

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

9590 *Resolución de 14 de mayo de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Agustín Rodríguez García, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Fuenlabrada n.º 3, a inscribir una escritura pública de compraventa.*

En el recurso interpuesto por Don Agustín Rodríguez García contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Fuenlabrada n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de compraventa.

Hechos

Mediante escritura pública de compraventa de fecha 5 de diciembre de 2006, autorizada por el Notario de Fuenlabrada, don Agustín Rodríguez García, doña Concepción García Rodríguez vendió una finca urbana a don Israel Barbero Serena y doña Gema Cortés Viejo, que la compran por partes iguales y pro indiviso.

II

Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Barbate fue objeto de la siguiente nota de calificación: «HECHOS.—Según resulta del Registro de la Propiedad, en la finca relacionada en el precedente documento existe inscrito un derecho de uso a favor de Doña Concepción García Rodríguez y de sus dos hijos Francisco Javier y Jonatan. Del Registro resulta que dicho derecho de uso se le atribuyó en virtud de convenio de divorcio en el que se manifestó que del matrimonio de la citada señora hay los dos citados hijos. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—La inscripción solicitada no puede practicarse en los libros del Registro de la Propiedad porque no puede ser objeto de transmisión la propiedad de la vivienda sobre la que recae el uso. La atribución del uso, aprobada judicialmente, es una medida jurisdiccional que tiene por objetivo la preservación del domicilio habitual en beneficio del cónyuge no titular o de éste y los hijos del matrimonio. Cuando la vivienda es objeto de disposición es precisamente porque el derecho de uso se extingue y si subsiste es precisamente porque se respeta que el cónyuge a quien se atribuyó (y sus hijos en su caso) continúen en el ejercicio del uso de la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso, y la restricción que supone a la libre disposición del bien, afecta al pleno dominio y, existiendo hijos menores de edad, sólo el Juez puede autorizar una disposición que de ejecutarse implicaría la extinción de la protección de la vivienda familiar, salvo, que los referidos hijos menores, habiendo alcanzado la mayoría de edad, prestaran su consentimiento en documento público. Así resulta de lo establecido en los artículos 90 y 96 del Código civil y 104 y 106 (en relación a los artículos 107 y 108 de la Ley Hipotecaria) y a la doctrina emanada de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 25 de octubre de 1999. El defecto señalado es de carácter subsanable. [Sigue pie de recursos]. Fuenlabrada, diecinueve de noviembre de dos mil ocho.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Agustín Rodríguez García interpone recurso en virtud de escrito de fecha 17 de diciembre de 2008, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: que la atribución del uso de la vivienda familiar es necesaria en el caso de que dicha vivienda sea propiedad, en todo o en parte, del cónyuge a quien no se ha atribuido en la sentencia de separación o divorcio la guarda o custodia de los hijos; que cuando la vivienda familiar es propiedad del cónyuge al que se atribuye la guarda y custodia de los hijos, ningún pacto ni ninguna norma atribuyen nunca el uso a dicho cónyuge,

porque no hace falta dado que es propietario; que la madre es propietaria y puede vender la vivienda, trasladándose a donde quiera y llevando, obligatoriamente, consigo a los hijos, y que ninguna norma obliga a ningún padre, propietario de un piso en el que convive con sus hijos, a justificar, para poder vender ese piso, que ha comprado o arrendado otro en otro sitio; que el titular exclusivo del derecho de uso es el cónyuge y el fundamento de la atribución es el cuidado de los hijos que la misma resolución judicial atribuye a ese cónyuge; que a lo que realmente tienen derecho los hijos es a convivir con su progenitor allá donde éste instale su residencia, por lo que no hay afección real de la vivienda al uso de los hijos, sino afección personal del progenitor a su obligación de convivir con los hijos que estén a su cuidado allá donde él esté.

IV

La Registradora emitió informe el día 2 de enero de 2009, manteniendo su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1320 del Código Civil, 40 y 82 a 103 de la Ley Hipotecaria y 91, 144.5, y 206 a 210 de su Reglamento, así como la Resoluciones de esta Dirección General de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007, 27 de agosto de 2008 y 10 de octubre de 2008.

1. Se debate en este recurso la inscribibilidad de una escritura de compraventa de una vivienda otorgada por la titular del pleno dominio, adquirido por título de adjudicación en la liquidación de sociedad de gananciales, constando inscrito en el Registro de la Propiedad el uso de la vivienda atribuido en el convenio regulador de la separación conyugal judicialmente homologado a la propia titular del dominio y a sus hijos menores, en los términos del artículo 96 del Código civil. La Registradora suspende la inscripción por entender que dicha enajenación requiere el previo consentimiento del cónyuge no titular, el cual no se ha acreditado documentalmente.

2. Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «vistos»), el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso 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, no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho.

3. Como se ha dicho, la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. art. 154 C.c.), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial.

En este sentido, dada esta disociación entre titular y beneficiarios del derecho de uso, aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal (STS de 4 de abril de 1997), y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio (RDGRN de 25 de octubre de 1999),

quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca. De ahí que se haya podido afirmar que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de mayo de 2004), y que carece de interés el reflejo registral del derecho de uso judicialmente atribuido a la esposa sobre la vivienda familiar cuando ésta es la titularidad dominical (RDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007 y 10 de octubre de 2008).

4. La protección en que consiste la limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario está delimitada por la definición de la tipología concreta que del supuesto de hecho hace la norma. Y la norma en este punto es clara. El último párrafo del artículo 96 del Código civil prescribe que para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. No hay norma paralela para los casos, como el ahora examinado, en que el uso corresponde al cónyuge titular. Por tanto, a la vista de nuestro Derecho positivo en la materia se puede afirmar que el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda. Consecuentemente, cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento, pues en tales hipótesis el consentimiento para enajenar siempre procederá del titular del derecho de uso, sin que, por consiguiente, resulte necesario recabar el consentimiento del ex cónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso (vid. STS de 22 de septiembre de 1988). En definitiva, la facultad de limitar la libre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que sólo a su titular corresponde.

Por ello mismo, la Resolución de este Centro Directivo de 10 de octubre de 2008 (reiterando la doctrina de las anteriores de 6 de julio de 2007 y 19 de septiembre de 2007) confirmó la calificación del Registrador que había denegado la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge titular de la propiedad, sobre la base del fundamento de que en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 14 de mayo de 2009.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.