

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**11035** *Resolución de 4 de septiembre de 2017, 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 Barakaldo, por la que se suspende la inscripción de un convenio regulador de los efectos de un divorcio.*

En el recurso interpuesto por doña L. O. L. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Barakaldo, don Leopoldo Sánchez Gil, por la que se suspende la inscripción de un convenio regulador de los efectos de un divorcio.

#### Hechos

##### I

Mediante testimonio judicial expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barakaldo, el día 24 de abril de 2017, de la sentencia aprobatoria del divorcio y de su convenio regulador, se solicitó la inscripción de un derecho de uso sobre una finca en el Registro de la Propiedad de Barakaldo.

##### II

Presentado dicho testimonio de sentencia en el Registro de la Propiedad de Barakaldo, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos: 1º) L. O. L. presentó a las once horas y treinta minutos, un testimonio de la Sentencia de Separación, dictado en Barakaldo, el cinco de septiembre del año dos mil dieciséis, por la señora Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Barakaldo, librado por el señor Letrado del mismo Juzgado, el veinticuatro de abril e dos mil diecisiete, por el que en los autos de Div. Mutuo. Ac. Número 523/2.016 seguidos por L. O. L. y B. L. G., se decreta el divorcio de dichos cónyuges y se aprueba el convenio regulador propuesto por los mismos, el 6/6/2016, en el que ambos cónyuges pactan de mutuo acuerdo que el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en el término de Barakaldo, calle (...) se atribuya en exclusiva a L. O. hasta el 27 de febrero de 2018, y ambas partes acuerdan que el derecho de Uso y disfrute se atribuirá alternativamente por semanas alternas a favor de ambos progenitores, de modo que coincidirá con la semana de atribución de la custodia compartida de los dos hijos habidos en el matrimonio, desde el día 27 de febrero de 2018 hasta el 27 de febrero de 2024. 2º) Que según resulta del Registro de la Propiedad, la descripción y titularidad de la vivienda familiar, vivienda (...) de Barakaldo, es la siguiente: Elemento número cuarenta y dos.–Vivienda derecha-derecha tipo e, según se sube la escalera de la planta (...), de la casa señalada con el número (...) de la calle (...) Ocupa una superficie construida aproximada de noventa y dos metros veintitrés decímetros cuadrados y útil aproximada de setenta y seis metros cuarenta y cuatro decímetros cuadrados. Consta de: hall, pasillo, salón comedor, tres dormitorios, cuarto de baño, cuarto de aseo, cocina y solana. Linda, según se entra a la misma: por su frente, con caja y meseta de escalera, por donde tiene su acceso y patio lateral; por el fondo, con calle en proyecto aún sin denominación, en proyecto del lindero Oeste del edificio; por la derecha, con casa número (...) y patio lateral; y por la izquierda, con vivienda derecha-izquierda de su misma planta. Participa en los elementos comunes con la cuota de dos enteros dieciocho centésimas por ciento. Inscripción registral: finca de Barakaldo nº 27758/b cru: 48015000556037, al folio 87 del libro 1076 de Barakaldo, inscripción 3ª. Titularidad: doña J. G. M., con DNI (...) es dueña del pleno dominio de esta finca, por título de comunicación foral y herencia, con carácter

privativo. Fundamentos de derecho 1º) De conformidad con el artículo 20, párrafos 1º y 2º de la Ley Hipotecaria, que establece: «1º.–Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos 2º.–En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.» Vistos los artículos: Constitución Española, Artículos 24. Ley Hipotecaria, Artículos 1, 3, 20, 40 y 42 Reglamento Hipotecario, Artículo 100. Es por lo que acuerdo: Denegar la inscripción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, finca registral Nº: 27758/B CRU: 48015000556037, por figurar inscrita a favor de tercera persona, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución Española. En caso de discrepancia contra cualquier aspecto de la presente calificación: (...) Barakaldo, a 4 de Mayo de 2017.= El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

## III

Contra la anterior nota de calificación, doña L. O. L. interpuso recurso el día 5 de junio del año 2017 en virtud de escrito y en base a los siguientes argumentos: «Motivos Único.– (...) Efectivamente la vivienda familiar en la que reside esta compareciente desde el día 23-5-2009, en que contrajo matrimonio con don B. L.G. es la sita en el término de Barakaldo, calle (...) La vivienda era, y es, propiedad de doña J. G. madre de don B. L. No obstante, la Sentencia nº 452/2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Barakaldo, de fecha 11-9-2016, reconoce a esta compareciente un derecho de uso y disfrute sobre la misma de forma exclusiva hasta el 17 de febrero de 2018, y de forma alterna hasta el 27 febrero de 2024. Es un derecho constituido en una resolución judicial firme (...) A nuestro entender, resulta un título constitutivo suficiente, y por supuesto, hábil y eficaz al fin pretendido, es decir, para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Y el motivo de denegación que consta en la Resolución recurrida, a juicio de esta parte, es erróneo. La razón jurídica alegada no es óbice para su inscripción. Es decir, ni justifica ni avala su no inscripción. De ningún modo, que el titular de un bien inmueble sea diferente del titular del derecho que pretende inscribirse impide el acceso a la inscripción de ese último derecho. Piénsese en las inscripciones de embargo, derecho cuyo titular es diferente del titular del bien inmueble que sufre el embargo. El Registrador, a nuestro entender no puede entrar en el fondo de una resolución judicial, está fuera de su alcance competencial. El judicial es estamento superior a la decisión de los particulares. Es una decisión judicial, que está afectando a un bien inmueble. El control del Registrador es de orden técnico, formal. Solo podrá valorar y enjuiciar la forma, es decir, el instrumento jurídico, o bien si es materia inscribirle. Pero no puede extenderse más allá».

## IV

El registrador notificó la interposición del recurso al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barakaldo con fecha 8 de junio de 2017. Con fecha 30 de junio de 2017, doña Ana Isabel Viaña Ranilla, magistrada del Juzgado de Familia de Barakaldo, remitió escrito de alegaciones señalando, resumidamente, que «el pacto entre los cónyuges sobre la distribución del uso de la vivienda familiar titularidad de un tercero, es perfectamente lícito vinculante entre ellos y susceptible de ser incorporado a una sentencia, pero no por ello es constitutivo de derecho real alguno oponible frente a terceros no parte en el procedimiento y susceptible de inscripción registral, lo que es plenamente acorde con la denegación de la inscripción efectuada por el Sr. Registrador».

## V

El registrador suscribió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 90 del Código Civil; 100 y 105 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005, 2 de octubre de 2008, 14 y 18 de enero de 2010 y 13 de febrero de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre y 17 de diciembre de 2002, 18 de octubre de 2003, 3 de junio de 2006, 18 y 21 de enero de 2008, 30 de mayo de 2013, 16 de junio y 7 de septiembre de 2015 y 16 de enero de 2017.

1. Es objeto de este recurso resolver acerca de la posibilidad de inscribir el derecho de uso sobre la vivienda familiar fijado en el convenio regulador de los efectos del divorcio, constando la finca sobre la que se establece el derecho inscrita a nombre de persona distinta de los cónyuges, y que no ha sido parte en el procedimiento judicial de divorcio.

2. Ha de empezar por señalarse que de acuerdo con la Sentencia de la Sala del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010: «(...) 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: 1ª 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 SSTS de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 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.<sup>a</sup> 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 2009 (recurso 1200/2004). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las sentencias de 2 diciembre 1992 y 17 de julio 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.<sup>a</sup> 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 (SSTS de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008 y 30 junio 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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».

3. Como ha establecido este Centro Directivo acerca de la naturaleza del derecho sobre la vivienda habitual previsto en el artículo 90 del Código Civil constituye un derecho específico, de naturaleza familiar, pero para cuyo acceso al Registro debe cumplir, en los términos fijados por esta doctrina, los principios básicos de la legislación hipotecaria.

El principio de tracto sucesivo, corolario de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución y del principio de legitimación registral del artículo 38

de la Ley Hipotecaria, queda plasmado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Dispone el indicado precepto: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada».

El necesario cumplimiento del principio de tracto sucesivo debe ser calificado por el registrador en su nota de calificación, incluso al tratarse de un documento judicial, al suponer -dicha falta de tracto- un obstáculo que surge del registro y que impida la inscripción, tal y como se recoge en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Como bien recuerda la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013, el registrador "(...) debía tener en cuenta lo que dispone el art. 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, «no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte».

Esta misma doctrina se ha visto reforzada por la Sentencia número 266/2015, de 14 de diciembre de 2015, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española) y al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española) de la demandante, titular registral, en los siguientes términos: «(...) el reconocimiento de circunstancias favorables a la acusación particular, (...) no puede deparar efectos inaudita parte respecto de quien, ostentando un título inscrito, no dispuso de posibilidad alguna de alegar y probar en la causa penal, por más que el disponente registral pudiera serlo o no en una realidad extra registral que a aquél le era desconocida. El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios».

Por ello, no constando la intervención del titular registral en el procedimiento de divorcio cuya sentencia aprobatoria del convenio regulador es objeto de presentación, no puede procederse a la inscripción, tal y como señala el registrador en su nota de calificación.

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