

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1351** *Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Roquetas de Mar n.º 3 a inscribir un testimonio de sentencia de divorcio.*

En el recurso interpuesto por doña M. J. C. V. contra la negativa del registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar número 3, don Rafael Ignacio Castizo Romero, a inscribir un testimonio de sentencia de divorcio.

Hechos

I

El día 24 de enero de 2012, por doña Lourdes Cantón Plaza, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Roquetas de Mar, en el procedimiento de familia número 493/2011, se dictó sentencia por la que se decretó el divorcio de los cónyuges don J. C. M. y doña M. J. C. V. En el fallo de referida sentencia se atribuyó el uso de la vivienda familiar, finca registral número 58.565 del Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar número 3, a los hijos y a doña M. J. C.V., por ostentar ésta la guarda y custodia de la hija menor de edad. Esta sentencia fue confirmada en lo referente a este extremo por la dictada el día 12 de junio de 2013 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería.

II

Se presentó testimonio de las citadas sentencias en el Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar número 3, causando el asiento 355 del Diario 103. Junto a dicho testimonio, se acompañó copia de la escritura otorgada el día 30 de diciembre de 2013 ante el Notario de Almería, don Juan Pérez de la Blanca Fernández, con el número 2.658 de protocolo, por cuya virtud los ex cónyuges don J. C. M. y doña M. J. C. V. disolvieron el condominio que ambos mantenían sobre la finca registral número 58.565, adjudicando la misma a don J. C. M. La documentación presentada fue objeto de calificación negativa en atención a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar n.º 3 don Rafael Ignacio Castizo Romero, Registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar n.º 3, conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria –en adelante L.H.–, formuló la siguiente calificación negativa, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho. A) Hechos: 1.–Título que se califica: Sentencia número 16/12, de 24/01/2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Roquetas de Mar en procedimiento de divorcio contencioso 493/2011 de doña M. J. C. V. y don J. C. M., confirmada en lo sustancial por sentencia número 140/13, de 12/06/2013, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Almería, en rollo número 202/2012, de las que se ha presentado testimonio judicial de 9 de enero de 2014, bajo el asiento 335 del Diario 103, con solicitud de inscripción del pronunciamiento 3 que atribuye a los hijos y a la Sra. C. “el uso de la vivienda familiar sita en calle (...) de Aguadulce” que se identifica con la finca 58.565 de Roquetas de Mar. Se acompaña copia de la escritura autorizada el 30 de diciembre de 2013 por el Notario de Almería don Juan Pérez de la Blanca Fernández, con el número 2.658 de protocolo que se reseñará en el hecho 3.2.–A las fechas de las sentencias la finca 58.565 estaba inscrita, por mitades indivisas, a favor de doña M. J. C. V. y don J. C. M., por título de compra con carácter privativo, según la inscripción 4.ª de 8 de febrero de 2006. Mientras duró esta situación la sentencia 16/12 no se inscribió (ni siquiera fue

presentada en el Registro). 3.–El 30 de diciembre de 2013 doña M. J. C. V. y don J. C. M. otorgaron –ante el Notario de Almería don Juan Pérez de la Blanca Fernández, número 2.658 de protocolo– escritura de disolución de condominio de la finca 58.565 –que valoraron en 350.270 €– adjudicándosela a don J. C. M., quien asumió en exclusiva la deuda de ambos titulares garantizada con la hipoteca de la inscripción 5.ª –cuya mitad, importaba 73.520,97 €– compensando el adjudicatario a doña M. J. C. V. con un exceso de adjudicación –de 101.614,03 €– en la escritura de liquidación de bienes gananciales otorgada el mismo día ante el mismo Notario con el número siguiente de protocolo. Dicha escritura causó la inscripción 6.ª de la finca de fecha 27 de marzo de 2014. En consecuencia: A la fecha de la presentación en el Registro del testimonio de la sentencia, la finca 58.565 está inscrita en su totalidad a favor de don J. C. M. por título de adjudicación en disolución de condominio según su inscripción 6.ª 4.–Debe reseñarse que en la escritura de 30 de diciembre de 2013 causante de la inscripción 6.ª de la finca: a) Los otorgantes no hicieron mención alguna del derecho de uso atribuido por la sentencia, señalando como única carga de la finca 58.565 la hipoteca de su inscripción 4.ª; y b) doña M. J. C. V. manifestó tener su domicilio en la vivienda de calle (...) de Roquetas de Mar –registral 29.140– que le fue adjudicada en la escritura de liquidación de sociedad conyugal número 2.659 de protocolo antes dicha (y que en la actualidad está inscrita a su favor, por tal título en virtud de la 3.ª de la finca). B) Fundamentos de Derecho: 1.–Debe destacarse como primera consideración que hasta el 30 de diciembre de 2013 (día en que se otorgó y presentó a inscripción la escritura 2.658 de protocolo causante de la inscripción 6.ª de la finca 58.565) el pronunciamiento 3 de la sentencia 16/12 de 24/01/2012 que atribuye a los hijos y a la Sra. C. «el uso de la vivienda familiar sita en calle (...) de Aguadulce» era perfectamente inscribible sobre la mitad indivisa de que era titular a la sazón don J. C. M. No parece necesario aclarar que el derecho de uso no era inscribible sobre la mitad indivisa de la Sra. C., porque no es posible un derecho sobre cosa propia y porque el uso y disfrute de la vivienda en cuanto a dicha mitad indivisa le venían atribuidos por el derecho de propiedad que sobre ella ostentaba. (Cfr. Res. D.G.R.N. 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007, 10 de octubre de 2008, 14 de mayo de 2009, 9 de julio de 2013). En cambio, una vez otorgada la escritura de 30 de diciembre de 2013 y practicada la inscripción 6.ª de la finca 58.565, el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido por el pronunciamiento 3 de la sentencia ya no es inscribible, por las razones que a continuación se indican. 2.–La primera razón es que la sentencia atribuyó el derecho de uso de la vivienda partiendo de una situación dominical (en la que don J. y doña M. J. eran dueños por mitades indivisas de la finca 58.565 por título de compra) distinta a la actual (en la que sólo es dueño don J. por otro título: adjudicación en disolución de condominio) de forma que ya no puede producirse la inscripción del derecho de uso en los términos en que fue concedido en la sentencia. Dicho con otras palabras, de inscribirse ahora la sentencia, el derecho de uso atribuido a doña M. J. recaería sobre el 100% del pleno dominio de la finca, cuando sólo se le concedió sobre el 50% indiviso de don J. 3.–La segunda razón, es que el derecho de uso ha quedado extinguido por la disposición voluntaria de su titular –la Sra. C. V.– en la escritura de extinción de condominio antes referida, número 2.658 de protocolo. Debe partirse de la base que la única titular del derecho de uso concedido en la sentencia que nos ocupa era la Sra. C. V., no sus hijos que sólo eran beneficiarios pero no titulares del derecho, como tiene señalado reiteradamente la D.G.R.N. (Véanse, entre otras, las Res. de 27 de agosto de 2008, 10 de octubre de 2008, 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009 y 9 de julio de 2013). Debe añadirse que el derecho de uso tiene la función de impedir la disposición del titular dominical sin el consentimiento del titular de aquel de derecho. (Res. D.G.R.N. 25 de octubre de 1999, 20 de febrero de 2004 y STS de 14 de enero y 8 de octubre de 2010). En consecuencia, debe concluirse que la defensa del derecho de uso de la vivienda familiar está atribuida exclusivamente a su titular que puede perfectamente extinguirlo, renunciando a él o consintiendo o realizando un acto de disposición sobre el inmueble (Cfr. Res. 19 de julio de 2011). Y esto es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa: La disposición del inmueble como libre del derecho de uso por parte de su única titular (doña M. J.) y el

consentimiento de ésta a la disposición del cotitular del inmueble (don J.) en la escritura de 30 de diciembre de 2013 referida en el hecho 3, produjo la extinción del derecho de uso (si es que no debe considerarse extinguido antes, al haber fijado la Sra. C. V. su domicilio en vivienda diferente de aquella sobre la que recaía, según señala en la escritura referida, pues no debe olvidarse que la finalidad del derecho de uso es tan sólo proveer de vivienda al cónyuge al que se concede y/o sus hijos). 4.–La última razón, pero no la menos importante, es que en el momento y situación registral actuales la inscripción de la sentencia está vetada por el art. 17 L.H., que consagra el principio de prioridad y dispone: «Inscrito... en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles..., no podrá inscribirse... ningún otro título de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble...». Conforme a este precepto y los arts. 1, 20, 40 y 82 L.H no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los asientos vigentes (cuál es el caso de la citada inscripción 6.ª) si no es con el consentimiento del titular registral dominical actual o, con su audiencia, por resolución judicial que así lo determine. Practicada la inscripción 6.ª de la finca 58.565 a favor de don J. C. M. en virtud de la escritura de disolución de condominio, ya no es posible la inscripción de la sentencia de fecha anterior que se opone y es incompatible con el referido título inscrito. Por los referidos hechos y fundamentos de derecho. Acuerdo: Denegar la inscripción del derecho de uso de la finca 58.565 atribuido en la sentencia reseñada en el hecho 1, por los siguientes defectos insubsanables: 1) No ser posible su inscripción actualmente en los términos en que fue concedido en la sentencia, ya que ésta lo hizo sólo sobre la mitad indivisa de la finca que a la sazón pertenecía a don J. por compra, partiendo de una situación dominical distinta y más restringida que la actual inscrita de la finca (fundamento 2); 2) Haber quedado extinguido el derecho de uso por disposición voluntaria del inmueble sobre el que recaía, como libre del expresado derecho, consentida a don J. y realizada por su única titular en la escritura reseñada en el hecho 3 (fundamento 3); y 3) Haberse inscrito por la 6.ª de la finca un título traslativo del dominio posterior a la sentencia que impide la inscripción de ésta como incompatible con el título inscrito, conforme al artículo 17 L.H. (fundamento 4). La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por plazo de sesenta días a contar desde la fecha de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los arts. 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota de calificación (...). Roquetas de Mar, 10/08/2015 El Registrador (firma ilegible).–Rafael I. Castizo Romero–».

III

Contra la anterior calificación, doña M. J. C. V. interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante escrito, de fecha 8 de octubre de 2015, presentado en el Registro General de la Subdelegación de Gobierno en Almería el día 27 de octubre de 2015. Dicho recurso se sustenta en las siguientes alegaciones: «Primero.– La primera razón en la que se basa la resolución de calificación negativa es que la sentencia de divorcio partió de una situación dominical distinta a la actual. Pues bien, efectivamente es cierto que la situación dominical ha cambiado, pero ello no es óbice para que afecte al uso de la misma otorgado en dicha sentencia no sólo a mí sino también a mis hijos. Es decir, que el uso es un derecho prioritario y básico que debe respetarse, con independencia de la titularidad dominical de la finca. Es decir, que el derecho de uso que nos fue reconocido judicialmente es un derecho prioritario y básico que debe respetarse, con independencia de la titularidad dominical de la finca. Hasta que dicho derecho no se extinga por causa legal y sea solicitado por la parte contraria en el Juzgado, el mismo persiste y es perfectamente inscribible. Segundo.–La segunda razón en la que se basa el registrador es que «el derecho de uso ha quedado extinguido por la disposición voluntaria de su titular». Pues bien, debo mostrar mi más absoluta disconformidad con dicha presunción. En primer lugar, en ningún momento he renunciado expresamente al derecho de uso otorgado en la sentencia de divorcio para mí y para mis hijos. En segundo lugar, no soy la única que tiene reconocido ese derecho de uso de dicha vivienda, sino que dicho

derecho me fue otorgado tanto a mí como a mis dos hijos en Sentencia y sólo por Sentencia en la que un Juez lo autorizara cabría esa renuncia. El acto de disposición sobre el inmueble no tiene por qué implicar la renuncia al derecho de uso. Además, dicho derecho también le fue reconocido a mis dos hijos y, por tanto, los mismos tienen derecho a la inscripción del derecho de uso, ya que ni han renunciado a él, ni tácita ni implícitamente, ni por supuesto pueden ver perjudicado su derecho. Tercero.—La última razón alegada por el registrador es la aplicación del art. 17 LH que consagra el principio de prioridad. Pues bien, tampoco consideramos que dicho artículo haya sido debidamente aplicado en este caso, ya que insistimos, la sentencia que se pretende inscribir no es en absoluto incompatible con la escritura de disolución de condominio. El derecho de uso es totalmente diferente a la titularidad dominical de una finca siendo es (sic) uno de los derechos que conforman el pleno dominio sobre un bien. No son incompatibles, sino que todo lo contrario, (pueden ser perfectamente compatibilizados) uno integra el otro y, por tanto, inscribibles, como ocurre en este caso».

IV

El registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar número 3, don Rafael Ignacio Castizo Romero, emitió su informe, en el que mantuvo íntegramente la calificación, y formó el oportuno expediente que elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 91, 93, 96, 392, 394, 397 y 400 del Código Civil; 17 y 20 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 18 de enero y 8 de octubre de 2010, 27 de febrero de 2012, 5 de febrero de 2013, 28 de noviembre de 2014 y 6 de marzo de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 2001, 20 de febrero de 2004, 28 de mayo de 2005, 5 de junio de 2008, 2 de junio y 24 de octubre de 2014 y 8 de abril y 5 de octubre de 2015.

1. Deben tenerse en cuenta para la resolución del presente recurso los siguientes datos:

– En virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Roquetas de Mar el día 24 de enero de 2012, y confirmada en lo relativo a este extremo por la Audiencia Provincial de Almería en sentencia de 12 de junio de 2013, se decretó el divorcio de los cónyuges don J. C. M. y doña M. J. C. V. y se atribuyó el uso de la vivienda familiar (finca 58.565) a los hijos y a doña M. J. C. V., por ostentar ésta la guarda y custodia de la hija menor de edad.

– En la fecha en que se dictaron las citadas sentencias la finca 58.565 estaba inscrita, por mitades indivisas, a favor de doña M. J. C. V. y don J. C. M., por título de compra con carácter privativo, según la inscripción 4.^a de 8 de febrero de 2006. Con posterioridad a que se dictase la sentencia de la Audiencia Provincial, el 30 de diciembre de 2013, doña M. J. C. V. y don J. C. M. otorgaron —ante el Notario de Almería, don Juan Pérez de la Blanca Fernández, número 2.658 de protocolo— escritura de disolución de condominio de la finca 58.565, adjudicándose a don J. C. M., quien asumió en exclusiva la deuda de ambos titulares garantizada con la hipoteca de la inscripción 5.^a, compensando el adjudicatario a doña M. J. C. V. con un exceso de adjudicación en la escritura de liquidación de bienes gananciales otorgada el mismo día ante el mismo notario con el número siguiente de protocolo. En esta escritura no se hace mención alguna al hecho de que por sentencia judicial se hubiera atribuido el uso de la finca como vivienda habitual a doña M. J. C. V. Dicha escritura causó la inscripción 6.^a de la finca de fecha 27 de marzo de 2014. En consecuencia: a la fecha de la presentación en el Registro del testimonio de la sentencia, la finca 58.565 está inscrita en su totalidad a favor de don J. C. M. por título de adjudicación en disolución de condominio según su inscripción 6.^a

El registrador deniega la inscripción del derecho de uso atribuido por la sentencia por entender que al haberse inscrito con anterioridad un título traslativo (disolución de condominio), ha variado la situación registral de la finca y, por tanto, no es posible su inscripción actualmente en los términos en que fue concedido en la sentencia, ya que ésta lo hizo sólo sobre la mitad indivisa de la finca, que a la sazón pertenecía a don J. C. M. por compra, partiendo de una situación dominical distinta y más restringida que la actual inscrita de la finca. Además, considera el registrador que se ha extinguido el derecho de uso concedido por la sentencia por disposición voluntaria del inmueble sobre el que recaía, como libre del expresado derecho, consentida a don J. C. M. y realizada por su única titular en la escritura de disolución de comunidad reseñada.

2. Conviene recordar algunas premisas que se desprenden de la doctrina reiterada de este Centro Directivo y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 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 ésta 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 integra, 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 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 que 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 (2ª)] 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 sí sería necesario la aportación de los datos identificativos de los hijos (véase Resolución de 19 de mayo de 2012).

3. La primera de las objeciones que formula el registrador se basa en el hecho de que cuando el testimonio de la sentencia se presenta en el Registro la titularidad registral de la finca sobre la que se concede el uso ha variado con respecto al momento en que se dictó dicha sentencia. Se sostiene en la nota de calificación que la sentencia atribuyó el derecho de uso de la vivienda partiendo de una situación dominical (en la que don J. C. M.

y doña M. J. C. V. eran dueños por mitades indivisas de la finca 58.565 por título de compra) distinta a la actual (en la que sólo es dueño don J. C. M. por otro título: adjudicación en disolución de condominio) de forma que ya no puede producirse la inscripción del derecho de uso en los términos en que fue concedido en la sentencia. Dicho con otras palabras, de inscribirse ahora la sentencia, el derecho de uso atribuido a doña M. J. C. V. recaería sobre el 100% del pleno dominio de la finca, cuando sólo se le concedió sobre el 50% indiviso de don J. C. M.

El defecto no puede mantenerse. El derecho de uso, como se ha señalado en el punto anterior, supone la atribución al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos o con un interés más necesitado de protección de la facultad de ocupar la vivienda. Es precisamente la posibilidad de habitar la vivienda el fundamento último de este derecho de uso. Pensemos que 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. Por eso la sentencia atribuye el uso de la vivienda familiar, y no un derecho de uso sobre el 50% de la finca cuya titularidad ostenta don J. C. M. Si con respecto al derecho real de habitación esta Dirección General ha dicho en su reciente Resolución de 5 de octubre de 2015 que: «(...) no cabe que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real de habitación al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa (...)», con más razón habrá que sostener que el derecho de uso de la vivienda familiar previsto en el artículo 96 del Código Civil ha de ser siempre conferido sobre la globalidad de la vivienda y no sobre una participación indivisa de la misma.

Sólo en el caso de que la finca apareciese inscrita como privativa a nombre del cónyuge al que se conceda el derecho de uso, procedería rechazar la inscripción de dicho derecho, dado que como se ha señalado en diferentes Resoluciones reseñadas en los Vistos, 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. Fuera de este supuesto la inscripción será perfectamente admisible. Incluso en situaciones que el derecho de uso se atribuye a uno de los cónyuges sobre una vivienda que es titularidad de ambos esposos en gananciales, y a pesar de que 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 Civil)–, se encuentran ya ínsitas en la titularidad ganancial de la vivienda habitual que corresponde al cónyuge adjudicatario del derecho de uso, la Resolución de 24 de octubre de 2014 ha admitido la inscripción del uso.

Pues bien, si ningún obstáculo había para la inscripción del derecho de uso cuando la vivienda aparecía inscrita a nombre de ambos cónyuges por mitades indivisas, menos aún los habrá cuando la titularidad sea exclusiva del esposo al que no se le ha atribuido tal derecho. Es por ello que tampoco cabe invocar como impedimento de la inscripción el principio de prioridad registral y el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, ya que el derecho de uso configurado en la sentencia objeto de calificación es perfectamente compatible con la nueva situación de titularidad sobre la finca derivada de la inscripción de la escritura de disolución de condominio.

4. El segundo defecto que según la nota de calificación impide la inscripción, consiste en considerar que el derecho de uso ha quedado extinguido por disposición voluntaria de

su titular. Entiende el registrador que doña M. J. C. V., al otorgar junto a don J. M. C. la escritura de disolución de comunidad sobre la finca 58.565, ha llevado a cabo un acto de disposición del inmueble sobre el que recae el uso como si estuviera libre de esta limitación, con la consiguiente extinción del mismo.

Es cierto, como apunta el registrador en su nota, que la titularidad del uso es exclusivamente de la esposa, sin perjuicio de que los beneficiarios puedan ser los hijos. También es verdad que el artículo 96 del Código Civil le concede en exclusiva al cónyuge favorecido con el uso la facultad de consentir los actos de disposición que pueda realizar el otro cónyuge como titular dominical de la vivienda. Y, por supuesto, cuando se enajena la vivienda a un tercero con el consentimiento del titular del derecho de uso, dicho derecho queda extinguido. Es más, si se constituye hipoteca con ese mismo consentimiento, la ejecución de dicha hipoteca llevará consigo la extinción del derecho de uso (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010 y 6 de marzo de 2015, y Resoluciones de 31 de marzo de 2000 y 8 de abril de 2015).

5. Pero las circunstancias concurrentes en el caso que es objeto de recurso son claramente diferentes. Se trata de una disolución del condominio existente entre ambos cónyuges sobre la finca respecto de la que se ha constituido el derecho de uso. Sin necesidad de profundizar en el complejo asunto de si el acto de disolución de comunidad tiene naturaleza traslativa, declarativa o, como sostiene mayoritariamente la jurisprudencia, determinativa o especificativa (cfr. Resolución de 19 de mayo de 2011), lo cierto es que como consecuencia del mismo acaba siendo propietario de la totalidad de la finca el marido. Esa situación (titularidad dominical exclusiva de uno de los cónyuges y derecho de uso atribuido al otro) es la que el artículo 96, párrafo cuarto, del Código Civil considera como supuesto normal de aplicación de la norma. Por otro lado, en la escritura no se hace una manifestación explícita de renuncia por parte de doña M. J. C. V. Y para entender en un caso como este que existe renuncia al derecho de uso es imprescindible que exista una declaración inequívoca al respecto.

Además, el Tribunal Supremo, cuando se ha enfrentado a la pervivencia del derecho de uso del artículo 96 del Código Civil en los casos de ejercicio de la «actio communi dividundo» sobre la vivienda propiedad común de los cónyuges, ha sostenido una clara postura a favor de la subsistencia del mismo. La Sentencia de 5 de febrero de 2013, con cita de otras anteriores, señala: «(...) la acción de división no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges cuando se trata de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y uno de ellos la ejercita. "En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003, 8 mayo 2006, 27 de febrero de 2012, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges (...)».

Finalmente, no se puede olvidar que en este caso el uso se ha atribuido a doña M. J. C. V. al ostentar ésta la guarda y custodia de su hija menor de edad. Y cuando existen hijos menores el Tribunal Supremo ha recordado que no cabe limitar temporalmente el uso de la vivienda hasta que se resuelva el condominio que sobre la misma ostentan los esposos. En este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 2014 afirma: «La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011)». Consecuentemente procede entender que, en tanto no se ha producido una renuncia inequívoca al derecho de uso por parte de doña M. J. C. V., el hecho de que ambos cónyuges hayan procedido a disolver el condominio existente sobre la finca no puede implicar la extinción de aquel derecho. Por ello no puede mantenerse el defecto recogido en la nota de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 19 de enero de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.