

requisitos que la disposición menciona, sin necesidad de escritura pública judicial de venta. Lo decisivo es que la aprobación del remate se considera título de la transmisión y que el modo viene representado por el auto de adjudicación, tras los trámites procesales oportunos, con lo cual, sea el título inscribible este último o la escritura pública judicial, lo cierto es que el efecto traslativo de la propiedad, por aplicación de la doctrina del "título y del modo", sólo se produce si concurren los dos primeros elementos».

Es, por tanto, en el acta de adjudicación cuando se produce el resultado traslativo y el título público que permiten la protección registral del principio de prioridad, si bien con el defecto subsanable de la falta de formalización de la escritura. Acaso la novedad estriba en que un título formal (acta administrativa) concede prioridad registral provisional, no al mismo título presentado, sino a otro distinto que no se presenta *ab initio* (escritura). Como consecuencia, la eficacia retroactiva de la inscripción a la fecha del asiento de presentación da cobertura registral a la escritura posterior al asiento de presentación, lo que no está previsto en sede de prioridad registral. Esto es precisamente lo peligroso: la «ratonera» queda abierta a títulos públicos traslativos del dominio que requieran una forma complementaria para su acceso registral y no se acompañe en el momento de su presentación, en perjuicio de títulos presentados posteriormente que sean directamente inscribibles.

JOAQUÍN M.^a LARRONDO LIZÁRRAGA
Director del Centro de Estudios
Registrales de Cataluña

VIVIENDA FAMILIAR. ADQUISICION TRAS LA SEPARACION MATRIMONIAL. INSCRIPCION DEL DERECHO DE USO.—SEA O NO TAL USO Y DISFRUTE UN DERECHO REAL, ES UNA LIMITACION QUE PRODUCE EFECTOS ERGA OMNES Y DEBE TENER ACCESO AL REGISTRO, AUNQUE LA FINCA SE ADQUIRIESE DESPUES DE LA SEPARACION (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 25 DE OCTUBRE DE 1999. BOE DE 1 DE DICIEMBRE DE 1999).

RESOLUCION de 25 de octubre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Cruz García, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 36, don Luis María Stampa y Piñeiro, a inscribir un derecho de uso y disfrute en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Cruz García, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid número 36, don Luis María Stampa y Piñeiro, a inscribir un derecho de uso y disfrute, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. El 7 de febrero de 1989, en autos de separación número 216/88, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid, fue dictada sentencia estimando la demanda conjunta de separación conyugal de doña María Cruz García y don Rafael Tuesta Villa, declarando procedente la separación conyugal solicitada y aprobando el convenio regulador de los efectos civiles de tal separación, de fecha 12 de diciembre de 1988, en el que se

establece el derecho de uso y disfrute sobre la vivienda arrendada que fue domicilio conyugal a favor del señor Tuesta, el cual perderá por las causas que se establecen en citado convenio el citado derecho. La referida vivienda fue adquirida por doña María Cruz, mediante escritura pública, el 24 de marzo de 1991, por compra al Instituto de la Vivienda de Madrid, la cual fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

II. Presentados en el Registro de la Propiedad de Madrid número 36, testimonio de la sentencia de separación, junto con el convenio regulador y acta de manifestación otorgada el 6 de junio de 1996 por dicha señora en la que reiteran los términos del convenio en cuanto al derecho de uso y disfrute vitalicio de la vivienda a favor del señor Tuesta, para que se inscriba dicho derecho, fue calificado con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento, junto con Acta de Manifestación otorgada por doña María Cruz García, se deniega su inscripción, ya que el inmueble que se dice fue domicilio conyugal, según consta en la inscripción 1.ª, al folio 29 de la finca 10.525 del tomo 1555 del libro 154, fue adquirido por título de compra por la manifestación cuando su estado civil era el de separada, por lo que está inscrito a su nombre exclusivamente (arts. 94 y 20 de la Ley Hipotecaria). Madrid, 3 de julio de 1996. El Registrador. Firmado: Luis María Stampa y Piñeiro.

III. Doña María Cruz García interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la doctrina en lo referente a los efectos de la atribución del derecho de uso a un cónyuge de la vivienda familiar, considera que tal derecho debe ser entendido como un verdadero derecho real oponible a terceros y susceptible de inscripción. En este punto hay que tener en cuenta lo que dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 y 11 de diciembre de 1992. Que de dichas sentencias se deduce: a) Que el derecho de uso es un derecho real oponible frente a terceros; b) Que es inscribible en el Registro de la Propiedad; c) Que está sometido a las reglas propias del derecho inmobiliario registral. Entre ellas, que deberá aparecer vinculado a la propiedad del inmueble; d) Que podrá atribuirse al cónyuge no titular, para sí, en cuyo caso será éste el titular del derecho de uso, con fijación de un plazo de duración.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que según consta en la inscripción de la compra de la vivienda, doña María Cruz García adquirió la misma cuando ya estaba separada, por lo que la sociedad de gananciales ya estaba disuelta (art. 1.392.4 del Código Civil) y había cesado la vida en común de los esposos (art. 83 del Código Civil), y por eso se practicó la inscripción exclusivamente a nombre de la compradora. Que en materia patrimonial el cónyuge separado tiene plena autonomía, no vincula los bienes que adquiera a una inexistente comunidad y actúa como si estuviese soltero. Que el piso que adquirió doña María Cruz no puede calificarse de vivienda familiar, pues para que tuviera tal condición debería constar en el Registro que la adquisición se produjo antes de la separación, y por tanto, el piso, según aparece inscrito, no puede considerarse que en ningún momento haya servido de residencia común de los esposos. Que como el Registrador debe atenerse exclusivamente a lo que resulta del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria) y conforme a los artículos 1, 9, 20 y 38 de dicha ley, hace imposible que se considere que la finca tenga el carácter de vivienda familiar. 2.º Que, por tanto, si la finca registral no es ni ha sido vivienda familiar, no puede inscribirse el pretendido derecho de uso sobre la misma que surge del convenio regulador, basándose en el artículo 96 del Código

Civil. Que, por otra parte, quedaría pendiente determinar la naturaleza de ese derecho de uso. Que es difícil que tal derecho pueda considerarse que es un derecho real, únicos que pueden ser objeto de inscripción en el Registro (arts. 2 y 9-3 de la Ley Hipotecaria). Que no se trata del derecho real de uso que se regula en los artículos 523 y siguientes del Código Civil. Que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran prudentes a la hora de caracterizar este derecho (Resolución de 31 de marzo de 1995 y sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 y 18 de octubre de 1994). 3. Que de todo ello y de los artículos 90 y 96 del Código Civil no puede entenderse que la atribución del uso de la vivienda que fue el domicilio familiar a uno solo de los cónyuges, tenga siempre contenido real. Que si sobre la vivienda no existiese derecho de dominio y los cónyuges sólo fueran arrendatarios, como el arrendamiento es un derecho personal, no cabría constituir sobre el derecho real de goce. 4. Que cuando se atribuye el uso y goce del piso al señor Tuesta en la sentencia de separación, antes de que la mujer hubiere adquirido sobre él el derecho de dominio, los cónyuges tenían sobre ese inmueble únicamente un derecho personal, derecho que por la sola separación no puede convertirse en real (art. 609 del Código Civil). Que, además, tal como se configura en el convenio, resulta que el derecho a disfrutar de la vivienda está condicionado a la conducta del marido, lo que es incompatible con los derechos reales que ostenta poder directo e inmediato sobre las cosas sin que se tenga en cuenta la conducta del titular y precisamente lo que caracteriza a los derechos personales es la exigencia de una prestación por parte de una persona, por ello los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 8 y 9 de su Reglamento, hace que sea imposible la inscripción del documento solicitado.

V. El Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 22, de los de Madrid, consideró la imposibilidad legal de emitir el informe prevenido en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, toda vez que en los autos de separación conyugal tramitados en este Juzgado, bajo el número 216/88-G, no se ha llegado a acordar en ningún momento la inscripción de asiento alguno que pudiera haber sido denegada por el Registro de la Propiedad correspondiente.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que el recurso carece de base, puesto que no hay título inscribible que sirva de soporte a la pretensión de la recurrente y que se encuentre en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y en que, por otra parte, los términos del convenio regulador se reducen a atribuir al exmarido «el derecho al uso y disfrute del domicilio», sin que se configure este derecho como real, pudiendo reducirse su configuración a la de un simple derecho obligacional, sin trascendencia real.

VII. La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el título es el testimonio presentado, documento auténtico expedido por la autoridad judicial, y 2.º Que en cuanto al carácter real u obligacional sin trascendencia real del derecho de uso y disfrute, como se ha expresado en el escrito de interposición del recurso, hay amplia jurisprudencia que considera el carácter real de dicho derecho.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 90, 96 y 1.320 del Código Civil, 2 de la Ley Hipotecaria, y 7, 91 y 100 de su Reglamento, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 31 de marzo de 1995 y 1 de septiembre de 1998.

1. Son hechos a tener en cuenta en la resolución del presente recurso los siguientes: a) Se presenta en el Registro una sentencia firme de separación judicial, a la que se acompaña el Convenio Regulador aprobado judicialmente; b) En dicho convenio, después de expresar que todos los hijos son mayores de edad, y que continuarán viviendo con su madre, se atribuye el uso de la vivienda «que fue familiar», y que es privativa de la esposa, al marido; c) En la escritura, por la que la esposa adquirió la vivienda al Instituto de la Vivienda, se hizo constar que la citada adquirente era «separada», por lo que la repetida vivienda se inscribió como privativa de la adquirente; d) El Registrador deniega la inscripción de la atribución de uso y disfrute de la vivienda al marido, ya que, cuando fue adquirida por la esposa, ésta ya estaba separada.

2. Dada la vaguedad e imprecisión de la calificación del informe del Registrador y del Auto recurrido, se deducen dos pretendidos obstáculos para la inscripción: el de que la vivienda nunca pudo ser familiar, pues cuando se adquirió los cónyuges estaban ya separados, y el de que la atribución del uso y disfrute de la misma no es un derecho real y, por lo tanto, no puede inscribirse.

3. En cuanto a que la vivienda nunca fue familiar, ha de señalarse, por una parte, el Registrador no puede calificar dicho aspecto del convenio, que está aprobado judicialmente (art. 100 del Reglamento Hipotecario) y que ha de interpretarse en su conjunto, y, por otra, la comprobación de la realidad de esta circunstancia escapa a las posibilidades de dicha calificación, pues se trata de una circunstancia de hecho siendo así, además, que tratándose de Vivienda de Protección Oficial, es normal que la entrega de la cosa precede al otorgamiento de la escritura de adjudicación.

4. Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto con revocación del Auto presidencial y de la calificación del Registrador.

Madrid, 25 de octubre de 1999.—El Director general, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

Cuando una regulación está mal hecha, por precipitada, por ambigua o por incompleta, da problemas, y entre ellos judiciales y registrales. Esto es lo que sucede con la atribución del uso sobre la vivienda habitual familiar, cuya naturaleza jurídica y acceso registral no han sido objeto de una regulación exhaustiva que demanda su interés familiar. Pero ello no exonera al Registra-

dor de la Propiedad de una calificación diligente que resuelva la oponibilidad de este derecho respecto de terceros, en cada caso.

En este supuesto se pretende la atribución del uso sobre la vivienda familiar respecto de la adquirida por uno de los consortes, con carácter privativo, en estado de separación. El Registrador deniega la inscripción, porque la atribución del uso no se realiza sobre vivienda familiar. La DGRN revoca la nota de calificación por entender que, tratándose de documentos judiciales, el Registrador no puede entrar a calificar el fondo del asunto (art. 100 RH). De otra parte, mientras no conste registralmente tal carácter, la calificación del Registrador no puede extenderse a este aspecto convivencial, que es una mera circunstancia fáctica que se desprende de la realidad extrarregistral.

Hasta aquí todo claro. Pero la DG remata faena al aseverar que la atribución de la vivienda (del uso de la vivienda), es una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH, que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido. Lo primero es cierto, pero apunta una incoherencia del sistema: constante matrimonio, existe el deber de declarar si la vivienda dispuesta es o no habitual de la familia (cf. art. 1.320 del Código Civil en relación con el art. 91.1 del RH). Pero, si existe crisis familiar, ya no se aplica ni la limitación del artículo 1.320, ni el artículo 91 RH que le sirve de cobertura, porque procede la observancia de la limitación dispositiva del artículo 96.4 del Código Civil, que no tiene la debida cobertura hipotecaria.

En consecuencia, la protección del hogar familiar es inferior en situación de crisis matrimonial (cuando debería ser lo contrario), porque, en tal caso, al atributivo del uso corresponde la carga de solicitar el acceso registral de su derecho, si quiere oponerlo a tercero. Si esto no se hiciera, el dueño de la vivienda no debe disponer aisladamente (art. 96 del Código Civil), pero sí puede hacerlo, sin necesidad de declarar si constituye o no vivienda familiar. Esta imprevisión reglamentaria puede provocar el advenimiento de un tercero protegido por el artículo 34 LH.

Mayor complejidad presenta la segunda cuestión: inscrita la disposición unánime sobre la vivienda familiar, ¿queda siempre protegido el adquirente que reúne los requisitos del artículo 34 LH? Desde luego, ningún precepto procesal hasta la fecha dice que la vivienda familiar sea inembargable. Parece que, como todo derecho real sobre cosa ajena, debe cesar cuando lo haga el dominio de ésta. Pero, al margen de que se constituya sobre derecho arrendaticio urbano, cuestión ya resuelta, ¿cabe que se trate de un estado posesorio oponible al tercero hipotecario? La STS de 11-12-92 declara al respecto que la atribución judicial del uso de la vivienda habitual a uno de los cónyuges se erige en título legítimo, justificativo de la ocupación incluso frente a propietarios que traen causa del cónyuge, primitivo titular, en determinadas condiciones. Es por ello que parece que tal posesión, al menos transitoriamente, afecta al tercero protegido, lo que constituye una excepción al principio de fe pública, que merecería una especial regulación para la evitación de conflictos.

JOAQUÍN M.^a LARRONDO LIZÁRRAGA
Director del Centro de Estudios
Registrales de Cataluña