

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

692 *Resolución de 27 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Cocentaina, por la que se suspende la inscripción de un convenio de regulación de las medidas relativas a la patria potestad de un hijo menor de edad.*

En el recurso interpuesto por doña E. T. S., abogada, en nombre y representación de doña I. C. D., contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Cocentaina, doña María Isabel Navarro Torán, por la que se suspende la inscripción de un convenio de regulación de las medidas relativas a la patria potestad de una hija menor de edad.

Hechos

I

Mediante testimonio judicial expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcoy, el 29 de junio de 2017, de la sentencia aprobatoria del pacto de convivencia regulador de los efectos de la separación de hecho, así como comprensivo de medidas relativas a la guardia y custodia de una hija menor de edad, se estableció la adjudicación del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, sobre una finca en el Registro de la Propiedad de Cocentaina, sin fijar un término o plazo de duración del mismo.

II

Presentado dicho testimonio de la sentencia en el Registro de la Propiedad de Cocentaina, con fecha 20 de julio de 2017, bajo el asiento número 598, del tomo 136 del Libro Diario, fue objeto de la siguiente nota de calificación de fecha 3 de agosto de 2017: «(...) se suspende la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar a favor de la señora C., en base a los siguientes hechos y fundamentos jurídicos: Ya que con carácter general, el derecho de uso familiar para ser inscribible debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad y además, debe establecer un mandato expreso de inscripción, conforme al principio de especialidad. Resolución de 20-octubre-2016. Además el derecho de uso, existiendo hijos menores no permite explicitar limitaciones temporales, conforme al Artículo 96.3 del Código Civil (...) Cocentaina a 3 de agosto de 2017 La registradora (firma ilegible) Fdo.: doña María-Isabel Navarro Torán».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña E. T. S., abogada, en nombre y representación de doña I. C. D., interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 28 de septiembre del año 2017, en base a los siguientes argumentos: «Hechos Primero.–Con fecha 20/07/2017, presenté en ese Registro de la Propiedad la primera testimonio de la sentencia nº 25/2015 firme, de fecha 25 de marzo de 2015, dictada por el presente juzgado en los autos de FamL. Gaurd, cstdo ali. hij menor no mat cons 651/2014, instados de mutuo acuerdo, mediante la cual se aprobó la propuesta de convenio regulador de fecha 29/09/2014 (...). Convenio en el cual los otorgantes D. O. M. A. y Dª I. C. D. pactaron de mutuo acuerdo el derecho de uso de la vivienda familiar sita en Cocentaina calle (...) a favor de la Sra. C. D., vivienda que pertenece a ambos con carácter privativo y por mitad

en común y proindiviso de una vivienda de mutuo acuerdo. Segundo.–Por la registradora de la propiedad, al calificar el citado testimonio, suspende la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar favor de la señora C., en base a los siguientes hechos y fundamentos jurídicos: «Ya que con carácter general el derecho de uso familiar para ser inscribible debe tener transcendencia a terceros y debe configurarse con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de los titulares, temporalidad y además, debe establecer un mandato expreso de inscripción, conforme al principio de especialidad. Resolución 20-Octubre-2016. Además el derecho de uso, existiendo hijos menores no permite explícitas limitaciones temporales, conforme al artículo 96.3 del Código Civil». Tercero.–Estimo que la expresada calificación es improcedente y que, en consecuencia, debe procederse a inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de la Sra. C., al cumplirse los requisitos necesarios para que la citada atribución de uso tenga acceso al Registro de la Propiedad. El art. 2.2 LH permite la inscripción en el Registro de «(...)», y el art. 7 RH dispone que «(...)». La jurisprudencia es clara al respecto. La STS de 11 de diciembre de 1992 señala que «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». Y la RDGRN de 19 de septiembre de 2007 establece que «lo que se pretendía con la presentación de la sentencia en el Registro era la inscripción del derecho de uso (...). 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». Además, en el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos necesarios para que la atribución del uso de la vivienda familiar tenga acceso al Registro de la Propiedad. Según establece la RDGRN de 19 de septiembre de 2007 que «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 solo 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)». Y debe tenerse en cuenta que el artículo 96.3 del Código Civil no es de aplicación al presente caso, ya que según indica dicho precepto se aplica «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez». Encontrándonos, ante un derecho de uso establecido de mutuo acuerdo en un convenio judicialmente aprobado, en virtud de las normas de derecho dispositivo que regulan los procesos de familia. Sin que tampoco sea necesario fijar la duración del derecho de uso de la vivienda familiar para que el mismo tenga acceso al Registro de la Propiedad. La RDGRN de 20 de febrero de 2004, a propósito de la cuestión de si el derecho de uso de la vivienda debe tener imprescindiblemente un plazo de duración para que pueda inscribirse, dispone que «la conclusión más correcta es que tal señalamiento del plazo no es necesario, y ello porque: a) Si bien ha de constar en el Registro el plazo de duración de los derechos reales de carácter temporal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito 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. art. 96, último párrafo, del Código Civil). b) Tal derecho de uso, aunque no se señale un plazo de duración, siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se

atribuye. c) La atribución del repetido derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas que acuerda el Juez en los casos de separación y divorcio, habrán de cambiarse cuando se alteren las circunstancias (cfr. art. 91 in fine del mismo cuerpo legal), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión siendo tal plazo, por su naturaleza, esencialmente prorrogable». Cuarto.—Que por las razones expuestas, y al objeto de que en su día se ordene la inscripción derecho de uso de la vivienda familiar a favor de la Sra. C., es por lo que se formula el presente recurso, al que sirven de fundamento las siguientes Consideraciones legales - Artículos 324, párrafo primero y 327, párrafo primero y demás concordantes de la Ley Hipotecaria. - Artículos 2.2 LH y el art. 7 RH, y concordantes».

IV

La registradora notificó la interposición del recurso al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcoy con fecha 26 de octubre de 2017, el cual no emitió escrito de alegaciones, suscribió informe el 13 de noviembre de 2017 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 9, 18 y 21 de la Ley Hipotecaria; 3, 90, 96 y 1281 y siguientes del Código Civil; 1, 2, 4 y 6 y la disposición adicional única de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 16 de noviembre de 2016; los artículos 51 y 100 del Reglamento Hipotecario; 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, 3 de marzo, 2 y 14 de junio y 24 de octubre de 2014, 8 de abril y 5 de octubre de 2015 y 19 de enero y 20 de octubre de 2016.

1. Es objeto de este recurso resolver acerca de la posibilidad de inscribir el uso sobre la vivienda familiar, fijado en un pacto de convivencia de una pareja de hecho al tiempo de su separación, existiendo la circunstancia de que la adjudicataria de dicho derecho es la madre de la hija menor de edad habida entre ambos interesados, y que además resulta ser la titular del «régimen de convivencia unilateral» de dicha menor, tal y como resulta del título presentado.

2. La registradora, en su nota de calificación argumenta que dicho derecho de uso no puede inscribirse en tanto no se fije un término o plazo de duración, atendiendo al principio de especialidad registral (a pesar de que el segundo párrafo de la propia calificación resulta incoherente con dicha apreciación), así como por la inexistencia en el pronunciamiento judicial de un mandato tendente a ordenar su acceso al Registro de la Propiedad, al existir dudas sobre la naturaleza o eficacia del derecho configurada (puesto que se define como un derecho provisional), así como la indeterminación de la finca afectada por éste, al no expresarse el número de finca registral.

3. Entrando a avalorar el primero de los defectos alegados, ha de recordarse cuál es la naturaleza, extensión, condiciones y límites del derecho de uso sobre la vivienda familiar consagrado en nuestra legislación.

Con carácter previo, debe recordarse que dicha figura jurídica, en el ámbito de las situaciones de crisis matrimonial, encuentra su regulación legal en los artículos 90 y 96 del Código Civil, al señalar que: «1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: (...) c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar», y 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. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. 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 caso, autorización judicial».

No puede obviarse que, en el ámbito territorial específico de la Comunidad Autónoma Valenciana, en la que ambos progenitores conviven y bajo cuya legislación se ha dictado la sentencia objeto de calificación, coexiste la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que si bien ha sido declarada inconstitucional, debe estar al alcance dado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2016.

El artículo 4 de esta ley dispone: «Pacto de convivencia familiar 1. Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas. 2. El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: (...) c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar. (...) 4. El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal».

De manera adicional, y tal y como se recoge en el artículo 6 de la citada norma, sólo en caso de falta de acuerdo entre los cónyuges, el uso deberá ser fijado por la autoridad judicial, señalando un plazo máximo de duración.

Sin embargo, la aplicación de la norma autonómica, tampoco puede quedar acreditada de manera indubitada, puesto que su ámbito subjetivo se circunscribe a los padres de vecindad civil valenciana (artículo 2), extremo éste que no se ha justificado en el expediente.

Por ello, y sin perjuicio de la apreciación anterior, se trata de una figura jurídica regulada en ambos cuerpos legales, el Código Civil y la Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, reconociendo la posibilidad de adjudicar o atribuir judicialmente a alguno de los progenitores el uso de la vivienda en que hubiesen convivido con sus hijos con carácter habitual, siendo dicho derecho susceptible de acceso al Registro de la Propiedad en los términos ya señalados por este Centro Directivo en relación a las exigencias y condiciones impuestas en el artículo 96 del Código Civil. La propia ley valenciana establece una equiparación entre la tramitación de ambos pactos o convenios en la disposición adicional única de la Ley de 1 de abril de 2011: «Tramitación del pacto de convivencia familiar, de sus modificaciones y de su extinción. El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y su extinción se tramitarán en los términos previstos por la legislación procesal civil para el convenio regulador en procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo».

Resulta imprescindible en este punto recordar cuál es la auténtica naturaleza y eficacia del derecho de uso de la vivienda familiar generado en situaciones de crisis matrimonial -o de parejas de hecho, tal y como se prevé en la normativa autonómica-. Este Centro Directivo, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, y en Resoluciones como las de 19 de enero y 20 de octubre de 2016 -objeto de alegación directa por el registrador en su nota de calificación- ha entrado a valorar las características del derecho analizado: «...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)».

Dentro de esta especial naturaleza del derecho de uso atribuido en los procesos de crisis matrimonial, adquiere especial relevancia la Sentencia de la Sala del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, cuando manifiesta que «(...) En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del Art. 96 CC: 1.º 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, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia. Otra cuestión es la relativa a los terceros adquirentes de estos bienes, de la que esta sentencia se ocupa más adelante. 2.º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005. Sexto. Naturaleza del derecho de uso. De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad. El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda

familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario. La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 135/1986, 159/1989 y 126/1989), el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 CC, éste debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación. Séptimo. La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar. Otra cuestión distinta es la relativa a los posibles supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma. Ello obliga a distinguir distintas situaciones: 1.^a El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTC de 27 diciembre de 1999, 4 de diciembre 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios. 2.^a Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril de 2009 (recurso 1200/2004). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las sentencias de 2 de diciembre de 1992 y 17 de julio de 1994 y 14 de abril 2009 entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo. 3.^a Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTC de 26 diciembre 2005, 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y de 30 de junio de 2009). La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que, si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento. 4.^a De acuerdo con el Artículo 445 CC, “la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión”. Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece,

como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el Art. 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D.^a Amparo por haberla cedido a su hermano. Del Art. 445 CC no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor».

4. En combinación con lo hasta ahora señalado, y desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permitan garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros, -y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral- es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que consagrado en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, impone que los derechos que pretendan acceder al registro deberán estar perfectamente determinados en sus aspectos subjetivos, objetivos y contenido, incluyendo por tanto los límites temporales de su duración.

Sin embargo, tal y como antes se ha señalado, no puede obviarse las especiales circunstancias y la naturaleza específica de un derecho reconocido legalmente y cuya consideración como de naturaleza familiar influye de manera determinante en su extensión, limitación y duración, 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. Por ello, y presenciando un supuesto de hecho en que existe una hija menor de edad, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad.

5. Entrando a valorar otras circunstancias al margen de la temporalidad, que a juicio de la registradora adolece el título presentado a los efectos de cumplir el principio de especialidad, el mismo considera insuficiente la descripción ofrecida de la finca en cuestión, así como el carácter de la adjudicación que a tenor del propio convenio se realiza «provisionalmente».

En relación al primero de los asuntos, resulta conveniente recordar que la finca, como base sobre la cual se hacen constar las operaciones o mutaciones jurídico reales (aunque se produzcan por la constitución de un derecho de naturaleza familiar), su descripción en el título presentado y calificado debe garantizar de modo preciso e inequívoco, su

identificación y localización, lo cual queda perfectamente cumplido cuando además de los datos descriptivos se aportan los de inscripción en el registro de dicha finca; pero esto no implica que necesariamente deban reflejarse los mismos, lo cual -si bien facilitaría su identificación- no deviene un requisito absolutamente imprescindible para la práctica del asiento solicitado, siempre que del resto de información ofrecida pueda conocerse con exactitud cuál es inmueble afectado. Así se recoge en el artículo 21 de la Ley Hipotecaria al señalar que «los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos».

En cuanto al segundo de los extremos incididos en la nota de calificación, debe ser considerado el adverbio «provisionalmente» como poco acertado en la identificación del derecho objeto de inscripción.

Resulta evidente que el derecho de uso de la vivienda familiar al ser temporal es necesariamente provisional, y que la incorporación del calificativo provisional tal y como viene incluido pueda dar lugar a errores de interpretación, Pero es también cierto que dicha inclusión puede deberse a que la redacción del convenio no deja de ser sino la primera fase del procedimiento de redacción de medidas de la ruptura de la pareja de hecho, y que será después tras su aprobación judicial y la correspondiente firmeza de dicha resolución cuando el mismo devenga ya definitivo y abandone su carácter de provisional, de ahí que pueda y deba entenderse como innecesaria la referencia su configuración de modo «provisional» una vez el convenio sea objeto de aprobación y alcance firmeza, del modo que aquí ha ocurrido.

No puede olvidarse que el Código Civil en sus reglas de interpretación de las normas y de los contratos (a tenor de lo preceptuado en los artículos 3 y 1281 y siguientes) intenta favorecer la conservación y mantenimiento del contenido y eficacia de las declaraciones de voluntad válidamente emitidas, por lo que el adverbio «provisionalmente» debe entenderse superado, una vez que el pacto de convivencia recibe el sello de la aprobación judicial, confirmado tras la obtención de firmeza de la resolución.

Por todo ello, los defectos tal y como han sido expresados por la registradora en su nota de calificación no pueden ser mantenidos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

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, 27 de diciembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.