

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8051 *Resolución de 30 de mayo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 11 a inscribir el derecho de uso sobre la vivienda familiar constituido en un convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio.*

En el recurso interpuesto por don J. P. C., abogado, en nombre y representación de doña A. F. M. y don A. C. M., contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Madrid número 11, doña María Belén Merino Espinar, a inscribir el derecho de uso sobre la vivienda familiar constituido en un convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio.

Hechos

I

En el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid se tramitó procedimiento número 720/2017 de divorcio de mutuo acuerdo entre los cónyuges doña A. F. M. y don A. C. M. En dicho proceso se dictó sentencia el día 20 de noviembre de 2017 por la que se decretó el divorcio de los citados esposos, aprobando además el correspondiente convenio regulador. En la estipulación tercera del mencionado convenio regulador se pactó lo siguiente: «El uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Madrid, calle (...) se atribuye a la esposa, junto con los bienes y enseres que en él se encuentran, distintos al ajuar adjudicado al esposo, salvo los que de mutuo acuerdo ya han sido retirados por el esposo. A estos efectos, ambas partes hacen constar que el esposo ya ha salido del domicilio conyugal con anterioridad al día de la fecha, habiendo retirado sus efectos y enseres personales».

II

Presentado testimonio de la citada sentencia, junto con el convenio regulador, en el Registro de la Propiedad de Madrid número 11, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificación registral.

«Calificación registral

Antecedentes de hecho

Primero: Resolución judicial de fecha 22/12/2017 dictada u ordenada en el procedimiento de referencia, tuvo entrada en este Registro el día 30/01/2018, Entrada 419/2018, causando el asiento de presentación 726 del Diario 59. Retirado por su presentante el pasado 2 de febrero de 2018 con reentrada el pasado 20 de febrero de 2018 para su calificación y despacho.

Segundo: En el día de la fecha el documento a que se refiere el apartado anterior ha sido calificado por el Registrador que suscribe en los siguientes términos:

Fundamentos de Derecho

1. Conforme la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, el derecho de uso no constituye un derecho real, sino un derecho de naturaleza familiar cuyo contenido implica una serie de limitaciones para el propietario del mismo no titular del derecho de uso sobre el constituido, en el sentido de requerir el consentimiento de este último o autorización judicial para la transmisión del inmueble.

Sin perjuicio de lo cual, para la inscripción de dicho derecho de uso, bien como derecho familiar, o bien como un verdadero derecho real de uso y habitación constituido

y aprobado por el Juez, la inscripción del mismo en favor de la esposa requiere hacer constar el propio contenido del derecho que ha de ser objeto de inscripción, de conformidad art 21 LH y doctrina de la DGRyN entre otras en resolución de 19 de mayo de 2012.

A tales efectos será necesario hacer constar:

– En todo caso, la duración o extensión temporal de dicho derecho, como circunstancia identificativa necesaria del mismo para su inscripción de conformidad principio de especialidad hipotecaria, y principio general de derecho de nuestro ordenamiento en contra prohibiciones o limitaciones de dominio y de las facultades dispositivas perpetuas o indeterminadas en su contenido y extensión. Art 9 Lh y 51 RH.

Todo ello de conformidad art. 96 Código civil y doctrina de la DGRyN entre otras en resoluciones de 18 de noviembre de 2009 y 14 de mayo de 2009, como un derecho de carácter familiar, no como un derecho real patrimonial, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario para la disposición sobre dicho inmueble o en su defecto autorización judicial, criterio refrendado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de enero de 2010.

Parte dispositiva

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de permanente aplicación:

Doña Belén Merino Espinar, titular del Registro de la Propiedad n.º 11 de Madrid acuerda:

Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho señalados; y suspender en consecuencia el despacho del título hasta la subsanación de los efectos advertidos.

No se practica anotación de suspensión al no haber sido solicitada al mismo tiempo de la presentación.

Esta calificación será notificada en el plazo reglamentario al presentante del documento y al Notario autorizante conforme con lo previsto en los artículos 322 de la L.H. y artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Contra la presente calificación cabe (...)

Madrid a 28 de febrero de 2018 El registrador (firma ilegible) Fdo: Belén Merino Espinar».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. P. C., abogado, en nombre y representación de doña A. F. M. y don A. C. M., interpuso recurso el día 16 de marzo de 2018 atendiendo a los siguientes argumentos:

«Hechos

Primero. (...)

Segundo. (...) Tras la lectura de calificación negativa contra la que se interpone el presente Recurso Gubernativo, la problemática se centra, exclusivamente, en la necesidad o no de delimitar temporalmente la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar que se recoge en la estipulación tercera del convenio regulador aprobado judicialmente en el correspondiente procedimiento de divorcio.

Fundamentos de Derecho

I. (...)

III. Fondo del asunto.

Entendemos que no puede obligarse a determinar un plazo o extensión temporal concreta para el derecho de uso y disfrute del domicilio conyugal como se pretende en la calificación que ahora impugnamos.

En primer lugar, y al margen de que se trata de una sentencia firme junto con convenio regulador que, como título, pretende el acceso al Registro de la Propiedad en el ámbito en el que éste resulta de aplicación, ni la jurisprudencia, ni la DGRN exige la delimitación temporal que ha dado lugar a este escrito frente a la calificación.

Conteniendo el documento que se pretende inscribir todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción, relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos en los términos exigidos en los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria.

En segundo lugar, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar no se trata de un derecho real. Así, esta atribución que deriva de un procedimiento de divorcio y, en consecuencia, está sujeta al ámbito del Derecho de familia, en concreto se encuentra regulada en el artículo 96 del Código Civil. Por la jurisprudencia, citando entre otras, a modo de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 enero 2010 y 18 marzo 2011, se ha negado la atribución del uso de la vivienda familiar derivado de un procedimiento de divorcio fuera un derecho real. Por otra parte, la naturaleza jurídica de dicha atribución no resulta discutible ni siquiera en la calificación frente a la que recurrimos.

Así, la DGRN a la que ahora nos dirigimos, en Resolución de fecha 5 de junio de 2008, ya sostuvo que la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, siguiendo la doctrina científica y la de este Centro Directivo, lo han calificado como un derecho de carácter familiar (nos referimos al derecho de uso de la vivienda familiar) y, en consecuencia, en palabras de dicha Resolución, "...respecto a tal derecho de uso no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen para la inscripción de los derechos reales.

En tercer lugar, lo cierto es que la práctica forense ante los Juzgados de Familia, de forma absolutamente pacífica y mayoritaria, nunca delimitan temporalmente el uso de la vivienda familiar, que se atribuye al progenitor custodio, por cuanto que dicha fijación de plazo no resulta en la práctica posible por resultar, atendiendo a la naturaleza de los intereses en juego, indefinido y sujeto, en su caso, al oportuno procedimiento de modificación de medidas, cuestiones sujetas obviamente a la jurisdicción civil (de familia).

En el sentido anteriormente expuesto, también la DGRN, ver por ejemplo la Resolución de fecha 19 de mayo de 2012, tiene declarado que las previsiones de los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, siendo el uso de la vivienda familiar uno de los aspectos más importantes conforme a los artículos 90 y ss., del C. Civil, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente.

En cualquier caso, esta atribución constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos "erga omnes", por lo que debe tener acceso al Registro. De no ser así, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido, como indicaba la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25 octubre 1999.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2004 ya analizó la cuestión que se plantea en este caso, manifestando que no es imprescindible la fijación de un plazo de duración para proceder a su inscripción al ser un derecho no propiamente real. En concreto, se manifiesta que:

"Más dificultades plantea la cuestión de si tal derecho de uso debe tener imprescindiblemente un plazo de duración para que pueda inscribirse. 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. artículo 96. último párrafo, del Código Civil [LEG 1889. 27]); 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; y 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. artículo 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.”

En consecuencia, habida cuenta que la negativa a la calificación está asentada en resoluciones, que se mencionan en la citada calificación, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 19 de mayo de 2012 y 14 de mayo de 2.009 (referida no a la necesidad de atribución temporal del uso de la vivienda familiar tras un proceso de divorcio), ajenas en sentido estricto a la cuestión que fundamenta la negativa a la inscripción, y teniendo en cuenta que dichas resoluciones, que fundamentan la negativa a la inscripción, no entran al análisis del supuesto de hecho concreto en el que nos encontramos en el presente caso -que siempre se refiere exclusivamente a la necesidad o no de fijar un plazo de duración a la atribución del uso de la vivienda- y que no es necesaria la fijación de la delimitación temporal del derecho atribuido conforme a la doctrina señalada, de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, solicito que se revoque la calificación, acordando la inscripción conforme a las adjudicaciones de la titularidad y el uso indicados en el convenio regulador homologado por la Sentencia judicial cuya inscripción se interesa».

IV

La registradora de la Propiedad de Madrid número 11, doña María Belén Merino Espinar, emitió informe, en el que mantuvo íntegramente su calificación, y formó el oportuno expediente que elevó a esta Dirección General.

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 Pleno del Tribunal Constitucional 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, 18 de marzo de 2011, 27 de febrero de 2012, 5 de febrero de 2013, 28 de noviembre de 2014, 30 de enero, 6 de marzo y 18 y 29 de mayo de 2015, 17 de marzo y 21 de julio de 2016, 19 de enero y 20 de junio de 2017 y 10 de enero, 20 de febrero y 4 de abril de 2018, 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, 19 de enero y 20 de octubre de 2016, 4 de septiembre y 27 de diciembre de 2017 y 11 de enero y 8 de marzo de 2018.

1. Este recurso versa sobre la posibilidad de inscribir un derecho de uso sobre la vivienda familiar recogido en un convenio regulador en los siguientes términos: «El uso y disfrute del domicilio conyugal sito en Madrid, calle (...) se atribuye a la esposa, junto con los bienes y enseres que en él se encuentran, distintos al ajuar adjudicado al esposo, salvo los que de mutuo acuerdo ya han sido retirados por el esposo. A estos efectos, ambas partes hacen constar que el esposo ya ha salido del domicilio conyugal con anterioridad al día de la fecha, habiendo retirado sus efectos y enseres personales». Dicho convenio fue aprobado por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo. En el mismo convenio se atribuye la custodia del único hijo menor de edad a la esposa.

La registradora se niega a practicar la inscripción porque, según su criterio, es necesario que conste la duración o extensión temporal de dicho derecho, como circunstancia identificativa necesaria del mismo para su inscripción de conformidad principio de especialidad hipotecaria, y principio general de derecho de nuestro ordenamiento en contra de prohibiciones o limitaciones de dominio y de las facultades dispositivas perpetuas o indeterminadas en su contenido y extensión. El recurrente

considera que no es preciso fijar dicha duración temporal y que, en cualquier caso, el referido derecho habría que considerarlo vitalicio.

2. Como recuerda la reiterada doctrina de este Centro Directivo 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, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, 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 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).

Por ello, respetando estos planteamientos, el convenio regulador aprobado judicialmente y que ha sido objeto de la calificación impugnada atribuye al cónyuge que va a ostentar la guarda y custodia del único hijo menor de edad del matrimonio «el uso y disfrute del domicilio conyugal». No es necesario que se aluda expresamente a que dicha atribución se hace a la esposa en atención a que es ella la responsable de la custodia del hijo menor, dado que, según resulta del artículo 90 del Código Civil, el convenio regulador ha de contener entre sus contenidos mínimos: «c) La atribución del uso de la vivienda familiar». Y tal derecho de uso tiene la naturaleza y el alcance que la jurisprudencia antes referida ha puesto de manifiesto.

3. Esta tesis, habiendo sido defendida inicialmente por este Centro Directivo, ha acabado siendo asumida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 14 de enero de 2010, dictada con fines de unificación de doctrina y confirmada entre otras por la más reciente de 6 de febrero de 2018, en la que

tras exponer una síntesis del vacilante panorama jurisprudencial previo, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «El artículo 96, I CC establece que «[e]n 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». El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «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». De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular tiene dos efectos fundamentales. Por un lado, tiene un contenido positivo, en tanto atribuye al otro cónyuge y a los hijos bajo su custodia el derecho a ocupar la vivienda. Por otro lado, impone al cónyuge propietario la limitación de disponer consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha señalado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas configuradoras de los derechos reales y los exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Así lo ha sostenido este Centro Directivo en Resoluciones como la de 4 de septiembre de 2017, que impide la inscripción del derecho de uso si la vivienda afectada pertenece a un tercero que no ha sido parte en el proceso de divorcio. O la de 8 de marzo de 2018, que considera que si el titular de dicho derecho de uso, pudiendo hacerlo no ha inscrito su derecho en el Registro no podrá oponerle frente a terceros que sí hayan inscrito los suyos. Esto supone que si el derecho de uso no está inscrito, no podrá oponerse al adquirente del inmueble que cumpla los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, en cuanto al procedimiento de ejecución, no podrá tener intervención en el mismo, en la forma prevista en el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige que acredite la inscripción de su título de adquisición.

También el Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de enero de 2010, 18 de marzo de 2011 y 30 de enero de 2015), al tratar las implicaciones que la atribución del derecho de uso pueda tener en aquellos casos en que la vivienda afectada pertenece a un tercero distinto de los esposos, señala que la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia.

4. Por todo ello, conviene resaltar que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten 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 pueden 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 las de 17 de marzo y 21 de julio de 2016 y 19 de enero y 20 de junio de 2017, 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...».

También se han aplicado criterios semejantes por parte del Tribunal Supremo cuando ha abordado la cuestión de la posibilidad de atribuir el uso de la que fue vivienda familiar a alguno de los cónyuges en los casos de custodia compartida. Señala la Sentencia de 10 de enero de 2018, con cita de otra anterior de 23 de enero de 2017, que «la sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única».

En consecuencia, 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, y 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. Y es que, cuando concurren hijos menores, el plazo de vigencia del derecho de uso está ya fijado en el límite de la mayoría de edad. Así lo declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018: «La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad».

Por ello, y presenciando un supuesto de hecho en que existe un hijo menor de edad cuya custodia se atribuye a la madre, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad. Procede, por tanto, estimar el recurso y revocar el defecto recogido en la nota de calificación.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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

Madrid, 30 de mayo de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.