

Hechos

I

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

II

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 doña C.R.L., por las que solicita la inscripción del derecho de uso de la finca 83.019 a favor de doña 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 83.019 favor de doña M.C.R.L., por adjudicación en liquidación de gananciales. TERCERO: Según el Registro, la finca 83.019 se encuentra inscrita en pleno dominio a favor de doña 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 artículo 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 83.019, 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 al as 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 pre-

sente calificación lleva consigo, conforme al artículo 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 artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria. También podrá el interesado instar la intervención de Registrador sustituto en la forma establecida en los artículos 19 bis y 275 bis de la Ley Hipotecaria. Sevilla, a dieciocho de abril del año dos mil ocho. El Registrador, Manuel Parga Gamallo.»

III

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.

IV

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 artículos 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.

1. 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. artículo 40 «in fine» de la Ley Hipotecaria).

2. 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 artículos 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.

17948 *RESOLUCIÓN de 11 de octubre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Manuel Bardón González, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de León, a la inscripción de una escritura de subsanación de otra, división y donación.*

En el recurso interpuesto por don Manuel Bardón González contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de León, don Eugenio

Rodríguez Cepeda, a la inscripción de una escritura de subsanación de obra, división y donación.

Hechos

I

Por escritura otorgada en León el 22 de junio de 2007, ante su Notaría doña Carmen Casasola Gómez Aguado, el recurrente y su esposa subsanan la descripción de una finca que compraron en 1993 y que consta en el Registro como destinada «a cuadras, en estado ruinoso, con corral» haciendo constar que no es de uso industrial sino construcciones de labranza o cuadras y una vivienda, haciendo una nueva descripción de la misma y expresando que la construcción data de 1940 y que no está sujeta a expediente de disciplina urbanística. A continuación, los comparecientes dividen la finca en dos y donan una de ellas a una hija.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro, se suspende la inscripción en méritos de la siguiente nota de calificación: «Hechos: 1. Presentado el documento señalado al principio en la fecha expresada en el encabezamiento y bajo el asiento del Diario que igualmente se indica, no existiendo presentados con anterioridad títulos contradictorios, procede entrar en la calificación del mismo. 2. Se acompaña copia autorizada e inscrita de la escritura subsanada, autorizada el 10 de mayo de 1993 por el Notario de León don Eugenio de Mata Espeso, número 960 de protocolo y dos certificaciones de 19 y 22 de junio de 2007 expedidas por la Secretaria del Ayuntamiento de Cuadros con el visto bueno del Alcalde. Fundamentos de Derecho: 1. La subsanación de la descripción en una finca, antes destinada «a cuadras, en estado ruinoso con corral» y ahora «finca con edificio destinado a vivienda, cuadras y patio» exige, como toda rectificación sustancial en el objeto de un negocio, la intervención también de la otra parte, la parte vendedora en este caso, lo que no ha acontecido en la escritura calificada. Por tanto, no se comparte lo dicho en el segundo inciso del apartado segundo del otorgamiento («no siendo necesaria la comparecencia de los vendedores al no afectar la rectificación anterior a los negocios dispositivos otorgados por los mismos»), pues los vendedores transmitieron una finca destinada a cuadras en estado ruinoso con corral y si esto se quiere cambiar para decir que lo que fue transmitido era un edificio destinado a vivienda, cuadras y patio debe contarse con el consentimiento de los vendedores. Las implicaciones no sólo civiles sino también tributarias de la alteración de la cosa vendida justifican la exigencia de tal intervención. 2. Así las cosas, la rectificación en tales términos pudiera admitirse como una declaración de obra nueva, por más que la obra sea antigua en el tiempo. Ahora bien, puestos a inscribir una declaración de obra nueva o modificación de la obra existente, se advierte que no sólo no se presenta la licencia municipal de obras y la certificación del técnico en los términos exigidos por el artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, vigente al tiempo del otorgamiento de esta escritura, sino que tampoco se pueden entender cumplidas las reglas aplicables a construcciones antiguas establecidas por el artículo 52 de las Normas complementarias al Reglamento Hipotecario aprobadas por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ya que el requisito de que su descripción coincida con el título no se da ni en los certificados catastrales (que sólo describen almacenes) ni en los certificados municipales que se acompañan, pues el de 19 de junio de 2007 dice que son construcciones de labranza y el de 22 de junio de 2007 carece de cualquier descripción. 3. Por lo demás, al no formalizarse como declaración de obra nueva no se justifica la contratación, en cuanto a la vivienda, del seguro decenal de daños en la construcción exigido por los artículos 19 y 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, no constando tampoco la declaración de autopromotor individual de una vivienda para uso propio. En virtud de lo cual, he decidido suspender la inscripción del documento al principio referido por el derecho de no ser posible inscribir como subsanación una modificación del objeto de compraventa sin intervención de la parte vendedora de la escritura subsanada y no cumplirse los requisitos para inscribirla como una declaración de obra nueva, según los fundamentos 2 y 3. Contra esta calificación se puede interponer, en el plazo de un mes contado desde su notificación y por medio de escrito que se presentará en este u otro Registro o en cualquiera de los Registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, según los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por el artículo 102 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre («BOE» número 313, de 31 de diciembre de 2001). Asimismo, en el plazo de quince días el interesado podrá solicitar nueva calificación del registrador sustituto, conforme a lo establecido por el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria (redacción de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y por el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto («BOE» número 185, de 4 de agosto de 2003) y establece como Registradores sustitutos para el de León número 2 los de Astorga, Valencia de Don

Juan, Cistierna, Ponferrada 1, Ponferrada 2 y Palencia 1, por orden rotatorio. Esta calificación podrá también ser impugnada, en el plazo de dos meses, ante los juzgados de León (artículos 324 y 328 de la Ley Hipotecaria según redacción del artículo 31 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, «BOE» del 19 de noviembre de 2005). León, 21 de julio de 2007.—El Registrador, Eugenio Rodríguez Cepeda.»

III

El antedicho recurrente se alza contra la calificación alegando: que la parte que en su día vendió no puede comparecer por fallecimiento; que no procede hacer declaración de obra nueva pues no ha existido en la finca obra alguna, ya que se encuentra en su estado primitivo; y que no procede seguro decenal alguno por tratarse de vivienda habitual para su promotor.

IV

El Registrador emitió el informe oportuno, remitiendo el expediente a este centro directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 22 de la Ley del Suelo de 1998, 19 y 20 de la Ley 38/1999, 208 de la Ley Hipotecaria; 51 y 308 de su Reglamento; 153 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de julio de 1998, 9 de octubre de 2000 y 6 de julio de 2005.

1. El primero de los defectos radica en dilucidar si la subsanación de una escritura anterior requiere la comparecencia de todos los que la otorgan. La contestación ha de ser positiva, pues, como dice el Registrador, los vendedores transmitieron una finca destinada a «cuadras en estado ruinoso, con corral», y ahora se pretende expresar que lo que transmitieron aquéllos fue una «finca con edificio destinado a viviendas, cuadras y patio» por lo que se rectifica sustancialmente el objeto del negocio, que puede tener, para los vendedores o sus causahabientes efectos no sólo tributarios, sino también civiles. En este sentido, el párrafo cuarto del artículo 153 del Reglamento Notarial establece que, cuando no sea posible realizar la subsanación en la forma prevista en sus tres primeros párrafos —supuesto que no es el presente— se requerirá el consentimiento de los otorgantes o resolución judicial.

2. En cuanto a si lo que antes eran «cuadras en estado ruinoso» pase a ser «vivienda, cuadras y patio» necesita licencia municipal, ha de contestarse afirmativamente. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «vistos»), el hecho de que no se trate formalmente de una declaración de obra nueva, no supone la aplicación de una normativa distinta pues el artículo 22 de la Ley del Suelo de 1998 entonces vigente es aplicable a toda hipótesis de acceso al Registro de las edificaciones, ya que si uno de los modos en que tales edificaciones pueden tener acceso es su descripción en los títulos referentes al inmueble (artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento), no hay duda de la aplicación al supuesto del citado precepto, sin perjuicio de la aplicación de la Disposición Transitoria Quinta, pero, en este último caso, habrá que acreditar que la edificación es anterior a la Ley 8/1990, y que, o bien está realizada conforme a la normativa urbanística vigente al tiempo de la edificación, o bien que, respecto de la misma, no cabe ya dictar medidas de restablecimiento de tal legalidad.

3. En cuanto al tercero de los defectos, también ha de ser confirmado pues, no expresándose en la escritura que la finca se destina a uso propio, es preciso el seguro decenal exigido por los artículos 19 y 20 de la Ley 38/1999.

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 artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 11 de octubre de 2008.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

17949

RESOLUCIÓN de 13 de octubre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Guimbarda Sol, S.L., contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Getafe n.º 1, por la que se suspende la inscripción de un exceso de cabida acreditado en acta de notoriedad.

En el recurso interpuesto por Federico Ortega Ortega, como apoderado de la Compañía Mercantil «Guimbarda Sol, S.L.», contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Getafe número 1, Don Juan Sarmiento Ramos, por la que se suspende la inscripción de un exceso de cabida acreditado en acta de notoriedad.