

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4280 *Resolución de 8 de marzo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Mijas n.º 3 a practicar la inscripción derivada de auto dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por doña M. P. F. G. y don M. H. P., en nombre y representación de «Deutsche Bank, S.A.E.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Mijas número 3, don Francisco José Castaño Bardisa, a practicar la inscripción derivada de auto dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Hechos

I

En auto, de fecha 21 de marzo de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola, recaído en el procedimiento de ejecución hipotecaria número 435/2013, se adjudicó la finca registral número 70.247 del Registro de la Propiedad de Mijas número 3 a la entidad ejecutante, «Deutsche Bank, S.A.E.». Mediante auto, de fecha 21 de diciembre de 2015, dictado por dicho Juzgado en el citado procedimiento, se acordó declarar, a los efectos de la ejecutoria y sin prejuzgar las acciones que sobre el fondo asistieran a las partes, que «D.ª C. A. R. S. tiene derecho a permanecer en el inmueble que ocupa objeto de la ejecutoria (finca n.º 70.247 del Registro de la Propiedad n.º 3 de Mijas)»; y mediante diligencia de ordenación, de fecha 13 de septiembre de 2017, librada por doña S. M. P. D., letrada de la Administración de Justicia del referido Juzgado, se hizo constar que «la ocupante de la finca D.ª C. A. R. S., no goza de contrato de arrendamiento de vivienda, siendo que su título de ocupación viene constituido por la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Fuengirola, en los autos n.º 244/2006, mediante la que se estimó la demanda presentada por D.ª C. A. R. S. frente al ejecutado D. S. M. G., en relación con la guarda, custodia y alimentos del hijo menor de ambos, en la que se acordó atribuir a la madre la guarda y custodia del hijo, y a éste el uso y disfrute de la vivienda familiar, que es la finca objeto de la presente ejecución».

II

Presentada la anterior documentación en el Registro de la Propiedad de Mijas número 3, fue objeto de la siguiente calificación: «Visto por Francisco José Castaño Bardisa, Registrador de la Propiedad número Tres de Mijas, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 8229/2017, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, por don J. A. T. L., de los documentos que obran en dicho procedimiento, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes Hechos: Primero. El documento objeto de la presente calificación, testimonio de Decreto de adjudicación expedido por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Fuengirola, Procedimiento Ejecución Hipotecaria 435/2013, Negociado: 05, de fecha 16 de mayo de 2017, fue presentado, en unión de diligencia de ordenación librada en dicho Juzgado el día 14 de septiembre de 2017, por el anteriormente nombrado, a las 10:14 horas, del día 5 de octubre de 2017, asiento 250 del Diario de Presentación número 110. Segundo. En el citado testimonio, se hace constar que mediante Auto de fecha 21 de diciembre de 2015 se acordó que declarar, a los efectos de la ejecutoria y sin prejuzgar las acciones que sobre el fondo asistan a las

partes, que D.^a C. S. R. S. tiene derecho a permanecer en el inmueble que ocupa objeto de esta ejecutoria –finca n.º 70.247 del Registro de la Propiedad n.º 3 de Mijas–; y mediante diligencia de ordenación librada por Doña S. M. P. D., Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Fuengirola, el día 13 de septiembre de 2017, se hace constar que la ocupante de la finca D.^a C. A. R. S., no goza de contrato de arrendamiento de vivienda, siendo que su título de ocupación viene constituido por la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Fuengirola, en los autos n.º 244/2006, mediante la que se estimó la demanda presentada por D.^a C. A. R. S. frente al ejecutado Don S. M. G., en relación con la guarda, custodia y alimentos del hijo menor de ambos, S. M. R., en la que se acordó atribuir a la madre la guarda y custodia del hijo, atribuyéndole a éste el uso y disfrute de la vivienda familiar, que es la finca objeto de la presente ejecución. Por lo anteriormente expuesto, dado que de la documentación aportada se deduce que la entidad acreedora tuvo conocimiento de la existencia de dicho derecho de uso sobre la finca objeto de adjudicación a favor de la nombrada D.^a C. A. R. S., ya que en el testimonio de adjudicación se hace constar que mediante auto de fecha 21 de diciembre de 2015 se acordó declarar que dicha señora tiene derecho a permanecer en el inmueble, y que con fecha 1 de marzo de 2016 se dictó decreto en el que se acordó convocar la subasta de dicho inmueble, es necesario acreditar que dicha señora ha sido demandada y requerida de pago en el procedimiento de ejecución hipotecaria. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II. El problema de la calificación de los documentos judiciales, ya ha sido resuelto reiteradamente con base en el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, (artículo 24 de la Constitución Española) que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral, por ello el artículo 100 del Reglamento Hipotecario –en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley– extiende la calificación registral sobre actuaciones judiciales a la competencia del Juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución 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, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción. Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. En consecuencia, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. Por lo tanto, la calificación por los registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa –que no compete al registrador determinar–, sino una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debiera dictarse, que es materia a la que alcanza la función de calificación del registrador, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Si bien es cierto, como se ha dicho anteriormente y reitera la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado, RDGRN de 12 de mayo de 2001, 9 de octubre de 2002, 17 de enero de 2003, 3 de diciembre de 2004, 27 de julio de 2010 y 24 de junio de 2011, que la calificación de los documentos judiciales está

limitada a determinados extremos –cfr. artículo 100 Reglamento Hipotecario–, también lo es garantizar una adecuada protección del titular registral. Y como consecuencia del principio de tracto sucesivo le es dado por tanto al registrador comprobar que se ha dirigido el procedimiento contra el titular registral. Vid Resolución de la DGRyN de 27 de junio de 2011. Según criterio mantenido en Resolución de la DGRyN de fecha 5 de septiembre de 2016, la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge o progenitor resulta discutida en la doctrina. Según la Sentencia del Tribunal Supremo cuando afronta la cuestión relativa a la reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges, parte de una afirmación, cual es que «el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente». Según dicha Sentencia, 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 al cónyuge a quien se atribuye la custodia. Este derecho implica la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualquier acto de disposición de la vivienda. Consecuentemente, esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad. En la Sentencia de 6 de marzo de 2015, en un supuesto similar al que es objeto de calificación, en que la hipoteca se constituyó por su propietario, soltero, sin intervención por tanto de la posterior beneficiaria del derecho de uso, señaló: «Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 del Código Civil y la doctrina de la Sala sobre el mismo, antes expuesta, en un momento en que no existe matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio». Teniendo en cuenta que el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene como epígrafe «Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria», el caso del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito no es asimilable a ninguno de estos supuestos, ni se trata de un arrendamiento, cuyas consecuencias para el arrendatario en caso de ejecución hipotecaria son objeto de legislación específica, ni de una mera ocupación de hecho o posesión puesto que el uso se reconoce y atribuye judicialmente y, como ha quedado expuesto, es oponible a terceros y objeto de la publicidad y protección inherentes a su acceso al Registro de la Propiedad, acceso del que no disfrutaría si se tratara de una mera ocupación asimilable al precario. La figura del usuario, por el contrario, se encuadra mucho más

adecuadamente en los supuestos del artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a titulares inscritos y que en su apartado 2 señala «se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo». La diferencia entre ambas figuras, tercero ocupante y tercer poseedor, está en que el «tercer ocupante» sólo tiene título de posesión del artículo 438 del Código Civil, 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 artículos 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria. Conforme a lo anterior, como ya apuntó la DGRyN en su Resolución de 23 de marzo de 2015, 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 por la Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. Resolución de 23 de marzo de 2015). Vid. Resoluciones de la DGR y N de 25 de octubre de 1999, 31 de marzo y 19 de mayo de 2000, 19 de septiembre de 2007, 13 de noviembre de 2012, 18 de noviembre de 2013, 12 de noviembre de 2014 y 9 y 23 de marzo, 8 de abril y 11 de noviembre de 2015). En el caso que nos ocupa dicha circunstancia se produce ya que de la documentación aportada se deduce que el ejecutante tuvo conocimiento de la existencia de dicho derecho de uso sobre la finca objeto de adjudicación a favor de la nombrada D.^a C. A. R. S., ya que en el testimonio de adjudicación se hace constar que mediante auto de fecha 21 de diciembre de 2015 se acordó declarar que dicha señora tiene derecho a permanecer en el inmueble, y que con fecha 1 de marzo de 2016 se dictó decreto en el que se acordó convocar la subasta de dicho inmueble, por lo que es necesario acreditar que dicha señora ha sido demandada y requerida de pago en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En su virtud, Resuelvo suspender la inscripción solicitada, por la concurrencia de los defectos mencionados, sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, dado el carácter subsanable de todos los defectos indicados, al no haber sido expresamente solicitada. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Conforme al artículo 323 de la Ley hipotecaria, queda prorrogado el asiento de presentación por plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la última notificación. No obstante, de conformidad (...) Mijas, El registrador Francisco José Castaño Bardisa Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Francisco José Castaño Bardisa registrador/a de Registro Propiedad de Mijas 3 a día dieciocho de octubre del año dos mil diecisiete».

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma correspondió a la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Málaga, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández, quien confirmó, el día 23 de noviembre de 2017, la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Mijas número 3.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña M. P. F. G. y don M. H. P., en nombre y representación de «Deutsche Bank, S.A.E.», interpusieron recurso el día 18 de diciembre de 2017 en el que, resumidamente, exponen: «Hechos y fundamentos: Primero. En fecha 15 de junio de 2017, esta parte presentó en el Registro de la Propiedad de Mijas número 3, testimonio del Decreto, dictado el día 21 de marzo de 2017, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola, expresando en su parte dispositiva que: «...Se adjudica a favor de la ejecutante “Deutsche Bank, S.A.E.”, con C.I.F. (...) la finca registral 70.247, inscrita en el Registro de la propiedad n.º 3 de Mijas, al tomo 1789, libro 993, folio 130...» (...) Segundo. Que dicho documento judicial presentado fue objeto de calificación negativa con fundamento en que los terceros poseedores, incluyendo al usufructuario y al titular del derecho de uso, no solo deben ser demandados, sino también requeridos al pago, como se deduce de los artículos 686 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 132 de la Ley hipotecaria (...) Tercero. Que ante esta situación, esta parte optó por presentar la solicitud de calificación sustitutoria en el Registro sustituto indicado por el Colegio de registradores, obteniendo calificación sustitutoria dictada por Doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández, Registradora Mercantil, que confirma la calificación del Registrador sustituido (...) Cuarto. Que entendemos que la calificación negativa del Registrador es contraria a lo establecido en los artículos 686 y 659.2 de la LEC (La Ley 58/2000), como del artículo art. 32 LH (La Ley 3/1946), por lo que, ante la manifiesta indefensión que se crea a esta parte por imposibilitarse la inscripción del dominio de la citada finca, nos vemos obligados a interponer la presente reclamación. Establece el artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: «En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro». La situación es distinta en el caso de que el tercer poseedor inscriba su derecho con posterioridad a la presentación de la demanda ejecutiva, puesto que faltando acreditación de su derecho frente al acreedor, no habrá podido ser demandado ni requerido al pago. En el caso que nos ocupa, después de presentar la demanda de ejecución, esta parte solicitó al Registro de la Propiedad de Mijas número 3 certificaciones de cargas (...) En dicha certificación se puede observar en la que el derecho de uso a favor de C. A. R. S. no estaba inscrito, es decir, cuando se interpuso la Demanda de Ejecución Hipotecaria la Sentencia de separación que adjudica el uso de la vivienda al hijo del demandado y la custodia a la madre de este no estaba inscrita en el Registro de la propiedad de Mijas Número 3. Según el artículo 659.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «A los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, pero, acreditando al Secretario judicial responsable de la ejecución la inscripción de su derecho, se les dará intervención en el avalúo y en las demás actuaciones del procedimiento que les afecten.» En ningún caso se ha producido la indefensión que alega el Registrador de la Propiedad de Mijas 3, puesto que Doña C. A. R. S. tuvo conocimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria y de la subasta que fue señalada, puesto que el 21 de diciembre de 2015 se dicta por el juzgado de primera instancia 4 de Fuengirola auto por el que se reconoce su derecho a permanecer en la vivienda objeto de la ejecución hipotecaria y por consiguiente pudo haber intervenido a los efectos y finalidad señalados en el anterior apartado (...) Tal y como se puede deducir de la simple lectura del artículo 659.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en estos casos no es necesaria comunicación alguna, ni judicial ni registral. La nota marginal expedida por el Registrador de la Propiedad, indicando que se ha expedido certificación de dominio y cargas a requerimiento judicial, da publicidad de la existencia de la ejecución hipotecaria. Su fundamento se halla en el art. 32 LH (La Ley 3/1946) que prevé que «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». En este mismo sentido se expresa el art. 659.2 de la LEC (La Ley 58/2000), que ha sido citado y reproducido anteriormente. Debe tenerse en cuenta que la inscripción registral de la que

dimanan sus derechos comporta la entrega de su título inscrito que contendrá información registral de la existencia del proceso previo de ejecución, por lo que el tercer poseedor queda expuesto a lo que pueda resultar de la ejecución hipotecaria, ya que con base a la información publicitada, tanto por la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, como la propia información que se le ha entregado al inscribir su título, es racionalmente imposible que desconozca la existencia de la ejecución, salvo que omita toda verificación de la información suministrada registralmente y, por ende, debe asumir los riesgos del resultado de la misma. Entiende esta parte que el Registrador de la Propiedad debe cumplir las sentencias y demás resoluciones de Jueces y Tribunales como dispone el artículo 118 de la Constitución Española: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.» Por tanto, deberá inscribirse el dominio y derechos reales salvaguardados por los Tribunales salvo inexactitud de lo establecido en la Ley como dispone el artículo 1 de la Ley Hipotecaria. «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro, en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles. Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley.» A mayor abundamiento, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario establece que la función del Registrador se limitará a examinar la corrección de la competencia del Juzgado, del procedimiento y resto de formalidades extrínsecas. «La calificación por los Registradores 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.» Llama la atención que en la nota de calificación que nos ocupa, el Registrador afirma en relación al tercer poseedor «debe entenderse quien lo ostenta ha de ser demandado y requerido al 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, a este respecto indicaremos, que la interpretación que se realiza en la calificación del Registrador entendemos, dicho sea con el debido respeto, se extralimita de sus funciones ya que el Decreto de Adjudicación a favor de mi representada se ajusta a la legalidad vigente. El Registrador se permite hacer una interpretación tan extensiva que nos lleva a pensar que ha re-legislado la norma establecida en los artículos art. 659.2 y 686 de la LEC».

V

El registrador emitió informe, manteniendo íntegramente su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1875 del Código Civil; 1, 13, 17, 18, 20, 32, 34, 38, 40, 82, 130, 132, 145 y 325 de la Ley Hipotecaria; 538.2.3.º, 568, 659, 681.1, 685, 686 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 100 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, número 79/2013, de 8 abril; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004, 14 de enero de 2010, 6 de marzo de 2015 y 6 de febrero de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2001, 20 de septiembre de 2002, 14 de abril de 2009, 27 de julio de 2010, 27 de junio y 23 de julio de 2011, 7 de marzo, 7 de junio, 13 de septiembre y 29 de noviembre de 2012, 7 de marzo, 22 de mayo, 10 de julio y 17 de octubre de 2013, 4 de febrero, 20 de marzo, 22 de mayo, 8 de septiembre y 20 de noviembre de 2014, 23 de marzo y 11 de noviembre de 2015, 27 de junio, 1 y 2 de agosto

y 5 de septiembre de 2016, 23 de enero, 22 de mayo, 10 de julio, 5 de octubre y 1 y 27 de diciembre de 2017 y 11 de enero de 2018.

1. Son datos a tener en cuenta para la resolución de este expediente los siguientes:

– En auto de fecha 21 de marzo de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola recaído en el procedimiento de ejecución hipotecaria número 435/2013, Negociado 5, se adjudica la finca registral número 70.247 del Registro de la Propiedad de Mijas número 3 a la entidad ejecutante, «Deutsche Bank, S.A.E.».

– La hipoteca consta inscrita a favor de la ejecutante con fecha 29 de noviembre de 2003 según la inscripción 2.^a de la citada finca.

– En la inscripción 3.^a, extendida el día 24 de junio de 2005, consta la transmisión de la finca a favor del ejecutado, don S. M. G., separado judicialmente. En la misma inscripción se procede a la ampliación de la hipoteca constituida.

– Con fecha 7 de julio de 2015 se expide la certificación de cargas para el procedimiento de ejecución citado, 435/2013.

– Finalmente, mediante auto de fecha 21 de diciembre de 2015, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola y recaído en el citado procedimiento, se declara que doña C. A. R. S. tiene derecho a permanecer en el inmueble y, mediante diligencia de ordenación, de fecha 13 de septiembre de 2017, se hace constar que la referida ocupante no goza de contrato de arrendamiento de vivienda, siendo que su título de ocupación deriva de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Fuengirola, en los autos número 244/2006, mediante la que se estimó la demanda presentada por la citada doña C. A. R. S. frente al ejecutado, don S. M. G., en relación con la guarda, custodia y alimentos del hijo menor de ambos, en la que se acordó atribuir a la madre la guarda y custodia del hijo, y a éste el uso y disfrute de la vivienda familiar, que es la finca objeto de la presente ejecución.

– Dicho derecho de uso no consta inscrito en el Registro de la Propiedad y, por lo tanto, no se recogió en la certificación de cargas expedida.

El registrador suspende la inscripción por entender que quien ostenta el derecho de uso 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 por la Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados. Y que en este caso dicha circunstancia se produce ya que el ejecutante tuvo conocimiento de la existencia de dicho derecho de uso sobre la finca objeto de adjudicación a favor de la nombrada doña C. A. R. S., puesto que en el auto de fecha 21 de diciembre de 2015 se acordó declarar que dicha persona tiene derecho a permanecer en el inmueble, y que con fecha 1 de marzo de 2016 se dictó decreto en el que se acordó convocar la subasta de dicho inmueble.

Los recurrentes señalan que, cuando se interpuso la demanda de ejecución hipotecaria, la sentencia de separación que adjudica el uso de la vivienda al hijo del demandado y la custodia a la madre de éste no estaba inscrita, ni tampoco lo estaba cuando se expidió la certificación de cargas por lo que es aplicable el artículo 659.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Como recuerda la Resolución de 19 de enero de 2016 de esta Dirección General (siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 14 de enero de 2010 y 6 de marzo de 2015), en primer lugar, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil).

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. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar íntegra, por un lado, un derecho ocupacional y, por otro, una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil).

En general, se entiende que 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 correlativo de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. artículo 154 del Código Civil), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013).

Esto no impide que si así se acuerda en el convenio y el juez, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre». Como ha recordado recientemente este Centro Directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es el relativo a la vivienda familiar (cfr. Resoluciones de 11 de abril y 8 de mayo de 2012 [2.^ª] y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. En tal caso sí sería necesario la aportación de los datos identificativos de los hijos (vid. Resolución de 19 de mayo de 2012).

3. Como se ha dicho, y salvo en las hipótesis que se acaban de evocar de atribución del derecho de uso a los hijos menores, la posición jurídica de estos 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. artículo 154 del Código Civil)-, que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial.

Esta tesis, habiendo sido defendida inicialmente por este Centro Directivo, ha acabado siendo asumida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 14 de enero de 2010, dictada con fines de unificación de doctrina y confirmada entre otras por la más reciente de 6 de febrero de 2018, en la que tras exponer una síntesis del vacilante panorama jurisprudencial previo, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «El artículo 96, I CC establece que «[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la

vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015, en un supuesto similar al que es objeto de este expediente, en que la hipoteca se constituyó por su propietario, soltero, sin intervención por tanto de la posterior beneficiaria del derecho de uso, se señaló: «Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 del Código Civil y la doctrina de la Sala sobre el mismo, antes expuesta, en un momento en que no existe matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio».

En conclusión, 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.

4. En cuanto al grado de intervención que ha de tener en el proceso de ejecución el beneficiario del derecho de uso, como ya señaló la Resolución de este Centro Directivo de 5 de septiembre de 2016, conforme a lo dispuesto en los artículos 661 y 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se refieren respectivamente a la constancia en el procedimiento de la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, es preciso 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. El ejecutante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución. La petición se tramitará con arreglo a lo establecido en el apartado 3 del artículo 675 y el tribunal accederá a ella y hará, por medio de auto no recurrible, la declaración solicitada, cuando el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente.

Hay que tener en cuenta en primer lugar que el artículo 661 tiene como epígrafe «comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria», y el caso del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito no es asimilable a ninguno de estos supuestos, ni se trata de un arrendamiento, cuyas

consecuencias para el arrendatario en caso de ejecución hipotecaria son objeto de legislación específica, ni de una mera ocupación de hecho o posesión puesto que el uso se reconoce y atribuye judicialmente y, como ha quedado expuesto, es oponible a terceros y objeto de la publicidad y protección inherentes a su acceso al Registro de la Propiedad, acceso del que no disfrutaría si se tratara de una mera ocupación asimilable al precario.

La figura del usuario, por el contrario, se encuadra mucho más adecuadamente en los supuestos del artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a titulares inscritos y que en su apartado 2 señala «se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo».

La diferencia entre ambas figuras, tercero ocupante y tercer poseedor, está en que el «tercer ocupante» sólo tiene título de posesión del artículo 438 del Código Civil, 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 artículos 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria.

Conforme a lo anterior, como ya apuntó este Centro Directivo en su Resolución de 23 de marzo de 2015, 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 por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. Resolución de 23 de marzo de 2015).

5. Ahora bien, si el usuario, como en este caso, pudiendo hacerlo no ha inscrito 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 artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, en cuanto al procedimiento de ejecución, no podrá tener intervención en el mismo, en la forma prevista en el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes relacionado que exige que acredite la inscripción de su título de adquisición.

Por tanto, a estos efectos, la inscripción es un requisito para la intervención en el procedimiento, salvo que haya acreditado al acreedor previamente su adquisición, a fin de tener la consideración de parte.

En cualquier caso, no constando inscrito el derecho, la correcta intervención de su titular queda circunscrita exclusivamente al ámbito procesal, sin que le alcance la calificación registral en tanto esta implica la defensa del titular inscrito, no de quien ha dado la espalda a la protección derivada del registro. Así resulta expresamente del artículo 132 de la Ley Hipotecaria en sus apartados 1.º y 2.º que hacen referencia a titulares inscritos; y en el ámbito procesal (artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes relacionado), la referencia al tercer poseedor se realiza igualmente por la condición de titular inscrito en el Registro de la Propiedad.

En el supuesto concreto de este expediente, cuando se inscribe la compra a favor del ejecutado, el día 24 de junio de 2005, don S. M. G., éste consta separado judicialmente. En la misma inscripción se procede a la ampliación de la hipoteca constituida. La sentencia en la que se reconoce el derecho de uso a la esposa es dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Fuengirola, en los autos número 244/2006, es decir iniciados con posterioridad a la inscripción registral y posteriormente el derecho de uso nunca se inscribió.

Por lo tanto, no se deriva del contenido del Registro que el acreedor tuviera conocimiento de la existencia de este derecho con anterioridad a la interposición de demanda, ni cuando se expidió la certificación de cargas. En consecuencia, no procede decidir si la titular del derecho de uso tuvo que ser demandada o notificada ya que a efectos registrales es inexistente y, por lo tanto, carece de derechos merecidos de protección por el registrador.

Y en el ámbito procesal, según resulta del auto dictado el día 21 de diciembre de 2015, requerido de pago el deudor, una vez despachada ejecución el día 19 de junio de 2015, por lo tanto con posterioridad a la interposición de la demanda, se manifestó la existencia de un ocupante. El magistrado entiende aplicable el artículo 675.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a los supuestos en que no se haya procedido conforme al artículo 661, esto es cuando, por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, en cuyo caso se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el tribunal los títulos que justifiquen su situación. Supuesto distinto, como se ha visto, al de los terceros poseedores inscritos a que hace referencia el artículo 662, antes relacionado.

Finalmente, aportado el título, la sentencia antes citada, el auto dictamina que el título presentado por la ocupante es suficiente para mantener la posesión, derivando al oportuno juicio declarativo el alcance frente a terceros de ese derecho de uso. Procedimiento en el que, en su caso, la usuaria deberá hacer valer su derecho frente al adjudicatario.

Como se ha dicho anteriormente, no corresponde al registrador calificar el grado de intervención procesal de quien no es tercer poseedor con su derecho inscrito. Consecuentemente, el defecto debe decaer, ya que nada impide la inscripción de la adquisición operada en el procedimiento de ejecución.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 8 de marzo de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo