

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10816 *Resolución de 20 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Moncada nº 2, por la que se suspende la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio regulador de los efectos de un divorcio.*

En el recurso interpuesto por doña M. P. M. N. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Moncada número 2, don Silvino Navarro Gómez-Ferrer, por la que se suspende la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio regulador de los efectos de un divorcio.

Hechos

I

Mediante testimonio judicial, expedido por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción número 4 de Moncada el día 31 de marzo de 2009, se solicitó la inscripción de un convenio regulador de los efectos del divorcio, en el que se señala el establecimiento de un derecho de uso sobre la vivienda familiar sin fijar su duración temporal.

II

Presentado dicho testimonio judicial en el Registro de la Propiedad de Moncada número 2 con fecha 29 de enero de 2016, bajo el asiento número 300 del tomo 153 del Libro Diario, fue objeto de calificación negativa el día 14 de abril de 2016. Reintegrado nuevamente al Registro, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Moncada 2. Previa la calificación jurídica del presente testimonio expedido por doña M. I. B. P., Secretaria del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Moncada, el día 31 de marzo de 2.009, autos número 95/2009, en unión de instancia privada suscrita en Moncada el 15 de junio de 2016, por doña M. P. M. N., a efectos de subsanación, en los términos a que se refiere el Artículo 18 y demás aplicables de la Ley Hipotecaria, se resuelve: Suspender la atribución del uso ordenada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 5/2011, de 1 de abril, por el defecto de que se deberá hacer constar un plazo de duración de derecho de uso del domicilio familiar ya que la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario ya que en el citado testimonio se atribuye el derecho de uso del domicilio familiar, de la plaza de garaje y del ajuar doméstico a la esposa Doña M. P. M. N. Contra esta calificación (...) Este documento ha sido firmado con afirma electrónica reconocida por Silvino Navarro Gómez Ferrer, registrador/a de Registro Propiedad de Moncada número 2, a día treinta de junio del año dos mil dieciséis».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. P. M. N. interpuso recurso el día 22 de julio del año 2016, en base a los siguientes argumentos: «Primero.–(...) Tercero.–Que en fecha 14 de abril de 2016 se resolvió calificar negativamente la inscripción solicitada, invocando el artículo 6 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, denegando la inscripción del derecho de uso de la vivienda. Cuarto.–Que formuladas alegaciones, el 30 de junio de 2016 se reitera la calificación negativa y se resuelve suspender la atribución de uso ordenada por

la mencionada sentencia. Se suspende la anotación por la aplicación del art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la G.V., de los arts. 90, 96 y 1.320 del C.C. y de los arts. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, la Ley 5/2011 solo es de aplicación cuando existen hijos menores de edad. En el momento del divorcio, año 2009, era de aplicación el Código Civil. El convenio suscrito por las partes y aprobado por la sentencia de divorcio, atribuyó a la compareciente el uso de la vivienda conyugal por un periodo de 20 años, propiedad de la sociedad de gananciales. Ninguno de los artículos invocados del C.C. prohíbe la atribución de este derecho, ni tampoco los arts. concordantes del mismo cuerpo legal, los arts. 103.2, 1.321, 1.406 y 1.407. A mayor abundamiento, la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 20 de febrero de 2004, reconoció expresamente que no es necesario señalar un plazo de duración del derecho de uso. En el presente caso es de aplicación el derecho común -Código Civil-, tanto en el momento del divorcio como en la actualidad. Al respecto, la Resolución de 19 de septiembre de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, señaló que «Siendo ello así, es claro que nada se opone a la registración pretendida, por cuanto el derecho de uso, si bien de naturaleza, personal o real, discutida, limita las facultades dispositivas del propietario de la finca (artículo 96 del Código Civil), por lo que incuestionablemente merece la protección registral. Con ello se evita 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. Y en el caso debatido se dan los requisitos necesarios para la inscripción: reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial (artículos 90 y 91 del Código Civil), atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda (si se atribuyera al que ya es dueño la inscripción del uso sería innecesaria; cfr. Resolución de 6 de julio de 2007), e inscripción registral de la vivienda a favor del otro cónyuge (si lo estuviera a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio sólo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros; cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 y Resoluciones de 28 de noviembre de 2002 y 28 de mayo de 2005). Por lo que, en aplicación del principio de cosa juzgada, procede la revocación de la suspensión y la anotación del derecho de uso».

IV

El registrador suscribió informe el 29 de julio de 2016 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1, 2, 3, 9 y 21 de la Ley Hipotecaria; 90 y 96 del Código Civil; 51 y 100 del Reglamento Hipotecario; 2 y 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 y 18 de enero y 8 de octubre de 2010, 27 de febrero de 2012, 5 de febrero de 2013, 28 de noviembre de 2014, 6 de marzo y 18 y 29 de mayo de 2015 y 21 de julio de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1998, 20 de febrero de 2004, 5 de junio y 27 de agosto de 2008, 18 de noviembre de 2009, 2 de junio y 24 de octubre de 2014, 8 de abril y 5 de octubre de 2015 y 19 de enero de 2016.

1. Es objeto de este recurso resolver acerca de la posibilidad de inscribir un derecho de uso sobre la vivienda familiar consignado en un convenio regulador de los efectos del divorcio, objeto de aprobación judicial, con la esencial característica de carecer de un plazo o término específico que concrete su duración.

La recurrente alega que la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, sólo es de aplicación cuando existen hijos menores de edad., y que en el momento del divorcio, año 2009, era de aplicación el Código Civil; además, la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 20 de febrero de 2004, reconoció expresamente que no es necesario señalar un plazo de duración del derecho de uso.

2. Como recuerda la Resolución de 19 de enero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en primer lugar, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. Además el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado un derecho ocupacional, y por otro una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil).

En general se entiende que la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. artículo 154 del Código Civil), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013).

Esto no impide que si así se acuerda en el convenio y el juez lo aprueba, 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 [2ª]) 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 segundo del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. En tal caso sí sería necesario la aportación de los datos identificativos de los hijos (vid. Resolución de 19 de mayo de 2012).

3. De igual modo, es constante la doctrina de este Centro Directivo –cfr. Resolución de 2 de junio de 2014–, sobre la configuración, alcance y oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar, establecida para los supuestos de crisis familiar en los artículos 90 y 96 del Código Civil (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos»).

Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad –aunque no sea necesario la fijación de un día certus, salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil Catalán, artículo 233-20– y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral.

Más concretamente, el principio de especialidad o determinación registral instaurado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario señala que todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro venga perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere. Y tratándose de

derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de documento que se presente en el registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del registrador, a tenor de lo señalado en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial.

4. No obstante, las exigencias de determinación del derecho que se inscribe no puede hacerse desconociendo el peculiar régimen jurídico positivo que lo configura, máxime cuando este se articula en atención a intereses que se estiman dignos de tutela legal.

En este sentido, sobre el régimen temporal del derecho de uso sobre la vivienda familiar la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015, señala: «... El art. 96 CC establece –STS 17 de octubre 2013– que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011). Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011 aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE)... Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor». Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no solo se opone a lo que establece el art. 96.1 CC, sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala, incluida la sentencia de 17 de junio de 2013, según la cual «hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios...».

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2015, reiterada por la de 21 de julio de 2016, dice, por su parte, que: «... La STS 624/2011, de 5 septiembre, del Pleno de esta Sala, que citan las de 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre de 2013 y 12 de febrero de 2014, distingue los dos párrafos del art. 96 CC en relación a la atribución de la vivienda y fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre 2013, deja en situación de igualdad a

marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas. En el caso, la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna, vulnera lo dispuesto en el art. 96.3 y la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta, puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, que ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias, en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de «solidaridad conyugal» y consiguiente sacrificio del «puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro», puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por criterio judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes; uso que ya se ha cumplido desde el momento en que la esposa ha dispuesto en estas circunstancias de la vivienda desde hace varios años...».

Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, que cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

El artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, cuyo ámbito de aplicación viene determinado por el criterio de la vecindad civil valenciana de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores (artículo 2), establece, sin embargo, que, en todo caso, la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal, y la autoridad judicial fijará el período máximo de uso. Si bien, esta ley no resulta temporalmente aplicable al supuesto, conforme a la norma transitoria segunda, por razón de la fecha de la resolución judicial.

5. En el supuesto de hecho planteado, el convenio regulador señala, a los efectos del uso sobre la vivienda familiar, la siguiente estipulación: «Segunda. De la atribución de la vivienda y ajuar doméstico: El uso y disfrute de la vivienda, de la plaza de garaje y del ajuar doméstico se atribuye a la esposa (...)».

La indefinición temporal de su duración es evidente, por lo que el defecto tal y como ha sido señalado por el registrador en su nota de calificación debe ser mantenido, atendiendo a que en el presente supuesto se atribuye a la esposa el derecho de uso, al amparo del artículo 96.3 del Código Civil, es decir, no habiendo hijos menores, que pudieran justificar la procedencia de ausencia de expresa limitación temporal.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de octubre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.