

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCR010434

**RESOLUCIÓN de 29 de octubre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Murcia n.º 8 a inscribir una escritura de aportación de inmueble a una sociedad de responsabilidad limitada.***(BOE de 25 de noviembre de 2020)***SUMARIO:****Registro de la Propiedad. Mitad indivisa de una vivienda aportada a una sociedad de responsabilidad limitada por persona divorciada, a la que le pertenece por adjudicación en la liquidación de gananciales. Ausencia de manifestación sobre el carácter no familiar de la vivienda o consentimiento del ex cónyuge.**

En los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, es necesario que **el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia** (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria. El artículo 1320 del Código Civil implica un límite a la libertad de disposición del cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda familiar, cualquiera que haya sido el título de adquisición y el régimen económico matrimonial que rija en el matrimonio, que se justifica por la protección de los intereses familiares que la legislación considera superiores a los individuales de cada cónyuge. De esta forma, se pretende evitar las consecuencias de la arbitrariedad o mala voluntad de quien ostenta la propiedad exclusiva, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, para que sea válida su enajenación o la constitución de hipoteca sobre tales bienes. La conformidad prestada por el cónyuge no titular a la disposición de la vivienda es un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte.

El artículo 91 del Reglamento Hipotecario, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de esa circunstancia de hecho –ser o no vivienda habitual familiar– en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador, exige la **manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia**. Con esta manifestación se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral.

**No se exige tal manifestación para todo acto de disposición** realizado por una persona divorciada en previsión de que sobre la vivienda sobre la misma se haya constituido a favor del excónyuge el derecho de uso que contempla el artículo 96 del Código Civil. Así, no cabe olvidar que este derecho de uso ex artículo 96 de dicho Código es inscribible en el Registro de la Propiedad y deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros, así como que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo. Por ello, el registrador sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en la documentación presentada o disponible, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del excónyuge disponente. A mayor abundamiento, en casos en que el acto dispositivo tiene por objeto únicamente una participación indivisa de la vivienda, debe tenerse en cuenta que el derecho individual de un comunero casado sobre el uso o goce de la cosa común no derivará naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario, o, en caso de disponente divorciado, de la sentencia de divorcio con base en el artículo 96 del Código Civil.

**PRECEPTOS:**

Código de Comercio de 1885, arts. 1, 3 y 4.

Código Civil, arts. 9, 10, 24, 40, 66, 69, 70, 87.2, 90, 464, 1.320, 1.321, 1.346, 1.406 y 1.955.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 2, 9, 13, 18, 19 bis, 21, 38, 129.2 b) y 322 y ss.

Decreto de 2 de junio de 1944 (Rgto. Notarial), art. 148.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 7 y 91.

Ley Cataluña 25/2010 (Libro segundo del Código civil, relativo a la persona y la familia), art. 231-9.

DLeg. Aragón 1/2011 (Código de derecho foral), art. 190.

En el recurso interpuesto por doña María Dolores Heredia Cánovas, notaria de Murcia, contra la negativa del registrador de la propiedad de Murcia número 8, don Manuel Ortiz Reina, a inscribir una escritura de aportación de inmueble a una sociedad de responsabilidad limitada.

### Hechos

I

Mediante escritura otorgada el 19 de mayo de 2020 ante la notaria de Murcia, doña María Dolores Heredia Cánovas, con número 661 de protocolo, se elevaron a público acuerdos de aumento del capital social de la sociedad «Promociones Niclar, S.L.», respecto del cual y para desembolsar determinadas participaciones sociales que asume, el socio don A. J. N. P. aportó la mitad indivisa de una finca sita en Murcia, Puente Tocinos, Calle (...) (finca registral n.º 45.315). En dicha escritura consta que dicho aportante es divorciado y que dicha participación indivisa le pertenece por adjudicación en escritura de liquidación de la sociedad de gananciales otorgada el 5 de diciembre de 2012.

II

La escritura se presentó a inscripción el 16 de enero de 2020 en el Registro de la Propiedad número 1 de Albacete, y fue objeto de la calificación que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«(...) En relación al título de referencia, previa la calificación del mismo, se acuerda la suspensión de la inscripción por el defecto subsanable de la falta de constancia de la manifestación del transmitente de que la finca transmitida no constituye la vivienda familiar, o caso de constituirlo, falta del consentimiento del otro cónyuge. Esta calificación se basa en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

I. (...)

II. La finca registral 45.315 de la Sección 6.º de Murcia, aparece inscrita, por mitad y proindiviso, a favor de los cónyuges don A. J. N. P. y doña M. D. C. T., por título de adjudicación en liquidación de sociedad conyugal, mediante escritura otorgada en Santomera el día 5 de diciembre de 2012 ante la Notaria doña María Alicia Soto Torres, número 1015 de protocolo, que se registró por la inscripción 8ª de la finca, el 18 de mayo de 2020.

III. No consta en el título presentado si la finca cuya mitad indivisa se aporta a la Sociedad constituye o no vivienda familiar.

IV. El día 2 de junio de 2009 se acredita la liquidación del Impuesto y la inscripción del aumento de capital social en el Registro Mercantil

Fundamentos de derecho:

1. Según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivo contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil, "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial».

3. El artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble que puede constituir la vivienda habitual de la familia, bien el consentimiento o autorización necesarios si, en efecto, el derecho que se transmite sirve de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual, bien la justificación de que el inmueble no tiene tal carácter o, simplemente, la manifestación por el disponente en tal sentido. En efecto, según el número I de este artículo "Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivo sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter".

4. El condominio de ambos cónyuges sobre la vivienda permite presuponer el carácter de vivienda familiar. Incluso en los casos de crisis matrimonial, la propiedad proindiviso legitima al comunero para ocupar la vivienda a que se refiera y, en consecuencia, la transmisión es susceptible de afectar a la ocupación familiar del inmueble

porque en ella se dispone de derechos sobre la vivienda (V. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1987).

5. El derecho de uso de la vivienda familiar se halla protegido especialmente en consideración al interés que se pretende salvaguardar (protección de la familia y de la vivienda familiar), de manera que la enajenación o cesión de la vivienda a un tercero, además de anulable a falta de consentimiento de ambos cónyuges, es ineficaz frente al usuario; o dicho en otros términos (que son los de la jurisprudencia): el derecho de uso de quo es oponible a los terceros que hayan adquirido la vivienda directamente del propietario, por enajenación voluntaria de este, o en subasta subsiguiente a la acción de división en caso de comunidad: así, en SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003, 8 mayo 2006, 27 junio 2007 y 18 enero 2010.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, por el Registrador que suscribe se acuerda:

1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Fundamentos Jurídicos antes citados.

2.º Suspender el despacho del título hasta la subsanación de los defectos observados, con la manifestación del hipotecante [sic] en el sentido de que la finca hipoteca [sic] no constituye la vivienda familiar, o caso de constituirlo, acreditándose el consentimiento del otro cónyuge.

3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario o Autoridad judicial o administrativa que lo ha expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta calificación registral podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Manuel Ortiz Reina registrador/a de Registro Propiedad de Murcia 8 a día once de junio del año dos mil veinte».

El 20 de julio de 2020 se extendió diligencia en dicha escritura en la que se reitera que el estado civil manifestado en la comparecencia por el aportante es de divorciado.

Esta diligencia se aportó al referido Registro y la escritura fue objeto de una nueva calificación, según la cual vuelve a acordar «la suspensión de la inscripción por el defecto subsanable de la falta de constancia de la manifestación del transmitente de que la finca transmitida no constituye la vivienda familiar, o caso de constituirlo, falta del consentimiento del otro cónyuge». Y expresa los siguientes fundamentos de derecho:

«1. Según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil, "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial".

3. El artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble que puede constituir la vivienda habitual de la familia, bien el consentimiento o autorización necesarios si, en efecto, el derecho que se transmite sirve de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual, bien la justificación de que el inmueble no tiene tal carácter o, simplemente, la manifestación por el disponente en tal sentido. En efecto, según el número I de este artículo "Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter".

4. El condominio de ambos cónyuges sobre la vivienda permite presuponer el carácter de vivienda familiar. Incluso en los casos de crisis matrimonial, la propiedad proindiviso legítima al comunero para ocupar la vivienda a que se refiera y, en consecuencia, la transmisión es susceptible de afectar a la ocupación familiar del inmueble porque en ella se dispone de derechos sobre la vivienda (V. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1987).

5. El derecho de uso de la vivienda familiar se halla protegido especialmente en consideración al interés que se pretende salvaguardar (protección de la familia y de la vivienda familiar), de manera que la enajenación o cesión de la vivienda a un tercero, además de anulable a falta de consentimiento de ambos cónyuges, es ineficaz frente al usuario; o dicho en otros términos (que son los de la jurisprudencia): el derecho de uso de quo es oponible a los terceros que hayan adquirido la vivienda directamente del propietario, por enajenación voluntaria de este, o en

subasta subsiguiente a la acción de división en caso de comunidad: así, en SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003, 8 mayo 2006, 27 junio 2007 y 18 enero 2010.

6. Respecto a la cuestión de la subsistencia del concepto de "vivienda familiar" tras la disolución del matrimonio –deducida del estado civil de divorciado del transmitente–, hemos de añadir que es en los casos de ruptura de la situación matrimonial cuando la protección de la vivienda familiar cobra su mayor sentido. En nuestro ordenamiento, el propio Código Civil hace continuas referencias a la "vivienda familiar" y al "domicilio familiar" al regular los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio. Del artículo 96 del Código Civil, resulta claro que, tras la disolución del matrimonio, la vivienda familiar debe ser atribuida a uno de los cónyuges. La Sentencia de divorcio habrá determinado lo que proceda respecto de la atribución de la vivienda familiar, bien haya existido mutuo acuerdo (artículo 90 del Código Civil), o bien, en su defecto, por decisión judicial (artículo 91 y artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Según el último párrafo del citado artículo 96, en consonancia con el artículo 1320 del mismo Código, para disponer de la vivienda familiar atribuida, se requerirá el consentimiento de ambas partes, o, en su caso, autorización judicial.

La limitación de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar es un efecto esencial de la separación o el divorcio. En nuestro caso, apareciendo la finca inscrita en proindiviso a favor de los antiguos cónyuges, aquél a quien se le haya atribuido el uso será poseedor del todo y titular de la mitad. La limitación de disponer persiste en ambos titulares, porque persiste la necesidad de mantener el uso del todo en el atributivo.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, por el Registrador que suscribe se acuerda:

1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Fundamentos Jurídicos antes citados.

2.º Suspender el despacho del título hasta la subsanación de los defectos observados, con la manifestación del hipotecante [sic] en el sentido de que la finca hipoteca [sic] no constituye la vivienda familiar, o caso de constituirlo, acreditándose el consentimiento del otro cónyuge.

3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario o Autoridad judicial o administrativa que lo ha expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta calificación registral podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Manuel Ortiz Reina registrador/a de Registro Propiedad de Murcia 8 a día veintisiete de Julio del año dos mil veinte».

### III

Mediante escrito que entró en el referido Registro de la Propiedad el 7 de agosto de 2020 la notaria autorizante de la escritura, doña María Dolores Heredia Cánovas, interpuso recurso contra la nueva calificación en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero: Estamos absolutamente de acuerdo con la calificación en cuanto a la necesaria protección de la vivienda familiar y con la afirmación de que esta protección cobra su mayor sentido en los momentos de crisis matrimonial. Precisamente por esta razón, aunque similares en algún aspecto, son diferentes la facultad posesoria que tiene el llamado cónyuge no titular durante el matrimonio con el derecho de uso de la vivienda atribuido al mismo en caso de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Entendemos que la calificación parte de la identificación de la potestad de habitar la vivienda habitual común durante el matrimonio por parte de quien no es su propietario o titular de derecho que autorizara el uso (usufructuario, arrendatario o cualquier otro) a que se refieren los artículos 68, 69, 70 y 1.320 del Código Civil con el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos y el cónyuge en cuya compañía queden o a este si su interés es el más necesitado de protección en momentos de crisis matrimonial a que se refieren los artículos 90 y 96 del Código Civil, cuando, como queda dicho, se trata de derechos que aunque pudieran tener algunos aspectos comunes son distintos en su naturaleza, alcance y contenido y que tienen título de atribución diferente.

Durante el matrimonio los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos, lo que se presume, y de fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículos 68, 69 y 70 del Código Civil). Como núcleo de la convivencia, la vivienda habitual de la familia se protege durante el matrimonio limitando los actos dispositivos del cónyuge propietario, para los cuales precisará el consentimiento del otro cónyuge. En este sentido el artículo 1320 del Código Civil, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio, establece que "para disponer de los derechos sobre vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o, en su caso, autorización judicial". Por tanto, durante

el matrimonio el título que atribuye al cónyuge no titular la facultad ocupacional y la facultad de limitar los actos dispositivo del titular sobre la vivienda habitual es el matrimonio mismo y la obligación de convivencia.

Sea cual sea la naturaleza que se le atribuya este derecho o facultad no es oponible a tercero ni inscribible en el registro de la propiedad y según el párrafo segundo del artículo 1.320 del Código Civil "La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe", resolviéndose la protección en este momento a lo sumo en una indemnización a los hijos o al cónyuge no titular. Medidas que no satisfacen la necesidad que se intenta proteger con el derecho de uso que se adjudica en los momentos de crisis.

Producida la separación judicial, la nulidad del matrimonio o el divorcio, el derecho de uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge no propietario ya no resulta del matrimonio, que no existe, como tampoco se puede hablar de cónyuges que no lo son, y no hay presunción alguna a su favor, sino que necesariamente esta mutación de la llamada por algunos autores coposesión impropia con el cónyuge titular durante el matrimonio a una posesión exclusiva del no titular ha de tener un título atributivo distinto, generalmente el convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio o la sentencia que los decreta, convenio y sentencia que obligatoriamente habrán de referirse a tal extremo pues lo ordenan los artículos 90.1 c), 91 y 96 del Código Civil y de los que resultará su alcance y contenido.

La naturaleza jurídica de este derecho de uso y su consideración como derecho de crédito o real o como mera facultad posesoria es en derecho común muy discutida, siendo en la actualidad muchas las Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que lo consideran como un derecho de carácter familiar, ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una división de los derechos de carácter patrimonial, carácter que 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.

Cualquiera que sea la tesis que se siga en cuanto a la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en tiempos de crisis matrimonial lo que resulta incuestionable es que el mismo es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad y por tanto queda sujeto a los principios hipotecarios de prioridad, fe pública registral e inoponibilidad de los artículos 17, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, propios de los derechos de naturaleza real: En este sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 según la cual "Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes [art. 1320 y art. 96 ambos del Código Civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario y disposición adicional 9.a de la Ley 30/1981, de 7 julio], que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registrar También la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de septiembre de 2016: "La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer ex artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivo del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos erga omnes".

Resulta de lo expuesto que el artículo 1320 del código civil se aplica exclusivamente en caso de disposición de derechos sobre una vivienda por personas casadas y no resulta exigible, en territorios de derecho común, manifestación acerca del carácter familiar o no de la vivienda en caso de disposición por persona cuyo estado civil es el de soltero, viudo o divorciado, de modo que, no cuestionando la calificación el estado civil del disponente, no se puede exigir tal manifestación y en consecuencia no resulta aplicable tampoco el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario conforme al cual "Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivo sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter": El Centro Directivo es claro en este extremo, así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 2000, dice que una lectura atenta del artículo 96.IV del Código Civil "determina que la exigencia del consentimiento o autorización judicial para disponer de una vivienda privativa de un cónyuge sólo tiene aplicación cuando sobre la misma se ha constituido a favor del consorte el derecho de uso que la norma contempla", pero en ningún caso "se establece una exigencia a observar en todo supuesto de disposición de vivienda privativa de un cónyuge separado judicialmente, en previsión de que pueda estar afectada a aquel gravamen y como garantía del mismo". Y continúa diciendo que, en tanto que se trata de un derecho, —el de uso— inscribible: "el Registrador (...) sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al

pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del cónyuge disponente". También la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 2004, en su fundamento de derecho 2 señala que "si el transmitente declara ser de estado soltero al igual que si la manifestación es de viudedad, divorcio o separación legal, difícilmente puede el adquirente recabar del mismo manifestación alguna a los efectos del citado artículo 1320 del Código Civil, y esa declaración, sea falsa o errónea, ha de producir los mismos efectos que la que de ser casado hiciera sobre que la vivienda que transmite no tiene la condición de domicilio habitual de su familia", la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo de 2005, en su fundamento de derecho 4 dice que "cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (al igual que ocurriría si fuese soltero viudo o divorciado) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el artículo 1.320 del Código Civil", la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 2013, para un caso de manifestación por el disponente en la escritura ser de divorciado y de vecindad civil aragonesa resultando del registro que fue adquirida en estado de casado bajo régimen de separación de bienes del Derecho Civil catalán, señala, en su fundamento de derecho 3, que el cambio de vecindad civil "tiene relevancia dado que la legislación catalana exige la manifestación de no constituir la vivienda habitual no solo a los disponentes casados, sino también a los solteros, viudos o divorciados, ...", no exigiéndose, a contrario sensu, tal manifestación si el disponente acredita vecindad civil aragonesa.

Nada altera lo dicho la situación de copropiedad entre cónyuges o ex cónyuges, pues también en este supuesto el derecho de uso de la totalidad debe resultar de un título, sea el convenio o sea la sentencia; la copropiedad no conlleva una coposesión total de la cosa, situación difícil en todo caso y quizá más en el de ruptura del vínculo matrimonial. En este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1987, que cita la calificación, precisamente da la razón a esta tesis al señalar que "No deben pues imaginarse hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales no derivarían naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario posterior que no consta,," y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 1994 "lo que exige examinar si una cuota en proindiviso del bien dispuesto da derecho a ocuparlo en su totalidad. En esta materia, el artículo 394 del Código Civil al disponer que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho, sí bien permite afirmar con carácter general el uso de la cosa no debe sujetarse a la medida de la cuota, esta afirmación ha de quedar modalizada caso por caso respecto al uso directo cuando el objeto no permita tal uso, resulte este imposible o lo haga muy incómodo, en cuyos supuestos para posibilitar aquel los partícipes tendrán que establecer una regulación en la que deberán tener en cuenta el derecho de cada uno de ellos y por tanto la cuota que respectivamente les corresponda ...", También la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de enero de 2018, que cita expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, según la cual "1º "Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación...". También en este caso de copropiedad el derecho de uso merece protección del registro de la propiedad.

Considero conveniente la manifestación expresa de que en modo algún tuve conocimiento ni presumí la existencia de un derecho de uso a favor de la ex cónyuge del disponente al tiempo de autorizar la escritura calificada y pienso que el rechazo de la inscripción tampoco resulta de tal presunción sino del conocimiento de tal circunstancia por la presentación del documento que anuncia la nota de información continuada por mi solicitada con posterioridad a la calificación, de modo que el problema real del supuesto que nos ocupa es de prioridad registral y de oponibilidad a tercero.

En cuanto a la prioridad registral no puede resolverse más que acudiendo a los principios generales de derecho hipotecario y la doctrina clara que emana de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el sentido de que dado el alcance de este principio, básico en nuestro sistema registral (cfr. artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley Hipotecaria), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro (artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), sin que puedan obstaculizar a su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados, y si bien es cierto que es doctrina del Centro Directivo que los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca, o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, no lo es menos que tal doctrina no puede llevar al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad— obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título. En este sentido Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2011 y la cantidad de las que cita.

En cuanto a la oponibilidad a terceros, parece que la calificación considera oponible el derecho de uso, aún no inscrito, a tercero que ha adquirido conforme a derecho y confiado en la publicidad registral y apoya el Registrador su tesis en la jurisprudencia que emana de las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999, 4 de

diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003, 8 de mayo de 2006, 27 de junio de 2007 y 18 de enero de 2010. Sin embargo ninguna de estas sentencias trata el supuesto de oponibilidad de un derecho de uso no inscrito frente a tercero que adquiere confiado en los pronunciamientos registrales sino que la oponibilidad de la que hablan las citadas sentencias hay que ponerla en relación con la naturaleza del derecho de uso y con su eficacia frente a terceros no obstante no poder considerarse un derecho de naturaleza real, para admitir, en el supuesto de hecho enjuiciado el ejercicio de la acción de división por uno de los esposos copropietarios con subsistencia del derecho de uso anterior, a cuyo fin en la subasta deberán tomarse las medidas necesarias para garantizar su efectividad,

Es claro que Tribunal Supremo soluciona el problema de la oponibilidad a tercero del derecho de uso, como no puede ser de otro modo, atendiendo a la buena o mala fe del tercero, y entendiendo que el derecho de uso no inscrito no perjudica al tercero de buena fe. En este sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 y la sentencia citada de 27 de diciembre de 1999 que reconoce la prioridad al embargo anotado con anterioridad al derecho de uso, sin perjuicio de que en ese supuesto concreto entienda el Tribunal que el tercero adjudicatario del bien en la subasta debe respetar el uso por razón de su conocimiento de la situación familiar, esto es, porque el Tribunal Supremo le priva de condición de adquirente de buena fe.

También en este sentido Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de octubre de 1999 y de 19 de septiembre de 2007 de las que resulta claramente que la oponibilidad de tal derecho a terceros es evidente, pero requiere que éstos no estén amparados por la fe pública registral, siendo la inscripción necesaria a fin de evitar "la aparición de eventuales terceros que, ante la falta de inscripción del uso, invoquen la protección que dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria...". Esa buena fe podrá ser cuestionable ante los Tribunales, pero debe presumirse notarialmente y en la calificación registral.

Decir para terminar que la consideración del derecho de uso atribuido a consecuencia de una situación de crisis matrimonial como derecho distinto de la facultad posesoria que ostentan los cónyuges durante el matrimonio, la defensa de su eficacia erga omnes y posibilidad de acceso al registro de la propiedad lo es en aras a una mayor protección de la familia y la vivienda y que tal protección entendemos justifica lo que de limitación implica del derecho de propiedad. Ahora bien, siendo el derecho de uso merecedor la más enérgica protección también lo es el de los terceros que confían en la protección que les brinda el registro de la propiedad; lo que la medida contemplada en el artículo 96 del Código Civil no puede conllevar es un menoscabo de intereses ajenos al conflicto matrimonial no siendo el procedimiento registral el adecuado para determinar la buena o mala fe sino que habrá de ser en sede judicial donde el titular del derecho de uso no inscrito, si lo considera oportuno, lo deberá hacer valer frente a tercero, despojándolo en su caso de los atributos que le hacen ser merecedores de la protección registral y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra quien disponga de un derecho contra lo ordenado en una resolución judicial».

#### IV

Mediante escrito de 12 de agosto de 2020, el registrador de la propiedad emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 9, 10, 24, 40, 66, 69, 70, 87.2, 90, 464, 1320, 1321, 1346, 1406 y 1955 del Código Civil; 1, 3 y 4 del Código de Comercio; 1, 2, 9, 13, 18, 19 bis, 21, 38, 129.2.b) y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 231-9 del Código civil de Cataluña; 190 del Código de Derecho Foral de Aragón; 7 y 91 del Reglamento Hipotecario; 148 del Reglamento Notarial; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, 10 de marzo de 1998, 8 de octubre de 2010, 6 de marzo de 2015, 3 de mayo de 2016 y 27 de noviembre de 2017; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1987, 16 de junio de 1993, 7 de julio de 1998, 4 de marzo de 1999, 27 de junio de 1994, 31 de marzo de 2000, 16 y 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 17 y 23 de mayo de 2005, 20 de enero y 22 de mayo de 2006, 31 de enero y 7 de diciembre de 2007, 11 de febrero de 2008, 22 de julio de 2009, 28 de septiembre y 13 de diciembre de 2010, 5 de enero y 7 de julio de 2011, 26 de noviembre de 2013, 12 y 19 de diciembre de 2017, 11 de enero, 13 de junio y 9 de octubre de 2018; y la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de marzo y 16 de junio de 2020.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto de impugnación, una persona divorciada aporta a una sociedad de responsabilidad limitada la mitad indivisa de una vivienda que le pertenece por adjudicación en la liquidación de gananciales.

El registrador suspende la inscripción solicitada por apreciar que existe un defecto subsanable: «la falta de constancia de la manifestación del transmitente de que la finca transmitida no constituye la vivienda familiar, o caso de constituirlo, falta del consentimiento del otro cónyuge».

2. Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículo 70 del Código Civil).

Una vez fijada y establecida, la ley protege especialmente la vivienda familiar habitual, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Entre las técnicas de tutela de la vivienda familiar figura la que establece el artículo 1320 del Código Civil: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial»; y añade que «La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Con esta norma legal se introdujo en el Derecho español una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial. Pero no se trata de una norma específica del Derecho civil común, sino que la misma, con variantes que ahora no interesa considerar, existe también en otros Derechos civiles de España, como es el caso del Derecho civil catalán (artículo 231-9 del Código civil de Cataluña) y del Derecho civil aragonés (artículo 190 del Código del Derecho Foral de Aragón).

3. La técnica de tutela se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. A través de esta técnica, el precepto prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien.

El consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo. La Ley no requiere la participación de los hijos en la prestación del consentimiento, viva ya el otro cónyuge o haya fallecido ya.

Es indiferente cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda (así lo consideró el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1994). Es indiferente la fecha en que la hubiera adquirido la vivienda o el derecho sobre ella: al lado de supuestos en los que el carácter privativo del bien es consecuencia de haberlo adquirido el cónyuge antes del matrimonio (artículo 1346-1.º del Código Civil), están aquellos otros en los que la vivienda se hubiera adquirido por el cónyuge constante matrimonio a título gratuito (artículo 1346-2.º del Código Civil) o aquellos en los que la adquisición se hubiera efectuado por éste después de contraído matrimonio a costa o en sustitución de otro bien privativo (artículo 1346-3.º del Código Civil). Es indiferente cuál sea el régimen económico del matrimonio (como oportunamente señala el artículo 231-9 del Código civil de Cataluña): la referida técnica de tutela opera tanto en los casos de cónyuges casados en régimen de la sociedad de gananciales u otros similares como cuando el régimen fuera el de separación.

4. Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige – para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código Civil– bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

Del juego de todos los preceptos anteriormente relacionados resulta que, en los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, es necesario que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria.

5. El citado artículo 1320 del Código Civil implica un límite a la libertad de disposición del cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda familiar, cualquiera que haya sido el título de adquisición y el régimen económico matrimonial que rija en el matrimonio, que se justifica por la protección de los intereses familiares que la legislación considera superiores a los individuales de cada cónyuge. De esta forma, se pretende evitar las consecuencias de la arbitrariedad o mala voluntad de quien ostenta la propiedad exclusiva, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, para que sea válida su enajenación o la constitución de hipoteca sobre tales bienes.

Como ya afirmó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 2007, la conformidad prestada por el cónyuge no titular a la disposición de la vivienda por exigirlo el artículo 1320 del Código Civil, sustancialmente no es sino un simple asentimiento que se presenta como una declaración de



voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, citada en muchas otras, entre ellas la de 6 de marzo de 2015, recogió esta tesis en los siguientes términos: «la jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno –es decir, concluido por otro– por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión».

6. Debe tenerse en cuenta que no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual. Con este adjetivo, la Ley realiza una fundamental exclusión en la que conviene reparar. El adjetivo «habitual» y el adverbio «habitualmente» aparecen en distintos preceptos del Código Civil (así, artículos 9, 10, 24, 40, 1320, 1321, 1406 y 1955) y del Código de Comercio (artículos 1, 3 y 4). «Habitual» no equivale a «permanente» pero denota un alto grado de continuación temporal. En el Código Civil, la expresión «vivienda habitual» se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia (artículo 1.406-4.º). Pero la falta en nuestra legislación civil de un concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que la cuestión se suscite más de una vez en contiendas judiciales que versan sobre la aplicación del artículo 1320. Por ello, para evaluar si se da cumplimiento a esta norma legal de régimen primario y a la del artículo 91 del Reglamento Hipotecario, debe analizarse cada caso concreto. Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados (la Dirección General de los Registros y del Notariado ha puesto de relieve en distintas ocasiones –vid. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987 y 9 de octubre de 2018– que el domicilio de un cónyuge puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble). Sin olvidar, tampoco, que las normas fiscales atienden a un criterio temporal cuantitativo (días al año de ocupación) para la determinación de la condición habitual de la vivienda, si bien tales criterios cuantitativos no han de ser necesariamente válidos y adecuados en materia civil. En este sentido, se ha defendido que la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay.

Por ello el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de esa circunstancia de hecho –ser o no vivienda habitual familiar– en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio –como antes se ha expresado– de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia. Con esta manifestación se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral.

7. Para resolver la cuestión planteada en el presente caso debe tenerse en cuenta que, como sostiene el recurrente, las normas antes citadas (artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario) no son aplicables respecto de actos dispositivos realizados por persona divorciada.

Como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 17 de mayo de 2005, con criterio mantenido en otras, «cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (al igual que ocurriría si fuera soltero, viudo o divorciado) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el artículo 1.320 del Código Civil (cfr. Resolución de 6 de marzo de 2004)».

Debe advertirse que tampoco se exige tal manifestación para todo acto de disposición realizado por una persona divorciada en previsión de que sobre la vivienda sobre la misma se haya constituido a favor del excónyuge el derecho de uso que contempla el artículo 96 del Código Civil. Así, no cabe olvidar: a) Que este derecho de uso ex artículo 96 de dicho Código es inscribible en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 1, 2 de la Ley Hipotecaria

y 7 del Reglamento Hipotecario; b) Que dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria), y c) Que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Por ello, debe concluirse que el registrador –que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria deberá atenerse en su calificación a lo que resulte del documento presentado y de los libros a su cargo–, sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del excónyuge disponente (cfr. Resolución de 31 de marzo de 2000).

A mayor abundamiento, en casos en que el acto dispositivo tiene por objeto únicamente una participación indivisa de la vivienda debe tenerse en cuenta que el derecho individual de un comunero casado sobre el uso o goce de la cosa común no derivará naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario, o, en caso de disponente divorciado, de la sentencia de divorcio con base en el artículo 96 del Código Civil, circunstancias que no constan en el presente caso (cfr. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987, 27 de junio de 1994 y 11 de enero de 2018, citadas por el recurrente).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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, 29 de octubre de 2020. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.