonio Alberto PÉREZ UREÑA, “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad”, ELDERECHO.COM, 01/09/2011 y RDGRN 20.02.2004 (RJ. 2376), citada en la ponencia “La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial”, ponente Francisco Javier FORCADA MIRANDA y publicada en las *Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés Zaragoza*, 9, 16 y 23 de noviembre de 2004 y Teruel, 25 de noviembre de 2004.

Ciertamente, existen derechos subjetivos familiares, entendiendo que, bajo esta denominación se integran los que nacen en el seno de las relaciones familiares o tienen su causa en estas. Pero, derecho familiar no es un término excluyente del derecho patrimonial, pues dentro de esta amplia categoría, es posible diferenciar entre derechos familiares patrimoniales y derechos familiares no patrimoniales²⁰; e, incluso, dentro de la primera categoría derechos reales o derechos de crédito. Pues, ¿cómo nos referiremos al derecho de alimentos o al derecho a percibir una pensión compensatoria? Que son derechos familiares, nadie lo duda, pues tienen su causa en una relación familiar que mediatiza e influye en su régimen jurídico, como no podía ser de otra forma; pero, al mismo tiempo, son derechos personales en todo su sentido y extensión. Pues igual podría suceder con el derecho a usar la vivienda familiar en el seno de las rupturas conyugales o de pareja donde proceda, en estas últimas, la atribución; es, pues, un derecho familiar, con las consecuencias que ello conlleva en orden a posibles especialidades en su régimen jurídico por la presencia de un “interés familiar” en su existencia, es un derecho con contenido patrimonial (tal y como argumentaremos al finalizar este epígrafe), y será personal o real según concurran en él los rasgos definitorios de uno u otro tipo.

En consecuencia, pues, la proposición “no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar” reiterada en las resoluciones citadas, así como en todas aquellas dictadas en Tribunales inferiores bajo su estela²¹, no es cierta ni puede admitirse por las razones anteriormente esgrimidas²².

En segundo lugar, afirma el Tribunal que existe una prohibición de disponer que impide, bajo sanción de anulabilidad, al titular del inmueble realizar acto dispositivo alguno sin el consentimiento del titular del derecho de uso. La tesis de la prohibición de disponer de carácter relativo no es una novedad pues ya había sido defendida, hace años, por un sector de la doctrina²³, aunque parecía superada hasta que es retomada, de nuevo, en las resoluciones judiciales objeto de esta reflexión. Sin embargo, a mi juicio, tampoco se mantiene con soltura esta segunda afirmación, pues existen razones fundadas para desecharla. Es obvio que la transgresión de cualquier prohibición de carácter legal, como la que pretenden percibir en el dictado del art 96.4 CC, llevaría consigo la nulidad del acto jurídico, máxima sanción en Derecho civil que procede siempre que se vulnera una norma de carácter imperativo. No obstante, la nulidad no encaja en la dinámica del aludido precepto, pues, tal y como es interpretado de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, de incumplirse la prescripción que exige el consentimiento dual el acto jurídico daría lugar a un vicio que lo convierte en anulable por el usuario cuyo

²⁰ Augusto BELLUSCIO (2011), *Manual de Derecho de Familia*, ed. Astrea, Buenos Aires, p. 33.

²¹ Por ejemplo, AP Málaga, Secc. 4ª, 24.11.2014 (AC. 236; MP: Francisco Sánchez Gálvez)

²² Compartimos, pues, la argumentación de Matilde CUENA CASAS, en “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista Derecho Civil*, vo. I, num. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39, concretamente la cita es a la p. 13, en lo que respecta a la inutilidad de denominarlo “derecho familiar”, pues ello no aclara si es o no un derecho real.

²³ Destaca Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, “Protección legal de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 588, 1988, pp. 1583 y ss. concretamente la cita es a las pp. 1618-1625.

consentimiento se ha omitido. En verdad, el consentimiento dual²⁴ que del mismo se infiere al que acabamos de aludir, no es más que una limitación a la capacidad dispositiva del titular dominical, justificada en la protección de la vivienda familiar y en consonancia con otras medidas protectoras de la misma contenidas en nuestro CC. Además, no podemos olvidar que las normas prohibitivas se caracterizan porque su interpretación deberá ajustarse a parámetros estrictos, lo que impide que puedan inferirse su existencia interpretando de manera extensa normas como la que no ocupa donde, en verdad, el legislador no se ha expresado con claridad sobre dicho particular.

Finalizamos este epígrafe manteniendo la afirmación que lo precede. Efectivamente, el derecho a usar la vivienda familiar es un derecho de carácter familiar, pero dicha caracterización, no impide que, a su vez pueda ser un derecho personal o real, según sea su naturaleza jurídica inferida de sus efectos en el tráfico jurídico.

4. El derecho a usar la vivienda familiar: un derecho patrimonial

Desmontada, pues, la argumentación que llevo a los operadores jurídicos a denominar como “derecho familiar” al derecho a usar la vivienda, imposibilitando su categorización como real o personal, así como la afirmación relativa a la prohibición de disponer, nos resta abordar la justificación última del planteamiento descrito y que, si bien no aparece en la sentencia de Tribunal Supremo, si figura en las Resoluciones de la DGRN, precedentes a la resolución del Tribunal Supremo. A saber, “el derecho a usar la vivienda familiar no es un derecho patrimonial”²⁵.

Bien es sabido que los derechos patrimoniales se caracterizan por su valor económico, que los diferencia de aquellos otros que carecen de tal traducción. En el ámbito del Derecho de familia, existen derechos, como el derecho de visita, que pertenecen a esta segunda categoría, aunque no todo derecho subjetivo que se enmarque en las relaciones familiares debe tener, necesariamente, tal consideración. El hecho de que confluyan otros intereses (como puede ser el del menor o el del cónyuge más necesitado de protección) que carecen de valoración económica, no impide que determinados derechos familiares puedan ser considerados como patrimoniales por el objeto sobre el que recae. Tal es el caso del derecho a usar la vivienda familiar. Pues su naturaleza asistencial, que nadie pone en duda, no es óbice para observar en él una vertiente patrimonial²⁶.

Nadie duda que poder usar una vivienda durante un tiempo, a veces indeterminado, es un

²⁴ Encarnación ROCA I TRÍAS, en *Comentarios al Derecho de Familia*, cit. p. 614 dice que lo que encierra el art. 96, 4 CC es “una obligación de disponer con determinados requisitos, cual es la concurrencia del consentimiento del cónyuge usuario no titular”.

²⁵ En este sentido, por ejemplo, RDGRN 24.10.2014 (RJ. 6107) y 19.01.2016 (RJ. 2975).

²⁶ Por todos, Juan Antonio TAMAYO CARMONA, “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?”, *Derecho Civil Valenciano*, nº 10, segundo semestre 2011, pp. 1-8, llegando en su trabajo a idénticas conclusiones a las mantenidas en el texto principal.

derecho de un considerable valor económico; máxime cuando el titular del derecho de uso ni siquiera es copropietario del inmueble (pues este es de carácter privativo del otro cónyuge). El interés del menor que justifica, en la mayoría de los supuestos, la atribución (y consiguiente privación) del inmueble no impide afirmar su carácter patrimonial. Pues, el progenitor que reside en la vivienda, sin pagar por ello retribución alguna, recibe un enriquecimiento en su patrimonio, al mismo tiempo que, el cónyuge privado del uso sin percibir por ella ninguna renta, se empobrece en consecuencia.

El valor patrimonial del uso de la vivienda y su posible compensación económica, es un tema que preocupa a la más reciente doctrina²⁷; abordadas otras cuestiones en torno al derecho de uso que provocaron interesantes debates, muchos de ellos ya superados (excepto, el de la naturaleza jurídica que justifica este trabajo), tocaba intentar encontrar una solución a la posible compensación económica para el cónyuge desposeído, al que poca dedicación le presta el art. 96 del CC²⁸.

Ya me manifesté, hace años, sobre la vía de la que llamé “compensación indirecta”²⁹, como la mejor fórmula para repercutir el valor del uso en otras prestaciones económicas derivadas de la crisis. Mantengo, pues, dicha tesis; ahora con un mayor respaldo, pues es la que siguen, en la actualidad, la mayoría de la doctrina así como alguna legislación autonómica³⁰ y el anteproyecto

²⁷ Por ejemplo, el interesante trabajo de Matilde CUENA CASAS, “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, num. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39, donde, además, apunta fórmulas para calcular su valor. En igual sentido, Beatriz VERDERA IZQUIERDO, “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda”, *InDret* 1/2016, pp. 1-57, concretamente pp. 22-28; Juan Antonio TAMAYO CARMONA, “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 19, enero 2015, pp. 264-291, concretamente pp. 286-287.

²⁸ Así lo pone de manifiesto, José Ramón DE VERDA BEAMONTE, “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 3 bis, noviembre 2015, pp. 9-43, concretamente la cita es a la p. 13.

²⁹ Véase mi obra *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, pp. 157-167.

³⁰ Art. 233-20, regla 7 del Código Civil de Cataluña: “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.” En el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece lo siguiente, en orden a la incidencia del uso de la vivienda en la prestación de alimentos debida a los hijos menores: En relación al contenido mínimo del convenio regulador el Art. 5 c): “La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.” Y si no existiera acuerdo dice el Art. 10 3. “Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso.” Sobre la normativa de la Ley Vasca en relación a la vivienda familiar, vid. Ana SEISDEDOS MUIÑO, “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 5/2015, del Parlamento vasco”, en

de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de julio 2013³¹.

En este sentido, y desechada la valoración directa³² del derecho de uso en la liquidación del régimen económico matrimonial³³, para poder compensar al cónyuge no titular desposeído del inmueble sólo podría hacerse incidiendo dicha circunstancia a la hora de calcular la pensión alimenticia y/o compensatoria que surgiera como consecuencia de la crisis.

Siendo, como son, los hijos, los beneficiarios (que no titulares) del derecho a usar la vivienda, y que es su interés el primero llamado para justificar la medida³⁴, al concederse, en su virtud, el uso al cónyuge en cuya compañía se queden, se está atendiendo, también, a la obligación de alimentarlos que pesa sobre el cónyuge desposeído. Si ello es así, dicha circunstancia debiera tener incidencia en la pensión de alimentos a la que los hijos tienen derecho. No obstante, la anterior afirmación debe ser precisada en función de la edad de los hijos del matrimonio o de la pareja. Es verdad, que cuando estudié dicha cualidad en los sujetos beneficiarios de la medida, y dada que el Código civil no aludía a la minoría de edad como requisito del hijo a cuya interés se atribuía el derecho de uso, afirmé, entonces, que era indiferente la edad de los hijos para que entrara en juego el criterio primero del art.96 CC. Transcurrido ya más de una década, teniendo en cuenta la tendencia de nuestros Tribunales, más restrictiva en la atribución del uso que la que

Actualidad Jurídica Iberoamericana, num. 3 bis, noviembre 2015, pp. 145-163.

³¹ Que propone la siguiente redacción al art. 96.4 CC: “La atribución del uso de la vivienda familiar 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 devengue el otro cónyuge”. Vinculando a la prestación de alimentos de los hijos menores en el párrafo 3: “En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda.”

³² Como curiosidad, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores en su art. 12.7 prevé la compensación directa en los siguiente términos: “En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja.”

³³ Si el régimen económico del matrimonio fuera el de gananciales el derecho de uso se incluiría como un “activo ganancial”. Esta fórmula ha tenido escaso predicamento en la jurisprudencia que, con carácter general, la rechaza. De las pocas sentencias favorables a tal mecanismo de estimación, STS, 1ª, 23.12.1993 (RJ. 10113; MP: José Almagro Nosete), y AP Tenerife, Secc. 4ª, 25.11.2002 (JUR. 72804; MP: Emilio Fernando Suarez Díaz). En contra, por ejemplo: TS, 1ª, 4.4.1997 (RJ. 2636; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); TS, 1ª, 23.1.1998 (RJ. 151; MP: Jesús Marina Martínez Prado), entre otras muchas. Muy reciente, se manifiesta en contra de la calificación de carga de la sociedad de gananciales y, por consiguiente, su no inclusión en el pasivo de la sociedad, AP Barcelona, Secc. 18ª, 16.09.2015 (JUR. 260576; MP: Myriam Sambola Cabrer) AP Málaga, Secc. 6ª, 28.01.2016 (AC. 818; MP: Pilar González Vicente) cambio, si el régimen económico fuera el de separación de bienes, esta técnica daría lugar a que el cónyuge usuario debiera compensar económicamente, por medio del pago de una cantidad, al otro cónyuge.

³⁴ La jurisprudencia es unánime en vincular el criterio 1 del art. 96 CC, con el interés del menor. Por todas, STS, 1ª, 16.06.2014 (RJ. 3073; MP: José Antonio Seijas Quintana). A mayor abundamiento vid. Isaac TENA PIAZUELO (2015) *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Ed. Aranzadi, Pamplona.

entonces se seguía (al igual que ha sucedido con la pensión compensatoria), acorde con los nuevos tiempos, así como las legislaciones forales sobre la materia (en particular el Código Civil de Cataluña que, expresamente, establece la minoría de edad en la regla 2 del art. 233-20³⁵), la interpretación del término “hijos” del citado precepto debe ser revisada. Tal y como procedo, a continuación, en este sentido.

Partimos, pues, al igual que lo hacía entonces, de que el uso de la vivienda familiar es una medida asistencial que se articula sobre la base de dos pilares. En primer lugar, el interés del menor que, evidentemente, no concurre en el hijo mayor de edad; eso impide tener en consideración ninguna circunstancia atinente al interés o beneficio del uso de la vivienda para él, como justificación de la atribución del uso. En segundo lugar, la relación existente entre la atribución y el derecho de los hijos (menores o no) a percibir una pensión alimenticia; y es por esa vía por la que fui conducida a afirmar que, dado que los hijos, mayores o no, son acreedores de una obligación de alimentos frente a sus progenitores, cuando así lo sean, en el ámbito de la crisis conyugal, se convertirán en beneficiarios de la atribución del uso de la vivienda familiar. Lógicamente, el derecho de uso concedido al progenitor con quien conviven pero en su beneficio, decaerá cuando así lo haga su derecho a recibir una prestación alimenticia. De acuerdo con la argumentación expuesta, la edad de los hijos sí incide a la hora de atribuir el uso del inmueble a falta de acuerdo de los cónyuges o convivientes, pues si fuera menor la atribución es automática al progenitor custodio (o en función de la fórmula adoptada, si la custodia fuera compartida), en cambio, si no lo fuera es necesario que concurran en el hijo mayor los requisitos que lo convierten en acreedor de una pensión alimenticia.

Sin embargo, la anterior conclusión, que creí en su momento acertada, debe ser cuestionada y, en su caso, reconducida a otra distinta. Dos son los argumentos sobre los que se sustenta la presente revisión. En primer lugar, el derecho a percibir alimentos a cargo de los progenitores no es un derecho de igual contenido en cualquier caso; pues, como consecuencia del principio de protección y atención del interés del menor, su entidad es mayor si el hijo así lo fuera. También se observa que es un derecho de diferente configuración, ya que sólo se pone de manifiesto en los supuestos de la ruptura de la convivencia de los obligados y de forma automática (sin que quepa cuestionar la existencia del derecho, no así su cuantía). De lo anterior se infiere que en un escenario de armonía familiar, los alimentos son percibidos por el menor “en especies”, sin que sea acreedor de pensión monetaria alguna. A diferencia del hijo mayor de edad, que podrá ser acreedor de una pensión alimenticia, si concurrieran los requisitos de necesidad establecidos en la legislación, a cargo de uno o de ambos progenitores, y con independencia de la convivencia o no de ellos. La dualidad de tratamiento apuntada tiene su reflejo en el Código Civil en el art. 93³⁶,

³⁵ “2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.”

³⁶ “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

así como en la jurisprudencia³⁷, por lo que puede calificarse como una premisa incuestionable. En segundo lugar, y en consonancia con las reflexiones precedentes, podemos afirmar que el derecho de alimentos debido al menor de edad se satisface, en los supuestos de crisis conyugal, por medio de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando legalmente proceda; reproduciéndose el modelo del pago en especies que tiene lugar cuando existe armonía familiar. Ello justifica la repercusión en la pensión alimenticia que debe abonar el cónyuge no custodio y que ha sido privado del uso del inmueble de su propiedad, debiendo ajustarse la cantidad debida en atención a esta circunstancia. En cambio, dada la diferencia entre los alimentos debidos al mayor de edad, y que era esa y no otra la razón que me permitió mantener que el criterio 1 del art. 96 CC comprendía, también, al hijo mayor de edad, considero que, en la actualidad, la correcta interpretación de dicha regla comprende, únicamente, a los hijos menores. El derecho de alimentos de los hijos mayores da lugar al derecho de estos de percibir una cuantía económica, y no a residir en la que fuera vivienda familiar, de forma gratuita, a costa del progenitor propietario.

Desde otra perspectiva, no podemos obviar que el progenitor que permanece residiendo en el inmueble en compañía de sus hijos menores no abona cantidad alguna por ello y, ciertamente, este hecho le reporta un importante incremento en su patrimonio. Que es mayor si ni siquiera comparte la titularidad del inmueble por ser privativo de su ex cónyuge desposeído. Buscando una fórmula que permita compensar al propietario o copropietario perjudicado, proponemos que, en caso de separación y si hubiera lugar al abono de una pensión alimenticia, esta circunstancia se contemple como un factor que incida en su cálculo. Y si no existiera tal derecho, bien por no concurrir el estado de necesidad que demanda la norma o porque los miembros de la pareja hubieran accedido, directamente, al divorcio, si se dieran los requisitos para fijar una pensión compensatoria a cargo del no usuario, el hecho de ser titular del derecho de uso de la que fuera vivienda familiar deberá considerarse como una circunstancia que incida a la hora de fijar su importe³⁸.

³⁷Por ejemplo, STS, 1ª, 18.03.2016 (RJ. 1136 ; MP: Eduardo Baena Ruiz) dice que: “La sentencia de 17 de febrero de 2015, Rc. 2899/2013 contiene las siguientes declaraciones: i) De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.” La STS, 1ª, 21.11.2014 (RJ. 6567 ; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas), en relación al derecho a percibir una pensión de alimentos de la hija mayor de edad, remite al régimen general de los arts. 142 y ss. CC, al igual que lo hace su predecesora la STS, 1ª, 30.03.2012 (RJ. 4584; MP: Encarnación Roca i Trías). Muy ilustrativa la reciente STS, 1ª, 21.12.2016 (RJ. 6275; MP: Antonio Salas Carceller), que sigue la del mismo Tribunal de 05.09.2011 (RJ 5677; MP: José Antonio Xiol Ríos).

³⁸ Así lo hace la SAP Madrid, Secc. 22ª, 01.04.2016, (JUR. 76940; MP: Eduardo Hijas Fernández) al cuantificar la pensión compensatoria a la que tiene derecho la ex esposa; pues, al establecerse un uso alternativo por periodos de seis meses de la que fuera la vivienda familiar, durante el periodo en es beneficiaria del uso la pensión compensatoria se reduce en un 50%. En sentido semejante, SAP Islas Baleares, Secc. 4ª, 17.03.2015 (JUR. 100914;

5. La eficacia erga omnes del derecho a usar la vivienda familiar

La presente disertación se quedaría incompleta sino incorporamos unas últimas reflexiones sobre la eficacia real del derecho a usar la vivienda. Pues, si bien es cierto que la naturaleza jurídica, por exclusión, es la de un derecho personal y que el intento, por parte del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado de huir del debate, carece de consistencia, es más cierto que, en algunos casos, se comporta como un derecho real, desplegando su eficacia erga omnes, con mayor o menor intensidad. La innegable eficacia real es la responsable de la confusión que ha rodeado a este derecho, pues muchos, deslumbrados por ella, han predicado su naturaleza de derecho real. Pasemos, pues, a exponer las distintas situaciones que pueden dar lugar a efectos del derecho fuera de ámbito exclusivo de los sujetos implicados siguiendo un orden ascendente (de “menos” a “más”).

5.1. Eficacia derivada de la situación posesoria

Con independencia de cualquier otra consideración, el titular del derecho de uso, no solo tiene el derecho sino también el deber de residir en el inmueble³⁹. Digamos que es un poseedor “forzoso”, pues carece de una opción al respecto, ya que, de no hacerlo, el uso revertiría en el cónyuge propietario o, en caso de cotitularidad, cesaría procediéndose a la aplicación de las reglas de uso y disfrute de la comunidad de bienes o, en su caso, a la división y venta judicial.

Siendo, como es, una posesión pública y pacífica (no en concepto de dueño, por lo que no legitimada *ad usucapionem*) de la misma se genera una apariencia que debe ser respetada por los terceros que la conozcan. De tal suerte que cualquier negocio jurídico que otorgue al tercero un derecho incompatible con el del usuario, si el tercero conociera de la existencia del tal derecho de uso, no podría hacerlo valer frente al usuario, pues los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe, que no concurriría en el supuesto apuntado, por razones obvias.

Pero podemos ir más lejos aún. La publicidad derivada del estado posesorio puede, incluso, evitar la aplicación de la protección registral al tercer adquirente cuando el derecho de uso no se hubiera inscrito. Pues, muy difícilmente podrá ser calificado como tercero de buena fe aquel que alega desconocer el derecho de uso, cuando este, efectivamente se está ejercitando sobre el inmueble⁴⁰.

No así si lo desconociera, pues como derecho personal, no puede oponerse fuera del ámbito de los implicados. En cuyo caso, el usuario vendría obligado a abandonar la vivienda, con

MP: Miguel Álvaro Artola Fernández) que considera el hecho de que la beneficiaria de la pensión compensatoria sea titular del derecho de uso de la vivienda es un factor a tener en cuenta a la hora de fijar su importe.

³⁹ La SAP Pontevedra, Secc. 6ª, 13.07.2015 (JUR. 192500; MP: Jaime Carrera Ibarzábal), entiende que existe una renuncia tácita cuando cesa el uso de forma voluntaria, lo que produce la extinción del derecho.

⁴⁰ Amén de la carga que impone el art. 36 LH que muy bien apunta José María MIQUEL GONZÁLEZ, “La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil”, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, tomo XXIX, pp. 9 y ss.

independencia de las acciones resarcitorias que pudiera ejercitar contra el ex cónyuge titular.

No obstante, debemos tener presente, que el titular del derecho de uso que no consiente en el negocio jurídico en el que trae causa la posición del tercero, podrá interponer, acción de anulabilidad del contrato que produjo la transmisión durante el plazo de caducidad de 4 años, a contar desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia del negocio (art. 96,4 CC).

Finalmente, hemos de tener presente que el hecho de ser el usuario un poseedor le permite contar con la normal protección que tiene todo poseedor, y a la que se refiere, con carácter general, el art. 446 CC y el art. 250, 4º LEC. En este sentido, podrá valerse de los trámites del juicio verbal civil cuando fuese despojado de su posesión o cuando fuese inquietado en la misma. La acción irá dirigida contra el despojante o perturbador, sujeto que pudiera ser el ex cónyuge titular del bien o un tercero.

5.2. Eficacia derivada de la situación de condominio

Si bien el usuario no titular se encuentra protegido, expresamente, por la acción de anulabilidad descrita, cuando existe una situación de condominio, también lo está, frente al ejercicio de la acción de división al que todo comunero tiene derecho. Pues la doctrina jurisprudencial consolidada⁴¹, entiende que, cuando el derecho de uso recae sobre un inmueble del que son codueños ambos ex cónyuges, ello no es óbice para que el no usuario ejercite la acción divisoria por medio de la venta judicial en subasta. Simplemente, el adjudicatario del bien, deberá soportar el derecho de uso, por lo que se ha cuestionado si, en este caso, el derecho de uso proyectaba su eficacia frente a terceros.

La afirmación anterior merece algún comentario, pues los matices de la situación descrita aportan las claves para determinar su eficacia. En este sentido, el condominio aludido y con los efectos relacionados debe estar establecido sólo entre los miembros de la pareja en crisis; pues si existieran otros codueños no cabría oponer el uso de la vivienda a los terceros adquirentes en subasta. Pero, “vayamos por partes”, y expliquemos, con más detalle, ambas situaciones; pues, en verdad, de ellas se colige, precisamente, lo contrario que de una primera aproximación pudiéramos concluir: la naturaleza de derecho personal del derecho a usar la vivienda.

La primera de las situaciones es la siguiente: el condominio existe sólo entre los miembros de la pareja rota, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. Se ha de tener presente que, en este caso, el derecho de uso del que es titular uno de los codueños le ha sido atribuido en su condición de ex cónyuge, mediante resolución judicial, que vincula a ambas partes del proceso, actuales condóminos del inmueble.

Ciertamente, el cónyuge no usuario se encuentra legitimado para ejercitar, como comunero, la

⁴¹ Sin pretender ser exhaustiva, TS, 1ª, 08.05.2006 (RJ. 2342; MP: Antonio Salar Carceller) TS, 1ª, 27.02.2012 (RJ. 3383; MP: Encarnación Roca i Trías); TS, 1ª, 05.02.2013 (RJ. 1992; MP: José Antonio Seijas Quintana); AP Barcelona, Secc. 18ª, 25.03.2014 (JUR. 134986; MP: Margarita Blasa Noblejas)AP Madrid , Secc. 22ª, 29.01.2016 (JUR. 52809; MP: Modesto de Bustos Gómez Rico); AP Murcia, Secc. 4ª, 22.09.2016 (JUR. 228089; MP: Carlos Moreno Millán).

acción de división del art. 400 del CC, pues no existe precepto alguno que se lo prohíba o trabe su ejercicio. La única fórmula para impedirlo y así garantizar el ejercicio del derecho de uso, sólo podría venir de la mano de la interpretación extensiva del art. 96,4 CC fuera del supuesto de hecho que, expresamente, contempla la norma: que el cónyuge que debe consentir sea no titular del inmueble (y no cuando ambos son cotitulares, como es el caso que nos ocupa). Esta solución no ha sido acogida ni por la doctrina⁴² ni por la jurisprudencia. Pero es factible idear otra solución al conflicto de intereses que está presente pues, el motivo último que justificó la atribución, tal cual es la protección de la familia permanece inalterable y es prevalente al interés del codueño de destruir la comunidad de bienes. En este sentido, y a fin de conjugar ambos intereses, y partiendo de la superioridad del segundo frente al primero, se articula la solución de que el derecho de uso perviva aunque exista un nuevo titular dominical. El adjudicatario del bien sustituye a los propietarios en la titularidad real del inmueble, entre los que existía un derecho personal, construido para proteger un interés público, y que, como consecuencia de este interés familiar, pervive, pues la sustitución del titular dominical no implica que el interés desaparezca. Máxime, cuando el adjudicatario difícilmente puede alegar el desconocimiento del derecho de uso, por razones obvias y derivadas de la publicidad que genera la posesión del inmueble al que está obligado. Siendo realistas⁴³, el supuesto de venta en subasta pública admitiendo licitadores extraños es, en la práctica inviable; pues muy difícilmente va a ser adquirido un inmueble en el que el propietario no puede disponer de uso por tiempo indefinido.

Hemos de tener presente que, en la hipótesis de que se sostuviera que el derecho de uso pudiera extinguirse por la decisión del no usuario de ejercitar la acción de división y venta en el marco de los arts. 400-404 CC, haciendo prevalecer, pues, su derecho subjetivo de contenido patrimonial frente al interés de la familia, lo que en verdad estaría sucediendo es que el no usuario se sirve del ejercicio de su derecho para evitar que se le impongan los efectos de una resolución judicial, en virtud de la cual se crea un derecho que está obligado a respetar. Sería, entonces, muy fácil dejar sin eficacia el art. 96 del CC y, por tanto, desprotegidos los intereses a que sus reglas protegen. Qué duda cabe, que, en el escenario descrito, el ejercicio del derecho del comunero podría ser calificado como contrario a la buena fe, a todas luces impedido por el art. 7.1 de nuestro CC.

La segunda de las situaciones es bien distinta, como también lo son sus consecuencias. En este caso concurre un tercero en el condominio, bien sólo con el ex cónyuge no usuario o con ambos

⁴² Francisco Javier FORCADA MIRANDA "La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial", ponencia publicada en las *Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés*, cit. p. 28, en cambio, sostiene que el ejercicio de la acción de división es un acto de disposición que precisa el consentimiento del usuario. María GOÑI RODRÍGUEZ DE MEDINA, "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 737, pp. 1893-1912, en la p. 1902 considera que el ejercicio de la acción de división no es un acto de disposición.

⁴³ Así lo pone de relieve María Concepción LÓPEZ-BREA MARTINEZ (2010) en "El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", pp. 257-304, concretamente p. 298, en la obra colectiva *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales* de la que es coautora con Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, José Luis SEOANE SPIEGELBERG, Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, Ed. Dykinson, Madrid.

ex miembros de la pareja.

En el primero de los supuestos, si el cónyuge cotitular no usuario decidiera ejercitar la acción de división y venta dicho acto, para el que como comunero se encuentra legitimado, debe ser calificado como un acto de disposición, sujeto, por consiguiente, al régimen de consentimiento dual del art. 96.4 CC. No así, en el segundo. En este sentido, si el usuario fuera, junto con el tercero y el ex cónyuge, codueños del inmueble, pues ya no se trataría de un acto de disposición del titular frente al no titular, al ser ambos cotitulares; quedando fuera del ámbito del citado precepto.

En cualquier caso el tercero no solo estaría plenamente legitimado para ejercitar las acciones de división y posterior venta judicial, sino que, por supuesto, no requeriría de ningún tipo de consentimiento del usuario, al no ser de aplicación el art. 96.4 CC.

Salvadas estas diferencias en el régimen del ejercicio de la acción de división y venta, las consecuencias en orden a la no oponibilidad del derecho de uso, y su consiguiente extinción, se unifican. Pues no existe motivo alguno que obligue al adjudicatario del inmueble a soportar y respetar uso de la vivienda, cuyo derecho le fuera atribuido al ex cónyuge del codueño o al codueño, según los casos. El fundamento de la solución propuesta deriva de la naturaleza del derecho de uso que, como estamos manteniendo, es la de un derecho personal. En este sentido, el tercero, cotitular, es ajeno a la relación conyugal, lo que le libera de tener que soportar sus consecuencias; la resolución judicial en la que trae causa, no le es oponible, pues no ha sido parte del proceso. El interés familiar, al que la atribución sirve, no es un interés que le afecte, en la medida que no es miembro del círculo familiar. Su interés como codueño es prevalente, en este caso, al interés del cónyuge usuario; por lo que el adjudicatario adquiere una vivienda libre de cualquier carga o limitación, como la que supone no poder disfrutar de su uso.

Desde el punto de vista de la protección de los intereses en conflicto y su jerarquización, la solución propuesta pudiera ser objeto de algún comentario u observación, habida cuenta que de ella se deriva la extinción del derecho de uso. Si el no usuario codueño con el tercero ejercita la acción de división, el usuario se encuentra protegido al requerirse su consentimiento o, de no prestarlo, por medio de la acción de anulabilidad. Si fuera el tercero, no existe causa para que el derecho del usuario reciba protección, pues no es un derecho que pueda hacer valer frente al tercero. Pero en esta descripción de posibles escenarios existe un tercer escenario: la titularidad del inmueble corresponde a los ex cónyuges y a un tercero y el que ejercita la acción es el ex cónyuge no usuario. Pues, no existe base jurídica para demandar el consentimiento del usuario, ya que no se atiende al art. 96.4 CC, ni para imponerle el uso al adjudicatario (como se hacía cuando la cotitularidad del inmueble recaía solo entre los ex cónyuges). En verdad, sólo nos queda predicar que, de acuerdo con nuestros razonamientos y los fundamentos de derecho esgrimidos, el derecho de uso se extinguiría y solo le quedaría al usuario la posibilidad de solicitar una indemnización al cónyuge no usuario por el perjuicio que una acción con tales consecuencias le conlleva.

5.3. Eficacia derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad

El acceso al Registro de la Propiedad del derecho a usar la vivienda familiar es, en la actualidad, indiscutible en la doctrina y en la jurisprudencia (bien como anotación preventiva, si dimanara de una resolución judicial provisional o cautelar, bien como inscripción si su atribución tiene como causa una sentencia judicial); por lo que no entraremos a justificar tal premisa⁴⁴.

Algunas cuestiones ha suscitado dicho acceso al Registro. Por ejemplo, la indeterminación temporal, exigencia del principio de especialidad del art. 9 LH (corroborado en el 51 del RH) que ha sido salvada cuando los beneficiarios de la medida sean los hijos menores; pues, en este caso, se considera que el límite temporal viene establecido por la mayoría de edad. Para llegar a esta conclusión, la DGRN tiene en consideración la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en orden a la vinculación del derecho de uso a la pensión alimenticia debida a los hijos menores (que no a los mayores). En cambio, es taxativa cuando el beneficiario del uso lo sea el cónyuge más necesitado de protección, denegando la inscripción cuando la resolución judicial no establece el periodo concreto de duración⁴⁵.

⁴⁴ “En este sentido y a pesar del salvable impedimento que pudiera suponer el art. 5 LH y la inoportunidad de la vía de facilitar el acceso al Registro como prohibición de disponer, existen argumentos que nos permiten mantener, desde la normativa hipotecaria correspondiente, la posibilidad de inscripción de la atribución de uso. Así, teniendo presente el contenido del art. 91 CC de forma indirecta, es posible afirmar que el Juez puede adoptar, como medida judicial de garantía o cautelar, la oportuna anotación en el Registro de la Propiedad de la atribución de uso. No obstante, este argumento es ciertamente endeble, si no se completa con la afirmación específica a la anotación de las demandas y las sentencias de nulidad, separación y divorcio, que podrán tener acceso al Registro de la Propiedad, en la disposición adicional 9ª de la Ley de 7 de Julio de 1981. Desde la perspectiva del Código Civil, podemos afirmar que bien de oficio por el juez, como medida cautelar o de garantía, o bien a petición de parte, tanto la demanda como la sentencia (y por interpretación extensiva, las resoluciones judiciales en los que se dicten medidas provisionales o provisionalesísimas), en las que se lleve a cabo la atribución del uso de la vivienda familiar, tendrán acceso al Registro de la Propiedad. Pero también la normativa hipotecaria nos ofrece argumentos para justificar la afirmación del acceso al Registro de la Propiedad de la atribución del uso de la vivienda familiar. El art. 7 RH, en cuanto admite la inscripción de acto o contrato de naturaleza real que pueda modificar facultades del dominio u otros derechos reales sobre inmuebles; o el art. 96,2 RH que expresamente se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales cuyo contenido afecte a la administración o disposición de bienes cuya titularidad sea de los cónyuges”, fragmento extraído de mi obra *La atribución del uso de la vivienda familiar*, pp. 76 y 77.

⁴⁵ Se manifiesta en la línea descrita en el texto principal, la RDGN 20.10.2016 (RJ. 5682). Dice, la citada Resolución: “Más concretamente, el principio de especialidad o determinación registral instaurado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) y 51 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476 y 642) señala que todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro venga 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, a tenor de lo señalado en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial.... Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, 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

Igualmente, y como producto de la mecánica registral, y de la obligatoriedad de respetar el tracto sucesivo, sólo podrán tener acceso al Registro los derechos de uso construidos sobre un derecho inscrito en el Registro y cuyo titular así figurara, y hubiera sido parte en el proceso en cuyo seno se dicta la resolución atributiva. Ello deja fuera del Registro las atribuciones de uso sobre inmuebles titularidad de terceros⁴⁶.

En consonancia con la construcción del derecho en el ordenamiento jurídico, podemos afirmar también que la inscripción recaerá sobre el inmueble, en su conjunto, aunque la titularidad fuera compartida entre usuario y no usuario⁴⁷ y siempre se hará a nombre del ex cónyuge, y no al de los hijos beneficiarios⁴⁸.

Finalmente, una vez ha accedido al Registro, el derecho de uso se comporta como un derecho real, sometido a las directrices del Derecho hipotecario en cuanto a su oponibilidad *erga omnes*⁴⁹. Es de destacar, no obstante, que, como apuntamos en párrafos precedentes, para que el tercero adquirente se encuentre protegido, además de no estar inscrito el derecho de uso y la posterior inscripción del derecho que adquiere del titular registral, debe concurrir buena fe; que, difícilmente se observa en estos casos, donde el titular del derecho de uso está obligado a poseer, por lo que estará residiendo en el inmueble que el tercero adquiere. Y así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia⁵⁰.

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 indefinición temporal de su duración es evidente, por lo que el defecto tal y como ha sido señalado por el registrador en su nota de calificación debe ser mantenido, atendiendo a que en el presente supuesto se atribuye a la esposa el derecho de uso, al amparo del artículo 96.3 del Código Civil (LEG 1889, 27), es decir, no habiendo hijos menores, que pudieran justificar la procedencia de ausencia de expresa limitación temporal.”

⁴⁶ En este sentido, RDGRN 28.11.202 (RJ. 151): “ En el presente recurso en el que se pretende la inscripción del derecho de uso acordado en sentencia firme de separación conyugal, a favor de la esposa sobre determinado inmueble no inscrito a nombre del esposo demandado, sino de un tercero que no intervino en el procedimiento, ha de confirmarse el criterio denegatorio del Registrador, basado en la falta de tracto, pues de otro modo se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos, e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (cfr. artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), de legitimación (cfr. artículo 33 de la Ley Hipotecaria), y tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular o resultante de un procedimiento en el que no ha sido parte”.

⁴⁷ Se manifiesta de esta forma RDGRN 19.01.2016 (RJ. 2975).

⁴⁸ La RDGRN 20.02.2015 (RJ. 1226), en cambio, inscribe el derecho de uso a nombre del ex cónyuge y el de los hijos, porque así lo estableció la sentencia.

⁴⁹ Muy significativa la STS, 1ª, 08.10.2010 (RJ. 7445; MP Encarnación Roca i Trías), en la que se falla de acuerdo con los principios hipotecarios considerando que no puede oponerse el derecho de uso inscrito, posterior al derecho de crédito por el que se ejecutaba la hipoteca.

⁵⁰ Fue muy significativa en su momento la STS, 1ª, 04.12.2000 (RJ. 10430; MP: Antonio Romero Lorenzo), comentada por Neus CORTADA CORTIJO, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, abril-septiembre 2001, pp. 609 y ss. y por Isabel MONDÉJAR PEÑA, *Revista de Derecho Privado*, nº 8, 2002-1, pp. 437 y ss. en la que se falla oponiendo el derecho de uso al adquirente en subasta, pues, dadas las circunstancias de proximidad y amistad, no podía

6. Reflexión final: Hacia un derecho real de uso de la vivienda familiar atribuida como consecuencia de la crisis conyugal o de pareja

Sentado, como ha quedado, que el derecho a usar la vivienda familiar, conforme a su actual regulación en el Código Civil, solo puede ser calificado como un derecho personal, ello no es óbice para dejar constancia de su creciente acercamiento a los derechos reales. Dicho acercamiento merece una atención del legislador (que no le presta) ya que, en verdad, el derecho de uso del ex cónyuge o ex miembro de la pareja se encuentra, cada vez más próximo a los derechos reales. La solución es bien sencilla: bastaría con suprimir la necesidad del consentimiento dual para cualquier acto dispositivo así como una declaración sobre su acceso al Registro; tal y como lo ha llevado a cabo, con muy buen acierto, el legislador catalán.

Mientras ello no suceda, se seguirán produciendo resoluciones jurisprudenciales (algunas tan desafortunadas como las más recientes, que han llegado a declarar como “no patrimonial” un derecho de esta índole), en uno u otro sentido; cual péndulo se oscilará entre ambas categorías en función de la oportunidad o los intereses que se pretendan proteger. También la doctrina se unirá a dichas oscilaciones y seguirán apareciendo trabajos en los que se volverá a debatir sobre este tema.

Estoy firmemente convencida de que la seguridad jurídica debe ser uno de los acicates que mueva al legislador, y, en este caso, dicho principio, sobre el que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico, exige la adaptación del art. 96 CC a los tiempos actuales. Pues el derecho a usar la vivienda familiar se encuentra encorsetado en la estructura del derecho personal, pugnando por convertirse en un derecho real pleno; ya que es esa la naturaleza que le permite servir a los intereses que, en el siglo XXI, está llamado a proteger. Mientras ello no suceda, se moverá con dificultad en el mundo del Derecho, tomando prestado atributos que no le corresponden, disfrazándose de derecho real, cuando las circunstancias se lo permitan. En definitiva, transformándose y mutando; generando confusión en la jurisprudencia y en la doctrina, que, en muchos casos, no sabe identificar los comportamientos, e interpreta, erróneamente, sus efectos. Pues no es fácil descubrir quién se encuentra debajo de la máscara....

mantenerse su actuación de buena fe, amparada en el desconocimiento del derecho de uso no inscrito. En el mismo sentido, En cambio, la STS, 1ª, 22.04.2004 (RJ. 2713; MP: Pedro González Poveda), aprecia buena fe en el adquirente al presumir su ignorancia del derecho de uso no inscrito.

7. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 23.12.1993	RJ. 10113	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 04.04.1997	RJ. 2636	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 23.01.1998	RJ. 151	Jesús Marina Martínez Prado
STS, 1ª, 04.12.2000	RJ. 10430	Antonio Romero Lorenzo
STS, 1ª, 22.04.2004	RJ. 2713	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 08.05.2006	RJ. 2342	Antonio Sálas Carceller
STS, 1ª, 13.10.2008	RJ. 5	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 18.01.2009	RJ. 1274	Encarnación Roca i Trías
STS, 1ª, 14.01.2010	RJ. 2323	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 08.10.2010	RJ. 7445	Encarnación Roca i Trías
STS, 1ª, 05.09.2011	RJ. 5677	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 27.02.2012	RJ. 3383	Encarnación Roca i Trías
STS, 1ª, 05.02.2013	RJ. 1992	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 30.03.2013	RJ. 4584	Encarnación Roca i Trías
STS, 1ª, 16.06.2014	RJ. 2073	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 21.11.2014	RJ. 6567	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 26.10.2015	RJ. 5608	Eduardo Baena Ruiz
STS, 1ª, 18.03.2016	RJ. 1136	Eduardo Baena Ruiz
STS, 1ª, 21.12.2016	RJ. 6275	Antonio Sálas Carceller

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sec. y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Tenerife, 4ª, 25.11.2002	JUR. 72804	Emilio Fernández Suarez Díaz
SAP Barcelona, 18ª, 25.03.2014	JUR. 134986	Margarita Blasa Noblejas
SAP Málaga, 4ª, 24.11.2014	AC. 236	Francisco Sánchez Gálvez
SAP Islas Baleares, 4ª, 17.03.2015	JUR. 100914	Miguel Álvaro Artola Fernández

SAP Pontevedra, 6ª, 13.07.2015	JUR. 192500	Jaime Carrera Ibarzábal
SAP Barcelona, 18ª, 16.09.2015	JUR. 260576	Myriam Sambola Cabrer
SAP Madrid, 22ª, 29.01.2016	AC. 818	Pilar González Vicente
SAP Málaga, 6ª, 28.01.2016	JUR. 52809	Modesto de Bustos Gómez Rico
SAP Madrid, 22ª, 01.04.2016	JUR. 76940	Eduardo Hijas Fernández
SAP Murcia, 4ª, 22.09.2016	JUR. 228089	Carlos Moreno Millán

Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Fecha</i>	<i>Ar.</i>
RDGRN 28.11.2002	RJ. 151
RDGRN 10.10.2008	RJ. 634
RDGRN 09.07.2013	RJ. 6668
RDGRN 24.10.2014	RJ. 6107
RDGRN 20.02.2015	RJ. 1226
RDGRN 19.01.2016	RJ. 2975
RDGRN 20.10.2016	RJ. 5682

8. Bibliografía

Alejandro BAÑÓN GONZÁLEZ (2005), "La atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos registrales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 3 bis, noviembre 2015.

Augusto BELLUSCIO (2011), *Manual de Derecho de Familia*, ed. Astrea, Buenos Aires.

Ana BERROCAL LANZAROT (2012), "La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común", *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, nº 734, 2012.

Amalia BLANDINO GARRIDO (1998), "Régimen jurídico de los actos de gestión sobre vivienda familiar de naturaleza ganancial (y II)", *La Ley*, nº 4519, 14 Abril 1998.

Buenaventura CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (1998), "Protección legal de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 588, 1988.

María Dolores CERVILLA GARZÓN (2005), *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no*

titular ed. Marcial Pons, Madrid.

Neus CORTADA CORTIJO (2001), "Comentario a la STS de 4 de diciembre 2000" en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, abril-septiembre 2001, pp. 609 y ss.

Matilde CUENA CASAS (2014), "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, num. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39.

María Isabel DE LA IGLESIAS MONJE "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 728, pp. 3451-3462.

Fabián ELORRIAGA DE BONIS (1995), *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, ed. Aranzadi, Pamplona.

Santiago ESPIAU ESPIAU (1992), *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.

Francisco Javier FORCADA MIRANDA (2004), "La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial", ponencia publicada en las *Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés*, Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 2004 y Teruel, 25 de noviembre de 2004.

Gabriel GARCIA CANTERO (1982), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, ed. Edersa, obra colectiva coordinada por Manuel ALBADALEJO.

Soledad GARCIA-MAURIÑO y Verónica DEL CARPIO FIESTAS (1994), "Atribución del uso de la vivienda familiar y actio communi dividendo", *Actualidad Civil* 1994-1, epígrafes 75 y ss.

María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2008), "La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, nº 710, 2008.

María GOÑI RODRÍGUEZ DE MEDINA, "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 737, pp. 1893-1912.

María José HERRERO GARCÍA (1984), "Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil", en la obra colectiva *Libro homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca.

Antonio ISAC AGUILAR (1986), "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXII, Nov-Dic 1986, nº 577, pp. 1721 y ss.

Ángel JUANES PECES, (1992) “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Judicial* n° XIV, Madrid.

María Concepción LÓPEZ-BREA MARTINEZ (2010) en “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, pp. 257-304, en la obra colectiva *El derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales* de la que es coautora con Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, José Luis SEOANE SPIEGELBERG, Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI, Ed. Dykinson, Madrid.

Ángel LUCIANI CASALES (1990), “La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n 596, 1990.

José MÉNDEZ PÉREZ, “La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio”, *Revista General del Derecho*, Diciembre 1987, pp. 6309 y ss.

José María MIQUEL GONZÁLEZ, “La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil”, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, tomo XXIX, pp. 9 y ss.

Isabel MONDÉJAR PEÑA (2002), “Comentario a la STS de 4 de diciembre 2000”, *Revista de Derecho Privado*, n° 8, 2002-1, pp. 437 y ss.

Emilio MURCIA QUINTANA (2002), *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, ed. Aranzadi, p. 383.

Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ (1986), “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Civil* 1986-1, pp. 1329 y ss.

Antonio Alberto PÉREZ UREÑA (2011), “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad”, *ELDERECHO.COM*, 01/09/2011.

Pedro POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILLA (2016), *Derecho civil de Cataluña*, ed. Marcial Pons, Madrid.

Joaquín RAMS ALBESA (1987), *Uso, habitación y vivienda familiar* Ed. Técnos, Madrid.

Encarna ROCA I TRIAS (1984) *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia* vol. I, ed. Tecnos, Madrid.

Ana SEISDEDOS MUIÑO (2015), “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 5/2015, del Parlamento vasco”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 3 bis, noviembre 2015, pp. 145-163.

Juan Antonio TAMAYO CARMONA (2015), “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia:

realidad normativa y perspectiva de futuro”, en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 19, enero 2015, pp. 264-291.

Juan Antonio TAMAYO CARMONA (2011), “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?”, *Derecho Civil Valenciano*, nº 10, segundo semestre 2011, pp. 1-8.

Isaac TENA PIAZUELO (2015) *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Ed. Aranzadi, Pamplona.

José Ramón DE VERDA BEAMONTE y Gabriele CARAPEZZA FIGLIA (2015), “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, nº 752, 2015.

José Ramón DE VERDA BEAMONTE (2015), “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 3 bis, noviembre 2015, pp. 9-43.

Beatriz VERDERA IZQUIERDO (2016), “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda”, *InDret* 1/2016, pp. 1-57.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (1998), *El uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* ed. La Ley, Madrid.