

C. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

C.2 Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial*

Ignacio Fernández Chacón
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo
ichacon@uniovi.es

Resumen: *Los artículos 1320 y 96.3 CC restringen el poder de disposición sobre la vivienda familiar de los cónyuges, no solo vigente el matrimonio sino también tras la crisis matrimonial cuando el derecho de uso sobre dicha vivienda ha sido atribuido a uno de ellos. La similitud que presenta la redacción de ambos preceptos –acrecentada tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de derechos de las personas con discapacidad– sugiere a primera vista la existencia de una identidad de razón entre ellos que, sin embargo, se compadece mal con las diferentes implicaciones prácticas que los actos dispositivos sobre la vivienda familiar tienen vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial, en particular visto el dispar status, constancia registral y oponibilidad a terceros que la naturaleza familiar de la vivienda presenta en uno y otro caso.*

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



Palabras clave: *vivienda familiar, actos dispositivos, derecho de uso, oponibilidad a terceros.*

Abstract: *Articles 1320 and 96.3 Civil Code limit the spouses' power of disposal over the family home, not only during the marriage but also after the marital crisis when the right of use of said home has been attributed to one of them. The similarity in the wording of both articles –increased after the reform of artículo 96 by Law 8/2021 on the rights of persons with disabilities– suggests at first sight the existence of an identity of reason between them, which, however, does not correspond with the different implications that disposal acts over the family home have during the marriage and after the marital crisis, in particular given the different status, access to the land register and enforceability against third parties that the family nature of the home presents in each case.*

Keywords: *family home, disposal acts, right of use, enforceability against third parties.*

Sumario: 1. Disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial: limitaciones asociadas a la atribución del derecho de uso y diferenciación de supuestos. 2. La distinta significación de la limitación dispositiva de los artículos 1320 y 96.3 CC. 3. Casuística particular de la hipoteca de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso. Bibliografía.

1. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL: LIMITACIONES ASOCIADAS A LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO Y DIFERENCIACIÓN DE SUPUESTOS

Tras la crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio) la subsistencia del concepto mismo de vivienda familiar se supedita a la correspondiente atribución del derecho de uso sobre dicha vivienda a uno de los cónyuges, de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 96 CC, lo que determinará la aplicación de la limitación dispositiva prevista en el artículo 96.3 CC, según el cual:

«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».

No en balde, en defecto de tal atribución del derecho de uso el destino de la que durante el matrimonio constituía la vivienda familiar se restringirá a un mero problema de liquidación del régimen económico-matrimonial, a resultas del cual se determinará su carácter privativo, ganancial o en régimen de copropiedad de los cónyuges (bien ordinaria o bien en conjunción con la propia sociedad *ex* artículo 1354 CC), despareciendo con ello el calificativo y connotaciones jurídicas asociadas a la vivienda familiar, que pasará a conformar un mero activo patrimonial equiparable a cualesquiera otros de los cónyuges, cuyo régimen de disposición no reviste particularidad alguna desde el prisma del Derecho de familia.

El alcance de la limitación dispositiva prevista en el artículo 96.3 CC debe pues interpretarse de acuerdo con la naturaleza jurídica de dicho derecho de uso, de forma tal que la formulación de reglas encaminadas a dilucidar las implicaciones derivadas de su aplicación requiere diferenciar entre dos grandes grupos de casos: 1) Aquéllos en los que la vivienda familiar es propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso o pertenece en copropiedad a ambos cónyuges; 2) Aquéllos en los que la vivienda familiar pertenece total o parcialmente a un tercero⁽¹⁾. Y ello porque la naturaleza jurídica del derecho de uso se encuentra condicionada, a su vez, por el tipo de derecho que los cónyuges tenían con anterioridad a la atribución judicial⁽²⁾, y no a la inversa⁽³⁾.

En este sentido, no cabe perder de vista que el derecho de uso no constituye sino una mera proyección del título jurídico por el que ambos cónyuges o el cónyuge titular no beneficiario de dicho uso tenían en su poder la vivienda familiar con anterioridad a la crisis matrimonial⁽⁴⁾, a sa-

(1) *Cfr.* PERTÍNEZ VILCHEZ, F., *Derecho Privado y Constitución*, pp. 345 ss.

(2) *Cfr.*, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *AC*, p. 1333 y RAMS ALBESA, J., 1987, p. 109.

(3) Pese a ello, continúa habiendo autores que optan por aferrarse a dicho esquema y pretenden perfilar primero la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar en abstracto –al margen de la concreta y previa situación jurídica en la cual se enmarca la atribución de dicho derecho de uso– para posteriormente extrapolar sus conclusiones a cada uno de los distintos supuestos que pueden darse y enfrentarse, nuevamente, a la necesidad de hacer depender dicha naturaleza jurídica del concreto tipo de derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda familiar, caso, por ejemplo, de GARCÍA MAYO, M., 2019, pp. 173 ss. (que conceptualiza el uso de la vivienda familiar como derecho real para luego tener que lidiar con, por ejemplo, tal uso en los casos en que la ocupación se legitima o ampara en un contrato, caso del arrendamiento, comodato o mero precario).

(4) *Cfr.*, entre otros, BELLO JANEIRO, D., *Aranzadi Civil*, p. 173 y PERTÍNEZ VILCHEZ, F., *ob. cit.*, p. 347. El primero de tales autores transcribe a tal efecto el razonamiento de la SAP de Cádiz

ber: propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del uso o de un tercero, propiedad común/ganancial de ambos cónyuges o copropiedad entre ellos o con un tercero, usufructo, uso, habitación, arrendamiento o comodato, etc. Dicho enfoque es el actualmente acogido por el Tribunal Supremo, en particular a partir de sus Sentencias de unificación de doctrina de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) y su contravención equivaldría a reconocer que la atribución del derecho de uso *ex* artículo 96 CC implica la transformación del derecho previo de ocupación de la vivienda en un derecho nuevo, cuyo titular exclusivo sería el cónyuge beneficiario del uso⁽⁵⁾, sin más título para ello que la resolución judicial o acta notarial que atribuye u homologa el uso acordado en el convenio regulador⁽⁶⁾.

Así pues, cuando la vivienda familiar pertenece total o parcialmente a un tercero la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC no resultaría aplicable⁽⁷⁾, toda vez que la atribución del derecho de uso sobre dicha vivienda no es susceptible de operar transformación alguna en el título jurídico que legitimaba la ocupación del inmueble por los cónyuges vigente el matrimonio⁽⁸⁾ (particularmente cuando tal ocupación lo era en concepto

(Sección 3.ª) 11 diciembre 1993 (AC 1993\2539), según la cual: «... la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial [...]» (FJ 4.º).

(5) Como destaca ESPIAU ESPIAU, S., debe tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar no puede suponer el reconocimiento de titularidad alguna al cónyuge que no la tenía antes de la crisis matrimonial, pues como hemos apuntado y destaca dicho autor el propio artículo 96. IV CC alude al cónyuge no titular, lo que *per se* excluye la consideración como titular del cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda (1992, pp. 183 y 200 ss.). Por contra, GARCÍA MAYO, M., considera que «... cuando el párrafo se refiere al “cónyuge no titular”, simplemente se puede estar refiriendo al cónyuge que no era titular originariamente, es decir, titular del derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda durante la estabilidad matrimonial» (ob. cit., p. 103).

(6) Tal planteamiento se apreciaba, por ejemplo, en la SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 24 de marzo de 1992 (AC 1992\474), en tanto que reconocía que el titular del derecho de uso de la vivienda familiar tiene título legítimo de posesión al desestimar la demanda de desahucio por precario ejercitada por el propietario del inmueble (padre del marido) contra la esposa titular del derecho de uso, so pretexto de que «... independientemente de la naturaleza jurídica que pueda atribuirse a la situación de precario, que algún sector doctrinal llega a equiparar con la de comodato del artículo 1740 CC, es lo cierto que a través de las medidas provisionales de divorcio se señaló domicilio a la demandada en el piso [...] lo que ya de por sí constituye un título a favor de la demandada otorgado por un órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión, y si bien es cierto que en tal resolución se aludía nominativamente a la demandada como beneficiaria de tal atribución, debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer *el interés familiar más urgentemente necesitado de protección*».

(7) *Vid.* en detalle a este respecto las consideraciones efectuadas en FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., *RCDI*, pp. 3390 ss.

(8) Nótese que a atribución judicial a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar no crea un derecho *ex novo* con una protección y entidad superior a la que previamente y durante el matrimonio ostentaban los cónyuges, por lo que la sentencia judicial (decreto o acta notarial) de divorcio, separación o nulidad matrimonial no puede mutar el título de posesión del bien



de mero precario por la cesión gratuita de un familiar o allegado)⁽⁹⁾, ni implica un subrogación *ex lege* del contrato que amparaba su uso con anterioridad a la crisis matrimonial⁽¹⁰⁾ (excepción hecha de la regla prevista en el artículo 15 LAU)⁽¹¹⁾.

De acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo en las sentencias referidas, únicamente cuando la vivienda es propiedad de uno o ambos cónyuges la resolución de separación/divorcio y el convenio regulador tienen algún tipo de virtualidad transformadora de la situación jurídica preexistente de éstos con respecto a su uso⁽¹²⁾, lo que a su vez determina las implicaciones asociadas a la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC. Sin embargo, pese a que la STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) sistematiza dentro de un mismo bloque los casos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges o conjuntamente a ambos a efectos de determinar la naturaleza y efectos que la atribución del uso de la vivienda familiar entraña (tanto frente a terceros como entre los propios cónyuges), lo cierto es que ambos supuestos gozan de autonomía propia y suscitan problemas dispares, puesto que no parece razonable que el derecho de uso tenga las mismas connotaciones cuando el cónyuge beneficiario no es propietario de la vivienda que cuando ésta le pertenece en parte.

En particular, cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges la atribución del derecho de uso al otro implica una clara desligazón entre la «nuda propiedad» de la vivienda (cónyuge titular) y su detentación posesoria, que la resolución judicial o el correspondiente convenio regulador confieren al otro cónyuge, conceptualizándose dicho uso como un «derecho de naturaleza familiar» [como confirman las SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930) y la doctrina de la Dirección General⁽¹³⁾],

por parte de los cónyuges. Cfr. CUENA CASAS, M., 2011, p. 365; BELLO JANEIRO, ob. cit., p. 163; y PERTIÑEZ VÍLchez, F., ob. cit., p. 347.

(9) Cfr. FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., ob. cit., pp. 3391-3400.

(10) Cfr. SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323, FJ 3.º) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 7.º).

(11) En la actualidad no cabe duda de que el artículo 15 LAU contempla la subrogación legal del cónyuge al que se le atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar. Ello significa que el cónyuge titular del derecho de uso *ex artículo 96 CC* se convierte en el nuevo arrendatario como consecuencia de la adjudicación judicial del derecho de uso de la vivienda familiar, al menos siempre y cuando notifique al arrendador en el plazo de dos meses su voluntad de continuar en el arrendamiento, aportando copia de la resolución judicial, tal y como se enfatiza en la STS de 26 de octubre de 2015 (RJ 2015\5608). A propósito del régimen instaurado en dicho precepto vid. por todos CARRASCO PERERA, A., 2020, pp. 551 ss.

(12) Vid. STS de 18 de enero de 2010 (FJ 5.º).

(13) Vid. RRDGRN de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004\2376), 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634), 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3006), 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975), 20 de octubre de 2016 (RJ 2016\5682) o 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512).



cuya posibilidad de acceso al Registro de la propiedad –a efectos de su correspondiente oponibilidad a terceros– expresamente se prevé en el artículo 96.3 CC tras la reforma operada 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. Mención expresa en el vigente artículo 96.3 CC de la posibilidad de acceso al Registro del derecho de uso –y consiguiente restricción dispositiva que para el cónyuge titular entraña, a la que literalmente y a mi parecer de forma técnicamente incorrecta parece restringirse la inscripción según dicho precepto⁽¹⁴⁾– que ya resultaba factible anteriormente *ex* artículos 103.2.^a

(14) Habida cuenta de que en términos literales el artículo 96.3 CC alude a que lo que se hará constar en el Registro de la Propiedad es *la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar* y no el derecho de uso propiamente dicho, hay autores que consideran que de acuerdo con tal redacción (y a pesar de criticar la solución adoptada de *lege data* tras la reforma) lo único que por el momento puede hacerse constar es tal restricción y no el derecho de uso propiamente dicho, a expensas de la interpretación jurisprudencial que pueda efectuar el Tribunal Supremo [*vid.*, por ejemplo, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, *RCDI*, pp. 1155 ss., así como 2023, pp. 402 ss. (especialmente 412-417); o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, pp. 117, 118, 128 y 129, entre otras, aunque en este caso con muchos matices, destacando en todo momento la incidencia del principio de especialidad registral en la constancia del derecho de uso con trascendencia jurídico-real (pp. 122 ss., fundamentalmente en lo que concierne a su duración y titular) y cómo a efectos de dicho principio de especialidad *no hay duda de que el régimen jurídico aplicable a esta restricción depende de cómo se haya configurado la atribución del uso de la vivienda familiar*, particularmente cuando tal uso deriva del convenio regulador y no directamente de la autoridad judicial (pp. 128-130). Sin embargo, a mi parecer, pese a lo que la literalidad del artículo 96.3 CC pudiera sugerir a primera vista lo que registralmente debiera hacerse constar –como ya se hacía antes de la reforma– es la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, no la restricción del poder de disposición del cónyuge titular/cotitular, restricción que va de suyo asociada a la atribución del uso, sin que a mi parecer tenga sentido preconizar una doble inscripción: derecho de uso y restricción del poder de disposición, en la medida en que la segunda es correlato de la primera, cual acontece con otros derechos como puede ser el usufructo, como por lo demás apuntaba en su momento el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley (pp. 57 y 58, disponible *online* en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>). Por ello resulta un tanto perturbador a este respecto el razonamiento efectuado en la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930), cuando afirma que «Tampoco la usuaria, según el derecho de familia, ostenta ningún título adquisitivo inscrito sobre el inmueble hipotecado, sino que, como reza el artículo 96 CC, en su actual redacción, perfectamente extrapolable a su anterior contenido normativo, es la “restricción en la facultad de disposición sobre la vivienda familiar” la que “se hará constar en el Registro de la Propiedad” y no, por lo tanto, una suerte de usufructo asimilado que le atribuya la condición de parte contra la que deba dirigirse la demanda ejecutiva» (FJ 3.^o), si bien en el caso enjuiciado tal razonamiento estaba encaminado únicamente a desvirtuar la posibilidad de considerar al cónyuge beneficiario del uso como tercer poseedor en un procedimiento de ejecución hipotecaria a los efectos del artículo 662 LEC (*vid.* en detalle *infra* apartado 2). Por otro lado, y por lo que concierne a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, cabe destacar que en la calificación registral objeto del recurso gubernativo enjuiciado por la Resolución de 5 de junio de 2023 expresamente se planteaba esta dicotomía entre la inscripción del uso *vs* restricción dispositiva tras la reforma operada en 2021 en el artículo 96.3 CC, frente a lo cual la Dirección General insistía nuevamente en la posibilidad de inscripción del Derecho de uso *ex* artículos 96 CC, 1 y 2 LH y 7 RH, sin que tales conclusiones queden «... empañadas por la modificación que en la redacción del artículo 96, apartado 3, del Código Civil se ha introducido por el artículo segundo, apartado once, de la Ley 8/2021, de 2



CC y 96.2 RH⁽¹⁵⁾, pero a resultas de la cual se atajan buena parte de las discusiones en torno a su naturaleza jurídica (real, personal o *sui generis*) suscitadas antes de la reforma en aras, precisamente, a justificar tal constancia registral y su correlativa oponibilidad a terceros⁽¹⁶⁾ (si no ya del derecho de uso propiamente dicho al menos sí de la restricción dispositiva que garantiza el disfrute de la vivienda por el ex-cónyuge beneficiario).

Si la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges el derecho de uso de la vivienda familiar deriva de la resolución judicial o del convenio que atribuye dicho uso *ex* artículo 96 CC [STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 5.º)], lo que implica la mutación de la posición jurídica del cónyuge titular previa a la crisis matrimonial respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovisto de su derecho de uso y disfrute del inmueble, al haberse atribuido a su expareja de forma exclusiva y excluyente, pasándose de una situación de coposesión vigente el matrimonio a una posesión en exclusiva tras la crisis matrimonial⁽¹⁷⁾; y, además, según el artículo 96.3 CC, ve limitadas sus facultades de disposición sobre la vivienda en cuestión, de la cual no puede disponer sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso o de la correspondiente autorización judicial⁽¹⁸⁾.

de junio» (FJ 7.º). Por el contrario, la RDGSJFP de 11 de marzo de 2024 (BOE-A-2024-7170) parece decantarse (FJ 3.2) por la solución contraria –si bien de una forma un tanto ambigua– al insistir en que tras la reforma operada el beneficiario del derecho de uso no ostenta según el Derecho de familia ningún título adquisitivo inscrito en el Registro sobre el inmueble sino que lo que se hace constar es únicamente la restricción en la facultad de disposición, negando toda posibilidad de asimilación a una especie de usufructo (si bien en el caso analizado tales conclusiones se realizaban –asimismo a propósito de la posición del cónyuge beneficiario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, adaptándose a la nueva doctrina sentada tras la STS anteriormente citada y analizada *infra* apartado 2).

(15) Por medio de la correspondiente anotación registral de la medida cautelar que restringe el poder de disposición del cónyuge titular de la vivienda familiar para asegurar la efectividad del derecho de uso acordado provisionalmente pendiente el correspondiente procedimiento matrimonial (art. 103.2.ª CC); y tras la firmeza de la sentencia de separación/divorcio mediante nota marginal (art. 96.3 RH).

(16) *Vid.* en detalle a este respecto los argumentos y referencias bibliográficas contenidos en FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SMARRO, C., *ob. cit.*, pp. 3376 ss.

(17) Conceptualización del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de uso de tipo exclusivo y excluyente formulado inicialmente por ROCA TRÍAS, E., tras la reforma operada en 1981 (1984, pp. 612-613 y 2011, p. 522) y que, con unos u otros matices en cada caso, defienden asimismo, entre otros, SERRANO ALONSO, E., 1986, p. 107 (quien lo considera como una mera facultad de usar y disfrutar de la vivienda); BLANDINO GARRIDO, M. A., *La Ley*, pp. 1963 ss.; SERRANO GÓMEZ, E., 1999, p. 24; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *Revista de Derecho de Familia*, pp. 26-27; ACHÓN BRUÑÉN, M., *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, pp. 37-86; LEGERÉN MOLINA, A., *CCJC*, p. 532; o MURCIA QUINTANA, E., 1992, p. 252. De tal forma que dada la imposibilidad de concurrencia en distintas personas de la posesión fuera de los casos de indivisión (art. 445 CC) el legislador obliga a tomar en cuenta solo una posesión, que provisionalmente prevalecerá sobre la otra o sobre las demás posesiones aparentemente concurrentes de acuerdo con los criterios formulados en el propio artículo 445 CC [*Cfr.* STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\3301)].

(18) *Cfr.* RRDGRN, entre otras, de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975, FJ 2.º), 20 de octubre de 2016 (RJ 2016\5682, FJ 2.º), 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) o 30 de mayo



Nótese que la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC está precisamente diseñada para los casos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges y el uso se atribuye al cónyuge no titular, como por lo demás se infiere claramente de su tenor literal (*para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular*)⁽¹⁹⁾. No en balde, si el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es el propietario en exclusiva de dicha vivienda –bien porque ya lo era *ab initio* o porque se le adjudica a consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial– el uso carece de sentido, pues dicho uso queda comprendido dentro de sus facultades dominicales⁽²⁰⁾, motivo por el cual la Dirección General de Registros y del Notariado rechaza la posibilidad de acceso del derecho de uso al Registro en tal caso⁽²¹⁾.

Sin embargo, cuando la vivienda es copropiedad del cónyuge beneficiario el derecho de uso se superpone al derecho dominical o cuota que éste tiene, de forma tal que la virtualidad transformadora de la resolución judicial o convenio que atribuye el derecho de uso resulta mucho más limitada, habida cuenta de que el uso y disfrute del bien forma parte de los derechos inherentes a todo comunero (Art. 394 CC). En estos casos la

de 2018 (RJ 2018\2512).

(19) *Cfr.*: SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323, FJ 3.º), 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104, FJ 4.º) y 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352, FJ 2.º).

(20) *Cfr.*, entre otros, ROCA TRÍAS, E., 1984, p. 609; y BERROCAL LANZAROT, A. I., ob. cit., p. 3464. Así lo precisaba, por ejemplo, la SAP de Asturias (Sección 6.ª) de 3 de mayo de 2004 (JUR 2004\190185), según la cual: «Se configura así el derecho de uso [...], al margen de cuál sea su naturaleza (real u obligacional), como un derecho propio, distinto al de propiedad que sobre la vivienda puedan ostentar uno o ambos excónyuges y oponible a terceros. Ahora bien, ello es perfectamente compatible y por ello no obsta en absoluto a la posibilidad de aplicación a tal derecho de uso de las reglas legales generales sobre extinción de derechos y, en este sentido, ya se le configure como un derecho real limitativo del dominio o como una carga obligacional, es evidente que la reunión en una misma persona del gravamen que representa y el dominio de la vivienda a que afecta ha de reputarse lo extingue, obviando así la necesidad de instar la correspondiente modificación de medidas para dejarlo sin efecto. Ello es así porque, si se califica tal derecho de uso como real, aun cuando en nuestro derecho no se regule con carácter general la consolidación como causa de extinción en esta sede, su aplicación general resulta de lo así dispuesto para el usufructo en el artículo 513.2 y, para el de servidumbre en el artículo 546.1, ambos del Código Civil, siendo generalizada esa causa de extinción por la doctrina al resto de los derechos reales limitativos del dominio, desde el momento en que su razón de ser es de aplicación general en cuanto está basada en el principio *nemine res sua servit* esto es en la imposibilidad práctica de ostentar un derecho real limitativo sobre la propia cosa. Por otra parte, la consolidación como causa de extinción del derecho real es una figura paralela y equivalente a la confusión en las obligaciones a la que se refiere el artículo 1192 CC estableciendo que *Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor*. En definitiva [...] sería un contrasentido en sus propios términos que una misma persona fuera titular de un gravamen sobre su propia casa, esto es sujeto activo y pasivo de una misma relación jurídica [...] derivando su actual derecho de uso no de esa atribución sino de las facultades inherentes al derecho de propiedad» (FJ 3.º).

(21) *Vid.* en este sentido las RRDGRN, entre otras, de 6 de julio de 2007 (RJ 2007\6161), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007\6167), 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634), 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3006), 9 de julio de 2013 (RJ 2013\6668) y 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975).



verdadera significación de la atribución del derecho uso radica en que tal uso resulta exclusivo y excluyente del disfrute del otro cónyuge copropietario, modulando con ello las reglas generales aplicables a la comunidad de bienes y obligando a determinar la interacción de derecho de uso con las restantes facultades que a ambos cónyuges les corresponden en su condición de comuneros, en particular –a los efectos que aquí interesan– con la acción de división de la cosa común (Art. 400 CC) y con la facultad de disposición de su cuota que asiste a todo comunero⁽²²⁾ (Art. 399 CC).

En tales casos de vivienda común o copropiedad de ambos cónyuges –independientemente del porcentaje que cada uno de ellos ostente y de cómo se haya llegado a dicha situación de cotitularidad⁽²³⁾– en teoría el cónyuge no beneficiario tiene vetada *ex* artículo 96.3 CC la posibilidad de realizar actos dispositivos susceptibles de constreñir el derecho de uso de la vivienda familiar (lo que por definición no acontecería por la posible y mera enajenación de su cuota de acuerdo con el artículo 399 CC)⁽²⁴⁾, pero no por ello se ve abocado a permanecer *sine die* en régimen de copropiedad⁽²⁵⁾, pues tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial resulta pacífica la admisión de su derecho a ejercitar la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 CC⁽²⁶⁾.

(22) Me refiero únicamente a la posibilidad de disposición de la cuota de los comuneros habida cuenta de que la posibilidad de realización de actos dispositivos no de la cuota sino de los bienes en su totalidad pertenecientes a la comunidad de forma aislada por uno de los comuneros sin el consentimiento de los restantes resulta –al igual que acontece en el caso de la comunidad hereditaria– una cuestión tradicionalmente controvertida a nivel doctrinal y jurisprudencial. *Vid.* en detalle a este respecto FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 166 ss.

(23) Nótese que la copropiedad de ambos cónyuges puede tener su origen en situaciones diversas: puede ser que vigente el matrimonio la vivienda fuese ya de ambos cónyuges por haberla adquirido conjuntamente en copropiedad (con anterioridad o durante la convivencia matrimonial) o puede igualmente deberse a la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndose en la liquidación la propiedad del inmueble a ambos en régimen de copropiedad.

(24) La mera enajenación de la cuota que corresponde a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar copropiedad de ambos en nada empece u obstaculiza el desenvolvimiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido tras la crisis matrimonial, al menos siempre y cuando tal uso conste debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, por más que del tenor literal del artículo 96.3 CC pueda inferirse lo contrario cuando se refiere a la necesidad del consentimiento conjunto de ambos cónyuges para disponer de todo o parte de la vivienda familiar, cuando debiera restringir la necesidad del tal consentimiento a la realización de actos dispositivos que comprometan el derecho de uso de tal vivienda, cual acontece en el caso del Código Civil catalán y de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (*vid. infra* apartado 2).

(25) Si la vivienda familiar pertenece a la sociedad post-ganancial cualquiera de los cónyuges (o sus herederos) podrá solicitar la liquidación del régimen de sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo la vivienda atribuirse en exclusiva a uno de los cónyuges (en caso de cónyuge supérstite *Cfr.* artículo 1406 CC); pero, dicha finalidad puede no cumplirse en caso de adjudicación de la vivienda a ambos cónyuges conjuntamente, constituyendo una comunidad romana, en cuyo caso serán aplicables las cuestiones señaladas en este epígrafe.

(26) Doctrina que recogen, entre otras, las SSTs de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) o, más recientemente, STS de 24 de marzo de 2021 (RJ 2021\1307, FJ 3.º). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de dicha acción de división de la cosa

Tal diferenciación entre el derecho de propiedad de cada uno de los cónyuges copropietarios y el derecho de uso de la vivienda familiar y correlativo reconocimiento del ejercicio de la acción de división de la cosa común (*actio communi dividundo*) se traduce en la posibilidad de traspaso del inmueble a manos de un tercero adquirente de buena fe⁽²⁷⁾, al que el derecho de uso resultará oponible mientras subsista la situación que motivó la atribución del uso [SSTS, entre otras muchas, de 14 de julio de 1994 (RJ 1994\6439), 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9493), 8 de mayo de 2006 (RJ 2006\2342), 27 de junio de 2007 (RJ 2007\3865) 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009\524) o 27 de febrero de 2012 (RJ 2012\3383)] si dicho uso figura inscrito en el Registro o, si pese a no constar registralmente, el adquirente conoce de su existencia (Art. 32 LH, cuya aplicación se supedita igualmente a la concurrencia de buena fe)⁽²⁸⁾. Planteamiento que supone la superación de la teoría previamente acogida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo según la cual el ejercicio de la acción de división implicaba la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar y consiguiente expulsión del cónyuge usuario⁽²⁹⁾.

Asimismo, puede darse el caso que la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso pertenezca a la sociedad post-ganancial no liquidada. En tal caso cualquiera de los cónyuges podrá solicitar en cualquier momento la liquidación de la sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo atribuirse la titularidad de la vivienda en exclusiva a uno de los cónyuges⁽³⁰⁾ o a ambos en régimen de copropiedad, en cuyo caso tendrá lugar la aplicación de las reglas anteriormente referidas (esto es, la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC y la posibilidad de solicitar *ex* artículo 400 CC la división de la cosa común). Por el contrario, en tanto no se proceda a la referida liquidación la limitación del

común puede resultar perjudicial para el cónyuge copropietario y no beneficiario del derecho de uso cuando existen varios inmuebles copropiedad de ambos cónyuges, uno tan solo de los cuales está gravado con el derecho de uso. En tal caso puede procederse a la formación de lotes, de forma que la vivienda familiar se le adjudique al cónyuge beneficiario del derecho de uso y el otro inmueble (caso de que sean dos) se le adjudique al otro cónyuge, habida cuenta de la aplicación de las reglas de la partición hereditaria a la comunidad de bienes (art. 406 CC), tal y como se apreció en el caso enjuiciado por la STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\1992).

(27) *Cfr.*, entre otros muchos, ROBLEDO VILLAR, A., *Diario La Ley*, pp. 986-987; PÉREZ CONESA, C., *Aranzadi Civil-Mercantil*, pp. 75-80; y ZUMAQUERO GIL, L., *RdPat*, pp. 380-383.

(28) Nótese que si el comprador conoce de la existencia del derecho de uso por medios extraregistrales el principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos (art. 32 LH) y de fe pública registral (art. 34 LH) no aplica [STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10136, FJ 4.º)].

(29) *Cfr.* SSTS, entre otras, de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6852) y de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999\3428). No obstante, nada impide la posibilidad de que el derecho de uso pueda extinguirse tras la división de la cosa común cuando así conste por acuerdo de los cónyuges plasmado en el correspondiente convenio regulador, caso del supuesto enjuiciado por la STS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352).

(30) En caso de cónyuge supérstite *vid.* artículo 1406 CC.



artículo 96.3 CC debe compatibilizarse con el incierto régimen general en materia dispositiva aplicable a la sociedad post-ganancial, régimen que en unos casos se identifica con el propio de la comunidad ordinaria/romana y en otros con el de la comunidad hereditaria⁽³¹⁾ (habida cuenta de que, en teoría, antes de la liquidación los cónyuges no son titulares de los bienes que integran la sociedad sino únicamente de un porcentaje o cuota en abstracto sobre tales bienes).

Sea como fuere, independientemente de si se opta por aplicar las reglas de la comunidad ordinaria o las de la comunidad hereditaria, la jurisprudencia estima que la sanción aplicable a los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro sobre bienes concretos pertenecientes a la sociedad post-ganancial no liquidada –caso, por ejemplo, de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso– es la de la nulidad radical, rechazando la aplicación del artículo 1322 CC⁽³²⁾. Consecuentemente, en estos casos la limitación dispositiva del artículo 96.3 CC no llegaría ni tan siquiera a entrar en juego, pues la aplicación de las reglas propias de la sociedad post-ganancial no liquidada ya «blindaría»

(31) En este sentido, por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2000 (RJ 2000\3926) afirma que la comunidad post-ganancial es una comunidad de tipo romano, mientras que la STS de 10 de junio de 2010 (RJ 2010\5387) apuesta por su asimilación a la comunidad hereditaria. A mi modo de ver, lo cierto es que la sociedad post-ganancial no liquidada se asemeja más a la comunidad hereditaria que a la ordinaria, habida cuenta que durante su vigencia los cónyuges únicamente tienen «... una cuota en abstracto sobre la masa ganancial, que se materializará, tras la división-liquidación, en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos singulares que se les adjudique correspondientemente» [Cfr: STS de 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657, FJ 3.º)], a semejanza de cuanto ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición (art. 1068 CC).

(32) Nótese que respecto a la venta de bienes concretos pertenecientes a la comunidad post-ganancial la jurisprudencia estima en algunos casos aplicables las reglas propias de la comunidad ordinaria [SSTS, entre otras, de 8 de marzo de 1965, 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6670), 19 de junio de 1998 (RJ 1998\4901), 23 de enero de 2003 (RJ 2003\607) y 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439)], mientras que en otros opta por la remisión del régimen aplicables a dicha venta al régimen propio de la comunidad hereditaria [SSTS, entre otras, de 4 de enero de 1965, 26 de febrero de 1981 (RJ 1981\611), 28 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6657) y 17 de febrero de 1995 (RJ 1995\1105)]. En aplicación de tales reglas la venta de bienes concretos realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro pendiente la liquidación de la sociedad se considera nula de pleno derecho (Cfr: SANCIENENA ASURMENDI, C., 2009, pp. 125 a 127 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2017, pp. 1283 ss.), en aplicación de los artículos 397 y 399 CC. Por otra parte, en alguna ocasión la jurisprudencia ha estimado la nulidad de la venta de bienes pertenecientes a la comunidad post-ganancial, sin referencia alguna a la aplicación de las normas propias de la comunidad ordinaria o hereditaria (caso, por ejemplo, de la Sentencia de 20 de mayo de 1957). No obstante, a mi parecer la aplicación a la sociedad post-ganancial no liquidada de las reglas propias de la comunidad ordinaria/hereditaria –y, por ende, de los artículos 397 y 399 CC– no supone obstáculo alguno a la validez de los actos dispositivos realizados sobre bienes concretos por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, debiendo diferenciarse la validez del acto dispositivo en el plano obligacional de los efectos jurídico-reales que las limitaciones en el poder de disposición del cónyuge que realiza en el acto llevan aparejadas de cara a la adquisición del bien en cuestión por el comprador (caso de que hablemos, por ejemplo, de la venta del bien). *Vid.* en detalle a este respecto las consideraciones efectuadas en FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 166 ss.



per se la posibilidad de realización por un cónyuge sin consentimiento del otro de cualesquiera actos dispositivos sobre la vivienda familiar susceptibles de comprometer el derecho de uso.

De esta forma, en los casos en los que la vivienda pertenece a la sociedad post-ganancial no liquidada el problema se restringiría –al igual que en los casos de copropiedad *stricto sensu*– a la determinación de si uno de los cónyuges puede disponer sin el consentimiento del otro no de la vivienda como tal, sino de la cuota que sobre dicha vivienda pueda corresponderle tras la liquidación de la sociedad, pregunta cuya respuesta a mi modo de ver debiera ser afirmativa pese al tenor literal del artículo 96.3 CC (cuando exige el consentimiento mutuo *para disponer de todo o parte de la vivienda*), si bien debiendo en todo caso pechar el tercero adquirente con el derecho de uso que recae sobre la vivienda⁽³³⁾.

2. LA DISTINTA SIGNIFICACIÓN DE LA LIMITACIÓN DISPOSITIVA DE LOS ARTÍCULOS 1320 Y 96.3 CC

Tal y como se ha anticipado, la determinación del alcance e implicaciones asociadas a la limitación dispositiva que *ex* artículo 96.3 CC pesa sobre el cónyuge titular de la vivienda familiar durante la vigencia del derecho de uso y la sanción aparejada a su transgresión se encuentra fuertemente condicionada por la posible interrelación de dicho precepto con el artículo 1320 CC previamente analizado⁽³⁴⁾. No en balde son numerosos los autores que identifican la imposibilidad del cónyuge titular de

(33) No en balde, la enajenación de la cuota que le corresponde a cada cónyuge en la sociedad post-ganancial no liquidada no se corresponde *stricto sensu* con la enajenación de la vivienda familiar sobre la que pesa el derecho de uso, salvo indirectamente (en tanto que, lógicamente, dicha vivienda forma parte del activo de la sociedad post-ganancial no liquidada, cual acontece con cualesquiera otros bienes que pertenezcan a dicha sociedad). Así, tras la liquidación de la sociedad la vivienda familiar podrá atribuirse (total o parcialmente) o no al cónyuge que enajenó su cuota a un tercero, resultando –llegado el caso– aplicables a la enajenación de tal cuota las reglas propias del saneamiento por evicción en las ventas alzadas o en globo del artículo 1532 CC cuando la vivienda no le sea finalmente adjudicada tras dicha liquidación. Por el contrario, si la vivienda se le atribuye en exclusiva al cónyuge que enajenó su cuota el derecho de uso sobre tal vivienda deberá ser respetado por el tercero adquirente, al menos siempre y cuando tal derecho conste registralmente inscrito o no constando sea conocido por el adquirente, tratándose en tal caso no de un problema propio del saneamiento en las ventas alzadas o en globo del artículo 1532 CC (que presupone un despojo cuantitativo/material del bien, no meramente cualitativa), sino llegado el caso de saneamiento por cargas o gravámenes ocultos del artículo 1483 CC (siempre que, claro está, pueda estimarse que el derecho de uso puede considerarse oculto/no constituido aún en el momento de la enajenación de la cuota al tercero). Sobre dicho régimen de saneamiento en las ventas alzadas o en globo y su contraposición al saneamiento por cargas o gravámenes ocultos *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 284 ss.).

(34) *Vid. supra* las consideraciones efectuadas en el capítulo relativo a la disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio.



realizar actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso o de autorización judicial supletoria con la prohibición del artículo 1320 CC⁽³⁵⁾ (conclusión que, al menos *a priori*, estaría avalada por el tenor literal casi idéntico de ambos preceptos, particularmente tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021)⁽³⁶⁾. Identidad de razón entre ambas reglas que se aprecia, asimismo, en la catalogación de la limitación dispositiva asociada al uso del cónyuge titular como una prohibición de disponer *ex* artículo 26 LH⁽³⁷⁾, a semejanza de cuanto acontece respecto a la limitación contenida en el artículo 1320 CC⁽³⁸⁾.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la STS plenaria de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) no se pronuncia a este respecto, a diferencia de la STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010\2323), a cuyo tenor el derecho de uso contemplado en el artículo 96 CC.

«... 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”. 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 10 octubre 2008)» (FJ 3.º).

Como puede apreciarse, en el razonamiento transcrito –reproducido a su vez con posterioridad en las SSTs de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018\352, FJ 2.º) y de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930, FJ 3.º), así como en varias resoluciones de la Dirección General de los

(35) *Cfr.*, entre otros GARCÍA CANTERO, G., 1982, pp. 414-415; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., 1986, pp. 151-160; GORDILLO CAÑAS, A., *ADC*, pp. 1154-1155; HERRERO GARCÍA, M. J., 1984, pp. 325-327; O GIL MEMBRADO, C., *ob. cit.*, p. 212.

(36) *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2011, p. 310.

(37) *Vid.* RRDGRN de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999\7680), 31 de marzo de 2000 (RJ 2000\2739), 19 de mayo de 2000 (RJ 2000\5847), 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007\6167)] y 5 de septiembre 2016 (RJ 2016\4617). A nivel doctrinal, a favor de dicha catalogación del artículo 96. IV CC como una genuina prohibición de disponer a los efectos del artículo 26 LH se posiciona GÓMEZ GÁLIGO, F. J., 1992, pp. 129-130. De hecho, visto el tenor literal del artículo 96.3 CC una vez atribuido judicialmente el derecho de uso no parece en absoluto descabellado que la prohibición de disponer prevista en dicho precepto pueda efectivamente encajarse dentro de las prohibiciones del apartado 1.º del artículo 26 LH.

(38) *Cfr.* MATEO SANZ, J. B., 2019, p. 590.



Registros y del Notariado⁽³⁹⁾— no se precisa diferenciación alguna entre la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar prevista en los artículos 96.3 y 1320 CC. Con dicho silencio el Alto Tribunal parece dar a entender que estamos antes reglas *gemelas*, tanto en lo que se refiere a los concretos actos dispositivos sobre la vivienda familiar para los que el cónyuge titular debe contar con el preceptivo consentimiento de su ex cónyuge o autorización judicial supletoria⁽⁴⁰⁾, como a la sanción aplicable en defecto de dicho consentimiento/autorización: la prevista en el artículo 1322 CC⁽⁴¹⁾.

Sin embargo, a mi parecer la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar *ex* artículo 96.3 CC debiera restringirse únicamente al derecho de uso judicialmente —o convencionalmente, en los casos en los que la intervención judicial no resulte preceptiva— atribuido, sin extenderse a la posibilidad de disposición del derecho de propiedad sobre dicho inmueble. Consecuentemente la enajenación realizada unilateralmente de la nuda propiedad de la vivienda familiar no resultaría inválida ni anulable *ex* artículos 1320 y 1322 CC, pues ello supondría confundir el derecho de uso de la vivienda familiar con el derecho que legitima la ocupación vigente el matrimonio, uso que tras la crisis matrimonial goza de autonomía y entidad propia (a diferencia de cuanto acontece vigente el matrimonio)⁽⁴²⁾. Máxime habida cuenta de que dichos artículos 1320 y 1322 CC —integrantes de las reglas de régimen económico primario— resultan inaplicables a los actos dispositivos realizados tras la disolución del régimen económico matrimonial —sea cual fuere— derivada de la nulidad o divorcio que motiva la atribución del uso⁽⁴³⁾, conclusión que, sin embargo, podría *in extremis* discutirse en los casos de mera separación legal de los cónyuges (en los que seguimos contando con la existencia de un régimen

(39) *Vid.*, RRDGRN, entre otras, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009\634, FJ 2.º), 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336, FJ 3.º) y 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512, FJ 3.º).

(40) *Vid. supra* las consideraciones realizadas en el capítulo dedicado a la disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio (apartado II.1).

(41) Así, a favor de la aplicación del artículo 1322 CC como sanción a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular sobre la vivienda familiar atribuida *ex* artículo 96 CC sin consentimiento de su excónyuge o de la correspondiente autorización judicial se posicionan, entre otros muchos, GORDILLO CAÑAS, A., *ob. cit.*, pp. 1154-1155; ELORRIAGA DE BONIS, 1995, p. 550; GARCÍA CANTERO, 1982, p. 415; y BLANDINO GARRIDO, M. A., *ob. cit.*, p. 13. En el caso de CERVILLA GARZÓN, M. D., aun cuando rechaza la aplicación directa del artículo 1322 CC, comparte la sanción en él contemplada: la anulabilidad del acto dispositivo (2005, pp. 69-73).

(42) *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2011, pp. 305 ss.

(43) En contra de la aplicación del artículo 1322 CC a los actos dispositivos sobre la vivienda sobre la que pesa un derecho de uso *ex* artículo 96 CC se posiciona categóricamente CUENA CASAS, M., 2011, pp. 310 y 351-352. La inaplicabilidad del artículo 1322 CC a los actos dispositivos sobre la vivienda familiar en los supuestos del artículo 96 es defendida igualmente, entre otros, por ESPIAU ESPIAU, S., *ob. cit.*, p. 253; MONDEJAR PEÑA, M.ª I., *RdPat*, p. 443; o TAMAYO CARMONA, J. A., 2003, p. 124.



económico matrimonial: el de separación de bienes)⁽⁴⁴⁾. De forma tal que de predicarse la invalidez de los actos dispositivos unilateralmente realizados sobre la vivienda familiar sobre la que pesa el uso –solución dominante a nivel doctrinal y jurisprudencial– la sanción debería instrumentarse a través de la aplicación de otros preceptos, caso particularmente del artículo 1301 CC⁽⁴⁵⁾, tomando como *dies a quo* no la fecha de disolución de la sociedad conyugal o matrimonio (Art. 1301.5.º CC), sino la del conocimiento del acto o contrato dispositivo en el que se omitió el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso (que por definición no podrá ser anterior a la disolución sino siempre posterior)⁽⁴⁶⁾.

A mi parecer, la referida compatibilidad en los casos de copropiedad de los cónyuges de la vivienda familiar entre el derecho de uso y la acción de división de la cosa común –para la que no se requiere el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, que no puede oponerse ni entorpecer dicha facultad de división⁽⁴⁷⁾– no hace sino corroborar el distinto alcance que las limitaciones dispositivas sobre la vivienda familiar derivadas de la aplicación del artículo 96 CC implican respecto a sus homólogas vigentes el matrimonio *ex* artículo 1320 CC. No parece razonable preconizar que en los supuestos de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges éste no pueda enajenar o hipotecar la vivienda familiar sin el consentimiento del

(44) Nótese que la separación de los cónyuges provoca la disolución de la sociedad de gananciales (Arts. 1392.3.º CC, previa decisión judicial en caso de separación de hecho *ex* artículo 1393.3.º CC, separación de hecho que sin embargo –y como se ha dicho anteriormente *ut supra* en el apartado 2 *in fine* del capítulo sobre disposición vigente el matrimonio– no basta *per se* –a diferencia de la judicial– para que la aplicación del artículo 1320 CC decaiga) o del régimen de participación en las ganancias (art. 1415 CC), haciendo entrar en juego –salvo acuerdo en contrario– el régimen de separación de bienes (art. 1435.3.º CC), por lo que en caso de atribución del derecho de uso tras la separación continúa existiendo un régimen económico matrimonial y, por ende, el artículo 1322 CC resultaría técnicamente –siquiera de manera forzada– aplicable. Sin embargo, no cabe perder de vista que tras la separación la vivienda sobre la que pesa el uso ya no es la *vivienda habitual de la familia* a que alude el artículo 1320 CC, sino la vivienda de uno de uno de los cónyuges (el beneficiario del uso) y –en su caso– de los hijos a su cargo.

(45) A favor de la invalidez *ex* artículo 1301 CC y concordantes del acto dispositivo unilateralmente realizado sobre la vivienda sobre que recae el derecho de uso *vid.*, entre otros, LUCINI CASALES, A., *RCDI*, p. 112; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», *Actualidad Civil*, núm. 19, 2005, p. 2348; o DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, p. 132. Sin embargo, a mi parecer, más acertado resulta el planteamiento según el cual la inaplicabilidad del artículo 1322 CC tendría como correlato la plena validez del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, pero debiendo el tercero adquirente pechar con la ocupación de la vivienda por parte de este último, dada la inoponibilidad del acto dispositivo frente al cónyuge titular del uso (*Cfr.* ESPIAU ESPIAU, S., *ob. cit.*, pp. 239 ss.).

(46) *Cfr.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, p. 121.

(47) *Cfr.* STS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9493), citando en igual sentido las anteriores SSTS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989\4295), 6 de junio de 1997 (RJ 1997\4612) y 8 de marzo de 1999 (RJ 1999\1404); 28 de marzo de 2003 (RJ 2003\3040); y 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009\524). En contra *vid.*, por ejemplo, GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., *AC*, p. 89.



otro cónyuge (o autorización judicial) –dada la incompatibilidad entre tales actos dispositivos y el derecho de uso– y, a continuación, reconocer –sin cortapisa alguna– la posible enajenación de la vivienda en copropiedad a resultas del ejercicio de la acción de división de la cosa común sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge. En ambos casos el resultado final es el mismo: la vivienda familiar es adquirida por un tercero al que el derecho de uso resultará oponible en la medida en que éste no reúna los requisitos de los artículos 32 y 34 LH, es decir, si el derecho de uso tiene constancia registral o pese a no tenerla es conocido por el adquirente.

Cuando el cónyuge beneficiario del derecho de uso presta su consentimiento a la enajenación de la vivienda familiar no está consintiendo la transmisión, sino la extinción con motivo de ella de su derecho de uso, por más que la vigente redacción del artículo 96.3 CC se refiera a la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición *de todo o parte* de la vivienda familiar⁽⁴⁸⁾. Lo correcto habría sido que con motivo de la modificación operada en dicho precepto por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad el legislador hubiese aprovechado para referirse a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición por el cónyuge titular *del derecho de uso sobre la vivienda familiar*, en la medida en que la expresión actual induce sobremanera a error o confusión.

Es importante tener en cuenta que el derecho de uso sobre la vivienda familiar constituye una de las diversas facultades que integran el dominio del cónyuge titular/cotitular, restringiendo los actos dispositivos que resulten incompatibles con dicho uso, caso, por ejemplo, del arrendamiento de la vivienda en cuestión. Otro tanto podría decirse de la constitución por parte del cónyuge titular de un derecho de usufructo, de uso o de habitación sobre la vivienda, derechos a los que expresamente alude la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas de sus resoluciones⁽⁴⁹⁾. Por lo tanto, a mi parecer el cónyuge

(48) *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2011, p. 310. Así se desprende, por lo demás, de la catalogación del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho ocupacional de «naturaleza familiar», esto es, especial y ajeno a la contraposición derechos reales *vs* derechos de crédito [*vid.*, por ejemplo, RDGRN de 19 de enero de 2016 (RJ 2016\2975)] y se confirma en las RRDGRN, entre otras, de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) o 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999).

(49) Conforme con lo expuesto, la RDGRN de 21 de junio de 2004 (RJ 2004\5487) confirmó la calificación negativa del registrador en cuanto «no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de si podría inscribirse tal derecho como sucesivo al usufructo actual, pero este tema no se plantea, dados los términos del Convenio expresado» (FJ 4.º). No acontece lo mismo con la constitución, por ejemplo, de una servidumbre de paso externa a la vivienda habitual, pues si bien se trata de un acto de disposición no resulta incompatible con el uso familiar de



titular puede enajenar la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso, resultando en tal caso inaplicables los artículos 1320 y 1322 CC⁽⁵⁰⁾, tal y como por lo demás se establece en el artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁽⁵¹⁾, siguiendo la estela del artículo 233-25 CCCat⁽⁵²⁾ y de la Ley 72 Fuero Nuevo de Navarra⁽⁵³⁾. No en balde, tal esquema es el mismo que se produce en los casos de enajenación de una vivienda arrendada *ex* artículo 14 LAU, o cuando uno adquiere un inmueble sobre el que pesa un derecho de usufructo o un derecho de uso o habitación⁽⁵⁴⁾.

El correlato en tales casos en los que uno de los cónyuges dispone de todo o parte de la vivienda familiar –que no de su derecho de uso– sin el consentimiento del otro se cifra en que el adquirente deberá asumir la continuidad del derecho de uso siempre y cuando éste figure inscrito en el Registro de la Propiedad o sin estar inscrito tuviera conocimiento de su existencia. Por el contrario, si el derecho de uso no figura inscrito y el comprador de la vivienda desconoce su existencia –en atención a las vertientes positiva y negativa de la fe pública registral antes referidas⁽⁵⁵⁾– éste deberá ser considerado a todos los efectos tercero hipotecario del artículo 34 LH, resultándole inoponible el derecho de uso⁽⁵⁶⁾. Es de acuerdo con tal planteamiento que debe entenderse la referencia en la vigente redacción del artículo 96.3 CC, tras la Ley 8/2021 de reforma en materia apoyo a las personas con discapacidad, al hecho de que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», regla gemela que encontramos igualmente en el artículo 1320 CC *in fine*, pero con una significación e

la vivienda, ni vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC ni tras la crisis matrimonial *ex* artículo 96. IV CC [Cfr: RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999)].

(50) Cfr: SSTS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330, FJ 6.º) y de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274, FJ 7.º).

(51) Según dicho artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código Civil de la APDC: «Los actos dispositivos realizados por el único titular del inmueble no precisan ser consentidos por el cónyuge al que se le asignó el uso, ni ser autorizados por el juez, aunque habrán de respetar la atribución de uso decretada a favor del primero».

(52) De acuerdo con el artículo 233-25 CCCat: «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».

(53) Según la referida Ley 72 *in fine* del Fuero Nuevo de Navarra: «Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido».

(54) Es evidente que el arrendador puede enajenar la vivienda arrendada, del mismo modo que puede hacerlo el nudo propietario en caso de usufructo o el propietario de un inmueble sobre el que pesa un derecho de uso o habitación, planteamiento que resulta igualmente extrapolable a los casos de enajenación por el cónyuge titular de la vivienda sobre la que recae el derecho de uso.

(55) *Vid. supra* nota 71.

(56) Cfr: CUENA CASAS, M., 2011, pp. 308-309.



implicaciones diferentes en los términos previamente apuntados⁽⁵⁷⁾. Así pues, como certeramente destaca la RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (BOE-A-2023-15169), si el derecho de uso o –como expresamente prevé el vigente artículo 96.3 CC tras la reforma operada por la Ley 8/2021– la restricción dispositiva no figuran debidamente inscritos en el Registro no podrá en principio perjudicar a terceros, no pudiendo el registrador exigir para practicar la inscripción del acto dispositivo realizado sobre la vivienda perteneciente al cónyuge divorciado el consentimiento o autorización judicial a que se refiere el artículo 1320 CC, debiendo «... estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del excónyuge disponente» (FJ 7.º), fórmula en atención a la cual debe entenderse la actual referencia de dicho artículo 96.3 CC –en conexión con la regla del artículo 91 RH– a que *la manifestación errónea o falsa del disponente no perjudicará al adquirente de buena fe*⁽⁵⁸⁾.

Mayores problemas pueden suscitar los casos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar deriva de la adopción de una medida provisional en el transcurso del procedimiento de separación o divorcio (Art. 103 CC) o de la resolución o acta notarial que decreta la separación legal de los cónyuges (problema que se acrecienta con la separación de hecho, en los términos antes apuntados), ya que las reglas del régimen matrimonial primario dentro de las cuales se ubican los artículos 1320 y 1322 CC continúan siendo aplicables, dado que no es hasta la sentencia de nulidad, separación o divorcio cuando la disolución del régimen económico matrimonial tiene lugar⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, incluso en tales casos la aplicación de dichos preceptos a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular que se limitan a la nuda propiedad no parece que debiera tener cabida, pues en ambas hipótesis el uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular goza –salvo en la separación de hecho– de un *status* jurídico autónomo derivado de su reconocimiento judicial y, por ende, oponible frente a terceros adquirentes en tanto en cuanto el uso figure inscrito en el Registro, como expresamente contempla el artículo 219-23.1 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁽⁶⁰⁾.

(57) *Vid. supra* apartado 2.3.

(58) *Cfr.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, pp. 120-122.

(59) A propósito de la aplicabilidad de los artículos 1320 y 1322 CC a los actos dispositivos sobre los que pesa el uso en caso separación de hecho *vs* legal de los cónyuges *vid. supra* las consideraciones realizadas en el apartado 2 *in fine* del capítulo de disposición de la vivienda vigente el matrimonio, así como en la nota 44 del presente capítulo.

(60) Y es que el referido artículo 219-23.1 de la Propuesta expresamente contempla la diferenciación entre atribución del derecho de uso a resultas de una medida provisional o definitiva, al establecer que «La adjudicación del derecho de uso puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad o inscribirse si se adopta como medida definitiva».



3. CASUÍSTICA PARTICULAR DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA SOBRE LA QUE RECAE EL DERECHO DE USO

Dentro de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar proscritos por el artículo 96.3 CC tanto la jurisprudencia como la Dirección General de los Registros y del Notariado incluyen su hipoteca. Sin embargo, a mi parecer –y a diferencia de cuanto acontece con la constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación– la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución del derecho de uso no debería comprenderse dentro de la limitación dispositiva prevista en dicho precepto, al igual que acontece con la enajenación voluntaria de la mera propiedad de la vivienda en los términos previamente apuntados.

La justificación aducida por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Supremo para la incardinación de la hipoteca dentro de los actos dispositivos incompatibles con el derecho de uso sobre la vivienda familiar –y por ende proscritos de acuerdo con el artículo 96.3 CC– estriba en la potencial sustracción de la vivienda a la familia que la ejecución hipotecaria entraña, conclusión que se extrapola igualmente vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC⁽⁶¹⁾. No obstante, lo cierto es que dicho planteamiento no puede ser compartido y merece un análisis más en detalle, habida cuenta de las distintas hipótesis que pueden darse y de las matizaciones que deben tenerse en cuenta en lo que atañe a la posibilidad del cónyuge beneficiario del derecho de uso de hacer valer su derecho en el transcurso del procedimiento de ejecución, aun cuando la hipoteca sea anterior a la atribución del uso.

Como se ha apuntado, el derecho de uso se circunscribe a una de las facultades que integran el dominio sobre la vivienda familiar –la facultad de uso y disfrute–, de tal forma que dicho uso no se ve obstaculizado por el hecho de que el cónyuge titular hipoteque el inmueble, del mismo modo que el nudo propietario puede hipotecar el bien sin merma alguna del derecho del usufructuario (Arts. 489 CC y 107.2.º LH)⁽⁶²⁾. De ahí que la inclusión de la hipoteca por el cónyuge titular de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso dentro de los actos dispositivos vedados por el artículo 96.3 CC no resulte en modo alguna acertada, apreciándose nuevamente en este punto una confusión entre el significado de la limitación dispositiva del cónyuge titular vigente el matrimonio *ex* artículo 1320

(61) *Cfr.* RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999) y STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445). *Vid.* a este respecto ELORRIAGA DE BONIS, F., ob. cit., pp. 290-291 (si bien a propósito del artículo 1320 CC, pese a lo cual los razonamientos resultan perfectamente extrapolables al vigente artículo 96.3 CC).

(62) *Vid.* la interpretación de dicho artículo 107.2.º efectuado, por ejemplo, en la STS de 13 de diciembre de 2010 (RJ 2011\140, FJ 5.º).



CC y el alcance de dicha limitación tras la crisis matrimonial, al igual que acontece en el caso de la enajenación.

Vigente el matrimonio el uso y disfrute de la vivienda familiar por el cónyuge no titular deriva en exclusiva de la propiedad del otro cónyuge y carece de entidad propia a efectos registrales (reducida a la manifestación del disponente sobre el carácter familiar o no de la vivienda en el momento de disposición), de forma tal que la pérdida del dominio por parte de este último tendrá como correlato la imposibilidad de que el uso familiar de la vivienda persista, de ahí que la hipoteca del inmueble suponga un riesgo potencial de desaparición del destino familiar del inmueble que, por ende, queda subsumido dentro de los actos dispositivos que requieren del consentimiento de ambos cónyuges *ex* artículo 1320 CC⁽⁶³⁾.

Por el contrario, como se ha dicho, tras la crisis matrimonial el uso de la vivienda familiar goza de un *status* jurídico autónomo de acuerdo con el artículo 96.3 CC, lo que posibilita una clara diferenciación entre la nuda propiedad del inmueble –afectada por el derecho de hipoteca– y su uso y disfrute, que no se ve en modo alguno comprometido por la posibilidad de una ejecución hipotecaria *ad futurum*. Así parece corroborarse por lo demás en modelo adoptado por el legislador catalán, visto que de acuerdo con el tenor literal del artículo 569-31 CCCat la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar no resulta aplicable cuando tras la separación/divorcio se ha adjudicado el derecho de uso al cónyuge no titular (recuérdese que el artículo 223-25 posibilita la disposición *sin perjuicio del derecho de uso*, derecho de uso que no se ve afectado por la hipoteca, al menos cuando aquél conste debidamente inscrito).

Consecuentemente, la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución judicial del derecho de uso no es susceptible de enervar dicho derecho cuando éste figura inscrito, fruto de la mera aplicación del principio de prioridad registral. Más aún, pese a que el derecho de uso sobre la vivienda no figure inscrito en el Registro de la Propiedad el tercero adquirente deberá respetarlo si tiene conocimiento de su existencia al margen de la información registral, en atención a las ya referidas vertientes positiva y negativa de la buena fe exigida al tercero hipotecario para ser considerado como tal *ex* artículos 32 y 34 LH⁽⁶⁴⁾.

Por otro lado, aun cuando la inscripción de la hipoteca resulte anterior al matrimonio o a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar si el ejecutante conoce con anterioridad a la presentación de la

(63) A propósito de la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 CC *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, F., *ob. cit.*, pp. 288-290.

(64) *Vid. supra* nota 71.



demanda de ejecución la existencia del derecho de uso o éste figura inscrito en el Registro de la Propiedad se plantea la necesidad de determinar el grado de intervención que el cónyuge beneficiario ha de tener en el proceso de ejecución, en aplicación de los artículos 132 LH y 661, 662, 675 y 686 LEC, así como de la doctrina relativa al tercero poseedor de bienes hipotecados dimanante de la STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013\79). Máxime habida cuenta que el artículo 144.5 RH exige, además, para proceder a la «... anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado» cuando el carácter de vivienda familiar conste registralmente⁽⁶⁵⁾.

Hasta hace bien poco y de acuerdo con la RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336) se estimaba que en el caso del derecho de uso sobre la vivienda familiar no resultaba aplicable el artículo 661 LEC, pues la obligación de comunicación de la ejecución a que se refiere dicho precepto se restringe a los arrendatarios y a los ocupantes de hecho, figuras ambas dentro de las cuales no podía encuadrarse el derecho de uso inscrito en el Registro. El derecho de uso del cónyuge no titular se incardinaba en el artículo 662 LEC dedicado a los terceros poseedores cuyo derecho figura inscrito, a diferencia del tercero ocupante del artículo 661 LEC que únicamente ostenta un título posesorio no inscrito *ex* artículo 438 CC. Consecuentemente el cónyuge beneficiario del uso registralmente inscrito debía ser –al igual que ocurre en el caso del usufructuario⁽⁶⁶⁾– demandado en el transcurso del procedimiento ejecutivo y requerido de pago de acuerdo con los artículos 686 LEC y 132 LH, aun cuando la hipoteca fuese anterior a la atribución judicial de dicho uso, ya que de no ser así la adquisición derivada de la ejecución del inmueble no podría inscribirse en el Registro, tal y como se estimó en la RDGRN de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4617).

Por el contrario, cuando el derecho de uso no figura en el Registro de la Propiedad dicho derecho no podrá ser opuesto a terceros –como el acreedor hipotecante o el adquirente del remate– que cuenten con inscripción registral previa de su derecho y cumplan los requisitos del artículo 34 LH [SSTS de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10430) y 22 de abril de 2004 (RJ 2004\2713)]. Es más, en tales casos queda excluida la posibilidad de denegar la inscripción del título del adquirente como consecuencia del proceso ejecutivo, pues tanto el artículo 132 LH como el

(65) Acerca de la interpretación de dicho artículo 144.5 RH y su interrelación con el artículo 1320 CC *vid.* RRDGRN de 13 de julio de 1988 (RJ 1998\5967) y 23 de julio de 2011 (RJ 2011\6412) y RDGS-JFP de 23 de diciembre de 2021 (RJ 2021\5817).

(66) *Vid.* RDGRN de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015\1595).

artículo 662 LEC se refieren exclusivamente a titulares de derechos inscritos⁽⁶⁷⁾ (los únicos a los cuales debe ofrecérseles la posibilidad de liberar el bien). De esta forma, la intervención del cónyuge beneficiario se circunscribe al ámbito procesal, por lo que si después de la interposición de la demanda ejecutiva se desvela la ocupación de la vivienda en virtud de su derecho de uso no inscrito deberá ser notificado para que, de acuerdo con el artículo 661 LEC –y como cualquier otro ocupante de hecho–, presente al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria. Si el Tribunal considera que el cónyuge beneficiario tiene derecho a permanecer en el inmueble el procedimiento ejecutivo continuará adelante, remitiéndose la discusión acerca de la oponibilidad o no de dicho derecho frente al tercero adquirente al correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad⁽⁶⁸⁾.

No obstante, el esquema de funcionamiento descrito se ha visto parcialmente alterado en lo que concierne al grado de intervención en el procedimiento de ejecución hipotecaria del cónyuge cuyo derecho de uso figura inscrito en el Registro de la Propiedad por la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930), en la que el Tribunal rechaza la posibilidad de subsunción del titular del derecho de uso dentro del ámbito de aplicación del artículo 662 LEC, enmendando el planteamiento adoptado por la anteriormente referida RDGRN de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4617).

Así, en dicha Sentencia el Tribunal Supremo, tras refrendar la imposibilidad de catalogación del derecho de uso como un derecho real –ni tan siquiera atípico–, sino como un mero derecho de naturaleza familiar que legitima la ocupación de la vivienda por parte del cónyuge titular y, en su caso, de los hijos, susceptible de ser inscrito y oponible a terceros cuyos derechos accedan posteriormente al Registro, niega que el beneficiario del tal uso «... deba ser parte necesaria en el proceso de ejecución hipotecaria, como tampoco lo son los titulares de otros derechos o cargas inscritos» (FJ 3.º).

Según el Tribunal Supremo el cónyuge beneficiario del uso no puede ser catalogado como tercer poseedor a los efectos del artículo 662 LEC, habida cuenta de que «... la cónyuge del titular de la vivienda no adquirió

(67) *Vid.* en el mismo sentido la RDGRN de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2512, FJ 3.º *in fine*).

(68) De hecho, la estimación por el juez de la procedencia de la permanencia del cónyuge beneficiario en la vivienda familiar objeto de ejecución hipotecaria se dio en el caso enjuiciado por la referida RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336), obligando al tercero adquirente del remate a acudir al correspondiente procedimiento declarativo para dejar sin efecto el derecho de uso no inscrito, si bien permitiendo entretanto la inscripción de su adquisición en el Registro en atención a los razonamientos expuestos.



el bien hipotecado, ni es titular de ningún derecho real sobre dicho inmueble, sino que ostenta un simple derecho de uso bajo la disciplina del derecho de familia, y conforme a tal normativa se requiere su consentimiento para disponer sobre aquella vivienda u obtener, en su caso, autorización judicial *ad hoc* para gravarla o enajenarla (Art. 96 CC)» (FJ 3.º). Visto que dicho precepto se refiere a los sujetos adquirentes del usufructo, dominio útil, la nuda propiedad o dominio directo de la finca hipotecada o embargada la asimilación de la situación procesal del cónyuge beneficiario del derecho de uso a tales supuestos resulta para el Alto Tribunal *realmente forzada*,

«... sin que sea argumento bastante para ello que, a tales efectos, se inscriba en el registro de la propiedad. También los arrendamientos tienen acceso al registro (Art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (Art. 25 LAU)» (FJ 3.º).

Consecuentemente, de acuerdo con el planteamiento adoptado por dicha Sentencia, descartada la catalogación del cónyuge beneficiario del derecho uso inscrito como tercero poseedor a los efectos del artículo 662 LEC éste ni es parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria ni debe ser requerido de pago *ex* artículos 685 y 686 LEC, sino únicamente notificado de la incoación de tal procedimiento *ex* artículo 659 LEC como cualquier otro ocupante de hecho (Art. 661 LEC), doctrina ya acogida por la Dirección General, caso, por ejemplo, de la RDGSFP de 11 de marzo de 2024 (BOE-A-2024-7170).

A mi parecer, el razonamiento descrito adoptado por el Alto Tribunal parece acertado, en la medida en que –como la propia Sentencia destaca– en estos casos no resulta aplicable la doctrina de la STC de 8 de abril de 2013, toda vez que: 1) En puridad el razonamiento del Tribunal Constitucional se restringe a los casos en los que el tercero poseedor ostenta un título adquisitivo inscrito en el Registro, título éste que no se da en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar, habida cuenta de que – como se ha destacado reiteradamente– tal uso «... no es un derecho real ni de crédito por carecer de contenido patrimonial, sino un derecho de familia sometido a una concreta disciplina jurídica ajena a aquellos otros derechos, y condicionada a las vicisitudes por las que discurren las dinámicas relaciones familiares» (FJ 3.º), lo que justifica la imposibilidad de reconocerle todos los derechos de parte procesal en el proceso ejecutivo, y más concretamente de oponerse a la ejecución hipotecaria en curso; 2) La equiparación de la situación del cónyuge beneficiario del derecho de

uso inscrito a la de cualquier otro ocupante de hecho no le produce indefensión alguna (indefensión que es la realmente proscrita por el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia), ya que tras la notificación del procedimiento de ejecución puede presentar al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria (Art. 675 LEC). De tal forma que el procedimiento ejecutivo proseguirá su cauce si el Tribunal considera que dicho cónyuge tiene derecho a permanecer en la vivienda, a salvo la posterior discusión acerca de la oponibilidad del uso en el correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si –como aconteció en el caso enjuiciado por la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023\180930)– el Tribunal que conoce de la ejecución dictamina que no ha lugar a que el cónyuge beneficiario del uso continúe en posesión del inmueble éste podrá incoar un procedimiento de modificación de medidas, dada la alteración sustancial de las circunstancias que comporta la pérdida tras la ejecución de dicho uso⁽⁶⁹⁾.

Todo ello partiendo de la base de que estamos hablando de supuestos como el de Autos, en los cuales el derecho de uso en ningún caso puede prevalecer o resultar oponible al tercero adquirente en el proceso de ejecución hipotecaria de acuerdo de los principios generales aplicables en materia registral e hipotecaria, habida cuenta de que la hipoteca resulta anterior al matrimonio y, por ende, la restricción al poder de disposición del cónyuge titular del artículo 96.3 CC no puede entrar en juego, lo que justifica la privación al cónyuge beneficiario del uso de oponerse al procedimiento de ejecución mismo, visto que –como la propia STC de 8 de abril de 2013 destacaba⁽⁷⁰⁾– en tal caso el uso nunca podrá prevalecer.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUNÉN, M., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006, pp. 37-86 (disponible online en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned: BFD-2006-28-2858349E&dsID=PDF>).
- BELLO JANEIRO, D., «El precario», *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1995, pp. 161-180.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3458-3508.

(69) En sentido también favorable a este enfoque adoptado por el Tribunal Supremo *vid.*, asimismo, los razonamientos efectuados por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *CCJC*, pp. 137-141.

(70) *Vid.* STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013\79, FJ 4.º).



- BLANDINO GARRIDO, M. A., «Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial», *La Ley*, núm. 2, 1998, pp. 1963-1981.
- CARRASCO PERERA, A. F., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 551-568.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tol-sada, M. Y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-441.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Atribución del uso de la vivienda del artículo 96 CC. Situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución: comentario a la STS 526/2023, de 18 de abril», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 124, 2024, pp. 113-146.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, 2018.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., y GAGO SIMARRO, C., «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 788, pp. 3369-3341.
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 96 y 1320», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II y T. XVIII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 406-415 y 125-133.
- GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.
- GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución de uso de vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *Actualidad Civil*, núm. 5, 1994, pp. 75-96.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, en Viladrich Bataller, P. J. (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 125-171.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible: oportunidad perdida en la Ley 8/2021», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, 2023, pp. 1153-1171.
- «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en Sanción Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 397-418.



- GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, pp. 1111-1160 (disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40111101160).
- HERRERO GARCÍA, M. J., «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pp. 291-340.
- LEGERÉN MOLINA, A., «Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, 2013, pp. 525-544.
- LUCINI CASALES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596, 1990, pp. 87-119.
- MATEO SANZ, J. B., «Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 570-608.
- MONDÉJAR PEÑA, M.^a I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, pp. 437-448.
- MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (Art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid, 1992.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, núm. 19, 1986, pp. 1331-1335.
- PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2012, pp. 75-80.
- PERTÍNEZ VÍLchez, F., «El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar. Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 18, 2004, pp. 343-359 (disponible online en <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-18-enerodiciembre-2004/el-derecho-de-personacion-en-el-proceso-matrimonial-del-tercero-propietario-de-la-vivienda-familiar-0>).
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *El Régimen de Gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.
- RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ROBLEDO VILLAR, A., «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial: mención especial a la STS (Sala 1.^a) de 14 de julio de 1994», *Diario La Ley*, núm. 4, 1995, pp. 981-987.
- ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 607-614.
- «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en Cañizares Laso, A. *et al* (Dir.), *Código Civil comentado*, vol. I, Civitas, Pamplona. 2011, pp. 521-526.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R., «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, 1999, pp. 21-66.



- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en Viladrich Bataller, P. J. (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Eunsa, Pamplona, 1986, pp. 85-124.
- SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- ZUMAQUERO GIL, L., «El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 32, 2013, pp. 373-383.

