

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2024

Número 124 (Enero-Abril)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

3137

Comentario

1. Atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC: situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución (ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO)

III. El principio de especialidad registral

1. El titular del derecho de uso de la vivienda

Comentario

1 Atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC: situación registral y procesal del cónyuge en el proceso de ejecución

Comentario a la STS 526/2023, de 18 de abril

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

ISSN 0212-6206

**Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 124
Enero - Abril 2024**

Sumario:

- I. Planteamiento general: la atribución del uso de la vivienda en las crisis matrimoniales y su reflejo registral
- II. El reflejo registral de la atribución del uso de la vivienda y de la restricción a las facultades dispositivas sobre la misma
- III. El principio de especialidad registral
 1. El titular del derecho de uso de la vivienda
 2. La identificación de la finca que constituye la vivienda familiar
 3. La necesidad de concretar el límite temporal del derecho de uso
- IV. La constancia registral de la atribución del uso de la vivienda en defecto de acuerdo entre los cónyuges y en el convenio regulador
 1. Atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos y acción de división

2. Atribución del uso cuando un cónyuge es copropietario de la vivienda con un extraño, o cuando está cedida en precario a los cónyuges por un tercero

V. El derecho de uso ante los actos de disposición voluntaria de la vivienda

VI. Hipoteca y atribución del uso de la vivienda

1. Constitución e inscripción registral de la hipoteca sobre la vivienda
2. La fase de ejecución de la hipoteca cuando consta inscrita la atribución del uso de la vivienda

VII. Conflicto entre cargas anteriores y posteriores al asiento de inscripción del derecho de hipoteca como consecuencia de la ejecución: el principio de prioridad registral y los principios de subsistencia y extinción

VIII. Situación procesal del cónyuge a quien se ha atribuido el uso de la vivienda, en caso de ejecución

IX. De nuevo sobre los límites a la calificación registral de los documentos judiciales

RESUMEN:

Tras el divorcio de los cónyuges, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar figura en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la constitución de la hipoteca sobre esa misma vivienda. En fase de ejecución de la hipoteca no puede considerarse al usuario de la vivienda como parte en el proceso (como si fuera un tercer poseedor), sino como un simple ocupante, cuyo derecho va a quedar extinguido tras la ejecución.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar - Derecho de uso - Ejecución hipotecaria

ABSTRACT:

After the divorce of the spouses, the attribution of the right to use the family home appears in the Property Registry after the constitution of the mortgage on that same home. In the mortgage foreclosure phase, the user of the home cannot be considered as a party to the process (as if he were a third holder), but rather as a simple occupant, whose right will be extinguished after the foreclosure.

KEYWORDS: Family home - Right of use - Foreclosure

PONENTE:

José Luis Seoane Spiegelberg

DOCTRINA:

El uso de la vivienda familiar 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.

No cabe asimilar al cónyuge, titular del uso de la vivienda familiar, con la condición de tercer poseedor contemplada en el art. 662 LEC, ni tampoco se trata de un tercer poseedor de los bienes hipotecados que hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes conforme al art. 685.1 LEC, con todos los derechos de parte, y, entre ellos, el de oponerse a la ejecución al amparo del art. 695 LEC.

Si antes de la constitución del gravamen, que supone la hipoteca, el derecho de uso figura inscrito en el registro de la propiedad se precisa el consentimiento del titular de este último

para disponer sobre la vivienda familiar. Situación distinta es la del caso que nos ocupa, en el que la hipoteca es anterior a la atribución judicial del uso, al haberse constituido, en estado de soltero, por el que fue marido de D.^a Daniela, por lo que la restricción de la facultad de disposición, que implica la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular, no podía ser lesionada.

HECHOS:

El pleito tiene su origen en la RDGRN de 5 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4617). Por la vía del art. 328 LH se recurre ante el orden jurisdiccional civil la calificación negativa del Registrador, que fue confirmada por la citada Resolución. La SJPI de Granada de 27 de marzo de 2018 estimó la demanda y consideró no ajustada a derecho la calificación registral. Esta sentencia fue recurrida en apelación por la representación de la Administración del Estado, y confirmada por la SAP Granada (Secc. 4^a) de 11 de enero de 2019 (JUR 2019\240726). El Abogado del Estado, en representación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, interpuso recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

Se trata de un procedimiento de ejecución hipotecaria (arts. 681 y ss. de la LEC). En decreto de adjudicación, de fecha 11 de enero de 2016, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada, se adjudicó a «Real Estate Ventures Spain, S.L.», por cesión del remate, la finca registral hipotecada (una vivienda). Presentado testimonio del citado decreto fue objeto de calificación negativa por el Registrador de la Propiedad.

La hipoteca se había constituido por don Hugo mediante escritura pública otorgada el 12 de noviembre de 2003 sobre una vivienda privativa del mismo, siendo inscrita en el folio registral de la referida finca (inscripción 8^a). El 15 de enero de 2013 se hace constar al margen de la inscripción de la hipoteca la certificación de cargas del art. 688 LEC, a efectos de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Sobre la vivienda objeto de ejecución, según su inscripción 9^a, de fecha 4 de marzo de 2005, consta inscrito como medida provisional un derecho de uso y disfrute de esta finca como vivienda familiar a favor de D.^a M.B.C.G. (ex esposa del hipotecante) y de sus dos hijos menores, medida provisional convertida en definitiva, concretándose la identidad de los menores, según la inscripción 10^a, de fecha 17 de junio de 2013. En decreto 11 de enero de 2016 se adjudica la vivienda hipotecada «Real Estate Ventures Spain, S.L.», por cesión del remate del Banco acreedor y adjudicatario.

La suspensión de la inscripción del auto de adjudicación recaído en el procedimiento de ejecución hipotecaria se refiere a varios defectos. En lo que aquí interesa, que es lo que se discute en el pleito, la nota de calificación registral considera necesario, para proceder a la inscripción, que en el mandamiento de cancelación de cargas se ordene judicialmente la cancelación del derecho de uso de la vivienda familiar, ya que existen terceros poseedores, dado el derecho de uso de vivienda familiar, inscrito con anterioridad a extenderse la nota marginal de expedición de cargas, los cuales (ex esposa a hijos) «debieron ser demandados y requeridos de pago, todos ellos, junto con el deudor hipotecante, conforme a los arts. 685 y 686 de la LEC y [artículo 132.1º LH](#)» ya que aunque la identidad de los menores se concretó con posterioridad a la nota de expedición de cargas, el derecho de uso constaba inscrito con anterioridad a dicha nota.

La sociedad adjudicataria considera, en cambio, que la constancia de ser la finca hipotecada vivienda familiar de la ex esposa del hipotecante y sus hijos menores, con anterioridad a la fecha de la nota marginal de expedición de cargas, refleja que los mismos son terceros ocupantes y no terceros poseedores, conforme al [artículo 438 CC](#), por lo que no tienen que ser demandados ni requeridos de pago.

COMENTARIO¹⁾

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN LAS CRISIS MATRIMONIALES Y SU REFLEJO REGISTRAL

La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales puede tener reflejo registral a efectos de su oponibilidad a terceros y, además, como es el caso, puede provocar algunos conflictos con la hipoteca que recae sobre dicha vivienda cuando entra en fase de ejecución. Por lo que se refiere a la regulación del convenio regulador, el art. 90.1.c) del CC impone, dentro de su contenido mínimo, que se incluya «la atribución del uso de la vivienda». A falta de acuerdo, los arts. 91, 96 y 103 CC se refieren igualmente a la necesidad de que el Juez fije cuál de los cónyuges ha de continuar con el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la familia. La atribución del uso de la vivienda en estos supuestos se hace en función del interés más digno de protección, o porque a uno de los cónyuges le es atribuida la custodia de los hijos comunes menores de edad, o incluso la de los hijos mayores de edad que estuvieran en situación de discapacidad.

Tras la reforma operada por Ley 8/2021, de 8 de junio (RCL 2021\1062), el legislador, en vez de regular el derecho de uso atribuido al cónyuge y a los hijos (sobre el que ya existía una línea jurisprudencial y registral consolidada), ha optado por desarrollar lo que ya recogía el ap. 4º del art. 96 CC, y establecer el mismo régimen previsto en el art. 1320 CC (dentro de las disposiciones sobre el régimen matrimonial primario) casi de manera literal, con la única novedad de posibilitar la constancia en el Registro de la Propiedad de la restricción de la facultad dispositiva de la vivienda familiar. En este sentido, y con independencia de a quién pertenezca la titularidad de la vivienda y de los objetos de uso ordinario de ella, a efectos de los actos de disposición sobre los mismos, se establece la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Aunque el régimen es idéntico al del art. 1320 CC, este precepto no puede resultar aplicable porque requiere la subsistencia del matrimonio con independencia de su régimen económico; y el art. 96 CC se encuadra dentro de los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio.

La sentencia objeto de comentario, antes de centrarse en el objeto principal de la controversia (si el titular del uso de la vivienda familiar es o no parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria) realiza una serie de consideraciones sobre la naturaleza del derecho de uso, la limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda, y la finalidad que se pretende con su acceso al Registro de la Propiedad. Por ello antes de centrarme en los aspectos procesales del problema, me voy a referir a la configuración del derecho de uso de la vivienda familiar, a las consecuencias que tiene desde la perspectiva de la limitación de las facultades dispositivas sobre dicha vivienda, y en cómo se ha ido perfilando su constancia registral por la jurisprudencia del TS y por la DGRN (hoy DGSJFP).

II. EL REFLEJO REGISTRAL DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y DE LA RESTRICCIÓN A LAS FACULTADES DISPOSITIVAS SOBRE LA MISMA

Como acabo de destacar, frente al texto del art. 1320 CC, el vigente art. 96.3 CC prevé expresamente la constancia en el Registro de la Propiedad de la restricción a la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar. Antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, el ap. 4º del art. 96 CC se limitaba a decir: «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». El legislador tenía la opción de regular la constancia registral del *derecho de uso* atribuido, cuestión sobre la que había ya recaído una abundante jurisprudencia, pero ha optado insistir en la idea de la restricción de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar, como consecuencia de la atribución del referido uso. Por lo que se refiere a la sentencia objeto de comentario, cuando el asunto se plantea ante los tribunales estaba vigente el art. 96 CC en la redacción que le había dado la Ley 30/1981, de 7 de julio; pero la jurisprudencia ya había admitido la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso y de la consiguiente limitación a las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar. En cualquier caso, la solución final hubiera sido la misma, porque los problemas que se debaten tienen naturaleza procesal y registral.

Ante el silencio del CC (antes de la Ley 8/2021) sobre la posible constancia registral de la referida limitación de las facultades dispositivas, los autores habían discutido con diferentes argumentos si atribución del uso sobre la vivienda era un derecho de naturaleza personal o real. En la jurisprudencia se reflejaba este mismo debate [*vid.* especialmente las SSTs de 11 diciembre 1992 (RJ 1992\10136), 18 octubre 1994 (RJ 1994\7722), 4 abril 1997 (RJ 1997\2636) 14 diciembre 2004 (RJ 2004\7919)]. El art. 233-22 CCCat ya había optado por admitir y regular el acceso de este derecho de uso al Registro de la Propiedad, sin pronunciarse expresamente sobre su naturaleza. Ha venido siendo habitual destacar que el CC no especifica si el derecho de uso de la vivienda familiar tiene naturaleza real o personal, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán. Tal afirmación es errónea y procede de una consideración, *obiter dictum*, de la STS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010\1274) en la que se declara: «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 del Código de Familia (LCAT 1998\422) 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 inscribible en el Registro de la propiedad». Lo cierto es que el art. 83.3 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (actualmente derogado) únicamente decía: «El derecho de uso regulado en el presente artículo es inscribible en el Registro de la Propiedad»; y el vigente art. 233-22 CCCat se limita a decir: «El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad». En definitiva, el Derecho civil catalán no se pronuncia en estos preceptos sobre la naturaleza del derecho de uso: únicamente prevé su acceso al Registro de la Propiedad.

No obstante, a diferencia del régimen del CC, donde sí queda reflejada esta naturaleza real es en el art. 233-25 CCCat al regular los actos dispositivos sobre la vivienda: «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*». Nótese que el CC exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial para disponer de todo o parte de la vivienda, y que lo que se hace constar en el Registro de la Propiedad es esa restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar (art. 96.3 C). Por el contrario, en el CCCat no se requiere el consentimiento del cónyuge que tenga atribuido el uso, ni la autorización judicial, para que el propietario (o titular de un derecho real) sobre la vivienda familiar puede disponer de ella. En este caso lo que se hace constar en el Registro es precisamente el derecho de uso de la vivienda familiar (art. 233-22 CCCat).

En la doctrina se ha discutido si estamos ante un auténtico derecho real, un derecho personal, un derecho real *sui generis* o ante un derecho de carácter familiar (*vid.* Ordás Alonso, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch - Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 32 y ss.; Cervilla Garzón, M.D. «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al

día», *InDret* 4/2017, pp. 3 y ss.; Gallardo Rodríguez, A., *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 89 y ss.; Jiménez Muñoz, F.J., «La atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular», en Calaza López, S. *et alii* (Dir.), *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 174 y ss.). Ello supone en cierta manera desenfocar el problema, porque al margen de la naturaleza que se pueda predicar de la atribución del uso de la vivienda, lo esencial es que estamos ante un derecho de carácter familiar. Este derecho, como pone de relieve Calamarza Cuencas, E. [«Atribución judicial del uso de la vivienda familiar y los procesos de ejecución», en Pérez Bustamante de Monasterio, A. (Dir.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 934.], en principio, se manifiesta en la esfera privada de las relaciones familiares, determinando cuál de los dos cónyuges ha de continuar en lo que hasta entonces era el domicilio conyugal (art. 70 CC), con independencia de quien tenga la titularidad de la vivienda, y que se ejerce por el uno frente al otro. En definitiva, en los casos de crisis matrimonial, se debe decidir quién abandona el domicilio conyugal que, hasta entonces, era la vivienda familiar y quien piden continuar con su posesión, lo que por sí solo no prejuzga la decisión de su posible constancia en el Registro de la Propiedad. No obstante, la decisión adoptada en cuanto al uso de la vivienda en las crisis matrimoniales tiene también una vertiente patrimonial, desde el momento en que se limitan las facultades dispositivas sobre la vivienda, y la manera de poner en conocimiento de terceros tales limitaciones es a través de su constancia registral.

Como he destacado, la jurisprudencia del TS en torno a la atribución del uso de la vivienda mostró durante años una postura errática y muy poco definida, acomodándose a las circunstancias de cada caso. Sin embargo, a partir de las SSTS de 14 enero 2010 (RJ 2010\2323) y 18 enero 2010 (RJ 2010\1274) se consolida como doctrina de que *no estamos ante un derecho real, sino ante un derecho de carácter familiar*, cuya titularidad corresponde 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. Analizada la cuestión desde el punto de vista patrimonial, el TS considera que «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 cualquier tipo de negocios que pueda 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». Este criterio se reitera posteriormente, entre otras, en SSTS de 8 octubre 2010 (RJ 2010\7445), 22 noviembre 2010 (RJ 2011\936), 18 marzo 2011 (RJ 2011\935), 27 febrero 2012 (RJ 2012\3383), 6 marzo 2015 (RJ 2015\1104), 2 febrero 2018 (RJ 2018\216), 6 febrero 2018 (RJ 2018\352), y ATS 21 diciembre 2022 (JUR 2022\13997). Este es también el criterio que sigue la sentencia objeto de comentario, destacando que lo esencial es que la atribución de derecho de uso implica una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario de la vivienda: no constituye, «sino un derecho de naturaleza familiar, que no implica más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge».

La DGRN ha venido admitiendo también la inscripción de este derecho con argumentos similares a los del TS, resaltando que se trata de limitar la facultad de disposición del propietario, de manera que se posibilita a su titular de una manera efectiva oponer el referido derecho a terceros. Básicamente la argumentación consiste en negar que el derecho de uso de la vivienda familiar sea un derecho real, porque «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» [cfr. entre otras, las RRDGRN de 10 octubre 2008 (RJ 2008\34), 14 mayo 2009 (RJ 2009\3006), 19 julio 2011 (RJ 2011\6278), 9 julio 2013 (RJ 2013\6668), 2 junio 2014 (RJ 2014\3820), 24 octubre 2014 (RJ 2014\6107), 19 enero 2016 (RJ 2016\2975), 20 octubre 2016 (RJ 2016\5682), 27 diciembre 2017 (RJ 2017\5862), 11 enero 2018 (RJ 2018\48), 30 mayo 2018 (RJ 2018\2512), 20 junio 2019 (RJ 2019\2850) y

RDGSJFP de 29 septiembre 2021 (RJ 2021\4600)].

Tal argumentación no deja de ser sorprendente, porque existen derechos de carácter familiar que tienen un indudable contenido patrimonial (entre ellos, sin duda, la atribución del uso de la vivienda, como destaca Ordás Alonso, *La atribución...*, cit., p. 43). Creo que con ello lo único que se pretende es evitar los problemas que puede plantear la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Y ello porque, como afirma de DGRN «una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, en vía de principios, no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho» [vid., de manera especial las RRDGRN de 9 julio 2013 (RJ 2013\6668), 24 octubre 2014 (RJ 2014\6107), 19 enero 2016 (RJ 2016\2975), 20 octubre 2016 (RJ 2016\5682), 27 diciembre 2017 (RJ 2017\5862), 11 enero 2018 (RJ 2018\48), 8 marzo 2018 (RJ 2018\1336), 30 mayo 2018 (RJ 2018\2512), y 30 agosto 2023 (BOE núm. 244, de 12 octubre, pp. 136331 y ss.)].

En cualquier caso, lo esencial es la posibilidad de tener en cuenta que estamos ante un derecho de contenido patrimonial, que puede afectar a terceros. En este sentido en la RDGRN de 30 mayo 2018 (RJ 2018\2512) se afirma que este contenido patrimonial del derecho de uso, y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, «deban ser respetadas las reglas configuradoras de los derechos reales y las exigencias derivadas de los principios hipotecarios». Por ello en esta Resolución se insiste en que, desde la perspectiva registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros (así como favorecer también la propia protección del titular registral) es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que consagrado en los artículos 9 LH y 51 RH, impone que los derechos que pretendan acceder al Registro deberán estar perfectamente determinados en sus aspectos subjetivos, objetivos y contenido, comprendiendo los límites temporales de su duración. Incluso al margen del Registro de la Propiedad, frente a posiciones doctrinales que propugnan la necesidad de proteger en todo caso a la familia frente a los actos dispositivos del titular de la vivienda y frente a su endeudamiento irresponsable [Cuenca Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolsada, M. - Cuenca Casas, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. III, Los regímenes económicos matrimoniales* (I), 2ª ed., Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 479], la jurisprudencia es muy clara en el sentido de que la solución a este tipo de conflictos debe encontrarse en el marco del derecho de propiedad, y no del derecho de familia [especialmente, las SSTs de 26 diciembre 2005 (RJ 2006\180), 14 julio 2010 (RJ 2010\6041) y 26 abril 2016 (RJ 2016\2216)].

En realidad, como ya destacó la STS de 4 abril 1997 (RJ 1997\2636), el debate en torno a la naturaleza de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar no tiene trascendencia práctica. Lo esencial es que implica una limitación de las facultades dispositivas del titular de la misma que, para ser oponible a terceros, precisa de su constancia registral. Por ello, me parece especialmente acertada la conclusión de la RDGRN de 25 octubre 1999 (RJ 1999\7680): «Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos “*erga omnes*”, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una

afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido». Nótese que esta es precisamente la posición que se ha asumido en la vigente redacción del art. 96.3 CC.

Para enfocar adecuadamente el problema, creo que hay que diferenciar dos planos: los efectos que tiene entre los cónyuges la atribución del uso de la vivienda, y la eficacia que pueden tener frente a terceros los actos dispositivos sobre la vivienda sin respetar el contenido del art. 96.3 CC.

a) Entre los cónyuges, la atribución del uso de la vivienda determina, por un lado, quién debe abandonar el que, hasta entonces, era el domicilio conyugal, y quién puede continuar con su posesión. Pero, además, establece la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de todo o parte de la vivienda (o, en su defecto autorización judicial), con independencia de quien ostente la titularidad de la misma: ya tengan esta en común o pertenezca en propiedad al cónyuge a quien no se asigna el derecho de uso. Desde esta perspectiva, el régimen es idéntico al del art. 1320 CC, pero este precepto no puede resultar aplicable porque requiere la subsistencia del matrimonio con independencia de su régimen económico; y el art. 96 CC se encuadra dentro de los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio. Así se destaca acertadamente en la Sentencia objeto de comentario: *«La diferencia entre ambos preceptos radica en que mientras que el art. 1320 CC está previsto para situaciones de normal convivencia familiar, el art. 96 CC opera, por el contrario, en los casos de la quiebra matrimonial por nulidad, separación o divorcio; sin embargo, coinciden en la finalidad de proteger la vivienda familiar como instrumento de satisfacción de las necesidades de habitación».*

Entre los cónyuges es, en principio, irrelevante que esta limitación a las facultades dispositivas conste registralmente, porque resulta de obligado cumplimiento en todo caso. Los actos de disposición realizados sin el consentimiento del otro cónyuge (o sin autorización judicial) son anulables durante cuatro años, sometiéndose al régimen del art. 1301 CC y concordantes. Por lo que se refiere al *dies a quo* del plazo de cuatro años, según dispone el art. 1301.5º CC: *«Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».* Esta parte del precepto no ha sido modificada y, partiendo del supuesto de hecho contemplado en el art. 96 CC, el día inicial no puede ser el de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, sino el del conocimiento del acto o contrato por el cónyuge que omitió el consentimiento.

Según el último inciso del art. 96.3 CC: *«La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».* Esta parte del precepto es literalmente idéntica a la del art. 1320 CC, y creo sólo resulta aplicable cuando la restricción a la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar, que implica la atribución de su uso, no conste en el Registro de la Propiedad. En caso contrario, como más adelante expondré, es indiferente la buena fe del adquirente, porque su constancia registral implica la oponibilidad a terceros, conozcan o no el contenido del Registro. Precisamente por ello, en los casos en que la vivienda pertenece en propiedad al cónyuge a quien no se asigna el uso de la misma, para evitar los perjuicios que se podrían irrogar al usuario por un acto de disposición de quien figura como titular registral, se prevé la constancia en el Registro de esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar. En este caso resulta esencial contemplar el problema desde la perspectiva del *principio de especialidad*.

b) Frente a terceros es necesario dar la adecuada publicidad de las referidas restricciones a las facultades dispositivas sobre la vivienda. Ello se logra permitiendo la constancia de las

mismas en el Registro de la Propiedad. Con ello se consigue advertir al tercero, que pretende contratar con el titular registral, que debe contar con el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto autorización judicial. Si no lo hace, no se va a permitir que su adquisición acceda al Registro, porque existe un obstáculo previo del que se da la oportuna publicidad registral. *A sensu contrario*, si el titular del derecho de uso, pudiendo hacerlo no inscribe su derecho en el Registro no podrá oponerlo frente a terceros que sí hayan inscrito los suyos. Esto supone que, si el derecho de uso no está inscrito, no podrá oponerse al adquirente del inmueble que cumpla los requisitos del art. 34 LH. En tal caso solo le resta destruir la presunción de buena fe que recoge este precepto para evitar el juego de la fe pública registral. La sentencia objeto de comentario es especialmente clara en este punto: «La inscripción del derecho de uso en el registro de la propiedad, como restricción de las facultades dispositivas del cónyuge titular de la vivienda, *tiene como finalidad hacer efectiva dicha limitación del dominio, y garantizar, de esta manera, su oponibilidad frente a terceros a través de la garantía que implica la publicidad registral. De esta forma, en los supuestos en que la atribución judicial del uso acceda al registro, no cabrán inscripciones de los actos de enajenación o gravamen posteriores llevados a efecto, de forma unilateral, por el titular registral, sin el consentimiento del otro cónyuge o excónyuge; o, en su caso, autorización judicial*».

Pero, además de lo anterior, la constancia registral adquiere una relevancia especial en los casos de ejecución de la vivienda, ya que será el *principio de prioridad registral* el que determine si el uso de la vivienda subsiste o no, y si es oponible a terceros que adquieran en la ejecución. Sobre este segundo aspecto se centra especialmente la sentencia objeto de comentario.

III. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD REGISTRAL

1. EL TITULAR DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA

De acuerdo con la perspectiva que adoptan tanto el TS como la DGRN, el único titular registral del derecho de uso de la vivienda es el cónyuge al que se atribuye el mismo. El Centro Directivo insiste reiteradamente en esta idea: una cosa es el *interés protegido por el derecho atribuido* (el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la *titularidad de tal derecho*. En este sentido considera que la titularidad del derecho la ostenta exclusivamente el cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve sólo con su consentimiento. Al considerarse que no estamos ante un derecho real y que *lo que justifica su inscripción en el Registro es la limitación que impone en cuanto a la disposición de la vivienda*, se concluye que no es necesario que se establezca ninguna titularidad a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho [*vid.*, entre otras, las RRDGRN de 9 julio 2013 (RJ 2013\6668), 2 junio 2014 (RJ 2014\3820), 24 octubre 2014 (RJ 2014\6107), 19 enero 2016 (RJ 2016\2975), 20 octubre 2016 (RJ 2016\5682), 27 diciembre 2017 (RJ 2017\5862) y 11 enero 2018 (RJ 2018\48)].

Desde esta perspectiva, varias Resoluciones han llegado a considerar que no es necesario reseñar en la inscripción las circunstancias personales de los hijos [*vid.* RRDGRN de 21 junio 2004 (RJ 2004\5487), 22 marzo 2007 (JUR 2007\236319) y 24 octubre 2014 (RJ 2014\6107)]. Este criterio se rectifica posteriormente, teniendo en cuenta la posibilidad de que sea en el propio convenio regulador donde se llegue a atribuir el uso del domicilio familiar a los hijos menores. En la RDGRN de 19 mayo 2012 (RJ 2012\7934) se planteó este supuesto de convenio aprobado judicialmente, en el que se atribuía el uso a los hijos menores, que «vivirán en compañía de su madre». La DGRN parte de la literalidad del art. 96 CC en aquel momento («en 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»), para entender que el acuerdo puede ser aprobado por el Juez con la única limitación del art. 90.2 CC: que sea «dañoso para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». De esta manera, se concluye: «Procede, como consecuencia de los argumentos anteriores, admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez. Ahora bien, la naturaleza de derecho familiar que se atribuye a este derecho no excluye la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el principio de determinación, por lo que se hace necesario, conforme a los artículos 9.4ª LH y 51.9 RH, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar, sin que se entren a valorar -por no haber sido señalado en la nota-, otras circunstancias» [en este mismo sentido, las RRDGRN de 2 junio 2014 (RJ 2014\3820) y 30 mayo 2018 (JUR 2018\165555)].

Lo que desde luego no parece posible es configurar el derecho de uso a que se refiere el legislador exclusivamente a favor de los hijos. La cuestión se planteó en la RDGRN de 18 noviembre 2009 (RJ 2010\1667). En el convenio regulador se había establecido que las hijas del matrimonio iban a tener su domicilio familiar en una vivienda privativa del padre mientras no fueran independientes patrimonialmente. Lo que se discutía era si con ello se estaba atribuyendo el uso de la vivienda familiar, y si, por tanto, tal atribución debía inscribirse en el Registro de la Propiedad. La DGRN consideró que en este supuesto no estamos ante la atribución del derecho de uso sobre la vivienda, sino ante un derecho de naturaleza diferente por lo que deniega su inscripción. No obstante, en el caso resuelto por la RDGRN de 11 enero 2018 (RJ 2018\48) parece que implícitamente se admite la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda a una hija. Con independencia de la cuestión relativa a la duración del derecho, la DGRN admite en este caso, la atribución del uso a la hija, siempre que se cumpla escrupulosamente el principio de especialidad en cuanto a la identificación de la titular registral. Sea como fuere, el nuevo texto del art. 96.3 CC determina con claridad que es el otro cónyuge (y no los hijos) quien debe consentir el acto de disposición; y es esta restricción a la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar (derivada de la atribución de su uso) la que debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA QUE CONSTITUYE LA VIVIENDA FAMILIAR

La jurisprudencia ha destacado que «vivienda familiar» es la habitada por los progenitores e hijo(s) hasta la ruptura del matrimonio [SSTS 23 enero 2017 (RJ 2017, 363) y 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4636)] y que no tiene ese carácter una vivienda diferente que uno de los cónyuges pueda haber cedido al otro y a sus hijos [STS 24 mayo 2021 (RJ 2021, 2510)].

Teniendo en cuenta que la inscripción provoca la oponibilidad a terceros de la atribución del uso de la vivienda, la aplicación del principio de especialidad debe ser particularmente rigurosa en este caso, concretando en dicha inscripción lo que es objeto de publicidad registral. Por ello, resulta de todo punto necesario que esté perfectamente identificada la finca que constituye la vivienda familiar. En la RDGRN de 11 enero 2018 (RJ 2018\48) se deniega la inscripción porque en la sentencia de separación no se recogía ningún dato identificativo de la finca afectada por el derecho de uso. En cualquier caso, la identificación no tiene que ser exhaustiva. En la RDGRN de 21 junio 2004 (RJ 2004\5487) el Registrador había rechazado la inscripción porque no se describía la vivienda con los requisitos establecidos en los arts. 9 LH y 51 RH. Sin embargo, la DGRN rechaza este defecto con los siguientes argumentos: «La descripción con los requisitos legales tiene por objeto la perfecta identificación de la finca. Pero si, en el presente caso, el Registrador no tiene duda alguna sobre la misma (es más, entiende que en su inscripción existe un derecho incompatible con el que ahora se pretende inscribir, lo cual presupone su identificación indubitada), es evidente la improcedencia del defecto achacado».

Por otro lado, es igualmente preciso determinar si estamos o no ante el derecho configurado

por el legislador. La cuestión se planteó en la RDGRN de 2 junio 2014 (RJ 2014\3820). En este caso se dudaba si estábamos o no ante una atribución del uso de la vivienda. La cláusula incorporada al convenio regulador preveía que la madre «junto con las dos hijas del matrimonio, establecen su domicilio en la vivienda que ha constituido el hogar familiar». Se añadía además que una vez que las hijas alcanzasen independencia económica o la edad de 26 años, la vivienda familiar se pondría a la venta, con preferencia para cualquiera de los cónyuges que lo pretenda adquirir por el importe que ambos cónyuges acuerden; y que, en este caso, mientras el cónyuge continuara ocupando la vivienda, abonaría al otro un alquiler equivalente al precio de mercado para viviendas similares de la zona y localidad. Para la DGRN no es lo mismo la fijación de un domicilio en un determinado inmueble que la atribución de un derecho de uso sobre este a favor de persona distinta de su titular con eficacia *erga omnes*. Además, considera que existe una falta de concreción de la duración del derecho pactado, pues no queda claro si, conseguida la independencia económica o cuando las hijas cumplan 26 años, ello implica la extinción del derecho atribuido, su subsistencia hasta la efectiva transmisión o su conversión en un derecho de arrendamiento. Con estos argumentos termina concluyendo este derecho no es inscribible, entendiendo que «la falta de claridad en cuanto al alcance del eventual derecho del cónyuge y de las hijas, respecto de su configuración y límites no se compadece con el principio de especialidad».

Finalmente, en aquellos casos en que no hay duda de que estamos ante el derecho de atribución del uso de la vivienda previsto por el legislador, el principio de especialidad debe ser aplicado igualmente. Partiendo de que el derecho de uso familiar tiene trascendencia frente a terceros, debe configurarse, conforme al referido principio, con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad y, además, tienen que establecerse en virtud de un mandato expreso de inscripción. Al cumplimiento estricto del principio de especialidad se refiere la RDGRN de 2 junio 2014 (RJ 2014\3820): «Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad -aunque no sea necesario la fijación de un día *certus*, salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el CCCat- y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción» [en el mismo sentido, las RRDGRN de 9 julio 2013 (RJ 2013\6668), 24 octubre 2014 (RJ 2014\6107), 19 enero 2016 (RJ 2016\2975), 20 octubre 2016 (RJ 2016\5682), 27 diciembre 2017 (RJ 2017\5862), 11 enero 2018 (RJ 2018\48), 8 marzo 2018 (RJ 2018\1336); y RRDGSJFP de 17 mayo 2021 (RJ 2021\3469), 29 noviembre 2021 (RJ 2021\1486) y 28 junio 2022 (JUR 2022, 270199)].

3. LA NECESIDAD DE CONCRETAR EL LÍMITE TEMPORAL DEL DERECHO DE USO

El principio de especialidad obliga también a concretar en todo caso el límite temporal del derecho de uso asignado al cónyuge. La cuestión se ha planteado en numerosas ocasiones, y la nueva redacción del art. 96 CC es clara en cuanto a la *temporalidad* de este derecho. Inicialmente el criterio de la DGRN no fue especialmente exigente en este punto, en la medida en que la duración temporal, aunque no se establezca de manera específica, pueda deducirse de otras circunstancias. En el supuesto resuelto por la RDGRN de 20 febrero 2004 (RJ 2004\2376) la registradora se negaba a practicar la inscripción por considerar necesario que constara la duración o extensión temporal de dicho derecho, como circunstancia identificativa necesaria para su inscripción, de conformidad principio de especialidad hipotecaria. En cambio, la DGRN consideró que no era imprescindible la fijación de un plazo de duración para proceder a su inscripción al ser un derecho no propiamente real. En concreto, se afirma: «aunque no se señale un plazo de duración, siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye; y la atribución del repetido derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas que acuerda el Juez en los casos de separación y divorcio, habrán de cambiarse cuando se alteren las circunstancias (cfr. artículo 91 *in fine* del

mismo cuerpo legal), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión siendo tal plazo, por su naturaleza, esencialmente prorrogable.»

Este criterio se modifica posteriormente, por considerar que estamos ante un derecho de naturaleza familiar, que debe articularse en atención a los intereses que se consideran dignos de tutela legal. Por ello en Resoluciones posteriores se tiene muy en cuenta la doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el art. 96 CC, en el sentido de que únicamente se impide limitar la atribución del uso de la vivienda mientras dure la minoría de edad de los hijos. En este sentido, la STS de 18 mayo 2015 (RJ 2015\1919) afirma que el art. 96 CC «no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez».

La clave del problema radica en tomar en consideración la menor o mayor edad de los hijos. Durante años el criterio fue el de interpretar que la atribución del uso de la vivienda familiar funcionaba como la pensión de alimentos, hasta que los hijos fueran independientes económicamente. Sin embargo, este criterio cambia con la STS de 5 septiembre 2011 (RJ 2011\5677), referida a la atribución del uso de la vivienda cuando no hay hijos menores, sino mayores de edad. Esta sentencia considera que no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. Y fija como doctrina que «la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección» (*vid.* Cabezuelo Arenas, A.L., «Comentario a la STS de 5 septiembre 2011», en Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Vol. 5º (2011-2012), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 215 y ss.). Esta misma doctrina se reitera en muchas otras sentencias posteriores [*vid.* SSTS de 30 marzo 2012 (RJ 2012\4584), 11 noviembre 2013 (RJ 2013\7262), 12 febrero 2014 (RJ 2014\2090), 29 mayo 2015 (RJ 2015\2273) 6 octubre 2016 (RJ 2016\4586), 23 enero 2017 (RJ 2017\629) y 20 abril 2022 (RJ 2022\2095); y AATS 17 marzo 2021 (RJ 2021, 1343), 22 septiembre 2021 (RJ 2021, 4325), 29 septiembre 2021 (RJ 2021, 4349), 14 septiembre 2022 (JUR 2022, 314597), 21 septiembre 2022 (JUR 2022, 14375), 19 octubre 2022 (JUR 2022, 34182), 2 noviembre 2022 (JUR 2022, 348533), 23 noviembre 2022 (JUR 2022, 368094), 14 diciembre 2022 (JUR 2022, 391475), 1 febrero 2023 (JUR 2023, 69650), 15 febrero 2023 (JUR 2023, 125785), 22 marzo 2023 (JUR 2023, 169500), 19 abril 2023 (JUR 2023, 183725), 26 abril 2023 (JUR 2023, 199531), 3 mayo 2023 (JUR 2023, 200204), 31 mayo 2023 (JUR 2023, 247034), 31 mayo 2023 (JUR 2023, 241966), 31 mayo 2023 (JUR 2023, 241737), 7 junio 2023 (JUR 2023, 247479), 7 junio 2023 (JUR 2023, 244965), 28 junio 2023 (JUR 2023\273872), 28 junio 2023 (JUR 2023\283251), 5 julio 2023 (JUR 2023\282710), 13 septiembre 2023 (JUR 2023\347958), 13 septiembre 2023 (JUR 2023\349018), 20 septiembre 2023 (JUR 2023\358295) y 27 septiembre 2023 (JUR 2023\367126)].

La cuestión ha quedado definitivamente zanjada con la nueva redacción del art. 96 CC: «el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, *hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad*. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, *la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho*, en función de las circunstancias concurrentes». En definitiva, adquirida la mayoría de edad por los hijos, se pone fin a la necesidad de atribuirles automáticamente el uso de la vivienda familiar, de manera que ambas partes pueden instar un nuevo régimen de uso según

sus necesidades, pero no las de los hijos que ya son mayores de edad. Pero ello no equivale a mantener que quien tenía atribuido el uso de la vivienda familiar, al tener la custodia de los hijos, tenga que abandonar la vivienda cuando éstos alcanzan la mayoría de edad. Puede seguir si justifica que tiene mayor necesidad que su cónyuge, pero no porque los hijos no se hayan independizado económicamente, porque el criterio objetivo es el de la mayoría de edad. No cabe, pues, una atribución del uso *indefinida* [a efectos de aplicar esta doctrina desde la perspectiva del principio de especialidad *vid.* las RRDGRN de 20 octubre 2016 (RJ 2016\5682) 27 diciembre 2017 (RJ 2017\5862) y 30 mayo 2018 (JUR 2018\165555, y las RRDGSJFP de 17 mayo 2021 (RJ 2021\3469) y 30 agosto 2023 (BOE núm. 244, de 12 octubre, pp. 136331 y ss.)].

En los casos de custodia compartida, las SSTS de 23 enero 2017 (RJ 2017\629) y 10 enero 2018 (RJ 2018\74), han considerado que, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, debe aplicarse analógicamente el párrafo 2º del art. 96 CC (en la actualidad, art. 96.2 CC), que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez a resolver lo procedente (hoy, ap. 4º del art. 96.1 CC). Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso y a atender al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En este sentido se argumenta: «Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar, esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única». Creo, por tanto, que en estos casos no procede la inscripción registral de este derecho. A esta solución parece llegar, aunque implícitamente la RDGRN de 30 mayo 2018 (JUR 2018\165555).

A la cuestión han vuelto a referirse las SSTS de 20 febrero 2018 (RJ 2018\573), 12 junio 2020 (RJ 2020\1574), 24 marzo 2021 (RJ 2021\1307 y referida a la ruptura de una unión de hecho), 28 marzo 2022 (RJ 2022\2220), 20 abril 2022 (RJ 2022\2272, comentada por de Priego Fernández, V. en *CCJC*, núm. 121, 2023, pp. 39 y ss.) y 25 noviembre 2022 (RJ 2022\5139). Según el TS, aun en los casos de custodia compartida es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de ninguna otra, tener menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía. Pero cuando se entiende que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, porque el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio del TS es el de que no procede hacer la atribución del uso de la que fue vivienda familiar, debiendo armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda. Para ello se utiliza como argumento el art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica de menor (RCL 1996\145) conforme al cual: «En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes». En este sentido, en la STS de 20 febrero 2018 (RJ 2018\573) se argumenta: «En el caso, concurre el interés legítimo del padre, cotitular de la vivienda, de poder disponer de ella y, a la vista de las circunstancias probadas, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. Debe tenerse en cuenta que el límite fijado por la sentencia recurrida, que remite a la mayoría de edad del hijo, equivale a una atribución indefinida, pues cuando el hijo alcance la mayoría de edad ya no existirá custodia compartida

y el hijo podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee».

IV. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN DEFECTO DE ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES Y EN EL CONVENIO REGULADOR

Según el art. 96.3 CC lo que se debe hacer constar en el Registro de la Propiedad es la «restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar». Pero 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. Tanto la anterior como la vigente redacción del art. 96 CC se refieren sólo a la atribución del uso de la vivienda familiar «*en defecto de acuerdo de los cónyuges*» aprobado por la autoridad judicial. Pero su contenido resulta igualmente aplicable cuando la atribución del uso se realiza dentro del *convenio regulador*. En definitiva, esta atribución se produce en el momento en que se plantea la crisis matrimonial, ya sea por convenio regulador o dentro de las medidas adoptadas por el Juez a falta de acuerdo, al margen de a quién pertenezca la titularidad de la vivienda.

A efectos registrales, este derecho de uso de la vivienda es de naturaleza familiar, pero su contenido es patrimonial, por lo que puede quedar constancia del mismo en el Registro, respetando los principios hipotecarios referidos, en particular el de especialidad.

Alguna matización requiere la atribución del uso de la vivienda recogida el convenio regulador. El criterio seguido por la DGRN en cuanto a las transacciones homologadas judicialmente es negar su acceso al Registro de la Propiedad por considerarlas un documento privado, exigiendo para su inscripción, escritura pública. Según se afirma, entre otras muchas, en las RRDGRN de 3 marzo 2015 (RJ 2015\6509), 6 septiembre 2016 (RJ 2016\4624), 2 noviembre 2017 (RJ 2017\4968), 8 noviembre 2017 (RJ 2017\5463), 30 mayo 2018 (RJ 2018\2516), 6 junio 2018 (RJ 2018\2996), 20 julio 2018 (RJ 2018\3176), 21 septiembre 2018 (RJ 2018\4484), 14 noviembre 2019 (RJ 2019\4778), 12 diciembre 2019 (RJ 2019\5628), así como en las RDGSJFP 19 febrero 2021 (RJ 2021\991), 27 abril 2021 (RJ 2021\3450), 18 mayo 2021 (RJ 2021\2670), 28 julio 2021 (RJ 2021\4185), 20 septiembre 2021 (RJ 2021\5094) y 14 octubre 2021 (RJ 2021\5550): «(...) la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 CC). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 LEC), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 LEC)».

No obstante, lo anterior, el tratamiento registral del convenio regulador es diferente: se considera que el convenio aprobado judicialmente es un acto de naturaleza familiar y matrimonial, de carácter complejo. Y que cuando tiene un contenido de carácter liquidacional, que altera la titularidad registral, debe tener acceso a los libros registrales. Aunque es un acuerdo privado, su preceptiva aprobación judicial y el reconocimiento que se le confiere en los arts. 90 y ss. del CC, permiten que, con base en el mismo, se puedan practicar asientos registrales, siempre que sus cláusulas no excedan del contenido típico y normal del convenio (el art. 90 CC incluye la liquidación del régimen económico-matrimonial, sea el de gananciales o el de separación de bienes, en relación con bienes en comunidad romana). De esta manera, las atribuciones de bienes que se realicen en el convenio no pueden calificarse como donaciones, sino como negocios jurídicos complejos, de carácter familiar y oneroso, por lo que no necesitan constar en escritura pública y son inscribibles en virtud del convenio aprobado judicialmente. Por ejemplo, la renuncia del marido de la mitad indivisa que le correspondía en la vivienda a favor de sus hijas a que se refiere la RDGRN de

16 mayo 2019 (RJ 2019\2291) [vid. igualmente la RDGSJFP de 8 junio 2022 (RJ 2022\3904)]

Según las RRDGRN 27 de septiembre 2017 (RJ 2017\4627), 2 noviembre 2017 (RJ 2017\4968), 30 mayo 2018 (RJ 2018\2516) y 20 julio 2018 (RJ 2018\3176) el convenio regulador ha de considerarse título inscribible en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial, pero sólo en aquellos negocios que puedan tener carácter familiar, como pudiera ser la liquidación del patrimonio ganancial, así como -en los supuestos del régimen de separación de bienes- la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios a ella, destinados a la convivencia y uso ordinario de la familia, y en general para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común. Los negocios incluidos en el convenio regulador que no forman parte de su contenido típico quedan, pues, al margen de esta doctrina en cuanto a su posibilidad de inscripción [RRDGRN 3 octubre 2008 (RJ 2008\4486) y 8 marzo 2019 (RJ 2019\1425)]. Como se destaca en la RDGSJFP de 11 octubre 2022 (JUR 2022\350758): «En definitiva, sólo son inscribibles aquellos actos que, conforme al art. 90 CC, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el art. 3 LH, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos».

Debe recordarse, finalmente, que la nueva redacción del art. 96.3 CC refiere la literalmente la inscripción, no al derecho de uso, sino a la «restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar». Sobre esto insiste de manera especial la sentencia objeto de comentario. Por ello adquiere una mayor importancia la redacción del convenio regulador en este punto, habida cuenta de que, registralmente, sólo se admite la inscripción de las limitaciones voluntarias expresamente tipificadas (arts. 26 y 27 LH). De ahí que no convenga apartarse, en el pacto que se realice, de la letra del art. 96.3 CC, porque al Registro de la Propiedad tienen acceso actos de naturaleza real, no pactos meramente obligacionales. El art. 2.2 LH dice que se inscribirán «Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales». A ello se añade en el art. 51.6 RH: «Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o límite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. *No se expresarán, en ningún caso las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real*».

Así, la RDGSJFP de 8 junio 2022 (RJ 2022\3904) admite, dentro de los actos complejos que se contienen en el convenio regulador (la vivienda era propiedad de la esposa) la cesión de la mitad indivisa de la vivienda al esposo, que sí tendría naturaleza real. No, en cambio, otras cláusulas relativas a la futura venta de esa y otras fincas, y reparto del precio que se obtenga, o al pago de cuotas futuras de préstamos hipotecarios, al considerar que carecen de trascendencia real. En este sentido, se afirma: «Por las mismas razones, tampoco es inscribible la prohibición de disponer, pues no se trata de una prohibición judicial sino convencional por acto que, como ha quedado expuesto, no tiene carácter gratuito (cfr. artículos 26 y 27 LH)». En la misma línea cabe citar la RDGRN de 24 abril 2018 (RJ 2018\2478), en la que se mantiene que carece de trascendencia real un pacto contenido en un convenio regulador de los efectos de un divorcio aprobado judicialmente. Se trataba de una finca destinada a vivienda familiar propiedad por mitades indivisas de los titulares, manifestándose únicamente en dicho pacto que el marido dispondría de un año para hacer efectiva la disolución del condominio y atribuirse la mitad indivisa de la esposa.

1. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA A UNO DE LOS CONDÓMINOS Y ACCIÓN DE DIVISIÓN

La atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad. La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda. Conviene, no obstante, tener especial cuidado en la redacción del convenio regulador en estos casos, pues el derecho de uso no puede subsistir cuando se ejerce la acción de división si en el proceso matrimonial, o en el proceso de guarda y custodia de menores, la atribución judicial del uso se ha hecho precisamente hasta el ejercicio de la acción de división. Así se refleja en la STS de 24 marzo 2021 (RJ 2021\1307): en el procedimiento de guarda y custodia de las hijas comunes, la Audiencia había atribuido a la madre el uso de la que fue vivienda familiar «en tanto no se proceda por alguna de las partes a la acción de división de la cosa común». Por ello se entiende que «el ejercicio de la acción de división de la cosa común y extinción de la comunidad que, como copropietario corresponde al demandante, en el presente caso, produce el efecto de extinguir el derecho de uso de la demandada como consecuencia de lo establecido en la sentencia dictada en el procedimiento de guarda y custodia».

En el caso resuelto por la STS de 6 febrero 2018 (RJ 2018\352) figuraba en el convenio regulador aprobado judicialmente que la atribución del uso de la vivienda para la esposa y para la menor cesaría con la venta de la misma. Por ello se insiste en que no puede oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia de que éste sea un tercero ajeno al núcleo familiar, o quien fue su pareja de hecho y copropietario del bien, pero que concurrió a la subasta y pujó. A partir de entonces el uso que ella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito del proceso de familia, sino por la mera tolerancia del «nuevo» propietario, circunstancia que determina la ocupación como un precario.

2. ATRIBUCIÓN DEL USO CUANDO UN CÓNYUGE ES COPROPIETARIO DE LA VIVIENDA CON UN EXTRAÑO, O CUANDO ESTÁ CEDIDA EN PRECARIO A LOS CÓNYUGES POR UN TERCERO

A efectos de la inscripción registral la vivienda debe pertenecer a uno u otro cónyuge, o a ambos en comunidad ordinaria o con carácter ganancial. En estos casos no se puede considerar en precario al cónyuge usuario porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Pero si se trata de terceros propietarios (habitualmente, los padres) que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Un planteamiento similar aparece cuando el cónyuge a quien no se asigna el uso es copropietario de la vivienda junto con otra persona ajena al matrimonio.

Esta es la postura que recogen las SSTS 18 de enero 2010 (RJ 2010\1274) y 8 abril 2016 (RJ 2016\2216). En la primera de ellas existía una copropiedad por mitad entre dos hermanos sobre la vivienda litigiosa, de modo que uno de ellos, que no había sido parte en el proceso, pasó a poseer dicha vivienda al contraer matrimonio con la demandada, lo que hizo contando con el consentimiento de su hermana, ahora demandante, titular del 50% restante, estableciendo allí el domicilio familiar durante los años que duró el matrimonio. Una vez producida la ruptura matrimonial y atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa, la cotitular insta el desahucio por precario de aquélla. Según el TS: «Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad

y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios».

Sobre los problemas que plantea en estos casos la legitimación activa, se pronuncia la STS de 9 febrero 2023 (RJ 2023, 1031). El litigio se suscita entre quienes ocupan la vivienda en virtud del uso conferido por la copropietaria titular de la mitad indivisa del pleno dominio y, de otra parte, los demás copropietarios (adquirentes por herencia tras el fallecimiento del copropietario anterior), que ejercitan acción de desahucio por precario para que desalojen el inmueble. La Audiencia declara la procedencia del desahucio por precario. Recurren en casación los demandados condenados a desalojar la vivienda, que niegan la legitimación de los demandantes para actuar en nombre de la comunidad cuando consta la voluntad contraria de otro copropietario. El TS declara la procedencia del desahucio por precario al entender que la acción ejercitada no trata de poner fin a la situación de uso por un tercero establecida previamente por un acuerdo de la mayoría. Por el contrario, el uso de la parte demandada se basa en la sola voluntad de una copropietaria que carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso sobre la vivienda, pues es titular de una mitad indivisa y, por tanto, no ostenta la mayoría (con independencia de que, aunque la tuviera, en caso de grave perjuicio a los interesados en la cosa común siempre cabría acudir al juez, conforme al art. 398.III CC). En ese sentido, se afirma: «se da la paradoja de que la demandada, que basa su posesión de la vivienda en la concesión de quien carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso, niega la legitimación de los demandantes para exigir que cese en su uso precisamente con el argumento de que son ellos quienes no ostentan la mayoría. Ello a pesar de que, como razona la Audiencia, en criterio plenamente compatible, la acción ejercitada por los demandantes redundaría de forma objetiva en beneficio de la comunidad, pues la ocupación de la vivienda podría apreciarse como una carga tanto por los copropietarios como por terceros y ello redundaría en el beneficio económico que se podría obtener en la venta. Este control judicial de que, por su finalidad, el ejercicio de la acción no se desvía del beneficio común, permite concluir afirmando la falta de justificación de la pretensión de la demandada, que pretende mantener, en claro perjuicio de los demás copropietarios, el uso de la vivienda que le fue cedida en precario por una copropietaria. En definitiva, ante la inexistencia de mayoría y el bloqueo de las posiciones, lo que han hecho los demandantes es acudir al juez, como autoriza la primera parte del art. 398.III CC»

V. EL DERECHO DE USO ANTE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN VOLUNTARIA DE LA VIVIENDA

Ya he destacado que entre los cónyuges es irrelevante que el derecho de uso y la correlativa limitación a las facultades dispositivas sobre la vivienda consten registralmente, porque los actos de disposición siempre van a requerir el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. En caso contrario, tales actos son anulables durante cuatro años, sometándose al régimen del art. 1301 CC y concordantes. No obstante, la acción de anulabilidad no puede prosperar si el tercero es de buena fe, de manera que el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido sólo tendrá entonces derecho a ser indemnizado.

Sin embargo, cuando exista constancia registral de la atribución del uso, y de la correlativa limitación a las facultades dispositivas sobre la vivienda, se impide que puedan inscribirse cualesquiera actos de enajenación o gravamen otorgados voluntariamente por quien figure como titular registral, si no consta el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial. Pero si llega a enajenarse válidamente la vivienda, ya sea con el consentimiento del cónyuge usuario, o con la autorización judicial supletoria, la atribución judicial del uso se va a extinguir y desaparecer del Registro. Y ello porque se ha removido el obstáculo que restringía las facultades dispositivas del titular registral.

Cuestión diferente es que, ante una enajenación de la vivienda por parte del cónyuge

propietario, el enajenante o el cónyuge usuario y el tercer adquirente puedan pactar en el propio acto de enajenación que se mantenga el derecho de ocupación sobre la vivienda. Pero entonces este derecho tendrá una causa distinta, que no es la necesidad de protección de la vivienda familiar como consecuencia del proceso de crisis matrimonial, sino que encontrará su fundamento en el propio contrato donde se pactó. Y en este caso, si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad, tendrán que concurrir los requisitos que exige el principio de especialidad en cuanto a la extensión de este nuevo derecho, limitación temporal, titularidad, transmisibilidad, etc. (en este sentido, Calamarza Cuencas, E. «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, núm. 37, 2018, p. 29).

VI. HIPOTECA Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

Como ya se ha puesto de relieve, la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, con la consiguiente limitación de las facultades dispositivas sobre dicha vivienda, puede tener reflejo registral a efectos de su oponibilidad a terceros y, además, como en la sentencia objeto de comentario, puede provocar algunos conflictos con la hipoteca que recae sobre dicha vivienda cuando entra en fase de ejecución. Por ello es necesario deslindar las situaciones que pueden producirse en dos momentos diferentes: a) En el momento de la constitución e inscripción de la hipoteca. b) Posteriormente, en fase de ejecución hipotecaria.

1. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA SOBRE LA VIVIENDA

Desde la perspectiva del momento de constitución de la hipoteca se hace necesario distinguir dos tipos de escenarios, en función de que haya tenido o no lugar con anterioridad la atribución del uso de la vivienda familiar.

A) Si *antes de formalizarse la hipoteca sobre la vivienda ya se ha atribuido su uso* por la vía del art. 96 CC, para la válida constitución del derecho real de hipoteca debe prestar su consentimiento el cónyuge no propietario o, en su defecto, constar la autorización judicial. Aunque la titularidad del bien pertenezca con carácter privativo al cónyuge al que no se asignó el uso, el art. 96 CC limita su facultad de realizar actos de disposición que afecten a la vivienda. En este punto es necesario distinguir si consta o no registralmente la atribución del derecho de uso, con la consiguiente limitación a las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar.

- Si consta inscrito, en el Registro de la Propiedad no se podrá practicar ninguna inscripción hasta que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 96 CC (consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial), lo que deberá ser objeto de calificación por el Registrador (art. 91.1 RH). Una vez que se cumplan tales requisitos, se podrá inscribir la hipoteca. Como se afirma en la Sentencia objeto de comentario: «(...) si *antes de la constitución del gravamen, que supone la hipoteca, el derecho de uso figura inscrito en el registro de la propiedad se precisa el consentimiento del titular de este último para disponer sobre la vivienda familiar*». Ahora bien, si se consiente, una vez inscrita, la hipoteca despliega todos sus efectos por lo que, en caso de ejecución, la consecuencia será la extinción del derecho de uso, con la consiguiente cancelación del asiento en el que conste (Calamarza Cuencas, «Atribución judicial...», cit., p. 941).

- Si no consta inscrito, desde el punto de vista registral no existe ningún obstáculo para la inscripción de la hipoteca. Y como vimos, en caso de ejecución, para enervar el posible juego de la fe pública registral, lo único que puede hacer el cónyuge perjudicado es destruir la presunción de buena fe que recoge el art. 34 LH. Como se afirma en la STS de 25 mayo 2006 (RJ 2006\3340), el art. 34 LH establece una presunción *iuris tantum* de buena fe que puede ser destruida mediante la prueba correspondiente [en el mismo sentido las SSTS de 30 noviembre 1991 (RJ 1991\8512), 11 febrero 1993 (RJ 1993\456) y 14 febrero 2000 (RJ 2000\822)]. Pero, de acuerdo con el criterio que marcan las SSTS de 15 febrero 1991 (RJ 1991\1272) y 9 julio 2003 (RJ 2003\4616), la presunción se mantiene en tanto no sea declarada por los Tribunales la mala fe.

B) Si en el momento de formalizarse la hipoteca sobre la vivienda no hay matrimonio o no se ha producido la atribución del uso de la vivienda a ninguno de los cónyuges, para su válida inscripción en el Registro de la Propiedad todo depende de la situación en que se encuentre el titular registral de la vivienda.

- Si el constituyente de la hipoteca no está casado, como ocurre en el caso resuelto por la sentencia objeto de comentario, no tiene ningún tipo de limitación, aunque posteriormente contraiga matrimonio y la vivienda se convierta en domicilio conyugal. No resulta, pues, aplicable el art. 1320 CC. Como se destaca en la sentencia, difícilmente puede ser de aplicación este precepto en un momento en que no existe matrimonio, ni siquiera convivencia, por lo que la vivienda no puede ser calificada de familiar. Por ello se afirma: «*la hipoteca es anterior a la atribución judicial del uso, al haberse constituido, en estado de soltero, por el que fue marido de D.ª Daniela, por lo que la restricción de la facultad de disposición, que implica la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular, no podía ser lesionada*». Cuestión diferente es la exigencia prevista en los arts. 21.3 y 129.2 b) LH, en el sentido de que, en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda, debe «constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque». Tal exigencia es ajena a la existencia o no de matrimonio, dado que el carácter habitual o no de la vivienda determina la aplicación de unas u otras normas en fase de ejecución: hay normas protectoras aplicables solo si la finca hipotecada es la vivienda habitual, y otras que exigen, además, que el préstamo garantizado tenga como finalidad financiar la adquisición de la vivienda habitual hipotecada [así se destaca en las RRDGRN de 26 noviembre 2013 (RJ 2014\23829) y 19 diciembre 2013 (RJ 2013\8378), y en las RDGSJFP de 28 octubre 2021 (RJ 2021\5838), 24 mayo 2022 (RJ 2022\3186), y 22 noviembre 2022 (JUR 2022\372324)].

- Si en el momento de formalizar la hipoteca sobre la vivienda existe matrimonio, el art. 1320 CC exige para constituir hipoteca sobre la vivienda habitual el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. La hipoteca es un acto de disposición por lo que entra dentro de los actos a que se refiere este precepto. Este consentimiento puede tener sus consecuencias si, con posteridad se produce la separación o el divorcio. A esta situación se refiere la STS de 8 octubre 2010 (RJ 2010\7445): la esposa «*aceptó la hipoteca constituida por su marido sobre un bien destinado a vivienda habitual; de este modo, el negocio jurídico de disposición es válido y no puede ser anulado, porque en su celebración concurren los requisitos exigidos en el art. 1320 CC cuando el bien hipotecado se destina a vivienda familiar. En consecuencia, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas. Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que, por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial*» [en este mismo sentido, con cita de la anterior, la STS de 6 marzo 2015 (RJ 2015\1104)].

2. LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA CUANDO CONSTA INSCRITA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

En fase de ejecución de la hipoteca hay que distinguir dos tipos de situaciones en función del principio de prioridad registral.

A) Si el derecho de uso sobre la vivienda ha tenido acceso al Registro antes de la inscripción de la hipoteca, aquél tendrá que ser respetado tras la ejecución, como todos los derechos y cargas anteriores (arts. 668.2, 669.2 y 670.5 LEC).

B) Si la atribución del derecho de uso sobre la vivienda tiene acceso al Registro después de formalizarse la hipoteca, en caso de ejecución deben resolverse dos tipos de cuestiones diferentes: a) La extinción de los derechos y cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta (entre los que está el derecho de uso). b) Cuál es la posición procesal que está llamado a

ocupar, dentro del proceso de ejecución, del usuario de la vivienda.

VII. CONFLICTO ENTRE CARGAS ANTERIORES Y POSTERIORES AL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN: EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL Y LOS PRINCIPIOS DE SUBSISTENCIA Y EXTINCIÓN

Una vez que ha accedido al Registro la atribución del uso de la vivienda familiar (que conlleva necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge al que se asigna el uso para los actos de disposición de la vivienda), debemos plantearnos, en sede de ejecución, si este derecho es o no inmune a la ejecución del inmueble y oponible frente a terceros que puedan adquirir el bien tras la realización del valor de la vivienda.

Como todo derecho que accede al Registro de la Propiedad, la atribución del uso de la vivienda está sujeto a los principios de nuestro sistema registral. Por ello, cuando se trata de una ejecución no estamos ante un problema de posible aparición de un tercero del art. 34 LH [erróneamente, así fue enfocado el problema en las RRDGRN de 25 octubre 1999 (RJ 1999\7680) y 19 septiembre 2007 (RJ 2007, 6167)]. Si así fuera, la solución final dependería de la buena o mala fe del adquirente. En realidad, el conflicto debe resolverse sobre la base del principio de prioridad registral. De esta manera, cabe plantear dos posibilidades:

a) Como se acaba de destacar, si el derecho de uso sobre la vivienda tiene acceso al Registro antes que la inscripción de la hipoteca, aquél tendrá que ser respetado tras la ejecución, como todas las cargas anteriores. La sentencia objeto de comentario destaca precisamente que la finalidad de la constancia del derecho de uso en el Registro de la Propiedad es «*hacer efectiva dicha limitación del dominio, y garantizar, de esta manera, su oponibilidad frente a terceros a través de la garantía que implica la publicidad registral*».

b) En caso contrario, cuando el derecho de uso accede al Registro con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, la ejecución provocará la cancelación de *todas* las cargas, gravámenes e inscripciones posteriores (arts. 674 LEC y 134 LH), por lo que el adjudicatario la adquirirá sin el derecho de uso. En este sentido se pronuncian las SSTS de 8 octubre 2010 (RJ 2010\7445) y 6 marzo 2015 (RJ 2015\1104). La DGRN mantiene el mismo criterio, entre otras, en las RRDGRN de 8 abril 2015 (RJ 2015\1755) y 8 marzo 2018 (RJ 2018\1336). En concreto en esta última se afirma: «el hecho incontestable de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicabilidad de los principios reguladores del sistema hipotecario cual es el de prioridad, por lo tanto, lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad». Como se mantiene de manera muy gráfica en el AAP Barcelona (Secc. 13ª) de 15 mayo 2001 (JUR 2001\215399) «el rematante o adjudicatario trae causa del momento en que tuvo lugar la inscripción de la hipoteca y, consiguientemente, no le son oponibles los actos posteriores ni siquiera inscritos en el Registro (...). Para que esta inscripción hubiera protegido al titular del derecho real de uso especial de vivienda familiar, habría de anteceder a la hipoteca» [vid. en este mismo sentido el AAP Guadalajara (Secc. 1ª) de 20 enero 2009 (JUR 2009\252560), y especialmente la SAP Baleares (Secc. 4ª) de 20 junio 2006 (JUR 2006\236236); y vid. también, aunque con una argumentación más confusa, el AAP Madrid (Secc. 25ª) de 16 junio 2015 (JUR 2015\185891)].

Todo ello es plenamente congruente con los principios de subsistencia y extinción que, en el seno del proceso de ejecución (hipotecaria u ordinaria), señalan el destino de las cargas registrales una vez realizada la finca.

Dado que, sobre un bien inmueble, además de la carga causada con motivo de la ejecución, pueden existir otras, anteriores o posteriores, se hace necesario determinar su destino, es

decir, si deben permanecer o extinguirse una vez realizado el bien. La LEC establece dos reglas básicas, que plasman los denominados principios de subsistencia y extinción (*vid.* Toribios Fuentes, F. - Domínguez Luelmo, A., *Practicum Proceso Civil*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 1251-1252):

- *Cargas y gravámenes anteriores a la anotación o hipoteca del ejecutante*: quedarán subsistentes (cfr. art. 668 LEC), y por el mero hecho de participar en la subasta el licitador (ejecutante o tercero) las admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllas. Sin embargo, esta responsabilidad no supone que el adjudicatario se convierta sin más en deudor del titular de la carga anterior y que deba responder de su abono con todo su patrimonio, sino que, por el contrario, su responsabilidad se concreta en el bien y tendrá como límite las sumas que aparezcan consignadas en la anotación (cfr. art. 613.3 LEC). La responsabilidad sigue al bien y no al adjudicatario, por lo que de las cargas anteriores responde el bien, con independencia de quién sea su titular. En este sentido es sumamente clarificadora la STS de 3 junio 2016 (RJ 2016\2310).

- *Cargas y gravámenes posteriores*: se extinguirán, toda vez que se cancelará tanto la carga que se ejecuta como todas las inscripciones o anotaciones posteriores, incluso las verificadas después de la expedición de la certificación de cargas (cfr. art. 674.2 LEC).

Estos principios de subsistencia y extinción tienen, desde una óptica registral, una doble dimensión, *ad intra* y *ad extra*.

Ad intra, indican a los titulares de inscripciones y anotaciones, el destino de su carga tras la ejecución, esto es, si está llamada a sobrevivir (cuando es anterior a la ejecutada) o a cancelarse (cuando es posterior). Es por ello coherente que al expedirse la certificación de titularidad de dominio y cargas (arts. 656 y 688 LEC), por el Registrador ninguna comunicación ha de practicarse a los titulares de cargas anteriores a la ejecutada, pero sí a los posteriores, pues los derechos de estos últimos serán expulsados del Registro como consecuencia de la ejecución, por lo que la notificación les pone en alerta al objeto de que hagan valer, si a su derecho conviene, sus legítimos intereses.

Ad extra, porque indica a los eventuales licitadores qué cargas han de asumir y cuáles no, caso de que resulten adjudicatarios del inmueble, al objeto de que tengan pleno conocimiento del alcance y responsabilidad que asumirán con la adjudicación. Es por ello que el art. 668.2 LEC ordena que en «En el edicto y en el Portal de Subastas se hará constar igualmente que (...) las cargas, gravámenes y asientos anteriores al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos si el remate se adjudicare a su favor».

VIII. SITUACIÓN PROCESAL DEL CÓNYUGE A QUIEN SE HA ATRIBUIDO EL USO DE LA VIVIENDA, EN CASO DE EJECUCIÓN

El objeto del recurso de casación, lo que se discute con carácter principal en la sentencia objeto de comentario, tiene naturaleza procesal: cuál es la situación del cónyuge a quien se ha atribuido el uso de la vivienda, en caso de ejecución. La postura de la DGRN es entender que el cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda familiar debe ser tratado en el proceso de ejecución (en este caso, hipotecaria) como un tercer poseedor, por lo que debe ser demandado y requerido de pago. El recurrente considera, en cambio, que el titular del derecho de uso debe tener en la ejecución el tratamiento de un simple poseedor, como los arrendatarios y ocupantes de hecho, a los que, según el art. 661 LEC, basta con que se les notifique la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación (todo ello a efectos de la publicidad en la subasta de la situación posesoria del inmueble que se está ejecutado).

En la RDGRN 5 septiembre 2016 (RJ 2016, 4617) origen del pleito, siguiendo la pauta marcada por la RDGRN 23 marzo 2015 (RJ 2015, 4617), se destaca que, en los casos de inscripción del uso posterior a una inscripción de hipoteca, el titular del derecho de uso inscrito debe tener en el proceso la consideración de un tercer poseedor, por lo que no solo debe ser demandado, sino también requerido de pago, entendiéndose que así se deduce de los arts. 686 LEC y 132 LH. Y ello tanto si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora, como si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda. Pero si una vez concedida la posibilidad de atender al pago de la deuda hipotecaria, no atiende al mismo, será lanzado de la vivienda. En este sentido se afirma «si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar y la finalidad de protección que justifica la concesión del derecho de uso resultante de un proceso matrimonial, debe entenderse que quien lo ostenta ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria y requerido de pago, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido».

Abunda en esta argumentación la RDGRN de 8 marzo 2018 (RJ 2018\1336): «La diferencia entre ambas figuras, tercero ocupante y tercer poseedor, está en que el “tercer ocupante” sólo tiene título de posesión del art. 438 CC, mientras que el “tercer poseedor” tiene título inscrito, lo cual permite que en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, pueda liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien. De ahí que los terceros poseedores, incluyendo al usufructuario y al titular del derecho de uso, no solo deben ser demandados, sino también requeridos de pago, como se deduce de los art. 686 LEC y 132 LH».

Creo que este argumento no se sostiene. Aparte de la extralimitación en cuanto al contenido de la calificación de los documentos judiciales (en la que más adelante me detendré), conviene centrar la cuestión desde una perspectiva procesal. Cuando se expide la certificación de dominio y cargas a que se refieren los arts. 656 y 688 LEC, puede darse la eventualidad de que el bien objeto de la subasta aparezca inscrito, no a nombre del ejecutado, sino de otra persona ajena a la ejecución. Esta otra persona es el denominado «tercer poseedor», que ha adquirido derivativamente el bien gravado con una carga (embargo, hipoteca) por la que se sigue la ejecución. Los ap. 4.º y 5.º del art. 38 LH recogen las peculiaridades que plantea el principio de legitimación en los procesos de ejecución hipotecaria y ejecución ordinaria cuando los bienes han pasado a manos de un tercer poseedor. En la legislación hipotecaria «tercer poseedor» es tercero adquirente de la finca hipotecada o sujeta a anotación preventiva de embargo. Pero procesalmente, como se destaca en la sentencia objeto de comentario, hay que acudir al concepto de «tercer poseedor» que utiliza el art. 662 LEC, que incluye no solo a quien adquiere la propiedad, sino también al que adquiere solamente el usufructo, la nuda propiedad, el dominio directo o el dominio útil. En tales casos, la ejecución prosigue sobre esos bienes, aunque se hayan enajenado a un tercero, de manera que la responsabilidad se hace efectiva sobre unos bienes que en ese momento pertenecen a una persona distinta al ejecutado. Es esto lo que justifica que se le reconozca la posibilidad de intervenir en el proceso de ejecución (Toribios Fuentes, F. - Domínguez Luelmo, A. - Sabater Sabaté, J.M., *El apremio*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 175 y ss.)

Este tercer poseedor, aunque sea propietario, o haya adquirido un derecho real sobre la finca, está sujeto a las consecuencias de la ejecución hipotecaria. De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 104 LH y 1876 CC: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, *cualquiera que sea su poseedor*, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». La eficacia *erga omnes* de la hipoteca determina que, sea quien sea el poseedor actual, está sujeto al *ius distrahendi* del acreedor [*vid.* las SSTS de 26 febrero

2001 (RJ 2001\1491), 30 diciembre 2002 (RJ 2002\330), 23 noviembre 2004 (RJ 2004\7553) y 26 enero 2007 (RJ 2007\1872)]. La misma situación se produce si el tercer poseedor adquiere tras una anotación preventiva de embargo. En este sentido, los ap. 4.º y 5.º del art. 38 LH deben ser puestos en relación con el art. 71 LH, conforme al cual: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación».

Cuando el bien objeto de la ejecución ha pasado a poder de un tercer poseedor, el art. 662 LEC le ofrece a éste dos posibilidades:

a) La primera es *convertirse en parte procesal* acreditando la inscripción de su título dominical (o de otros de los derechos reales susceptibles de posesión), e, igualmente, solicitar que se le exhiban los autos en la Oficina Judicial, lo que se acordará por el Letrado de la Administración de Justicia sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores. En este caso, su intervención dentro del procedimiento debe ser la de una verdadera parte procesal, por lo que no puede verse privado de su derecho a formular oposición, tanto de fondo como procesal, ya que de lo contrario se la habría colocado en una situación de indefensión.

b) Puede también, en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, *liberar el bien* satisfaciendo todo lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el art. 613.3 LEC.

Si el tercer poseedor paga, a diferencia de lo que ocurre con el pago verificado por los titulares de cargas que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, en que se produce la subrogación y continúa la ejecución con el subrogado en la posición de parte ejecutante (art. 659.3 LEC), se produce la terminación del procedimiento. En otras palabras, el pago tiene un carácter solutorio o liberatorio, pero no subrogatorio (Toribios Fuentes - Domínguez Luelmo - Sabater Sabaté, *El apremio*, cit., pp. 177 y ss.). Cuando el tercer poseedor tiene el pleno dominio la cuestión es evidente, pues no puede subrogarse contra sí mismo. Pero si se trata de terceros poseedores que han adquirido solamente el usufructo o el dominio útil de la finca embargada o hipotecada, o bien la propiedad o el dominio directo, no existe obstáculo para que el tercer poseedor se subrogue en la posición del actor porque en cuanto titulares de derechos reales limitados deben entenderse incluidos en la referencia que los arts. 659.1 y 689.2 LEC hacen a derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta y a las cargas o *derechos reales* constituidos con posterioridad a la hipoteca (Díez García, H., *El tercer poseedor de finca hipotecada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 54 y ss., y 98 y ss.; García García, J.M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 221 y ss.; Montero Aroca, J., *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 812 y ss.). La sentencia objeto de comentario asume este planteamiento, si bien con cita de la doctrina contenida en la STS de 20 diciembre 1999 (RJ 1999\9140), que es anterior a la vigente LEC. Pero sí afirma acertadamente que de la constancia registral del derecho de uso «*no cabe deducir que el precitado uso constituya un atípico derecho real, de forma que quien lo ostente deba ser parte necesaria en el proceso de ejecución hipotecaria, como tampoco lo son los titulares de otros derechos o cargas inscritos*».

En el desarrollo del recurso la Abogacía del Estado utiliza, básicamente, los mismos argumentos de la RDGRN 5 septiembre 2016 (RJ 2016, 4617) impugnada. Se entiende así que la facultad de oponerse a la disposición de la vivienda familiar, que confiere el art. 96 del CC, abarca tanto a las disposiciones voluntarias como forzosas, tratándose de una oponibilidad frente a terceros propia de los derechos reales. Se argumenta, además, que la finalidad pretendida es que el cónyuge titular del uso sea oído antes de la enajenación, ya que su

derecho quedaría cercenado si se asimila su posición jurídica a la de un mero ocupante del inmueble. En este sentido, se defiende que no es necesario que nos encontremos ante un derecho real para reputar a dicho cónyuge como tercero poseedor en los términos del art. 132 LH.

Este planteamiento no es de recibo, porque la atribución del uso a que se refiere el art. 96 CC no tiene, como vimos, naturaleza real. La constancia registral queda limitada a publicar la restricción a las facultades dispositivas del propietario para hacer efectiva la posesión exclusiva de la vivienda por el otro cónyuge. Por ello, resulta particularmente acertado el razonamiento de la sentencia comentada en este punto: «Tampoco la usuaria, según el derecho de familia, ostenta ningún título adquisitivo inscrito sobre el inmueble hipotecado, sino que, como reza el art. 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. El uso de la vivienda familiar 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».

Por otro lado, la argumentación de la Abogacía del Estado apoya la necesidad de que el cónyuge usuario sea oído antes de cualquier enajenación, voluntaria o forzosa, en el carácter familiar de la vivienda. Pero si así fuera, la vivienda familiar debería ser protegida de la misma forma en todos los casos, y no sólo tras una crisis matrimonial. Como destaca (Calamarza Cuencas, «La atribución judicial...», cit., p. 32), «aceptar este argumento llevaría a la conclusión de que, en todos los supuestos de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar, constante el matrimonio, debería exigirse que se demandara y requiriese de pago al cónyuge no propietario, aunque no fuera deudor, hubiera consentido o no la hipoteca, pues igual protección merece su derecho y el de sus hijos menores a continuar ocupando la vivienda que aquél a quien se ha adjudicado el uso». Como se puede comprobar, en realidad, el derecho de ocupación exclusiva del cónyuge usuario tras una crisis matrimonial es exactamente el mismo derecho que tiene el cónyuge no propietario, constante el matrimonio, para ocupar la vivienda familiar que pertenece con carácter privativo a su consorte. En este sentido se expresa la anteriormente citada STS 8 octubre 2010 (RJ 2010\7445) cuando afirma que «es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges»

La Sentencia objeto de comentario es muy clara en este punto al destacar que la asimilación que realiza la DGRN entre el usuario de la vivienda y el tercer poseedor es muy forzada, «pues no cabe equiparar los supuestos contemplados en el art. 662.2 LEC, que se refieren al usufructo, nuda propiedad o dominio útil o directo, a la restricción del derecho a la libre disposición que contempla el art. 96 CC, sin que sea argumento bastante para ello que, a tales efectos, se inscriba en el Registro de la Propiedad». Se destaca en este sentido que también los arrendamientos tienen acceso al registro (art. 2,5º 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).

A mayor abundamiento, destaca el TS que ninguno de los preceptos de la LEC (en particular sus arts. 685 y 686) prevé que la demanda ejecutiva o el requerimiento de pago se deba dirigir contra el cónyuge o excónyuge a quien se le atribuye el uso de la vivienda familiar por

la vía del art. 96 CC. Su situación jurídica debe entenderse suficientemente protegida por el artículo 659 LEC, conforme al cual el registrador «comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante», pero «sin atribuirles tampoco la condición de parte necesaria para la válida constitución del procedimiento de ejecución». Además, como se afirma: «Tampoco sufre el titular del uso ninguna situación de indefensión al notificársele la existencia del procedimiento de ejecución (arts. 659 y 689 LEC), en el que puede hacer uso de los derechos que le reserva la ley, así como el de continuar en la posesión de la cosa por la vía de los arts. 661 y 675 LEC, con reserva de las otras acciones que pudieran corresponderle (art. 698 LEC)».

Debe ponerse de relieve finalmente que, frente a la cita parcial y sesgada que de la STC 79/2014, de 8 de abril (RTC 2013\79) hacen la RDGRN de 5 septiembre 2016 (RJ 2016\4617) y la propia Abogacía del Estado, el TS desmonta su argumentación poniendo de relieve que la citada STC «no se refiere a un caso que guarde identidad de razón con el presente. En el supuesto analizado, por dicha resolución, el amparo fue solicitado por quien ostentaba la titularidad del derecho de dominio inscrito en el registro, en virtud de adjudicación llevada a efecto, tras subasta en procedimiento de apremio tramitado por AEAT, y cuya finca había sido objeto también de ejecución hipotecaria ante los órganos jurisdiccionales, sin tener constancia de la sustanciación de este último procedimiento afectante a un bien de su titularidad inscrito en el registro».

IX. DE NUEVO SOBRE LOS LÍMITES A LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES

La sentencia objeto de comentario viene a suponer un serio aviso -uno más- a los excesos de la calificación registral de los documentos judiciales, en contra de lo dispuesto en las normas legales. La DGSJFP debería asumir de una vez por todas algo que parece evidente: que es una Dirección General, un órgano administrativo, y no una nueva instancia en el *iter* procesal que pueda entrar a revisar lo decidido por el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia dentro de un proceso con todas las garantías. Una nota de calificación registral, por mucho que venga confirmada por el referido órgano administrativo, en ningún caso puede funcionar como un juicio revisorio de los procedimientos jurisdiccionales.

Esto es lo que ha ocurrido durante años en cuanto a las consecuencias procesales de los arts. 670 y 671 LEC. La DGSJFP venía realizando una interpretación de las normas procesales, que no solo contravenía el tenor de la ley, sino que vulneraba frontalmente el art. 18 LH y el art. 100 RH en cuanto al alcance de la calificación registral de los documentos judiciales. Se llegaba así a impedir la inscripción registral del decreto de adjudicación a favor de la entidad ejecutante por considerar el tribunal no había respetado las normas procesales, dándose la paradoja de que, dentro de un proceso de ejecución con todas las garantías, la consecuencia de la calificación era que se le entregaba al ejecutante, a cambio de un crédito lícito, un título absolutamente inútil al impedirse su inscripción en el Registro (*vid.* la crítica y estado de la cuestión en Toribios Fuentes - Domínguez Luelmo - Sabater Sabaté, *El apremio*, cit., pp. 318 y ss.).

Las SSTS 15 diciembre 2021 (RJ 2021\5509) y 17 diciembre 2021 (RJ 2022\134) supusieron un severo correctivo a los excesos de la calificación respecto a los documentos judiciales. En ellas se afirma: «Como resume la STS 625/2017, de 21 de noviembre (RJ 2017\5276), conforme a los art. 18 LH y 100 RH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el art. 100 RH

dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento, es decir, no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro (...). Es, pues, el Letrado de la Administración de Justicia la autoridad competente para dictar el decreto y para interpretar y aplicar las normas reguladoras de la subasta, del precio de remate y de la adjudicación. Decreto que el registrador de la propiedad calificará, pero que no puede revisar ni forzar su revisión, puesto que ello solo corresponde a la autoridad judicial, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, mediante el correspondiente recurso».

La Dirección General no tuvo más remedio que asumir esta doctrina es Resoluciones posteriores [v.gr., entre otras, las RRDGSJFP de 17 de enero de 2022 (RJ 2022\1622), de 7 de julio de 2022 (JUR 2022\267794), de 18 de julio de 2022 (RJ 2022\5187), de 14 de abril de 2023 (JUR 2023\187274), y 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023\1336, que por error se fecha el 21 diciembre de 2023)]. Con ello no se hace otra cosa que reconocer algo evidente, que viene recogido en el art. 117.3 CE: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». El art. 122.1 CE se remite en este punto a lo establecido por la LOPJ. Aparte de numerosos preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que huelga enumerar, ya en la propia Exposición de Motivos de esta Ley se recuerda: «El Estado de Derecho (...) requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el Poder Judicial del que se ocupa el título VI de nuestra Constitución, configurándolo como uno de los tres poderes del Estado y encomendándole, *con exclusividad*, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan» (la cursiva es mía). No debe olvidarse que, en un Estado de Derecho, una de las funciones esenciales de los Tribunales es revisar la actuación administrativa, y no al revés (art. 106.1 CE).

En este sentido, ya desde el principio, dispone el art. 2.1 LOPJ: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales». A mayor abundamiento, según el art. 18.1 LOPJ: «Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes». Además de las funciones que corresponden en exclusiva a Jueces y Tribunales, los Letrados de la Administración de Justicia tienen las funciones recogidas en los arts. 452 y ss. de la LOPJ, por lo que, de acuerdo con su art. 452.2 son los Letrados de la Administración de Justicia quienes, en el ejercicio de sus funciones, «cumplirán y velarán por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los jueces o tribunales en el ámbito de sus competencias» (lo que es objeto de desarrollo por Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, que aprueba su Reglamento Orgánico).

Y es que, como se destaca en la STC 35/2021, de 18 de febrero (RTC 2021\35), el derecho a un proceso público con todas las garantías tiene como finalidad «asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los

órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE» [en el mismo sentido, entre otras muchas, la STC 146/2007, de 18 de junio (RTC 2007\146), STS 160/2009, de 29 de junio (RTC 2009\160) y STC 179/2014, de 3 de noviembre (RTC 2014\179)].

El art. 100 RH es muy claro en cuanto a las fronteras de la función calificadora de los documentos expedidos por la autoridad judicial: «se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro». Así pues, la calificación no puede entrar en el control de los trámites procesales. Paralelamente, por lo que se refiere a los expedientes de jurisdicción voluntaria, la Ley 15/2015, de 2 de julio, se refiere en su art. 22 a la ejecución de las resoluciones firmes que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria, recogiendo la necesidad de expedir testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación registral. Y para evitar cualquier duda al respecto, especifica: «La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Letrado de la Administración de Justicia, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro».

En definitiva, lo que sí puede tenerse en cuenta para suspender la inscripción es la existencia de obstáculos que surjan del propio Registro. Pero en estos casos el control no consiste en revisar el contenido de los actos procesales, ni el fondo de la resolución judicial, sino exclusivamente en poner de relieve que la aplicación de los principios registrales (v.gr., la ausencia de tracto) impide en ese supuesto concreto la inscripción. Esto es lo que ocurre por ejemplo cuando se aprecia la necesidad de que en el procedimiento hayan sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, y la propia responsabilidad del Registrador. En este sentido cabe citar la STS de 21 de octubre de 2013 (RJ 2014\435), en la que se destaca que el Registrador «debía tener en cuenta lo que dispone el art. 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídica que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo (RJ 2006\5445), “no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte”». En términos parecidos, la RDGRN de 30 de abril de 2009 (RJ 2009\2775) declara que «el principio de tracto sucesivo y la proscripción de la indefensión consagrada en el art. 24 CE impiden que una resolución judicial pueda operar en el Registro la cancelación de asientos que afecten a personas que no han sido demandadas».

Esta situación se ha producido en algunas ocasiones cuando se ha pretendido por el demandante la inscripción de una sentencia firme por la que se declara adquirido, por prescripción adquisitiva extraordinaria, el pleno dominio de una finca registral. Por todas, cabe citar la RDGSJFP de 7 de febrero de 2023 (BOE núm.53, de 3 de marzo, pp. 32019-32027): «El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Está función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial esto es, no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que la resolución judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal» (en el mismo sentido, la RDGRN de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6411)).

En resumidas cuentas, la Sentencia objeto de comentario resulta impecable en su argumentación cuando destaca que «no cabe asimilar al cónyuge, titular del uso de la vivienda familiar, con la condición de tercer poseedor contemplada en el art. 662 LEC, ni tampoco se trata de un tercer poseedor de los bienes hipotecados que hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes conforme al art. 685.1 LEC, con todos los derechos de parte, y, entre ellos, el de oponerse a la ejecución al amparo del art. 695 LEC». Pero, además, ha vuelto a poner de relieve los límites aplicables a la calificación registral de los documentos judiciales, en un caso como el presente, en el que el testimonio del decreto de adjudicación de la Letrada de la Administración de Justicia es de fecha 22 de febrero de 2016, y los excesos en la calificación, y el empecinamiento en mantener la misma en un dilatado *iter* judicial, han obligado al adjudicatario, dentro de un proceso de ejecución con todas las garantías, a esperar más de siete años para inscribir su derecho, con todo lo que ello supone de costes económicos y de tiempo.

FOOTNOTES

1

Este comentario ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2019-107296GB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.