

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**2692** *Resolución de 20 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Gijón n.º 2 a cancelar un derecho de uso y disfrute sobre vivienda familiar.*

En el recurso interpuesto por don J. A. L. contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Gijón número 2, don Mariano Martín Juanes, a cancelar un derecho de uso y disfrute sobre vivienda familiar.

**Hechos****I**

El día 27 de julio de 2013 se inscribió el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar, finca registral número 21.022, a favor de doña M. P. J. R. e hijos. Dicha inscripción fue motivada por la presentación del testimonio de la sentencia número 54/2011, de fecha 2 de diciembre de 2011, del Juzgado de Instrucción número 4 de Gijón sobre divorcio contencioso número 7/2011. En dicha sentencia firme se declaró disuelto el matrimonio de los cónyuges, don J. A. L. y doña M. P. J. R. El apartado tercero del fallo señala como uno de los efectos del mismo «atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos y a la esposa en cuya compañía queda (...)». La vivienda constaba inscrita en el Registro a favor de ambos cónyuges con carácter ganancial.

El día 23 de septiembre de 2014, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, se inscribió el derecho de propiedad de la vivienda familiar a favor de doña M. P. J. R. y se procedió a cancelar el derecho de uso y disfrute al reunirse en una sola persona el pleno dominio y el derecho de uso y disfrute familiar. Notificada la práctica de la inscripción a la propietaria y al haber hijos menores, muestra su preocupación por la cancelación del derecho de uso por lo que solicita expresamente la constancia del derecho de uso en los asientos registrales a pesar de ser ella la propietaria. El registrador accedió a rectificar la primera inscripción para incluir de nuevo el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la esposa y de los hijos menores.

El día 27 de octubre de 2014, don J. A. L. presentó escrito en el Registro de la Propiedad de Gijón número 2 solicitando la cancelación del derecho de uso y disfrute familiar por confusión de derechos con arreglo al artículo 190 del Reglamento Hipotecario y de conformidad con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2012.

**II**

El referido escrito, que causó en el Registro de la Propiedad el asiento número 1.069 del Diario 83, fue objeto de la siguiente calificación negativa el día 18 de noviembre de 2014: «El registrador que suscribe previo examen y calificación del precedente documento con arreglo al artículo 18, 19, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, ha resuelto denegar las operaciones registrales solicitadas en base a los siguientes Hechos y Fundamentos de derecho: Hechos: Se presenta instancia por Don J. A. L. en la que se solicita la cancelación del derecho de uso de la vivienda familiar que consta inscrito sobre la finca registral 21.022 de Gijón número dos, la cual se encuentra inscrita a favor de doña M. P. J. R., por título de adjudicación en liquidación de gananciales, con la atribución del derecho de uso y disfrute de dicha finca a favor de doña M. P. J. R. e hijos. La solicitud se realiza en virtud del artículo 190 del Reglamento Hipotecario por confusión de

derechos. La cancelación al amparo de este artículo sólo la puede realizar «el interesado», es decir, la persona en quien concurra la titularidad de ambos derechos. Fundamentos de derecho: La pretendida cancelación por confusión de derechos debe ser desestimada por cuanto no se da en este caso dicha confusión, ya que el derecho de uso y disfrute no sólo fue concedido a favor de la actual propietaria de la vivienda sino también y fundamentalmente en favor de los hijos menores del matrimonio en virtud de sentencia del Juzgado de Instrucción número 4 de Gijón. Así resulta recogido en la propuesta de liquidación de la Sociedad de Gananciales aprobada por el Auto 354/13 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Gijón y en donde consta que “mostraron su conformidad ambos cónyuges en escrito de 14 de junio de 2013”. Siendo la protección de los hijos menores un principio fundamental en el Derecho de Familia nacional recogido en la Constitución Española, artículo 39.2, así como numerosos preceptos del Código Civil, y constituyendo en definitiva la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, a esta finalidad deben responder las actuaciones de las instituciones públicas que puedan intervenir en todo lo relacionado a los menores objeto de salvaguardia. El artículo 1.º de la Ley Hipotecaria establece que: “Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley”. El artículo 40 del mismo texto legal regula el procedimiento para obtener la rectificación de los asientos registrales: “(…)” Por otra parte, el artículo 190 del Reglamento Hipotecario: “(…)” Ante esta nota de calificación caben (...) Gijón, a 18/11/2014.–El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Mariano Martín Juanes».

## III

El día 1 de diciembre de 2014, don J. A. L. interpuso recurso contra la calificación. Notificado al recurrente la necesidad de aportar el título objeto de calificación y una copia del mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 326 y 327 de la Ley Hipotecaria, fueron aportados los documentos solicitados el día 5 de diciembre de 2014. En dicho escrito se incluyen las alegaciones que, a continuación, se transcriben: «(...) Segunda. Con relación a la legitimación para pedir la cancelación, señala el Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de abril de 1984, con cita en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, que la cancelación de un asiento puede pedirla quien resulte lesionado por su inexactitud. Conforme a dicho criterio, el recurrente, puede pedirla por resultar lesionado por la inexactitud del asiento, ya que la misma le imposibilita ejecutar sobre la finca el derecho de crédito que ostenta frente a la titular registral, M. P. J. R., por el exceso que ésta recibió en la liquidación de la sociedad de gananciales, a causa de la adjudicación de la propiedad de la mitad indivisa de la finca propiedad del recurrente; crédito declarado en auto judicial de 22 de noviembre de 2013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9, en procedimiento de ejecución de títulos judiciales 95/2013l. Por otro parte, en relación al artículo 190 del RH, tiene declarado la DGRN, en resolución de 7 de febrero de 2012 que dicho artículo, que encuentra su base legal en el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, fue introducido por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1947, al objeto de que la cancelación de inscripciones no se realizara de manera automática, de oficio, por el registrador, ante eventuales confusiones de derechos, sino que dicha cancelación se practicara en todo caso, a solicitud del interesado. Y señala que en aquellos supuestos en que la extinción del derecho resulta del propio historial registral, que publica una misma titularidad para el dominio y para el derecho real de que se trate (artículo 1192 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010), la instancia representa únicamente la solicitud exigida por el artículo 190 del Reglamento Hipotecario, atendiendo al principio de rogación registral. Es evidente que la interpretación restrictiva de la condición de interesado es incompatible con el espíritu y finalidad con la que se introdujo el artículo 190 del RH, pues carece de sentido que se pasara de poder hacer la cancelación de oficio a restringir la posibilidad de solicitarla únicamente al titular de los

derechos que se confunden. Tercera.—Con relación a que no se da la confusión alegada por el recurrente, por cuanto, según señala el Sr. Registrador —el uso y disfrute no sólo fue concedido a favor de la actual propietaria de la vivienda, sino también y fundamentalmente a favor de los hijos menores del matrimonio—, señala, entre otras muchas, la resolución de la DGRN de 9 de julio de 2.013 que “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, en vía de principios, no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho..... 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 (vid. 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 (vid. 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 (vid. Resoluciones de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007 y 10 de octubre de 2008)”. En el mismo sentido las resoluciones de la DGRN de 18 de noviembre de 2009, y de 14 de mayo de 2009 que dicen que en los tres asuntos a que se refieren las citadas resoluciones se había atribuido el uso y disfrute de la vivienda familiar no sólo a la esposa, sino también a los hijos menores».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 17 de diciembre de 2014, el Registrador de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 90, 96, 154 y 1.320 del Código Civil; 1, 6, 7, 38, 40, 73, 82, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 140, reglas 3.ª y 5.ª, 190 y 312 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 22 de mayo de 2000, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 1989; 11 de enero y 25 de octubre de 1999; 6 de marzo de 2001; 5 de diciembre de 2002; 11 de septiembre de 2003; 20 de febrero de 2004; 3 de junio y 20 de julio de 2006; 6 de julio y 19 de septiembre de 2007; 5 de junio, 27 de agosto y 10 de octubre de 2008; 18 de noviembre de 2009; 5 de enero de 2010; 19 de julio de 2011; 7 de febrero y 19 de mayo de 2012; 24 de mayo y 9 de julio de 2013, y 5 de marzo y 1 de agosto de 2014.

1. Por el presente recurso se pretende la cancelación registral del derecho de uso y disfrute de una vivienda familiar, con las siguientes circunstancias relevantes:

En sentencia por la que se declaró disuelto el matrimonio contraído por el ahora recurrente se atribuyó «a los hijos y la esposa en cuya compañía queda» el derecho de uso y disfrute de dicha vivienda, que figuraba inscrita en el Registro con carácter ganancial.

Posteriormente, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, la propiedad de la vivienda se adjudicó a la ex esposa, por lo que el registrador canceló el derecho de uso y disfrute de dicha vivienda anteriormente inscrito. Sin embargo, a solicitud de la propietaria, el registrador rectificó la anterior inscripción con el fin de incluir de nuevo el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar en favor de aquélla y de sus hijos menores.

Solicitada por el ex marido la cancelación del derecho de uso y disfrute, por haberse reunido en una misma persona aquel derecho y la titularidad dominical de la vivienda, el registrador denegó la práctica de asiento solicitado por entender que no se da la «confusión de derechos», pues «el derecho de uso y disfrute no sólo fue concedido a favor de la actual propietaria de la vivienda sino también y fundamentalmente en favor de los hijos menores del matrimonio», y porque, practicada la inscripción, su rectificación sólo puede realizarse con el consentimiento del titular registral o mediante la resolución judicial correspondiente.

2. Ha sido abundante la doctrina de este Centro Directivo sobre la configuración, alcance y oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar, establecida para los supuestos de crisis familiar en los preceptos del Código Civil indicados.

Ahora bien, en el presente caso el asiento de cancelación del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar fue posteriormente dejado sin efecto, de suerte que figura de nuevo inscrito. Y es continua doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, Resoluciones de 24 de mayo de 2013 y 5 de marzo y 1 de agosto de 2014 basadas en el contenido de los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo –Sentencia de 22 de mayo de 2000–), que el expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil tiene por objeto la revisión de una inscripción practicada sino, exclusivamente, determinar si es o no ajustada a Derecho la calificación del registrador por la que se suspende o deniega la inscripción solicitada. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales.

Conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie consentimiento del titular registral o resolución judicial que así lo establezca (cfr. arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Por lo demás, dado el carácter rogado que tiene la actuación registral, consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, este Centro Directivo ha declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento –salvo casos excepcionales– sin que hayan sido solicitado expresamente por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, mediante la presentación de los documentos que sean pertinentes. Y aunque en la legislación hipotecaria se admite que el interés que legitima para solicitar y obtener la práctica del asiento consista en que se efectúe la previa inscripción –o cancelación– para poder tener acceso registral algún derecho real o algún embargo (vid. artículos 7 y 73 de la Ley Hipotecaria y 140, reglas 3.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, y 312 del Reglamento Hipotecario), en el presente caso el solicitante de la cancelación no acredita ostentar derecho alguno sobre la finca.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 20 de febrero de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.