

Resumen

Se rechaza la petición de cancelación de una anotación y a la inscripción de una atribución de uso de vivienda familiar, a favor de la esposa e hijos, consecuencia de un divorcio. Presentado recurso ante la DGRN, se desestima. Afirma, en cuanto a la cancelación de la anotación preventiva de embargo, que es preciso, bien mandamiento expedido por el mismo órgano que ordenó la anotación, bien resolución judicial ordenando la cancelación. Y señala que no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho.

NORMATIVA ESTUDIADA

D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria
art.40

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

EMBARGO

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Supuestos diversos

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ASIENTOS

Cancelación

Improcedente

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso gubernativo

Legislación

Aplica art.40 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se presenta en el Registro instancia suscrita por la ahora recurrente en la que se exponía que, con fecha 11 de diciembre de 2007, había sido dictada sentencia de divorcio de su matrimonio; que dicha sentencia aprobó el convenio regulador, en el que se adjudicaba la vivienda, mediante la extinción del condominio existente, a la suscribiente; que, con posterioridad había sido anotado un embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, embargo cuya anotación es improcedente; en virtud de todo ello, solicitaba:

1º La cancelación del embargo.

2º La inscripción de la atribución del uso de la vivienda a favor de la solicitante y de sus hijos, a los que enumeraba.

SEGUNDO.- El Registrador denegó la práctica de los asientos solicitados en méritos de la siguiente nota de calificación:

“Hechos: Primero.- Se presenta testimonio de sentencia de divorcio dictada el 11 de diciembre de 2007 que aprueba un convenio regulador suscrito por los cónyuges el 31 de julio de 2007, que se incorpora a la misma, acompañada de una instancia suscrita por D^a C.R.L., por las que solicita la inscripción del derecho de uso de la finca ...019 a favor de D^a C.R.L. y sus hijos S., M.J., I.F. y O.M.R., así como la cancelación de una anotación de embargo practicada sobre la misma finca a favor de la TGSS.

Segundo.- Testimonio de la misma sentencia se presentó con anterioridad en este Registro bajo el asiento 729 del diario 90, habiéndose inscrito el pleno dominio de la finca ...019 favor de D^a M.C.R.L., por adjudicación en liquidación de gananciales.

Tercero.- Según el Registro, la finca ...019 se encuentra inscrita en pleno dominio a favor de D^a M.C.R.L., en virtud de la inscripción 4^a de la finca, practicada el 6 de marzo de 2008, y gravada, entre otros, con la anotación preventiva de embargo letra A practicada el 29 de diciembre de 2007 a favor de la TGSS, en virtud de un mandamiento expedido el 21 de noviembre de 2007 por la misma.

Fundamentos de derecho

Primero.- En cuanto a la cancelación de la anotación preventiva de embargo, no procede la cancelación por no ser la instancia presentada título hábil para causar la misma, siendo necesaria para la cancelación mandamiento expedido por el mismo organismo que decretó la anotación, o bien resolución judicial firme que declare la inexactitud de la misma y ordene su cancelación, de conformidad

con el art. 1, 2, 3, 77 a 80, 82 a 103 de la Ley Hipotecaria y 206 a 210 de su Reglamento. Segundo: En cuanto a la inscripción del derecho de uso, es cierto que en el mismo convenio regulador se le atribuye a la esposa el pleno dominio de la finca ...019, por un lado, y por otro se estipula, sobre el uso del domicilio conyugal, que se atribuye a la esposa e hijos del matrimonio por ser el interés más necesitado. Sobre la naturaleza de ese derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario y a los hijos en los casos de crisis matrimonial, cabe señalar que no se trata de un derecho de usufructo (y como tal vitalicio y disponible), sino un derecho de ocupación, provisional y temporal, cuya naturaleza real es discutida, pero que en cualquier caso es oponible a terceros, y con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos “erga omnes”, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH.

En este sentido se han pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 4-4-97 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25-10-99 y R. 19-9-2007. Ahora bien, sobre la inscripción de este derecho de uso, cabe matizar:

1.- Que aunque el derecho de uso se atribuya a la esposa y a los hijos, no es necesario expresar las circunstancias personales de estos últimos, habida cuenta de que la inscripción del uso tiene como finalidad evitar la disposición del bien por su titular, y que la defensa de tal derecho se encomienda tan solo al cónyuge usuario, como señala la RDGRN de 21-6-2004.

2.- Que como la inscripción del uso tiene como finalidad evitar la disposición del bien por su titular, y la defensa de tal derecho se encomienda tan solo al cónyuge usuario (a quien se le atribuye la guarda y custodia de los hijos, que permanecerán en el domicilio de la madre, como dice el convenio), si coinciden el cónyuge usuario con el titular de la vivienda (como adjudicatario en la liquidación de gananciales), el derecho de uso queda extinguido, pues en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el derecho de la propiedad que sobre ella ostenta, careciendo de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente, como señalan RDGRN de 6-7-07 y 19-0-07 y SAP Asturias 3-5-2004. En este caso, si la esposa a quien se le atribuye la guarda y custodia de los hijos comunes es la que tiene encomendada la defensa del derecho de uso, resulta redundante su constancia registra si lo que tiene atribuido la esposa es el pleno dominio de la finca. Y en base a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, se acuerda denegar la práctica de los asientos solicitados por los defectos insubsanables expresados.

La presente calificación lleva consigo, conforme al art. 323 de la Ley Hipotecaria, la prórroga del asiento de presentación, y contra la misma podrá el interesado recurrir potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes desde la recepción de la misma, o impugnarla en el plazo de dos meses directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, de conformidad con los arts. 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria. También podrá el interesado instar la intervención de Registrador sustituto en la forma establecida en los arts. 19 bis y 275 bis de la Ley Hipotecaria. Sevilla, a dieciocho de abril del año dos mil ocho. El Registrador, Manuel Parga Gamallo.”

TERCERO.- La antedicha recurrente se alzó contra la calificación alegando: que la anotación de embargo tomada adolece de un error material consistente en anotar el mismo sin que en el mandamiento constara la oportuna providencia de apremio y que la inscripción de la atribución del uso de la vivienda familiar es una medida en interés de los hijos menores.

CUARTO.- El Registrador emitió su informe el 11 de junio de 2008 y elevó el expediente a este Centro Directivo, con el oportuno informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los arts. 1320 del Código Civil, 40 y 82 a 103 de la Ley Hipotecaria y 91, 144.5, y 206 a 210 de su Reglamento, así como la Resolución de esta Dirección General de 27 de agosto de 2008.

PRIMERO.- En cuanto a la cancelación de la anotación preventiva de embargo, que la recurrente estima se ha tomado por error, como dice el Registrador, no es la instancia título suficiente, pues, al no tratarse de un simple error material -ya que nunca lo puede ser aquél que acarree la cancelación por nulidad de un asiento, tal y como se pretende-es preciso, bien mandamiento expedido por el mismo órgano que ordenó la anotación, bien resolución judicial ordenando la cancelación (cfr. art. 40 “in fine” de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59).

SEGUNDO.- En cuanto a la solicitud de que se haga constar el derecho al uso de la vivienda familiar a favor de la solicitante y de los hijos que enumera, ha de ser también confirmada la calificación, pues, como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución citada 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 son la duración del mismo -que puede ser variable- así 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 es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho. Del mismo modo, siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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

Madrid, 10 de octubre de 2008.- La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.