

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

- 12221** *Resolución de 24 de octubre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Santo Domingo de la Calzada, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de sentencia de divorcio y adjudicación de uso de la vivienda habitual.*

En el recurso interpuesto por doña E. M. V. M., en su propio nombre y derecho, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada, doña Raquel Ortiz de Pinedo Fernández, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de sentencia de divorcio y adjudicación de uso de la vivienda habitual.

Hechos**I**

Con fecha 22 de enero de 2014 recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Haro por la cual se disolvía el vínculo matrimonial existente entre doña E. M. V. M. y don B. L. V. y se aprobaba el convenio regulador por el cual, entre otras estipulaciones, se otorgaba el derecho de uso de la vivienda familiar a doña E. M. V. M. y a la hija doña A. L. V., en los siguientes concretos términos: «Cuarto.–Domicilio conyugal: Se adjudica el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar sita en... a la madre doña E.M.V.M. y a su hija común, A. L. V. hasta que la menor alcance la independencia económica. Don B. L. V. deberá abandonar el domicilio familiar en el plazo de 10 días siguientes a la firma del presente Convenio Regulador, llevándose consigo sus enseres personales». En la estipulación sexta se pacta lo siguiente: «Sexto.–Cargas Familiares: Hasta que no se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, los intervinientes contribuirán al pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda que constituyó el domicilio familiar por iguales y mitades partes. Igualmente, los intervinientes se obligan a rendir cuentas de toda gestión que se realice con respecto a los bienes comunes para su correcta inclusión en el proceso de liquidación en el momento en que se proceda a ello. No podrán enajenar, gravar ni transmitir, bienes ni derechos integrantes de la sociedad de gananciales sin comunicarlo a la otra parte, pudiendo esta reclamar una indemnización en caso de inobservancia de este requisito cuya cuantía se fijaría en el perjuicio económico causado a la sociedad de gananciales».

II

Testimonio judicial de la citada sentencia fue presentado en el Registro de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada el día 2 de mayo de 2014, causando el asiento de presentación número 66 del Diario 83, y calificado negativamente el día 10 de julio de 2014, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «N.º entrada: 819/2014 Asiento 66/83 Objeto: Divorcio-Mutuo acuerdo Autorizante: Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Haro, procedimiento 341/2013 Nota de calificación registral Antecedentes de hecho: Con fecha 2 de mayo de 2014 se presentó en este Registro originando el asiento 66 Diario 83, Testimonio de Sentencia 10/14 de fecha 25 de abril de 2014, expedido por don F. D. F., Secretario Judicial del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Haro, siguiendo procedimiento 341/2013 por el que se declara la disolución por divorcio del matrimonio formado por don B. L. V. y doña E. M. V. M., adjudicándose el uso de la vivienda finca registral 5922 de Santurde a doña E. M. V. M. y a la hija común doña A. L. V. hasta la independencia económica de esta última.

Fundamentos jurídicos: Esta nota de calificación y su consiguiente acuerdo se extiende por el Registrador Titular de esta oficina, competente por razón del territorio donde radica la finca, en el ámbito de sus facultades de calificación previstas por el art. 18 de la Ley Hipotecaria y 99 y siguientes de su Reglamento y dentro del plazo legal de quince días hábiles a que se refiere el precepto legal citado. Conforme a ello se aprecian los siguientes defectos: En el apartado cuarto del convenio presentado, se atribuye el uso de la vivienda sita en (...) a Doña E. M. V. M. y a Doña A. L. V., hasta que esta última alcance independencia económica, sin que se lleve a cabo en el mismo convenio la liquidación del régimen económico matrimonial con la correspondiente adjudicación del patrimonio entre los cónyuges. La mencionada finca consta inscrita a favor de Doña E. M. V. M. y Don B. L. V., con carácter ganancial, por tanto el título que faculta a doña E. para disfrutar de la vivienda es el de dominio, entre cuyas facultades se incluye, la de usar de la misma (artículo 348 del Código Civil) siendo este derecho más amplio que el uso de carácter familiar recogido en el artículo 96 del mismo texto legal, que lo regula como un derecho atribuible al cónyuge no titular en cuya compañía queden los hijos. Artículo 96: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. 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». Artículo 90 Código Civil: «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.» Con arreglo a lo anterior, el Registrador que suscribe ha acordado suspender el despacho del citado documento por los defectos señalados. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del documento a los efectos oportunos. Esta nota de calificación, en su caso, en cuanto a lo no inscrito, puede ser (...) Santo Domingo de la Calzada a 10 de julio de 2014 La registradora (firma ilegible) Raquel Ortiz de Pinedo Fernández».

III

La anterior calificación fue recurrida por doña E. M. V. M., en su propio nombre y derecho, mediante escrito fechado el día 30 de julio de 2014, que fue presentado en el Registro de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada el día 5 de agosto de 2014, en el que se formulan las siguientes alegaciones: «(...) Que habiéndome notificado la Resolución de fecha 10 de julio de 2014 por la cual se resolvía suspender la inscripción del derecho de uso que consta en el testimonio de la Sentencia de fecha 25 de abril de 2014 expedido por el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Haro, recaída en el procedimiento 341/2013 y no hallándome conforme con dicha resolución interpongo recurso contra la Resolución de fecha 10 de julio de 2014 por la que se suspende la inscripción de derecho de uso de la vivienda familiar en base a los siguientes: Antecedentes de Hecho Primero.–Que con fecha 22 de enero de 2014 recayó Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Haro por la cual se disolvía el vínculo matrimonial existente entre doña E. M. V. M. y don B. L. V. y se aprobaba el Convenio Regulador por el cual, entre otras estipulaciones, se otorgaba el derecho de uso de la vivienda familiar a doña E. M. V. M. y a la hija A. L. V. Segundo.–Que presentado ante la Registradora del Registro de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada, con fecha 2 de mayo de 2014, dándose el número de entrada 819/2014 y asiento 66/83, el testimonio literal de la referida Sentencia expedido por el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Haro con fecha 25 de abril de 2014, solicitándose la inscripción del derecho de uso conferido por la Sentencia, se notifica a la Sra. V. M. la nota de calificación registral de fecha 10 de julio de 2014 por

la que se acuerda suspender la inscripción por encontrarse el defecto de no constar liquidada la sociedad legal de gananciales en el mismo Convenio Regulador. Tercero.—No podemos estar conformes con la calificación de la Registradora toda vez que el defecto que dice existir para proceder a la inscripción del derecho de uso, no es tal y así se puede comprobar en los criterios que ha establecido y desarrollado ampliamente la Dirección General del Registro y Notariado, en cuyas resoluciones no limita ni condiciona la inscripción de un derecho de uso otorgado en Sentencia de divorcio a la existencia de una liquidación de gananciales entre los cónyuges, mantenido indubitadamente el criterio de que el derecho de uso otorgado por Sentencia de divorcio de una vivienda ganancial puede acceder al Registro de la Propiedad. Así pues la razón esgrimida por la Registradora, condicionando el acceso al Registro del derecho de uso atribuido la esposa al hecho de que conste la liquidación de gananciales, no puede ser conforme a Derecho y ello porque, además de no haberse así establecido por la Dirección General del Registro y Notariado, contrariaría las normas de derecho común civil referentes al divorcio y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales contenidas en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil que en ningún momento exige la realización de este trámite para poder obtener la disolución del vínculo matrimonial y, por lo tanto, de un derecho de uso sobre la vivienda familiar conferido en favor uno de los cónyuges en un procedimiento matrimonial. Es más, en la legislación procesal común ni tan siquiera se permite la acumulación de ambas acciones en un proceso contencioso, siendo únicamente posible, pero en ningún caso obligatorio, proceder a la liquidación de los bienes gananciales en los procesos de mutuo acuerdo. Transcribe la Registradora el contenido del art. 90 del Código Civil en el párrafo en el que se menciona que el Convenio Regulador deberá contener “la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial” evidenciando que en su opinión, el Convenio Regulador presentado debería obligatoriamente haber procedido a la liquidación de gananciales. Sin embargo, debe atenderse a la expresión “cuando proceda” utilizada en el precepto y que deja a la voluntad de los cónyuges la liquidación de su patrimonio ganancial y ello porque de entenderse lo contrario, este precepto entraría en confrontación con el art. 86 y 81 del Código Civil que no imponen este requisito para obtener el divorcio, obligándose a los ciudadanos a permanecer casados si no alcanzan un acuerdo económico. Esta conclusión resultaría totalmente contraria a Derecho. Como mantiene el autor don A. A. P. U., “esta función calificador del Registrador gira dentro de estrechos límites, condicionada, como necesariamente está, por el legítimo respeto a la autoridad de cosa juzgada, bajo las supremas garantías de la ley, en términos de estar vedada al referido funcionario, por razones de orden público, toda calificación del fundamento intrínseco de la sentencia recaída, ya que ello constituiría una intrusión en la órbita de acción del poder judicial (Resolución de 20 de julio de 1922), sin que, por tanto, la capacidad de calificación de los documentos judiciales pueda cuestionar una decisión judicial (8). En definitiva, está claro que el Registrador de la Propiedad no puede calificar los fundamentos ni los trámites del procedimiento que motivan la resolución judicial firme, puesto que el último garante de la legalidad vigente es, precisamente, el poder judicial (Resolución de 16 de marzo de 2005)”. Por ello, si el Juez no puede condicionar la obtención del divorcio y, en consecuencia, la atribución de un derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, al hecho de que se haya practicado la liquidación del régimen económico matrimonial, no lo puede hacer en ningún caso la Registradora que, al calificar de esta manera, establece la exigencia de que la vivienda familiar haya sido objeto de liquidación y adjudicación a alguno de ellos. Estando reconocido el carácter de derecho oponible “erga omnes” e inscribible por tanto en el Registro, como estableció, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 4 de abril de 1997, que declaró que se trata de un derecho de ocupación oponible a terceros, no es exigible la presentación de la liquidación de los bienes gananciales para poder inscribir el derecho de uso a favor de uno de los cotitulares. En este mismo sentido se mantiene la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que admite indubitadamente que el derecho de uso es inscribible con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, teniendo como

efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer ex artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real. Y ello porque dicho derecho de uso constituye, en todo caso, una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario al que no se le atribuye el uso, que produce efectos “erga omnes”, por lo que debe tener acceso al Registro. Cuarto.—Razona la Registradora que la finca consta inscrita a favor de a E. M. V. M. y don B. L. V., con carácter ganancial, por lo que el título de propiedad le otorga a la Sra. V. M. más amplias facultades que el derecho de uso que se pretende inscribir. Sin embargo yerra la Registradora en este razonamiento pues sería únicamente válido si la Sra. V. M. fuera titular privativa de la finca. Siendo como es un bien ganancial, la esposa a la que se le atribuye el derecho de uso puede oponer este derecho frente a la parte del inmueble que no le corresponde a ella, sino a su esposo, precisamente para garantizar que no pueda perjudicar a su derecho ninguna acción realizada por él sin su consentimiento. Debe tenerse en cuenta que, en tanto en cuanto dicho acceso debe respetar el principio de prioridad, no le es indiferente a la titular del derecho de uso que conste registralmente y por tanto, opere frente a terceros, su derecho como prioritario a cualquier otro que pueda generarse por negocio jurídico realizado por el otro cónyuge. De los artículos del Código Civil transcritos por la Registradora en la Resolución, se saca la conclusión que la misma parece entender que la atribución del derecho de uso por Sentencia se otorga cuando se trata de un bien privativo de uso de los progenitores si bien esto es un craso error, ya que la necesidad de solicitar un derecho de uso de la vivienda familiar dentro de un procedimiento matrimonial a favor de uno solo de los cónyuges existe en todo caso, ya sea privativo de uno de los cónyuges o ganancial o adquirido en proindiviso y ello porque el objetivo de esa solicitud es que se conceda el uso de una vivienda de forma excluyente con respecto al otro copropietario, limitando su capacidad de disponer sobre la cosa, lo cual merece protección registral, máxime cuando se trata de un derecho otorgado por la autoridad judicial siempre en interés en menores, lo que lo convierte en un derecho de especial relevancia, de carácter familiar y por lo tanto de orden público, debe de poder ser oponible frente a terceros con todas las garantías que otorga la publicidad registral. Por ello, interesamos que se revoque la calificación de la Registradora, acordándose la inscripción del derecho de uso determinado por Sentencia de fecha 22 de enero de 2014. A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho I.—Artículos 322 y ss. de la Ley Hipotecaria. II.—El presente recurso se interpone en plazo oportuno puesto que no ha transcurrido un mes desde la fecha de la notificación de la calificación, según lo previsto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria».

IV

Manteniéndose la registradora en su calificación, remitió a esta Dirección General, con fecha 20 de agosto de 2014, el escrito acreditativo de la interposición del recurso con la demás documentación complementaria aportada en unión del preceptivo informe.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 90, 96 y 1320 del Código Civil; 2 y 3 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero y 8 de octubre de 2010; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966, 31 de octubre de 1988, 6 de marzo de 2001, 5 de diciembre de 2002, 20 de febrero de 2004, 6 de julio y 19 de septiembre de 2007, 5 de junio, 27 de agosto y 10 de octubre de 2008, 14 de mayo y 18 de noviembre de 2009, 1 de marzo de 2011, 11 de abril y 8 y 19 de mayo de 2012, 9 de julio de 2013 y 2 de junio de 2014.

1. En el supuesto de hecho objeto del presente expediente se presenta en el Registro testimonio de sentencia de divorcio del matrimonio formado por doña E. M. V. M. y don B. L. V. en la que se aprobaba el convenio regulador por el cual, entre otras estipulaciones, se otorgaba el derecho de uso de la vivienda familiar a doña E. M. V. M. y

a la hija A. L. V., en los siguientes concretos términos: «Cuarto.—Domicilio conyugal: Se adjudica el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar sita en... a la madre doña E.M.V.M. y a su hija común, A. L. V. hasta que la menor alcance la independencia económica. Don B. L. V. deberá abandonar el domicilio familiar en el plazo de 10 días siguientes a la firma del presente Convenio Regulador, llevándose consigo sus enseres personales». A su vez, en la estipulación sexta del citado convenio se pacta lo siguiente: «Sexto.—Cargas Familiares: Hasta que no se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, los intervinientes contribuirán al pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda que constituyó el domicilio familiar por iguales y mitades partes. Igualmente, los intervinientes se obligan a rendir cuentas de toda gestión que se realice con respecto a los bienes comunes para su correcta inclusión en el proceso de liquidación en el momento en que se proceda a ello. No podrán enajenar, gravar ni transmitir, bienes ni derechos integrantes de la sociedad de gananciales sin comunicarlo a la otra parte, pudiendo esta reclamar una indemnización en caso de inobservancia de este requisito cuya cuantía se fijaría en el perjuicio económico causado a la sociedad de gananciales».

La registradora suspende la inscripción del derecho de uso atribuido en el convenio a la esposa y a la hija común del matrimonio sin llevarse a cabo en el mismo convenio la liquidación del régimen económico matrimonial con las correspondientes adjudicaciones, de forma que la mencionada finca figura inscrita a favor de los ex cónyuges en pleno dominio con carácter ganancial, por lo que «el título que faculta a doña E. para disfrutar de la vivienda es el de dominio, entre cuyas facultades se incluye, la de usar de la misma (artículo 348 del Código Civil) siendo este derecho más amplio que el uso de carácter familiar recogido en el artículo 96 del mismo texto legal, que lo regula como un derecho atribuible al cónyuge no titular en cuya compañía queden los hijos».

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.

Por tanto, 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 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 (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013). Esto no impide, sin embargo, si así se acuerda en el convenio y el juez lo aprueba en atención al interés más necesitado de protección, aprobar la medida acordada por los cónyuges y, en consecuencia, atribuir 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 2.º 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 sería necesario la aportación de los datos identificativos de los hijos (véase Resolución de 19 de mayo de 2012). Y en todo caso, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral (Resolución de 2 de junio de 2014).

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. Tesis esta que 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, 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)».

4. 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 (Sentencia del Tribunal Supremo 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 (Resolución 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 (Resoluciones de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007 y 10 de octubre de 2008).

5. 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 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. Sentencia del Tribunal Supremo 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 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.

6. Ahora bien, la doctrina anterior no es extrapolable al presente caso en el que el cónyuge adjudicatario por sentencia judicial del derecho de uso de la vivienda familiar no es titular pleno y exclusivo, con carácter privativo, de dicha vivienda, sino que su titularidad es compartida en régimen de gananciales con su ex cónyuge. Es cierto que en esta situación tanto la facultad de ocupación de la vivienda (artículo 394 del Código Civil) como la de limitar la libre disposición del bien, al exigirse el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición a título oneroso o gratuito (cfr. artículos 1377 y 1378 del Código Civil) –al corresponder la gestión y disposición de los bienes gananciales, en defecto de pacto en capitulaciones, conjuntamente a ambos cónyuges (artículo 1375 del Código)–, se encuentran ya ínsitas en la titularidad ganancial de la vivienda habitual que corresponde al cónyuge adjudicatario del derecho de uso, por lo que «prima facie» podría parecer que la doctrina anterior, predicada respecto de los supuestos en que el adjudicatario del uso es pleno propietario privativo del bien, sería extrapolable al presente caso de vivienda de carácter ganancial.

Sin embargo, un atento examen de la cuestión arroja una conclusión diferente. En efecto, por un lado, el derecho de ocupación que atribuye el uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de la limitación de su carácter temporal y provisional, tiene un contenido más intenso que el derecho posesorio y de disfrute que genera la titularidad ganancial del bien, pues como en toda comunidad, salvo pacto en contrario en el título constitutivo, el derecho de servirse de la cosa común aparece comprimido por la exigencia de que su ejercicio no impida, a su vez, a los copartícipes utilizarlas según su propio derecho (cfr. artículos 392 y 394 del Código Civil), en tanto que en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar a que se refiere el artículo 96 del Código lo que se pretende, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, «es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso» (vid. Sentencias de 22 de diciembre de 1992, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995), y ello de forma adaptada a las circunstancias propias de las situaciones de crisis matrimonial que generan (aunque no imponen), por lo común, una ruptura o cese de la convivencia conyugal de los ex esposos (artículo 102.1 del Código Civil), y por tanto dando lugar a una configuración del citado derecho de uso de la vivienda familiar de carácter excluyente

respecto del cónyuge no adjudicatario del derecho de uso. Y este es el caso precisamente del supuesto de hecho del presente expediente en el que se contiene en la misma estipulación cuarta del convenio regulador, en la que se recoge la atribución del reiterado derecho de uso a favor de la ex esposa, la siguiente previsión complementaria «Don B.L.V. deberá abandonar el domicilio familiar en el plazo de 10 días siguientes a la firma del presente Convenio Regulador, llevándose consigo sus enseres personales».

7. Tampoco el régimen de limitación dispositiva recíproco propio del régimen económico-matrimonial de gananciales que resulta de los principios institucionales propios del mismo de co-gestión y disposición conjunta de los bienes puede ser enteramente equiparable a la limitación institucional que resulta de la atribución a un cónyuge del derecho de uso del artículo 96 del Código Civil pues, si bien dicha equiparación puede predicarse en relación con los actos de disposición voluntaria, al requerir tales actos en todo caso el consentimiento de ambos cónyuges, sin embargo no sucede lo mismo, al menos enteramente, en relación con el supuesto de las enajenaciones forzosas.

En efecto, recientemente este Centro Directivo en su Resolución de 5 de julio de 2013 se ha enfrentado a un supuesto en el que se cuestionaba una calificación basada en la supuesta imposibilidad de practicar anotación de embargo sobre finca inscrita con carácter ganancial –estando la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada– por el mero hecho de constar inscrita la atribución del derecho de uso al demandado, defecto que fue revocado, y ello en base a la doctrina reiterada de este Centro Directivo según la cual, disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. artículos 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. artículo 166.1, «in fine», del Reglamento Hipotecario). Y en tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.º, «in fine», del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que los cónyuges, o el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. artículos 1083, 1058 y 1410 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y lógicamente así será si su cuota puede satisfacerse en

otros bienes gananciales de la misma naturaleza especie y calidad), con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, estos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a este en pago de su derecho (de modo que solo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

Lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos.

8. Por tanto, en los casos encuadrables en la segunda de las hipótesis señaladas en el fundamento de Derecho anterior, consistente en el embargo de la cuota global que al cónyuge deudor corresponde en esa masa patrimonial, lo que se embarga es la totalidad de los derechos que corresponden al deudor en la liquidación de la sociedad de gananciales, consistentes en una mitad del saldo resultante una vez liquidada la sociedad de gananciales. Pues bien, en tales hipótesis la circunstancia de que el derecho de uso conste inscrito a nombre del demandado, no es obstáculo para la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre la cuota global que le corresponda en la liquidación de la sociedad de gananciales. Se considere el derecho de uso como una mera limitación de la facultad dispositiva, un verdadero derecho real o una «ius ad rem», ello será posible siempre que registralmente constan cumplidos los principios de tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria) y legitimación registral (cfr. artículo 38.3 de la misma Ley), que permiten tomar la anotación de embargo solicitada. Y en tales situaciones, como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 5 de julio de 2013, será en el momento de la ejecución cuando habrá que determinarse si la ejecución conlleva la extinción del derecho de uso, o si este subsiste como derecho independiente y anterior, que no ha sido objeto del embargo (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2004), examen y determinación a cuyo resultado no será ajena la circunstancia de que siendo el derecho de uso de la vivienda habitual oponible a terceros en virtud de su inscripción en el Registro de la Propiedad dicha inscripción se haya practicado o no (vid. Resolución de 10 de octubre de 2008 y Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2009).

Por último hay que recordar que, como ya se ha dicho, 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 ninguno de los cónyuges (cfr. párrafo 2.º del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. Y así ha sucedido en el presente caso en que en el convenio aprobado «se adjudica el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar sita en... a la madre doña E. M. V. M. y a su hija común, A. L. V...». Por tanto, adicionalmente a todo lo anteriormente argumentado, en el presente caso la calificación impugnada tropieza con la circunstancia obstativa de que el derecho de uso atribuido a la hija, conjuntamente con la madre, no puede considerarse subsumido en la titularidad ganancial que a ésta corresponde sobre la vivienda. Faltando, pues, la identidad subjetiva en la titularidad activa de ambos derechos difícilmente se puede afirmar que la inscripción del derecho de uso es superflua por estar embebidas sus facultades en la propia titularidad dominical sobre la finca previamente inscrita a favor de la madre.

9. Finalmente, debe rechazarse igualmente la idea que pudiera parecer subyacente a la calificación combatida –aunque no la formule con claridad como tal– relativa a la necesidad de que el convenio regulador contenga necesariamente la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales. Como ha afirmado la Resolución de este Centro

Directivo de 19 de julio de 2011, «es cierto que la liquidación de los gananciales puede hacerse en el convenio regulador, pero ello no quiere decir que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el artículo 90 del Código Civil no la impone con carácter obligatorio. En consecuencia, en el supuesto de que no se haga en el convenio, como ocurre en el presente caso, según afirmación de los cónyuges, el documento adecuado para practicarla es la escritura pública de liquidación».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación recurrida en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho anteriores.

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, 24 de octubre de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.