

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8819 *Resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Granada nº 2, por la que se suspende la inscripción de un auto de adjudicación recaído en procedimiento de ejecución hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por doña M. J. R. G., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «Real Estate Ventures Spain, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Granada número 2, don Juan Lucas García Aponte, por la que se suspende la inscripción de un auto de adjudicación recaído en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Hechos

I

En decreto de adjudicación, de fecha 11 de enero de 2016, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada, en sede del procedimiento de ejecución hipotecaria número 1634/2012, se adjudicó a «Real Estate Ventures Spain, S.L.», por cesión del remate, la finca registral número 2.186 del Registro de la Propiedad de Granada número 2.

II

Presentado testimonio del citado decreto, en unión de instancia de fecha 25 de febrero de 2016, con firma legitimada en Madrid el día 16 de marzo de 2016, y de instancia de fecha 4 marzo de 2016, con firma legitimada en Madrid el día 4 de marzo de 2016, en el Registro de la Propiedad de Granada número 2, fue objeto de la siguiente calificación: «Hechos I El día siete de abril de dos mil dieciséis fue presentado el documento de arriba referenciado causando el asiento número 159 del diario 62, en virtud del cual en el Juzgado 1ª Instancia Nº 14 de Granada, a instancia de Banco Santander, S.A., se siguen autos de ejecución hipotecaria número 1634/2.012, contra don M. S. R. y doña M. B. C. G., por el que se adjudica a Real Estate Venture Spain, S.L., por cesión del remate la siguiente finca: Urbana (...) registral la finca número 0/2186. Se acompaña: - Instancia de fecha 25 de febrero de 2016 con firma legitimada en Madrid el día 16 de maro de 2016, cuya entrada es la número 1410. - Instancia de fecha 4 marzo de 2016 con firma legitimada en Madrid el día 4 de maro de 2016, cuya entrada es la número 1411, y de testimonio del poder otorgado en escritura en Santander el día tres de junio de dos mil catorce, ante el Notario Don Juan de Dios Valenzuela García, número 1044 de protocolo, por el Notario de Madrid Don Luis Pérez Escolar Hernando, el día 7 de marzo de 2016, cuya entrada ha causado el número 1412 II Que el Registrador que suscribe, en base al principio de Calificación Registral que dimana del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, emite con esta fecha calificación negativa teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes fundamentos de derecho. Fundamentos de Derecho I 1º.–Según consta en el Testimonio del Decreto, por resolución de trece de Diciembre de dos mil doce, se despachó ejecución hipotecaria en reclamación de treinta y siete mil cuatrocientos noventa y cinco euros con un céntimo (37.495,1 euros) en concepto de principal, ochocientos cincuenta y nueve euros con diecinueve céntimos de intereses ordinarios e

intereses moratorios vencidos y gastos, más otros seis mil setecientos cincuenta euros (6.750 euros) de intereses y costas de ejecución. Solicitada la adjudicación de la finca por la totalidad de la deuda, esto es, cuarenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y dos euros con cuarenta y dos céntimos, en atención a los intereses, gastos y costas, fueron liquidados aquellos y tasadas estas, aprobadas finalmente en siete mil setecientos euros con cuarenta y un céntimos (7.700,41 euros) y dos mil cuarenta y nueve euros con sesenta y cuatro céntimos (2.049,64 euros). Dado que la finca se adjudica por la cantidad de 48.104,34 euros, cantidad que adeudada por todos los conceptos, es necesario que consten perfectamente desglosadas e individualizadas las cantidades correspondientes a principal así como los intereses ordinarios y moratorios devengados durante la tramitación del procedimiento y tasación de costas. Para poder determinar en consecuencia, con exactitud, el importe de la adjudicación que esta hipotecariamente garantizado, impidiendo por ello la calificación del Registrador sobre la posibilidad de que las cantidades reclamadas por todos y cada uno de los conceptos excedan del límite de la respectiva cobertura hipotecaria, máxime cuando existen terceros titulares registrales posteriores a la hipoteca que se ejecuta. Artículos 551.2.3, 57, 654 y 672 de la L.E.C.; artículos 132 números 3º y 4º de la Ley Hipotecaria. Al ser la adjudicación por lo que se le adeuda por todos los conceptos hay que tener en cuenta que seguían el artículo 671 de la L.E.C. tratándose la finca hipotecada de una vivienda debe indicarse expresamente por la autoridad judicial que la misma no es la vivienda habitual de los ejecutados pues de ser así, cfr dicha artículo 771 "... Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicara en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3". Se requiere aclaración al respecto, puesto que en el encabezamiento del mandamiento consta como ejecutada Doña M. B. C. y según la inscripciones 9ª y 10ª dicha señora ostenta un derecho de uso sobre la vivienda lo cual parece indicar que si es su vivienda habitual. 2º.-Asimismo, en la citada finca, según su inscripción 9ª de fecha 4 de marzo de 2005, consta inscrito como medida provisional un derecho de uso y disfrute de esta finca como vivienda familiar a favor de Doña M. B. C. G. y de sus dos hijos menores, medida provisional convertida en definitiva concretándose la identidad de los menores (resolución de la D.G.R.N. 19 de mayo de 2012) con atribución del uso de esta finca como vivienda familiar a favor de Doña M. B. C. G. y de sus dos hijos menores Don M. y Don A. S. R., según la inscripción 10ª de fecha 17 de junio de 2013. Existiendo terceros poseedores en cuanto a dicho derecho de uso, antes de extenderse la nota marginal de expedición de certificación de cargas para el procedimiento de ejecución (de fecha 15 de enero de 2013), debieron ser demandados y requeridos de pago todos ellos junto con la parte deudora hipotecante cfr. a los Artículos 685, 686 de la L.E.C. y 132.1º de la Ley Hipotecaria. Aunque la identidad de los menores se concretó en la inscripción 10ª de fecha posterior a la nota marginal de expedición de certificación para ejecución de la hipoteca, su derecho de uso si constaba inscrito antes de dicha nota marginal pues trae causa de la inscripción 9ª que si es anterior a la nota marginal. Del Decreto solo se desprende haberse realizado a Doña B. las notificaciones a que se refiere el artículo 132.2 de la Ley Hipotecaria. Se solicita por tanto aclaración expresa sobre si la citada señora (que figura como ejecutada en el encabezamiento del mandamiento) fue requerida de pago y efectivamente demandada, así como que lo fueron también sus citados hijos Don M. y Don A. S. R., como terceros poseedores. como exigen los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 685.1 y 686 de la L.E.C. que se refieren no solo a las personas que han de ser requeridas sino también a aquellos que han de ser demandados. De este modo, se atribuye la legitimación pasiva, en un ámbito que la doctrina ha calificado de litisconsorcio pasivo necesario, del deudor, del hipotecante no deudor y del tercer poseedor si existieren, y siendo dicho extremo calificable por tratarse de un trámite esencial del procedimiento y surgiendo además el obstáculo del tracto registral (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2013 sienta "doctrina sobre la proyección que desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

(art.24.1 CE) tiene la inscripción registral y su publicidad” en un procedimiento de ejecución hipotecaria y en especial “la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal” en este tipo de procedimientos “en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad”. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada entendiéndose conforme a la Ley Hipotecaria y según ha declarado reiteradamente la D.G.R.N, que han acreditado su adquisición quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Artículo 24 de la Constitución española. Artículos 1, 13, 17, 18, 20, 32, 34, 40, 82, 130, 132 y 145 de la Ley Hipotecaria. Artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Artículos 538.1.3, 568, 659, 661, 675, 681.1, 685, 686 y 689 de la L.E.C. Sentencia del Tribunal Constitucional -Sala Primera- número 79/2013, de 8 abril; Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004. Resoluciones de la D.G.R.N, de 13 de noviembre de 2012, 18 de noviembre de 2013, 12 de noviembre de 2014, 9, 23 de marzo, 8 de abril y 11 de noviembre de 2015. 3º.-Asimismo, debe tenerse en cuenta que según consta en la citada inscripción 10ª, donde consta inscrito ese derecho de uso y disfrute, el mismo sólo se extinguirá por nueva resolución judicial que así lo declare. Por ello, será necesario que en el mandamiento de cancelación de cargas se ordene expresamente su cancelación, dada la especial naturaleza del derecho de uso atribuido en situaciones de crisis matrimonial y la previsión judicial sobre su subsistencia que consta en el Registro. Artículo 83 de la Ley Hipotecaria. Artículos 90, 91 y 96 del Código civil. 4º.-Se indica en el testimonio que llegados el día y hora señalados para la celebración de la subasta, tuvo lugar la misma sin efecto por falta de licitadores, sin embargo no consta el día de la celebración de la misma. Artículo 667 de la L.E.C. Principio hipotecario de especialidad. 5º.-Asimismo, por la parte ejecutante y dentro del plazo establecido en el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acreditó la cesión del remate a favor de la entidad Real Estate Venture Spain, S.L. por la cantidad de 48.104,34 euros, siendo necesario que conste en el Decreto el pago del precio (de cesionaria a cedente) o la consignación del mismo para que se entienda realizada dicha cesión del remate. Artículo 133 de la Ley Hipotecaria. Artículos 655 y 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.) Artículo 647.3 de la L.E.C: “Sólo el ejecutante podrá hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente”. Acuerdo: Se suspende la inscripción del documento presentado en razón a los fundamentos de derecho antes expresados. En consecuencia, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogada la vigencia del asiento de presentación hasta un plazo de sesenta días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la última de las notificaciones efectuadas de acuerdo con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria. Vigente el asiento de presentación el interesado o Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiera expedido, podrán solicitar, dentro del anterior plazo de prórroga de sesenta días, la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente acuerdo de calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Juan Lucas García Aponte registrador/a de Registro Propiedad de Granada 2 a día veintisiete de Abril del año dos mil dieciséis».

III

Instada la calificación sustitutoria, ésta recayó en la registradora de la Propiedad de Guadix, doña Pilar Martín Moya, quien, con fecha 31 de mayo de 2016, confirmó íntegramente la calificación sustituida.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña M. J. R. G., procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «Real Estate Ventures Spain, S.L.», interpuso recurso en el que, resumidamente, expone: «(...) Nada tiene que oponer esta parte en cuanto al resto de motivos de denegación de la inscripción del decreto de adjudicación. Ponemos de manifiesto que se está tramitando la subsanación en el procedimiento. Sin embargo, mostramos nuestra más absoluta disconformidad en cuanto al punto número 3 a que el Registrador de la Propiedad nº 2 de Granada deniegue la inscripción del título por la posible indefensión de Doña M. B. C. G. y sus dos hijos menores de edad en cuanto a la notificación del procedimiento como terceros poseedores. Entendiendo esta parte dicha calificación contraria a los intereses de mi mandante, vengo a instar el presente recurso contra la calificación negativa, entrando a exponer los argumentos y hechos que consideramos que no han sido tenidos en cuenta a la hora de emitir calificación negativa de la inscripción del Título por este último motivo. Indicar a este respecto que Doña M. B. C. G. y sus dos hijos menores de edad no son terceros poseedores, sino terceros ocupantes conforme al artículo 438 CC, por lo que no tienen que ser demandados ni requeridos de pago junto con la parte deudora hipotecante conforme a los artículos 685, 686 de la LEC y 132.1º de la LH, por lo que no se ha causado indefensión alguna. Por lo tanto; en el supuesto en que la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges acceda al Registro de la Propiedad, cosa que ha ocurrido en este caso, hay que destacar el importante punto de que dicho acceso se hará respetando el principio de prioridad, por lo que, en el caso de que la vivienda se encuentre previamente gravada con una carga hipotecaria, el adjudicatario de la finca en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria -que trae causa del derecho de hipoteca- gozará de un estatus preferente frente al derecho de uso constituido por la sentencia de divorcio. Tal es el supuesto analizado por el AAP de Guadalajara, sec. 1ª, núm. 12/2009, de 20 de enero (EDJ 2009/84105), donde la atribución del uso en el procedimiento de divorcio se asentaba sobre el derecho de dominio que ambos cónyuges tenían sobre el inmueble, derecho que había quedado gravado con anterioridad a la sentencia de divorcio por la hipoteca ligada al préstamo asimismo obtenido por ambos cónyuges, cuyo impago dio lugar a la ejecución de la garantía. Puesto que el dominio sobre la finca se hallaba gravado con la hipoteca en el momento de constituirse el derecho de uso resultado de la sentencia de divorcio, con ese mismo gravamen y por tanto potencial amenaza de ejecución en caso de impago del préstamo; máxime cuando la propia esposa (titular a posteriori del derecho de uso de la vivienda familiar advenida la crisis matrimonial) aceptó la hipoteca constituida por su marido sobre un bien destinado a vivienda habitual, dado que como declare la STS núm. 584/2010, de 8 de octubre (EDJ 2010/201023): "... de este modo, el negocio jurídico de disposición es válido y no puede ser anulado, porque en su celebración concurrieron los requisitos exigidos en el art. 1320 CC cuando el bien hipotecado se destina a vivienda familiar. En consecuencia, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas. Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, habla consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial..." Pues bien, ante la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar -insistimos, por la carga previamente constituida- la persona titular del derecho de uso deberá tener participación en el proceso hipotecario a los efectos de expresar la situación posesoria de la finca. Y de cara al eventual lanzamiento posterior de los ocupantes de la misma por parte del rematante y adjudicatario. Por ello hemos de partir de la base que Doña M. B. C. G. y sus dos hijos

menores de edad son terceros ocupantes y no terceros poseedores) y como “tercero ocupante” del inmueble no es parte en el proceso de ejecución forzosa. Pues no tiene la condición, ni de ejecutante, ni de ejecutado, conforme a los arts. 517. 538 y 549 LEC. No tiene legitimación adjetiva, ni sustantiva en el proceso, pero irrumpen en el proceso de ejecución con plenas posibilidades de alegación, prueba y defensa. Es el titular de una situación posesoria que se verá afectada por el resultado del proceso en el que no es parte inicial, aunque su derecho posesorio dependa de ese proceso y, por ello, tanto con fundamento constitucional como procesal, es llamado a la causa para garantizar la tutela judicial de su derecho de ocupación. Establece el referido art. 662.1 LEC: “Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor, este, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores”. La diferencia entre ambas figuras: tercero ocupante y tercer poseedor, está en que el “tercer ocupante” sólo tiene título de posesión del art. 438 CC, mientras que el “tercer poseedor” tiene título de dominio inscrito, lo cual permite que en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, el tercer poseedor podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que este sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado 3 del art. 613 de la LEC. En este sentido, existiendo un convenio regulador donde se cede el uso y disfrute de la vivienda a los hijos menores el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 29 de abril, 14 de julio y 31 de diciembre de 1994, así como en la de 16 de diciembre y la de 4 de abril de 1997, ha considerado que el derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges en el proceso de separación, por razón del interés familiar más necesitado de protección, no tiene en sí mismo la naturaleza de un derecho real. Por tanto, entiende el Tribunal que dicho Derecho, se configura como un derecho de ocupación oponible a terceros “de tal forma que cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca la vivienda, su uso habrá quedado debidamente garantizado, pues incurriríamos en vaciar de inoperatividad ejecutoria a lo fijado judicialmente”. Así las cosas, el tercer ocupante a quien se le adjudico el uso de la vivienda por imperativo judicial, puede ser considerado poseedor legítimo, para ello esta parte ha solicitado en el seno del procedimiento que se lleve a cabo la vista prevista en el artículo 675 LEC, la cual está señalada para el próximo día 28/06/2016. Por lo que, no procede entender que Doña M. B. C. G. y sus dos hijos menores de edad deban ser parte demandada en el proceso y basta con que se les haya notificado, como se ha hecho, para garantizar la tutela judicial de su derecho de ocupación. Por lo tanto, procede rectificar la calificación negativa del registrador en cuanto al tercero de los puntos». Termina solicitando la rectificación de la calificación negativa del registrador en cuanto al tercer motivo de la nota de calificación.

V

El registrador de la Propiedad de Granada número 2, don Juan Lucas García Aponte, 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; 1875 del Código Civil; 1, 13, 17, 18, 20, 32, 34, 40, 82, 130, 132 y 145 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; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004, 14 y 16 de enero 2010 y 6 de marzo de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

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

– Por don M. S. R., en estado de soltero, se concertó un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en escritura otorgada el 12 de noviembre de 2003, que motivo la inscripción 8ª de la finca registral 2.186.

– Según consta en la nota practicada al margen de la citada inscripción fue expedida certificación del artículo 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para procedimiento de ejecución hipotecaria número 1634/2012, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada, con fecha 15 de enero de 2013.

– Sobre la vivienda objeto de ejecución según su inscripción 9ª de fecha 4 de marzo de 2005, consta inscrito como medida provisional un derecho de uso y disfrute de esta finca como vivienda familiar a favor de doña M. B. C. G. y de sus dos hijos menores, medida provisional convertida en definitiva concretándose la identidad de los menores, según la inscripción 10ª de fecha 17 de junio de 2013.

– En decreto de adjudicación de fecha 11 de enero de 2016 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada, en sede del procedimiento de ejecución hipotecaria número 1634/2012, se adjudica a «Real Estate Ventures Spain, S.L.», por cesión del remate, la citada finca registral 2.186.

– El registrador suspende la inscripción del citado decreto por varios defectos. Aun cuando la recurrente señala como único objeto de recurso el defecto número 3 de la nota de calificación, que indica que será necesario que en el mandamiento de cancelación de cargas se ordene expresamente la cancelación del derecho de uso de la vivienda familiar, del tenor del escrito de recurso se infiere que lo que realmente se recurre es el contenido del defecto número 2 que señala que existiendo terceros poseedores en cuanto a dicho derecho de uso, antes de extenderse la nota marginal de expedición de certificación de cargas para el procedimiento de ejecución, «debieron ser demandados y requeridos de pago todos ellos junto con la parte deudora hipotecante cfr. a los Artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132.1º de la Ley Hipotecaria», ya que aunque la identidad de los menores se concretó en la inscripción 10ª de fecha posterior a la nota marginal de expedición de certificación para ejecución de la hipoteca, su derecho de uso si constaba inscrito antes de dicha nota marginal pues trae causa de la inscripción 9ª que si es anterior a la nota marginal, constando únicamente que doña M. B. C. G. fue notificada conforme al 132.2 de la Ley Hipotecaria.

– La recurrente considera suficiente dicha notificación.

2. La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge o progenitor resulta discutida en la doctrina. Las diferentes posturas lo han calificado como un mero derecho personal, un auténtico derecho real oponible «erga omnes» o como un derecho «sui generis» con marcado carácter familiar o asistencial. Consecuentemente en los casos de ejecución hipotecaria que tienen por objeto un inmueble sobre el que pesa dicho derecho se ha planteado el problema de su oponibilidad frente al adjudicatario.

La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible 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 ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos «erga omnes» (vid. Resoluciones de 25 de octubre de 1999, 31 de marzo y 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007).

La jurisprudencia ha sido en un principio vacilante, así el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de abril de 1997, negó que la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar fuera un derecho de usufructo, considerándolo un derecho de ocupación oponible

a terceros, en Sentencia de 22 abril 2004, lo consideró un derecho real si bien caracterizado por las notas de provisionalidad y temporalidad que no puede ser opuesto a un tercero de buena fe, ya sea por no haberlo inscrito en el Registro, ya sea por no haberlo puesto en conocimiento del adjudicatario.

La Sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 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.

Esta doctrina se ha mantenido si bien, ha ido adecuándose a las circunstancias de cada caso, y así, la Sentencia de 8 de octubre de 2010, en un supuesto en el que la vivienda familiar era bien privativo del marido que la hipotecó compareciendo su esposa para prestar el consentimiento exigido por el artículo 1320 del Código Civil, afirmó que «el consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real... siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión». Concluyendo que, ejecutada la hipoteca, no podía oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la esposa y sus hijas.

En la Sentencia 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, 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.

3. Sin embargo, afirmado lo anterior, la cuestión no queda totalmente resuelta pues queda por determinar el grado de intervención que ha de tener en el proceso de ejecución el beneficiario del derecho de uso.

Alude la recurrente a la condición de tercer ocupante del titular, en este caso titulares, del derecho de uso, frente a la consideración de tercer poseedor que les atribuye el registrador.

Según la tesis defendida por la recurrente sería de aplicación 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, siendo entonces 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 tienen puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente. Conforme al artículo 675 Si no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 661, el adquirente podrá pedir al tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes 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», 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).

En el caso de este expediente dichas circunstancias se producen ya que la certificación para el procedimiento de ejecución hipotecaria fue expedida con fecha 15 de enero de 2013 y sobre la vivienda objeto de ejecución según su inscripción 9ª de fecha 4 de marzo de 2005, consta inscrito como medida provisional, posteriormente convertida en definitiva, un derecho de uso y disfrute de esta finca como vivienda familiar a favor de doña M. B. C. G. y de sus dos hijos menores, por lo tanto el ejecutante tuvo conocimiento de la existencia de tal derecho.

Por lo tanto, debe mantenerse el defecto apreciado en la nota de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 5 de septiembre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.