

CUESTIONES CIVILES Y REGISTRALES DE ACTUALIDAD
EN RELACIÓN A LA VIVIENDA HABITUAL FAMILIAR

*CIVIL AND REGISTRY ISSUES RELATED TO HABITUAL FAMILY
RESIDENCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 384-413

Francisco
Javier GÓMEZ
GÁLLIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En el trabajo se analizan algunas cuestiones civiles y registrales relacionadas con la vivienda familiar habitual, tales como la especial protección que tiene civilmente, protegiéndola frente a actos dispositivos unilaterales por su titular aun cuando sean bienes privativos; la protección de los deudores hipotecarios en caso de hipoteca de vivienda familiar habitual; su régimen jurídico en caso de crisis matrimonial -en particular en los convenios de regulación de la nulidad, separación y divorcio-; y la especial regulación que tiene la vivienda familiar en materia ganancial y sucesoria.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar habitual; familia; matrimonio; parejas de hecho; registro de la propiedad.

ABSTRACT: *In this study is analyzed civil and land registry issues related to habitual family residence, such as the special protection that family house have in civil and registry law; nullity of sales and mortgages made without the consent of both spouses; special protection of debtors to avoid foreclosure of the family residence; legal framework in case of divorce; and regulation of succession in the property of the family residence.*

KEY WORDS: *Habitual familiar residence; family; marriage; domestic partner; land registry*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- III. ACUERDO DE FIJACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- IV. ESPECIAL PROTECCIÓN CIVIL Y REGISTRAL FRENTE A ACTOS DISPOSITIVOS.- V. NORMA APLICABLE A CUALQUIER RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.- VI. INEFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO REALIZADO EN SU CONTRAVENCIÓN.- VII. CALIFICACIÓN DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- VIII. ACTOS DISPOSITIVOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 1320 C.C.- IX. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFORMIDAD DEL OTRO CÓNYUGE.- X. INAPLICACIÓN EN EL CASO DE COMPRA, AUNQUE SEA CON FINANCIACIÓN HIPOTECARIA.- XI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- XII. RÉGIMEN JURÍDICO EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL, Y EN PARTICULAR EN LOS CONVENIOS DE REGULACIÓN DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.- XIII. INCORPORACIÓN AL PATRIMONIO GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR ADQUIRIDO ANTES DEL MATRIMONIO CON PRECIO APLAZADO SATISFECHO DESPUÉS DEL MATRIMONIO EN PARTE CON DINERO GANANCIAL.- XIV. LA ESPECIAL REGULACIÓN QUE TIENE EN MATERIA GANANCIAL Y SUCESORIA.- XV. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

I. INTRODUCCIÓN.

Podemos entender que la vivienda habitual de la familia tiene una consideración jurídica especial en nuestro derecho civil y, por ende, en el Registral.

Siempre se ha afirmado que el concepto de propiedad no es unitario, que existen diversos estatutos de la propiedad, de forma que no es el mismo el régimen jurídico de la propiedad rústica (sometida a legislación especial de arrendamientos rústicos, unidades mínimas de cultivo, etc.) o la propiedad urbana, tan sometida en su delimitación al planeamiento urbanístico, y que tiene también su estatuto propio manifestado en leyes especiales, como el texto refundido de la ley del suelo, ley de propiedad horizontal o la ley de arrendamientos urbanos. Hoy en día no puede hablarse de un régimen jurídico unitario de la propiedad, sino diversos estatutos de la propiedad.

Pues bien, la propiedad de la vivienda familiar habitual bien podría considerarse que tiene un estatuto jurídico propio, tuitivo, bajo el superior principio de protección de la familia. El fundamento de la protección de la vivienda familiar radica por tanto no sólo en la protección constitucional de la vivienda (art. 47 CE) sino también de la familia, sancionada en el art. 39.1 CE, según el cual "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

El art. 70 CC determina que los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en defecto de acuerdo, decidirá el juez. Sin embargo, el concepto

• **Francisco Javier Gómez Gállego**

Registrador de la propiedad. Letrado adscrito a la DGSJFP. Correo electrónico: gomezgalligo@gmail.com

de vivienda familiar habitual es más amplio en las legislaciones civiles forales o especiales en los que la unión de hecho tiene en este aspecto la misma protección que la unión conyugal pues se extiende a toda clase de familia, esté unida o no por vínculo matrimonial.

La vivienda familiar habitual debe estar ubicada en una vivienda (y por tanto se excluyen las edificaciones para uso distinto de vivienda); y estar ocupada habitualmente por la unidad familiar. Es el centro de intereses de la familia, el hogar familiar.

La vivienda familiar habitual puede no coincidir con el domicilio o vivienda habitual de algunos de los integrantes de la familia que, por diversas circunstancias laborales, de estudios, médicas o de cualquier otra índole pueden tener coyunturalmente un domicilio distinto¹.

Tampoco depende de la existencia de hijos, pues la vivienda familiar habitual puede estar referida a una familia que no tenga hijos.

La vivienda habitual de la familia es aquélla en la que la familia convive la mayor parte del año, y que, aunque este requisito puede darse simultáneamente en dos o más viviendas, carecerá del carácter de habitual la segunda residencia de la familia (de recreo o vacacional), aunque se dé la circunstancia de que los cónyuges y sus hijos se trasladen a ella todos los años².

Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados.³ Por supuesto

1 La R. 4-2-2021 reiterando la doctrina de la R. 19-9-2013, declara que, mientras que conforme al art. 40 CC el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, para referirnos a la vivienda familiar del matrimonio deberemos estar al domicilio que de común acuerdo haya sido fijado por los cónyuges (art. 70 CC), es decir, aquél en el que de forma habitual resida la unidad familiar y donde se desarrolle la convivencia de sus miembros. La R. 4-11-2021 declara así que el domicilio o vivienda habitual de una persona puede no coincidir con el domicilio o vivienda habitual de la familia. Véase también la RDGSJFP de 24 de mayo de 2022.

2 Véase R. 13-6-2018.

3 La DGSJFP, anterior Dirección General de los Registros y del Notariado, ha puesto de relieve en distintas ocasiones –vid. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987 y 9 de octubre de 2018– que el domicilio de un cónyuge puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble). Sin olvidar, tampoco, que las normas fiscales atienden a un criterio temporal cuantitativo (días al año de ocupación) para la determinación de la condición habitual de la vivienda, si bien tales criterios cuantitativos no han de ser necesariamente válidos y adecuados en materia civil.

las consideraciones fiscales sobre la vivienda familiar habitual no tienen por qué ser extrapolables al ámbito civil.

Lo cierto es que una vez fijada y establecida la vivienda familiar habitual, queda protegida especialmente por la ley, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio.

III. ACUERDO DE FIJACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

La fijación de lo que va a ser vivienda habitual de la familia, requerirá un acuerdo de los miembros mayores de edad que integran la familia (cónyuges o integrantes de la pareja de hecho -en los derechos civiles forales o especiales donde ésta tiene la misma protección-, sean o no progenitores), o en su defecto resolución judicial, análogamente a lo previsto para el domicilio conyugal en el art. 70 C.C. con el que normalmente coincidirá.

El acuerdo de fijación de la vivienda familiar puede ser expreso o tácito. No obstante, si se trata de una finca inmatriculada en el Registro de la propiedad, para hacer constar registralmente la condición de vivienda familiar habitual, deberá constar en escritura pública o en el testimonio de la resolución judicial donde se fije (cfr. arts. 3 y 82 LH). Incluso cabe la constancia de que un inmueble es domicilio familiar por manifestación del titular del mismo en el momento de la adquisición, dado que es a él a quien le perjudica la manifestación al restringir sus facultades dispositivas. También cabe su constancia si así resulta de mandamiento judicial de embargo.

IV. ESPECIAL PROTECCIÓN CIVIL Y REGISTRAL FRENTE A ACTOS DISPOSITIVOS.

La vivienda familiar habitual, aunque pertenezca a uno solo de los cónyuges, tiene una especial protección civil y registral frente a actos dispositivos realizados por su titular, tanto voluntarios como forzosos. En concreto, no puede ser objeto de disposición o gravamen por este último sin consentimiento del consorte.

Así vemos que el art. 1320 CC, ya desde la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dispone:

“Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

Se trata por tanto de una prohibición de disponer de carácter legal, que no necesita inscripción en el Registro de la propiedad para operar. Conforme al art. 26 de la ley hipotecaria, las prohibiciones establecidas por la Ley que -como la del 1320 CC- tengan plena eficacia jurídica sin necesidad de expresa declaración judicial o administrativa, no necesitan inscripción separada y especial para surtir sus efectos como limitaciones legales del dominio

En armonía y desarrollo de ese precepto, dispone el art. 91.I RH lo siguiente:

“Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”.

Si registralmente constara que es vivienda familiar habitual, no cabría la mera manifestación unilateral del disponente diciendo que ya no lo es, sino que debería consentir el otro cónyuge, pues no cabe modificación de los pronunciamientos registrales sin consentimiento del titular registral o por resolución judicial (cfr. art. 82 LH).

En caso de que la disposición no sea voluntaria, sino forzosa, igualmente se exige la intervención en el procedimiento del otro cónyuge.

Así dispone el art. 144.5 RH que:

“Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado”.

V. NORMA APLICABLE A CUALQUIER RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

La ley protege especialmente la vivienda familiar habitual frente a actos dispositivos unilaterales del titular registral, tratése de vivienda simplemente conyugal, tratése de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos

comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Y es indiferente del régimen económico matrimonial.

El art. 1320 CC está en los artículos que recogen el régimen económico matrimonial primario, y por tanto cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, sea de separación, ganancial, comunidad o participación en ganancias.

Tampoco se trata de una norma específica del Derecho civil común, sino que la misma, con variantes, existe también en otros Derechos civiles de España, como es el caso del Derecho civil aragonés (art. 190 del Código del Derecho Foral de Aragón) o el Derecho civil catalán⁴.

Así, según el art. 231-9 del Código Civil de Cataluña, “I. Con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas (...)”.

Además, la protección atribuida a la vivienda familiar habitual no exige la existencia de una relación matrimonial en aquellas legislaciones civiles especiales o forales -derivadas de leyes autonómicas con competencia en materia de derecho civil- que extiende la protección de la vivienda familiar habitual frente a actos dispositivo unilaterales del titular, cuando existe una mera relación de convivencia de hecho⁵.

4 No se puede decir lo mismo de la legislación civil valenciana, tras la anulación por STC 9 de junio de 2016 del artículo 10 de la ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, que regulaba la disposición de vivienda habitual.

5 Lo recuerda la resolución de 13 de mayo de 2013. La Dirección General había seguido un criterio contrario a la necesidad de manifestar que no es vivienda habitual en las ventas por solteros sujetos a vecindad civil catalana en la Resolución de 18 de junio de 2004. Pero esta resolución fue posteriormente revocada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona de 19 de abril de 2006, cuyo criterio, por tanto, en este momento, ha de ser acatado. Dicha sentencia en lo que interesa textualmente establece: “La calificación registral encuentra su fundamento en el principio de legalidad, según el cual sólo pueden tener acceso al Registro los títulos que reúnan los requisitos establecidos en las leyes: antes de resolver sobre su ingreso en el Registro, y a este sólo efecto, el Registrador examina la validez externa e interna del título presentado.

En el caso, la calificación de la escritura presentada se argumenta sobre la base de la aplicación de la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja del Parlamento de Cataluña, a la venta de un inmueble ubicado en la Ciudad de Barcelona, pero este no es el único punto de vista ni creemos que el más importante desde el que pueda abordarse el problema planteado. Si partimos de la idea, plasmada en el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 junio 1999, alegado por el demandante en apoyo de su tesis, de que la regulación establecida en el art. 1.320 C. Civil y el art. 9 del C. de Familia de Cataluña, para las uniones matrimoniales, y los arts. 11 y 28 de la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, para las convivencias ‘more uxorio, más después de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 julio, por la que se modifica el C. Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, debe considerarse unitaria, global y no discriminatoria, y orientada a ‘la protección de la vivienda que es sede de una familia o de una pareja a ella asimilada’, y de que ni del título presentado a calificación ni del propio Registro resultaba ningún punto de conexión con la Ley 10/1998, del Parlamento de Cataluña, pues se trataba de una persona, la vendedora, viuda, con supuesta vecindad civil común, puesto que no declara la catalana, y reside en Madrid, y una compradora, mercantil domiciliada en esta última, la única perspectiva a adoptar sería la puramente registral, de interpretación del art. 18 L. Hipotecaria y art. 91-1 del Reglamento Hipotecario y su aplicación al supuesto planteado. No olvidemos, retomando la idea de inicio, que el principio de legalidad, al que está

VI. INEFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO REALIZADO EN SU CONTRAVENCIÓN.

Las consecuencias jurídico-civiles de la falta de manifestación -aparte del cierre registral al acto dispositivo- o de la manifestación falsa, será la posible anulación del acto, salvo en perjuicio del tercero de buena fe. Por lo que siempre la demanda deberá dirigirse contra los terceros adquirentes.

Al ser acto anulable puede confirmarse si concurre el consentimiento expreso del otro cónyuge. Y caducará la acción, como en el ámbito general de la anulabilidad, a los cuatro años. En este sentido estoy plenamente de acuerdo -y creo extrapolable al Derecho común- la solución adoptada en el Derecho catalán -art. 231.9-2 y 3 CCC, según el cual:

“2. El acto hecho sin el consentimiento o autorización que establece el apartado 1 es anulable, a instancia del otro cónyuge, si vive en la misma vivienda, en el plazo de cuatro años desde que tiene conocimiento de él o desde que se inscribe el acto en el Registro de la Propiedad.

3. El acto mantiene la eficacia si el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda.

En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable”.

VII. CALIFICACIÓN DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

Desde la perspectiva registral, con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los

sometido el Registrador en su calificación, no soporta el que puedan acceder al Registro actos dudosos, con las graves consecuencias que para la seguridad del tráfico y los derechos conllevaría. Y en la duda de la aplicabilidad o no al supuesto de hecho de la normativa catalana de las uniones estables de pareja, se impone una actuación cautelar del Registrador a fin de prevenir el eventual fraude a los derechos del conviviente carentes de reflejo tabular, pues no cabe duda de que el inmueble que se pretende enajenar es susceptible de servir de sede a una unión convivencial de pareja, y menos cuando aquella duda pueda desvanecerse con una simple manifestación de la disponente que pretende tenga acceso al Registro una nueva situación jurídica inmobiliaria. En definitiva, el problema tiene un primordial carácter registral (art. 18 L. Hipotecaria y art. 91-I R.H.) y de conflicto de leyes (art. 16 C. Civil), materias reservadas por el art. 149.1.8º de la Constitución a la competencia exclusiva del Estado, por lo que la competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado para conocer del recurso gubernativo no es cuestionable. Por lo expuesto, debe desestimarse la demanda en cuanto a la falta de competencia de la D. G. R. N. y estimarse respecto a la exigencia de la manifestación exigida por el Registrador de la Propiedad recurrente”.

finés pretendidos con la norma sustantiva, el art. 91 RH exige –para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concorra el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso autorización judicial supletoria, cuando sea exigible para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia según la ley aplicable– bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así. Lo mismo ocurrirá si la legislación civil especial o foral extiende esa protección a las parejas de hecho (cosa que no hace el Código civil para las parejas sujetas a vecindad civil común).

Este precepto reglamentario, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de esa circunstancia de hecho –ser o no vivienda habitual familiar– en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador (art. 18 LH), exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia. Con esta manifestación se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral.

Como afirmó el Centro Directivo de notarios y registradores en Resolución de 6 de marzo de 2020, debe atenderse a la finalidad de tales normas protectoras de la vivienda habitual familiar, de modo que el cumplimiento de las mismas quede asegurado inequívocamente. Y dada la precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial), habida cuenta de sus efectos, y especialmente de la trascendencia que la ley atribuye hoy a la manifestación sobre el carácter de vivienda habitual de la familia en los actos dispositivos sobre la misma, debe exigirse rigor en su constancia en el instrumento público.

Por ello, con expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas no puede entenderse que en la escritura se hayan cumplido adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas.

La manifestación de que no es vivienda habitual familiar debe ser expresa. El hecho de que una vivienda no sea el domicilio familiar del disponente no puede deducirse del hecho de que éste figure en la escritura con un domicilio distinto.

Y tampoco basta para cumplir con la referida norma del art. 91 del Reglamento Hipotecario, que exige una manifestación específica sobre un hecho concreto (que la finca no sea vivienda habitual de la familia), con la genérica afirmación de que los vendedores no se encuentran “en situación alguna que implique la necesidad legal de recabar el consentimiento ajeno para esta operación»; igual que no que sería suficiente, por ejemplo, la mera afirmación de que “el acto dispositivo

cumple todos los requisitos legales." Tampoco bastaría al efecto la expresión de que se vende "libre de cargas, gravámenes y arrendamientos"⁶.

Por otra parte, no hay que confundir la vivienda familiar habitual -que es el concepto jurídico protegido y cuyo estatuto estamos analizando-con la vivienda habitual de uno de los cónyuges. Ya hemos visto que la vivienda habitual de una persona casada no tiene por qué ser su vivienda familiar. Así en la Resolución de 6-3-2020 en un caso en que el disponente manifestó que la vivienda transmitida "no se destina a vivienda habitual"⁷, no fue admitido por la Dirección General, que estima que es necesario aclarar que no se trata del domicilio familiar.

VIII. ACTOS DISPOSITIVOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 1320 CC.

No todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual.

La titularidad que determina la necesidad de contar con el consentimiento es la del pleno dominio, o cualquier otro derecho que atribuya el derecho de usar o disfrutar del bien, tales como el usufructo o el derecho real de uso, suponiendo que se haya configurado como transmisible. También lo sería la constitución de servidumbres sobre la vivienda habitual, salvo que sean externas, esto es, sobre el edificio en propiedad horizontal pero no sobre el propio elemento individual.⁷ Otras consecuencias civiles y registrales del art. 1320 CC y 91 RH es que no podría renunciar a los derechos de tanteo y retracto arrendaticio, de vivienda habitual familiar uno de los cónyuges sin consentimiento del otro.

Pero no será preciso el consentimiento del cónyuge no titular para disponer del bien, en caso de disposición o gravamen (por ejemplo, hipoteca) de la nuda propiedad. El cónyuge titular, con carácter privativo, de la nuda propiedad de la vivienda que constituye la residencia familiar, no necesita el consentimiento de su consorte para hipotecar tal derecho, pues no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario, la que le habilita para el goce y disfrute de la vivienda. (R. 26-10-1987).

6 R. 10-11-1987.

7 Así en un caso de constitución de servidumbre de paso sobre la azotea de un edificio en régimen de propiedad horizontal que es anejo de uno de los pisos de éste, a pesar de lo cual tiene acceso directo e independiente desde la calle estima la Dirección General que se trata de una servidumbre externa a la vivienda habitual, que solo afecta parcialmente a un elemento anejo a la misma, y sin que exista elemento objetivo alguno del que resulte que la constitución de la servidumbre suponga la eliminación o sustancial privación de goce de la vivienda o la perturbación de la convivencia familiar en la misma; razones por las cuales el recurso es estimado (R. 13-6-2018).

En caso de venta de casa perteneciente a varios condueños, sin expresión de si constituye la vivienda familiar de éstos, existe la presunción de que no lo es. Entiende la Dirección General que no es precisa tal afirmación, ni la intervención de los cónyuges, al no ser aplicable a este caso el art. 1320 CC; pues si hubiese algún derecho individual de un comunero sobre la casa común lo sería a título distinto de esa comunidad (R. 10-11-1987).

La R. 26-1-2022 de la misma manera establece que cuando el objeto del acto dispositivo es una participación indivisa de una vivienda ha de tenerse en cuenta que el derecho individual de un comunero casado sobre el uso o goce de la cosa común no derivará naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario.

Tampoco sería aplicable el artículo 1320 CC en los actos de modificación hipotecaria, tales como segregaciones, agrupaciones, divisiones materiales o división horizontal, pues no son actos dispositivos.

IX. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFORMIDAD DEL OTRO CÓNYUGE.

Si la vivienda es familiar habitual debe consentir el otro cónyuge. Ahora bien, en relación a la naturaleza de este consentimiento, la DGSJFP considera que se trata más bien de un asentimiento, que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno (esto es, concluido por otro). De manera que cabe la posibilidad de que este asentimiento pueda deducirse de la simple comparecencia del interesado en el título calificado, sin necesidad de una expresa manifestación al respecto (R. 25-4-2005 y 12-5-2007)⁸.

El consentimiento requerido para el acto de disposición por el art. 1320 CC es exclusivamente el del cónyuge del titular de la vivienda o del derecho sobre ella, no el de los hijos. La eventual oposición de los hijos que convivan con sus progenitores en esa vivienda, aunque sean mayores de edad, es por completo irrelevante. La ley no requiere la participación de los hijos en la prestación del consentimiento, viva o no el cónyuge del disponente (R. 26-1-2022).

La declaración exigida por el art. 91 RH de no ser la finca vendida el domicilio habitual del vendedor puede ser hecha por un representante legal, y también por

8 Así consideró inscribible la hipoteca una vivienda privativa de la esposa, en garantía de un préstamo concedido a ella y a su esposo. Éste recibe el préstamo y firma la escritura. El registrador suspende la inscripción por entender que de tales circunstancias no se desprende que haya prestado el consentimiento previsto en el art. 1320 CC, por lo que, o bien la esposa ha de manifestar que la vivienda no es domicilio conyugal, o bien el marido ha de consentir de manera expresa. No lo estima así la Dirección General, para quien el consentimiento exigido por el art. 1320 CC tiene más carácter de asentimiento y así resultaba del hecho de la comparecencia de ambos en la escritura.

un apoderado, aun sin poder expreso para ello, siempre que tenga poder para vender. (R. 17-12-1987).

En caso de venta, por un divorciado, de vivienda que adquirió en estado de casado con separación de bienes, al manifestar que es divorciado y no constar inscrito el derecho de uso en favor de la esposa, será posible inscribir la enajenación. Los arts. 1320 CC y 91.I RH no son aplicables cuando el disponente es un divorciado, ni siquiera en previsión de que, como consecuencia del proceso de divorcio, se hubiera constituido sobre la vivienda, y a favor del ex cónyuge, el derecho de uso previsto en el art. 96 CC (R. 29-10-2020).

No obstante, tras el cambio de redacción en el texto del art. 96 CC, cuyo párrafo tercero, tras la reforma por ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad, establece:

“Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

No existe una expresa exigencia legal de manifestación de no atribución del uso al otro cónyuge no titular, pero parece que la presupone.

En cuanto a los cónyuges extranjeros que realizan actos dispositivos, les será aplicable la norma cuando la legislación aplicable al matrimonio contenga una exigencia similar al art. 1320 C.C., por lo que el registrador tiene facultades para exigir la acreditación de esa ley si no la conociera directamente conforme a los arts. 18 LH y 36 RH.⁹

X. INAPLICACIÓN EN EL CASO DE COMPRA, AUNQUE SEA CON FINANCIACIÓN HIPOTECARIA.

La manifestación impuesta por el art. 91.I° RH (de no ser la vivienda de que se dispone el domicilio familiar del disponente), alcanza a los casos de constitución de hipoteca, pero no a los supuestos de compra y sucesiva hipoteca, esto es, aquellos

⁹ La resolución de 13 de enero de 1999 consideró que no era exigible cuando se desconoce cuál es la Ley reguladora del régimen económico-matrimonial del vendedor (como ocurría en el caso debatido, en el que los diferentes domicilios reseñados por el transmitente, las distintas nacionalidades suya -argentina- y de su esposa -española-, y el hecho de haber pactado ambos el régimen de separación, inscrito en un Registro Civil español, impedían precisar dicha Ley reguladora) y no se sabe por tanto si ésta exige el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de la vivienda familiar. Todo ello sin perjuicio de las facultades del registrador para exigir la acreditación de dicha Ley y, en su caso, de su concreto contenido.

en que la hipoteca se constituye para financiar la adquisición de la vivienda que se grava, y aun cuando ésta vaya a constituir el domicilio conyugal.

Es aplicable en relación al 1320 CC la doctrina del negocio jurídico complejo, de manera que se considera prevalente la “causa adquirendi”. Si el préstamo hipotecario se obtuvo para financiar la adquisición de la finca hipotecada, debe prevalecer la “causa adquirendi” frente a la “causa disponendi”.

Se equipara así a los casos de adquisición de vivienda ya gravada con hipoteca, que puede ser efectuada por uno solo de los cónyuges sin necesidad de consentimiento del otro ni manifestación alguna acerca de su destino, aunque la vivienda que se adquiere tenga como destino el de constituir el domicilio familiar. (R. 22-5-2006).

XI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

El régimen jurídico especial de la vivienda habitual se manifiesta en general en los actos dispositivos -como se ha visto- y en particular en caso de hipoteca de vivienda familiar.

Tan es así que en la escritura de constitución de hipoteca sobre vivienda debe constar el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21.3 LH, modificado por el art. 3.1 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo. En caso de hipoteca, por tanto, obligatoriamente debe existir en la escritura una manifestación de si es o no vivienda familiar habitual.

Dispone en efecto el art. 21.3 LH que: “En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución”.

En primer lugar, para hipotecar la vivienda habitual familiar debería comparecer el cónyuge del titular registral deudor hipotecario, por aplicación del 1320 CC.

En segundo lugar, porque el régimen de la hipoteca sobre vivienda familiar habitual es especial y tiene una protección especial¹⁰.

¹⁰ La afirmación de que la vivienda va a destinarse a vivienda habitual en el futuro no significa que no lo sea ya en el momento de la compra. Por eso debe quedar clara la afirmación de que no es vivienda habitual en el momento de la compra para no aplicar el 1320 CC. Yo creo que el compromiso de dedicarla a vivienda habitual es actual y ya produce efectos, exigiendo la intervención del cónyuge del deudor hipotecante. Incluso puede ocurrir que ya tuvieran la finca en posesión como vivienda habitual por otro título anterior a la compra (arrendamiento, por ejemplo). Judicialmente puede plantear problemas la aplicación de

El especial régimen establecido cuando la finca hipotecada constituye la vivienda habitual del hipotecante tiene como precedente el párrafo segundo del número tres del art. 693 LEC que ya desde su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 permitió al deudor, si el bien hipotecado fuese la "vivienda familiar", liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas aún sin consentimiento del acreedor.

También fue un concepto utilizado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, al introducir la disposición adicional sexta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, discriminando por vez primera el valor de adjudicación al acreedor en caso de subasta desierta por un determinado porcentaje del valor de tasación, distinto según se tratase o no de vivienda habitual.

De la misma forma, la Ley 1/2013 estableció una serie de medidas dirigidas a la protección del deudor hipotecario, que se pueden sistematizar en dos grupos en función de que la finalidad del préstamo u obligación garantizada sea la de financiar o no la adquisición de la vivienda habitual.

Así, en cuanto al primer grupo, además de medidas temporales sobre suspensión de lanzamientos por un plazo de once años de aquellos desahucios en curso, y sobre la limitación de los intereses de demora –tres veces el interés legal del dinero y prohibición del pacto de anatocismo– (cfr. art. 114.3.º LH), se estableció que el plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado con la hipoteca no puede ser superior a treinta años, cuando está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, modificado por el art. 4. Seis de la Ley 1/2013, de 15 de mayo).

En cuanto al segundo grupo de normas protectoras de la vivienda habitual, con independencia de que la obligación garantizada esté o no destinada a su adquisición hay que citar las siguientes:

a) no cabe en las subastas sin ningún postor la adjudicación al acreedor, si se tratara de vivienda habitual del deudor, por valor inferior al 70% del valor de tasación a efectos de subasta o si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje, por el 60 % (art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nueva redacción dada por el art. 7. Diez de la Ley 1/2013);

la doctrina del acto complejo en este caso, no sé si puede servir ante la oposición fundada en la no intervención del cónyuge ex artículo 1320 C.C., que insisto podría alegar que viene ocupando la vivienda con anterioridad o ya había un compromiso actual de dedicarla a vivienda habitual (que además se va a reflejar en el Registro). Es bien fácil eludir el 1320 CC. afirmando con claridad que no es vivienda habitual en el momento de la compra, lo que ya sí claramente permitiría aplicar la doctrina del acto complejo.

b) en caso de vencimiento anticipado si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá pedir, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de la presentación de la demanda (art. 693.3 LEC, modificado por el art. 7.Trece de la Ley 1/2013).

Pero es que además nuestro régimen hipotecario ha sufrido una reforma generalizada en los últimos años para su adaptación a la Directiva 93/13/CE en materia de protección del consumidor, y de varias sentencias del TJUE considerando que nuestra legislación hipotecaria y procesal de ejecución hipotecaria no la respetaba.

Con carácter general la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha dado el paso definitivo al establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. En particular ha limitado los intereses de demora y los pactos de vencimiento anticipado.

En efecto se ha modificado la regulación de los pactos de vencimiento anticipado por impago de capital o intereses en todo tipo de préstamos hipotecarios. Conforme al art. 24 LCCI la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas deben equivaler al menos:

2.1. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

2.2. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

En cuanto a la cláusula suelo: El art. 21 LCCI establece que en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés, y que el interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo. Por lo tanto, se prohíbe directamente pactar cláusulas suelo respecto de los préstamos a los que le es aplicable la ley.

En relación a los Intereses de demora: El art. 25 LCCI establece que en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a) LEC. Ya esto lo establecía el 114 LH tras la reforma por ley 1/2013.

Otras medidas se adoptaron en relación a la tasación de los inmuebles.

El art. 129.2 a) LH, establece que el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. De acuerdo con ello, el tipo fijado para la subasta en caso de venta extrajudicial ha de ser el 100% del que conste en la tasación realizada de acuerdo con el art. 13 LCCI.

Además, el importe del principal no puede exceder del sesenta por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Si el bien hipotecado está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual no podrá exceder del 80% de dicho valor de tasación de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo.

La Disposición adicional 8ª LCCI establece la obligación del registrador de remitir gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación. Para ello se exige además que en la escritura se haga constar una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones.

Se regula también el acta notarial de transparencia: El art. 15.7 LCCI establece que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta de transparencia. En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto.

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación se potencia obligando a la inscripción de los modelos de préstamos hipotecarios. Es preciso acreditar el

depósito del modelo de contrato utilizado mediante acceso telemático al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en el que se la haya asignado un código identificador único, que debe reflejarse en la escritura de préstamo hipotecario (no se califica como defecto). Artículo 11.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, artículo 7 de la Ley de Crédito Inmobiliario, e Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2019.

En cuanto a la ejecución judicial de vivienda habitual:

a) En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al ejecutante, podrá el ejecutado liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas. Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades reclamadas. (arts. 670 y 693.3 LEC).

b) Art 579 LEC: En el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

1. El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el sesenta y cinco por ciento de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el sesenta y cinco por ciento dentro del plazo de cinco años, satisficiera el ochenta por ciento dentro de los diez años.

2. En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un cincuenta por ciento de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

De ahí que se ponga nota al margen de la inscripción de adjudicación y el registrador notifica al juzgado si se da el supuesto previsto en el art. 579.2 LEC.

XII. RÉGIMEN JURÍDICO EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL, Y EN PARTICULAR EN LOS CONVENIOS DE REGULACIÓN DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

En caso de crisis matrimonial la protección de la vivienda familiar vuelve a resurgir.

Así los arts. 90 y 91 C.C. consideran como contenido esencial de los convenios reguladores de la nulidad, separación y divorcio, la determinación de la persona a la que se atribuye el uso de la vivienda familiar. En particular el artículo 96 dispone que:

“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, 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.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la

Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

En las SSTS 859/2009, de 14 enero 2010 y 861/2010, de 18 enero 2010 esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la STS 859/2009 formula la siguiente doctrina casacional: “[...] De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”. Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010, donde se añade que “El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges [...]”.

Aunque el derecho de uso tiene naturaleza discutida, considerándose por la DGSJFP más un derecho familiar que un derecho real, de forma que corresponde, salvo pacto, a aquél de los cónyuges en cuya compañía queden los hijos, siendo más bien una limitación dispositiva frente a actos unilaterales del titular, lo cierto es que cada vez más la jurisprudencia y la propia doctrinal de la DG ha ido reconduciendo la figura acercándola a la categoría de derecho real inscribible, que puede atribuirse también expresamente a los hijos menores, y que se rige por las normas generales de oponibilidad de los derechos reales.

Incluso la doctrina que entiende que es un derecho familiar y no un derecho real, considera que deben aplicarse las reglas de la prioridad registral.

Así MANZANO FERNÁNDEZ¹¹ afirma que el derecho de uso puede ser adjudicado al cónyuge no titular y a los hijos, si los hay. La titularidad del bien no obsta a la continuación del uso y disfrute del mismo por el no titular. Se trata de una situación posesoria que ya existía constante el matrimonio y que ahora continúa por acuerdo de los excónyuges o decisión de la autoridad judicial. Considera que la atribución del uso no es un derecho real, no es un derecho patrimonial, sino familiar, que trae causa de un título preexistente cual es la titularidad de uno de los excónyuges y que tiene como finalidad evitar que uno de ellos pueda de forma unilateral disponer voluntariamente de la vivienda y provoque el cese del uso y de la posesión. En consecuencia, cuando el título que legitima el uso se extingue, se extingue este también.

Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, el código civil exige en los arts. 1320 (situaciones de normalidad matrimonial) y 96.4 (crisis) el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Estos preceptos no son aplicables a las ejecuciones forzosas, pues en estas se prescinde, en todo caso, de la voluntad de los interesados y la decisión emana de un órgano judicial. Por eso MANZANO FERNÁNDEZ considera que, inscrita la atribución judicial del uso en el registro de la propiedad, esta decae frente a las cargas anotadas o inscritas con carácter anterior y preferente a su constancia registral, por lo que el adjudicatario, tras la subasta y posterior remate, adquiere el bien libre de gravámenes. A mi juicio en este caso de ejecución de hipoteca anterior, si el derecho de uso está inscrito antes de la demanda de ejecución, debe demandarse y requerirse de pago también al titular del derecho de uso, como ocurre con el usufructuario.¹²

En cuanto al embargo anotado con posterioridad a la inscripción de la atribución del uso y llegado el momento de la adjudicación tras el remate, considera MANZANO FERNÁNDEZ que el uso se extingue porque si ya no hay título que justifique la posesión, el Juez no puede crearlo frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. El adquirente recibe el bien libre de cargas porque así lo recibirá constante el matrimonio. La constancia registral del uso solo obliga, a tenor del 144.5 del reglamento hipotecario, a notificar al usuario de la existencia

11 Véase MANZANO SOLANO, M. M.: "La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo 2012, núm. 730.

12 En cuanto al grado de intervención que en el proceso de ejecución hipotecaria haya de tener el cónyuge usuario, el Centro Directivo, aplicando su propia doctrina en relación con el tercer poseedor de finca sujeta a ejecución hipotecaria, resuelve que el titular del derecho de uso ha de ser demandado en el proceso de ejecución si tal derecho de uso era conocido por el ejecutante, o si constaba inscrito en el Registro con anterioridad a la iniciación del proceso (R. 8-3-2018).

del embargo, para que el registrador pueda proceder a la anotación preventiva del mismo.

Aunque el tratamiento es muy similar a los derechos reales, sin embargo, tiene alguna diferencia con ellos, pues no tiene carácter patrimonial. Así, por ejemplo, el derecho de uso no puede recaer sobre una cuota indivisa de la vivienda. Ello, dice la Dirección General, constituye una diferencia sustancial con el derecho de usufructo (R. 20-6-2019).

Hoy en día ya es consolidada la doctrinal, jurisprudencial y de la DGSJFP de la necesidad de tracto sucesivo para la inscripción y de la conveniencia -incluso imperatividad si hay hijos con discapacidad- de la inscripción del derecho de uso para su oponibilidad a terceros.

En todo caso el derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario es un derecho oponible a terceros y, como tal, inscribible en el Registro de la Propiedad. (STS 11-12-1992). Con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos "erga omnes", por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH.

La posibilidad de que el derecho de uso sea atribuido en el convenio a los hijos menores, cuya custodia se asigna a uno de los progenitores, se ha ido abriendo paso por la jurisprudencia, y la doctrina de la DGSJPF lo aceptado finalmente, a diferencia de la limitación dispositiva en favor del cónyuge del art. 1320 CC.

En definitiva, si el juez así lo ha aprobado, es inscribible, siempre que se indiquen las circunstancias identificativas de los hijos¹³.

13 Véase R. 19-5-2012. Doctrina reiterada en R. 2-6-2014, R. 24-10-2014 y R. 20-10-2016, que destacan que, igualmente por exigencias del principio registral de especialidad, el derecho de uso así atribuido deberá estar claramente determinado (ver caso práctico Madrid, BCNR-66, 2019). Doctrina que igualmente sigue la sentencia 31-3-2016 JPI n° 17 de Valencia, (dictada en juicio verbal entablado directamente contra calificación registral negativa). La doctrina sobre admisibilidad de la atribución del derecho de uso a los hijos menores y la necesidad de identificar a éstos es reiterada por la R. 11-1-2018 que señala además: que la identificación de los hijos puede efectuarse mediante la aportación del Libro de Familia, y que si la inscripción de ese derecho se solicita para cuando los hijos son mayores de edad, corresponde al registrador valorar en qué medida tal circunstancia afecta a la inscribibilidad del derecho (señalando la Dirección General que si no consta que el hijo, ya mayor de edad, haya renunciado al derecho, éste ha de entenderse subsistente). La doctrina sobre admisibilidad de la atribución del derecho de uso a los hijos menores y la necesidad de identificar a éstos es reiterada por la R. 8-3-2018, la R. 30-5-2018, y R. 16-5-2019, la última de las cuales exige una clara determinación del derecho así atribuido (en el caso debatido, parecía que lo que los cónyuges habían convenido era una simple fijación de domicilio por el cónyuge bajo cuya custodia quedaban los hijos menores). La R. 2-6-2020, la R. 17-5-2021 y la R. 29-11-2021 reiteran que es necesaria la constancia de las circunstancias identificativas de los hijos menores a quienes se atribuye el derecho de uso sobre la vivienda familiar.

En particular sólo será inscribible si hay tracto sucesivo, poniendo así fin a las interpretaciones doctrinales -y alguna jurisprudencial- que consideraban oponible el derecho de uso atribuido judicialmente incluso aunque no perteneciera el inmueble a ninguno de los cónyuges o no hubiera un título habilitante para el disfrute.

En algún caso se ha considera no inscribible el derecho de uso si el usufructo de la finca está inscrito a nombre de tercero (en el caso debatido, el padre del marido). Apunta la Dirección General que cuestión distinta sería plantearse la posibilidad de inscribir el derecho de uso como sucesivo al usufructo, pero no entra en su examen dados los términos del convenio regulador calificado. (R. 21-6-2004). Por el contrario, la R. 20-6-2019 admite abiertamente la posibilidad de inscribir un derecho de uso sobre finca con usufructo a nombre de tercero, pues la limitación en cuanto al disfrute desaparecerá cuando se extinga el usufructo.

El derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales o por cualquier otra causa traslativa, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho. Por el contrario, si se ha inscrito el derecho de uso a favor de un cónyuge sobre vivienda inscrita por mitad a favor de ambos cónyuges, la disolución del condominio, con adjudicación al cónyuge no usuario, no supone sin más la extinción del uso. Tal hecho solo ocurrirá si el cónyuge usuario renuncia expresamente al derecho de uso (R. 19-1-2016).

En cuanto a la atribución del uso a uno de los cónyuges, perteneciendo la vivienda al padre del otro, habrá que estar a la causa de la cesión de la vivienda por su propietario a los excónyuges: si fue un contrato, se estará a lo que resulte de éste; si se trató simplemente de una posesión tolerada, nos hallamos ante un precario y habrá que devolver la finca a su dueño (STS 26-12-2005).

La STS 2-10-2008 considera que el cónyuge adjudicatario es un precarista que puede ser desahuciado por el dueño de la vivienda, quien no puede verse afectado por las resultas de un proceso matrimonial en el que no ha sido, no podía serlo, parte.

La inscripción del derecho de uso, conlleva la necesidad de fijación de un plazo de duración.

El Tribunal Supremo (STS 12 de junio de 2020) considera que en principio debe ser temporal. Parte de su doctrina sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de guarda y custodia compartida, considera que 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 disponer

del uso de ninguna otra, 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.

Cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben 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.

La indeterminación de la duración de un derecho de uso impide su inscripción. Así, pactado en un convenio regulador por divorcio un derecho de uso en favor de los hijos sobre la vivienda familiar, para el caso de fallecimiento de la madre con la que conviven, y “mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico”, señala el Centro Directivo que la indeterminación de este derecho, que no solo pone en cuestión su alcance, sino incluso su propio carácter real (más bien parece una anticipación del modo en que se prestaría un eventual derecho de alimentos respecto de los hijos), impediría su acceso al Registro¹⁴.

Inicialmente el centro directivo había considerado que no era imprescindible el señalamiento de un plazo para que el derecho de uso sobre la vivienda familiar pueda ser inscrito, por las siguientes razones: a) si bien es necesario que conste en el Registro el plazo de duración de los derechos reales limitados en el tiempo, es lo cierto que el derecho de uso no tiene tal carácter real, al ser más bien un derecho de naturaleza puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda (art. 96 CC); b) aunque no se le señale un plazo de duración, el derecho de uso siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye; y c) la atribución del derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas adoptadas por el juez en los casos de separación y divorcio, puede ser modificada cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (art. 91 CC), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión. (R. 20-2-2004). En la R. 2-6-2014 sin embargo, declara la Dirección General que, si bien debe fijarse su temporalidad, ello no implica que haya que fijar un día “certus” (salvo que alguna legislación civil especial así lo establezca, como ocurre en Cataluña).

A la vista de la doctrina del TS sobre el particular (STS 18-5-2015 y 29-5-2015) llega la Dirección General a la conclusión de que el tratamiento de la cuestión ha de ser diferente en función de que existan o no hijos menores que queden al

14 RDGSJFP de 1 de septiembre de 1998.

cuidado del cónyuge a quien se hubiera atribuido el derecho de uso: si los hay, no cabe imponer limitaciones temporales (que de todas formas resultarán de modo indirecto, una vez hayan llegado los hijos a la mayoría de edad), mientras que si no hay hijos, o éstos son mayores (pfo. tercero del art. 96 CC), y al no ser necesario atender, como interés superior al del cónyuge propietario, a la protección de hijos menores, necesariamente ha de imponerse un límite temporal al derecho de uso (esta fue la solución dada al caso resuelto). (R. 20-10-2016).

El derecho de uso, no inscrito, a favor del cónyuge no propietario decae ante la ejecución de una hipoteca preferente (aun cuando ésta hubiera sido constituida únicamente por el cónyuge propietario, en estado de soltero). Así lo entiende la Dirección General, sobre la base de la doctrina sentada por la STS 6-3-2015. Razona la Dirección General que, no estando inscrito el derecho de uso, su titular no puede ser protegido por el Registro, al haber él mismo prescindido del amparo registral.

Y es que el hecho incontestable de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicación al mismo de los principios reguladores del sistema hipotecario, y entre ellos el de prioridad, por lo que procede la purga del derecho de uso como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad. (R. 8-3-2018). Esta R. es invocada por la R. 29-11-2021 según la cual si el titular del derecho de uso, pudiendo hacerlo, no ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no podrá oponerle a un tercero que sí haya inscrito el suyo.

XIII. INCORPORACIÓN AL PATRIMONIO GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR ADQUIRIDO ANTES DEL MATRIMONIO CON PRECIO APLAZADO SATISFECHO DESPUÉS DEL MATRIMONIO EN PARTE CON DINERO GANANCIAL.

El art. 1357 CC establece como regla general que los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Sin embargo, se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el art. 1354 CC, según el cual los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Con ello se consigue atraer a la masa ganancial la parte proporcional de lo pagado después del matrimonio con dinero ganancial.

Desarrolla la materia el art. 91.2 RH según el cual:

“2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal”.

La interpretación “pro vivienda familiar” y para su protección se manifiesta también en los supuestos en que habiendo sido comprada antes del matrimonio, pero pagada después con dinero ganancial, se aplica la solución del art. 1354 CC. Así en un caso de adquisición de vivienda privativa, adquirida por persona soltera, pero en que en la que ésta paga el precio al contado, con el importe de un crédito hipotecario que pide sobre aquélla, esto es, pagado el préstamo, íntegramente, una vez el comprador ha contraído matrimonio y a cargo de éste, entiende el TS que en tal caso no es aplicable el párrafo 1º art. 1357 CC (en cuyo caso la vivienda sería privativa), sino que al tratarse de vivienda familiar y ser equiparables las sucesivas amortizaciones de la hipoteca con los pagos de una compraventa a plazos, la norma aplicable es el pfo. 2º de dicho artículo, que remite al art. 1354 CC, lo que lleva a reputar la finca como ganancial (STS 31-10-1989).

XIV. LA ESPECIAL REGULACIÓN QUE TIENE EN MATERIA GANANCIAL Y SUCESORIA.

Otra manifestación de la protección de la vivienda familiar habitual se produce en materia sucesoria. En concreto en el art. 822 CC, que dispone:

“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente,

pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

En efecto, el art. 1406 CC establece que:

“Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.

2.º La explotación económica que gestione efectivamente.

3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual”.

El derecho de predetracción que el art. 1406.4º CC concede al cónyuge viudo (reclamar la atribución preferente de la vivienda familiar, hasta donde alcance su haber hereditario) no constituye un supuesto de transmisión de derechos hereditarios, sino un específico derecho de atribución preferente al que no se pueden oponer los demás interesados en la herencia (salvo los legitimarios, en el caso de que perjudique sus derechos) (R. 2-3-2015).

Por su parte el art. 1321 CC dispone que:

“Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.

XV. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Finalmente, señalar que la ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, en su art. 5, ha modificado el art. 8 de la Ley 14/2013,

de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que queda redactado como sigue:

“Artículo 8. Eficacia de la limitación de responsabilidad.

1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 6 del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance a los bienes no sujetos con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta ley.

2. Podrán beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil, así como los bienes de equipo productivo afectos a la explotación y los que los reemplacen debidamente identificados en el Registro de Bienes Muebles y con el límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios. En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior.

3. En la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio se indicará el bien inmueble, propio o común, y los bienes de equipo productivo, que se pretende no hayan de quedar obligados por las resultados del giro empresarial o profesional por cumplir con el apartado 2 de este artículo.

4. No podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable”

También se modifica el apartado 1 del artículo 9, que queda redactado como sigue:

“1. La condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio.

Además de las circunstancias ordinarias, la inscripción contendrá una indicación de los activos no afectos conforme a los apartados 1 y 2 del artículo 8 de esta

ley y se practicará en la forma y con los requisitos previstos para la inscripción del empresario individual.

Será título para inmatricular al Emprendedor de Responsabilidad Limitada el acta notarial que se presentará obligatoriamente por el notario de manera telemática en el mismo día o siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil o la instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente a dicho Registro”

Por su parte, se modifica el art. 10, que queda redactado como sigue:

“Artículo 10. Publicidad de la limitación de responsabilidad en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles.

1. Para su oponibilidad a terceros, la no sujeción de la vivienda habitual o los bienes de equipo a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles, en la hoja abierta al bien.

2. Inmatriculado el Emprendedor de Responsabilidad Limitada, el Registrador Mercantil expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al Registrador de la Propiedad y al Registrador de Bienes Muebles de forma inmediata, siempre dentro del mismo día hábil, para su constancia en el asiento de inscripción de la vivienda habitual o del bien de equipo de aquel emprendedor.

3. Practicada la inscripción a que se refiere el primer apartado de este artículo, el Registrador denegará la anotación preventiva del embargo trabado sobre bien no sujeto a menos que del mandamiento resultare que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o se tratare de deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad, o de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social.

4. En el caso de enajenación a un tercero de los bienes no sujetos se extinguirá respecto de ellos la no vinculación a las resultas del tráfico pudiéndose trasladar la no afectación a los bienes subrogados por nueva declaración de alta del interesado”

BIBLIOGRAFIA

MANZANO FERNÁNDEZ, M.: “La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Marzo 2012, núm. 730.

