

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

8343 *Resolución de 19 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Pozuelo de Alarcón n.º 2, por la que se suspende la inscripción de un derecho de uso atribuido en convenio regulador aprobado judicialmente.*

En el recurso interpuesto por doña M. B. M. G. contra la nota de calificación extendida por la Registradora de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2, doña Marta Cavero Gómez, por la que se suspende la inscripción de un derecho de uso atribuido en convenio regulador aprobado judicialmente.

Hechos**I**

Por virtud de sentencia firme dictada el 27 de mayo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pozuelo de Alarcón, en procedimiento de divorcio contencioso número 811/2009, se dispone que «En atención al interés más necesitado de protección, se atribuye el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre, llevándose el marido del mismo sus enseres y ropas de uso personal, bajo inventario».

II

Presentado testimonio de la sentencia en el Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «La Registradora de la Propiedad que suscribe, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, ha calificado el documento que precede, presentado bajo el asiento número 600 del Diario 50, y ha resuelto suspender la inscripción por el siguiente motivo: De acuerdo con el testimonio de la sentencia presentada y de la diligencia de ordenación que se acompaña "se atribuye el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre". Se asigna por tanto el uso de la vivienda familiar exclusivamente a los hijos, entendiéndose a) que es necesario que se atribuya a la esposa para poderlo inscribir a su favor como titular, sin perjuicio de que los hijos sean beneficiarios y b) que no se debe inscribir a favor de éstos, pues ello generaría confusión en cuanto a su titularidad, contenido y efectos. Para el caso de que se entendiera que sí se puede inscribir a su favor, se deberían hacer constar sus respectivos nombres y apellidos. Fundamentos de Derecho: El artículo 96 del Código Civil en su párrafo primero establece que "en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden" y en su párrafo cuarto que "para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su defecto, autorización judicial". Este artículo ha sido interpretado por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el sentido de 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 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. Como

ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, 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. Como dice la RDGRN en resolución de 14 de mayo de 2009 "en consecuencia, no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho". Así en la Resolución de 18 de noviembre de 2011 de la DGRN "la duda en cuanto a los efectos que de tal 'derecho' se derivarán, así como el hecho de no atribuirse al cónyuge, que es el verdadero titular del derecho de uso configurado por el Código Civil, inclinan a concluir que no se constituye un derecho al uso de la vivienda como el legalmente tipificado e inscribible en el Registro". En el título ahora presentado el supuesto no es idéntico al de esta última Resolución por cuanto está claro que sí se refiere a este derecho del artículo 96 del Código Civil, pero el Registrador no puede integrar su contenido en cuanto a su titularidad si no resulta ésta expresamente del documento presentado, y en tal sentido se debe aclarar para su inscripción. Contra esta (...). La Registradora. Fdo. Marta Cavero Gómez. Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Marta Cavero Gómez, Registradora del Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón 2 a día veintitrés de enero del año dos mil doce».

III

Contra la anterior nota de calificación, que fue retirada de la oficina del Registro el 25 de enero de 2012, doña M. B. M. G. interpone recurso en virtud de escrito que tuvo entrada en Oficina Pública el día 24 de febrero del presente, en el que hace constar que es clara la adjudicación del uso de la vivienda familiar a la madre junto con sus hijos, y que así es como debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Y que si la Registradora entiende que se ha de atribuir el uso a los hijos, esta atribución también es conforme a derecho, y no debe servir de excusa para la no inscripción del mismo, máxime cuando lo que se está protegiendo es el interés de los menores, principio inspirador de la legislación civil, y cuya no inscripción perjudica de forma tan severa a los mismos. Asimismo y conforme a los artículos 2.2 y 3 de la Ley Hipotecaria, se cumplen todos los requisitos legales para la inscripción del derecho en el Registro. Por todo ello, se solicita la inscripción del usufructo de la vivienda familiar a los hijos don P. B. M. y don C. B. M.

IV

Mediante oficio de 7 de marzo de 2012, el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Pozuelo de Alarcón comunicó al Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2 que no ha lugar a realizar alegaciones por el Juzgado.

V

La Registradora emitió informe el día 9 de marzo de 2012 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 90, 96, y 1.320 del Código Civil; 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 1988; 6 de marzo de 2001; 5 de diciembre de 2002; 20 de febrero de 2004; 5 de junio de 2008; 14 de mayo y 18 de noviembre de 2009; 1 de marzo de 2011, y 11 de abril y 8 de mayo de 2012 (2.ª).

1. En el presente expediente, se pretende el acceso a Registro de un testimonio de sentencia dictada en procedimiento judicial de divorcio por la que se dispone que «se atribuye el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre, llevándose el marido del mismo sus enseres y ropas de uso personal, bajo inventario». La Registradora suspende la inscripción por entender que es necesario que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuya a la esposa para que pueda ser inscrito a su favor como titular, sin perjuicio de que los beneficiarios sean los hijos, sin que pueda inscribirse a favor de estos últimos tal derecho por generar confusión en cuanto a su titularidad, contenido y efectos. Añade la Registradora que si se entiende que se puede inscribir a favor de los hijos el derecho de uso constituido en la sentencia, se deberían hacer constar sus respectivos nombres y apellidos.

2. Conforme al artículo 90 c) del Código Civil «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar». Dispone también este precepto, en su párrafo segundo que «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

Por su parte, la sentencia que motiva este recurso acuerda, en su fundamento de Derecho segundo, que «existiendo acuerdo entre las partes en cuanto a las medidas que han de regir las relaciones personales y patrimoniales de matrimonio y de los hijos habidos en el mismo, procede acordar se adopten los siguientes efectos y medidas del Divorcio: [...] 5º: En atención al interés más necesitado de protección, se atribuye el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre [...]».

Resulta, por tanto, que el Juez ha considerado procedente, en atención al interés más necesitado de protección, aprobar la medida acordada por los cónyuges y, en consecuencia, atribuir el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre».

Como ha recordado recientemente este Centro Directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es el relativo a la vivienda familiar (cfr. Resoluciones de 11 de abril y 8 de mayo de 2012 [2.ª]) y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el Juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (Cfr. párrafo 2.º del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres.

En efecto, dispone el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde...». Es decir, el Código determina la atribución del uso de la vivienda familiar sólo cuando no hay acuerdo aprobado por el Juez. En el presente supuesto, consta en la sentencia que existe ese acuerdo, como resulta del párrafo antes transcrito. Y respecto a ese acuerdo, el artículo 90 del Código Civil no impone limitación alguna más allá de que ha de ser aprobado por el Juez, salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. (cfr. párrafo 1.º, letra c), y párrafo 2.º, inciso 1.º, del artículo 90 del Código Civil). Esta aprobación judicial, así como su causa, resulta expresamente de la sentencia cuando afirma «En atención al interés más necesitado de protección, se atribuye el uso de la vivienda...».

Por otra parte, como ha recordado también recientemente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 8 mayo 2012 [2.ª]), las previsiones acordadas por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, que incidan sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar (y es indudable que el uso de la vivienda familiar es uno de tales aspectos conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil), produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (cfr. artículo 90 del Código Civil).

Procede, como consecuencia de los argumentos anteriores, admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez.

Ahora bien, la naturaleza de derecho familiar que se atribuye a este derecho no excluye la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el principio de determinación, por lo que se hace necesario, conforme a los artículos 9.4.^a de la Ley Hipotecaria y 51.9.a) del Reglamento Hipotecario, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar, sin que se entren a valorar –por no haber sido señalado en la nota–, otras circunstancias.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, admitiendo la posibilidad de inscribir el derecho de uso atribuido a los hijos y revocar en este punto la nota de calificación; y confirmar la nota de calificación en cuanto a la necesidad de aportar los datos identificativos de los hijos, desestimando el recurso en este punto; todo ello conforme a los fundamentos de derecho que preceden.

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, 19 de mayo de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.