

RESOLUCIÓN de 28 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Motril n.º 1 a inscribir la atribución de uso de una vivienda en convenio regulador de los efectos de un divorcio.

(BOE de 9 de agosto de 2022)

SUMARIO:**Registro de la Propiedad. Atribución de uso del domicilio familiar a la hija y al progenitor custodio contenido en convenio regulador. Plazo.**

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, que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial. 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. 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, 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, apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. El 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 relativas a los derechos cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda y a las exigencias derivadas de los principios hipotecarios.**

Tratándose de **derechos de vida limitada**, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su **duración o término**, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de documento que se presente en el Registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del registrador, al tratarse de un título judicial. No obstante, como se ha indicado, las exigencias de determinación del derecho que se inscribe no pueden imponerse desconociendo el peculiar régimen jurídico positivo que lo configura, máxime cuando este se articula en atención a intereses que se estiman dignos de tutela legal. 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. 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.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Código Civil, arts. 90 y 96.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 1, 2, 3, 9 y 21.

Ley 1/2000 (LEC), art. 622.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 51 y 100.

En el recurso interpuesto por don J. P. R. y doña J. P. A. contra la negativa del registrador de la Propiedad de Motril número 1, don Pablo de Angulo Rodríguez, a inscribir la atribución de uso de una vivienda en convenio regulador de los efectos de un divorcio.

Hechos

I

En el convenio de los efectos de un divorcio aprobado por sentencia dictada el día 13 de septiembre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Motril, en el procedimiento sobre divorcio de mutuo acuerdo seguido bajo el número 822/2016, a instancia de doña F. A. P. frente a don J. P. R., se atribuyó el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, finca registral número 24.529 de Salobreña, a la hija menor del matrimonio, doña J. P. A. y al progenitor, al que se le atribuía la guarda y custodia, don J. P. R.

II

Presentado testimonio de la citada sentencia en el Registro de la Propiedad de Motril número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos

1. Se ha presentado en este Registro por vía ordinaria el día 29 de marzo de 2022 bajo el asiento 129 del Diario 114, entrada número 1478, testimonio de la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2017, expedida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de Motril, en el que se tramita procedimiento sobre divorcio de mutuo acuerdo bajo el número 822/2016, a instancia de doña F. A. P. frente a don J. P. R.

2. Se acompaña convenio regulador suscrito por ambas partes en Motril el 03/07/2017, por el cual, entre otros, se le atribuye el uso del que constituyó el domicilio familiar constante el matrimonio sito en calle (...) de Salobreña, a la hija menor doña J. P. A. y al progenitor al que se le atribuye la guarda y custodia don J. P. R.

Fundamentos de Derecho

1. El art. 96 del Código Civil –en adelante CC–, tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, dispone actualmente en sus apartados 1 y 2:

“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

2. En la redacción vigente al dictarse la sentencia presentada que aprueba el convenio regulador, el art. 96 CC disponía 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”.

3. Para estos supuestos regidos por la redacción anterior del CC, la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública –en adelante DGSJFP– (en resoluciones de 19 de enero y 20 de octubre de 2016, entre otras), ya había declarado que la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar como un derecho de carácter familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (art. 96, último párrafo, CC), impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho (del cónyuge a cuyo favor se atribuye) y el interés protegido por el mismo (el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia). Ahora bien, el contenido patrimonial del derecho de uso, en cuanto que atribuye el derecho a ocupar la vivienda e impone al cónyuge propietario la referida limitación de disponer, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad (Resolución de 10 de octubre de 2008), tienen como consecuencia el necesario respeto a las reglas configuradoras de los derechos reales y las exigencias derivadas de los principios hipotecarios, como el de especialidad. Entre ellas, por lo que se refiere a su régimen temporal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo –en lo sucesivo TS– (sentencias de 29 de mayo de 2015, 17 de marzo y 21 de julio de 2016, y 19 de enero y 20 de junio de 2017) confiere un diferente tratamiento al derecho de uso sobre la vivienda familiar en función de la existencia de hijos menores. Cuando existen hijos menores, no necesita explícitas limitaciones temporales, pues resultarán de modo indirecto, extinguiéndose si otra cosa no consta cuando lleguen los hijos a la mayoría de edad, mientras que si no hay hijos, o éstos son mayores, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho, resultando preciso señalar el límite temporal del derecho de uso a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad. En este sentido se pronunciaron las Resoluciones de la DGSJFP de 20 de octubre de 2016, 27 de diciembre de 2017, 11 de enero y 30 de mayo de 2018 y 17 de mayo de 2021. Incluso, la STS de 12 de junio de 2020, que, a su vez, recoge el criterio sentado por la STS 20 de febrero de 2018, en un caso de custodia compartida rechaza explícitamente la posibilidad de que el derecho de uso sea atribuido a uno de los cónyuges con carácter indefinido, aun habiendo hijos menores.

4. En este caso se atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a la hija entonces menor –resultando del segundo fundamento de Derecho de la sentencia que alcanzaría la mayor edad en noviembre de 2017, por lo que el plazo implícito a que se refería el TS y que hoy recoge explícitamente el art. 96.1 CC ya está vencido, y al progenitor al que se atribuye su guardia y custodia, sin que ni en la sentencia ni en el propio convenio regulador se establezca ningún límite temporal del derecho de uso, requisito necesario para su acceso al Registro según la interpretación que el TS y la DGSJFP atribuyeron a la anterior redacción del art. 96 CC y que hoy exige específicamente el apartado 2 del mismo precepto.

5. En el caso de que finalmente se atribuyera el derecho de uso por un mayor plazo que el que marcó la propia mayoría de edad de la hija entonces menor, será preciso aportar sus circunstancias personales, pues no podría atribuírsele entonces la condición de simple beneficiaria sino la de cotitular del derecho inscribible. Las circunstancias personales de la persona a cuyo favor se ha de practicar la inscripción están contenidas en los arts. 9 y 21 LH y 51 RH. Según el art. 9 LH en toda inscripción que se haga en el Registro de la Propiedad debe constar «la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción». El párrafo 1.º del art. 21 LH establece 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». El art. 51, apartado 9, letra a), RH, determina las circunstancias con que ha de identificarse la persona a cuyo favor vaya a practicarse una inscripción, que si se tratara de la persona física incluye además del nombre y apellidos –que son las únicas que constan–, el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

Acuerdo

En virtud de lo anteriormente expuesto, suspender el asiento solicitado por los siguientes defectos subsanables:

1. No consta el plazo por el que se atribuye el derecho de uso de la vivienda al cónyuge no titular, y en su caso a la hija ya mayor de edad.

2. Si se mantiene la atribución a la hija, ya mayor de edad, será preciso aportar las circunstancias personales de la hija cotitular del derecho inscribible.

Conforme al art. 323 de la Ley Hipotecaria, queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles desde la recepción de la última de las dos notificaciones que han de practicarse.

Contra el presente acuerdo de calificación (...)

El Registrador Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Pablo Angulo Rodríguez registrador/a de Registro Propiedad de Motril 1 a día doce de abril del dos mil veintidós».

La calificación se notificó por correo electrónico al Juzgado y por correo certificado con acuse de recibo al presentante, constando su recepción el día 21 de abril de 2021.

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. P. R. y doña J. P. A. interpusieron recurso el día 27 de mayo de 2022 mediante escrito en el que alegaban lo siguiente:

«A) Antecedentes de hecho:

Primero: Que la vivienda sita en C/ (...) de Salobreña tiene carácter ganancial perteneciendo actualmente los titulares son los excónyuges D. J. P. R. y D.^a F. A. P. cada uno del 50% de la misma, la cual constituyó el domicilio conyugal de dicho matrimonio y las tres hijas comunes de ambos, entre ellas D.^a J. P. A. nacida en fecha 12 de noviembre de 1.999 (...)

Dicha vivienda está inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Motril como finca registral 24529 al Tomo 1443, Libro 295, Folio 148 e Inscripción 3.

Segundo: Que por sentencia de fecha 13 de septiembre de 2017 recaída en el Procedimiento: Familia. Divorcio Mutuo Acuerdo 822/2016 tramitado ante el Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción n.º 1 de Motril se decretó la disolución por divorcio del matrimonio formado por D. J. P. R. y D.^a F. A. P. así como aprobar el convenio regulador suscrito de común acuerdo por los hoy ex cónyuges (...)

A dicha fecha D.^a J. P. A. era menor de edad.

Tercero: En el citado Convenio Regulador suscrito en fecha 3 de julio de 2017, fruto del acuerdo de los ex cónyuges, los mismos acordaron en el punto Tercero del mismo que el uso de la vivienda antes referenciada y que constituyó el domicilio familiar se el [sic] atribuyó a D.^a J. P. A. y al progenitor al que se le atribuye la guardia y custodia, D. J. P. R.

Los ex cónyuges no establecieron plazo alguno a dicha atribución de uso ni sometieron a condición resolutoria específica el mismo (...)

Cuarto: Aun cuando la referenciada sentencia al decretar el divorcio de los ex cónyuges conllevaba la disolución de la sociedad de gananciales hasta la fecha los ex cónyuges no han alcanzado acuerdo respecto a la liquidación de la misma.

Quinto: En fecha 29 de marzo de 2022 D. J. P. R. presentó para la inscripción registral de dicha atribución de uso solicitud a tal efecto ante el Registro de la Propiedad n.º 1 de Motril acompañando testimonio de la sentencia de divorcio y del Convenio Regulador.

Sexto: Por el Acuerdo que recurro en vía gubernativa se califica negativamente dicha solicitud de inscripción argumentando que el Convenio debió señalar un límite temporal al derecho de uso a efectos de su acceso al Registro y en base al artículo del Código Civil que transcribe y de determinada jurisprudencia y doctrina administrativa de esta Dirección General, antes denominada de los Registros y Notariado.

B) Motivos jurídicos.

Primero: aplicación e interpretación incorrecta del art. 96 del Código Civil en la redacción existente a la fecha de la sentencia del divorcio y aprobatoria del convenio regulador del divorcio.

En relación al citado artículo es obvio que por una razón meramente cronológica no le es aplicable la redacción [sic] vigente actualmente ya que entró en vigor con posterioridad al dictado de la referenciada sentencia y a la suscripción del acuerdo sobre el Convenio Regulador por los excónyuges (julio de 2017) y su homologación por la sentencia judicial de divorcio (septiembre de 2017)

Y por lo que respecta a la redacción del citado artículo a la fecha de dichos hitos, el mismo no preveía, como lo hace la vigente redacción, una limitación temporal del uso de la vivienda familiar hasta que los hijos comunes menores de edad alcancen la mayoría de edad.

Por tanto, la mayoría de edad de la hija común a quien se atribuyó el uso de la vivienda familiar no es "per se" causa de la extinción del mismo.

Pero la razón más obvia de que la inexistencia de prevención sobre una limitación temporal de la atribución del uso a dicha hija común no es obstáculo a la persistencia del mismo tras alcanzar esta la mayoría y por ende no

es óbice en cuanto dicho uso pervive para su inscripción registral es que lo regulado por dicho artículo lo es “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez”.

Y como resulta de los documentos aportados con este recurso en el caso que nos ocupa si hubo acuerdo de los cónyuges respecto a la atribución del uso del que constituyó vivienda familiar el cual fue aprobado sin reserva ni reparo alguno por el Juez en la referenciada sentencia.

Y así los ex cónyuges en lícito uso de su libertad negocial y de pacto acordaron atribuir el uso de la citada sentencia a la hija común J. P. A. y al progenitor custodio J. P. P. sin establecer limitación temporal ni condición resolutoria alguna.

Por tanto y “a sensu contrario” debe entenderse que la voluntad de los progenitores es que dicha atribución del uso se mantuviese y su modificación y/o extinción quedará sujeto a las reglas generales de modificación de medidas de divorcio, es decir, acuerdo entre los ex cónyuges para dicha modificación o extinción o, en su defecto, alteración sobrevenida de las circunstancias que existían al tiempo de dicha atribución de uso apreciada por el Juzgado que aprobó el Convenio y dictado de una sentencia que modifique o extinga aquella atribución de uso.

Y a fecha de hoy ninguno de esas alternativas ha concurrido por lo que aquella atribución de uso del que constituyó el domicilio familiar pervive en los mismos términos que los acordados por los ex cónyuges en aquel convenio regulador posteriormente aprobado judicialmente.

Y a esta conclusión no es óbice las sentencias citadas en el acuerdo ahora recurrido ya que se refieren a supuestos jurídicamente distintos tales como que la atribución del uso no había sido fijado por los excónyuges de común acuerdo sino por el Juez en defecto de acuerdo o que la vivienda conyugal cuya limitación temporal de uso era controvertida era propiedad privativa del cónyuge que no tenía atribuido el uso o se trataba de supuestos de atribución del uso de la vivienda teniendo la custodia compartida.

Por otro lado, la doctrina sentada por la anteriormente denominada Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de inscripción del derecho de uso establece lo siguiente: “... 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...” (valga por todas la resolución 8051/2018 de 30 de mayo)

Y dicha doctrina extrapolable al asunto que nos ocupa, ya que no hay más diferenciación que en aquel supuesto el progenitor custodio era la madre y en este es el padre, conlleva la estimación del presente recurso y la revocación de la calificación negativa basada en la presunta exigencia de la limitación temporal en la atribución del uso y ello, sin perjuicio de la subsanación del defecto consistente en la falta de datos personales de D.^a J. P. A. lo que se hará en el plazo concedido a tal efecto.»

IV

El registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente esta Dirección General mediante escrito de fecha 9 de junio de 2022.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1, 2, 3, 9 y 21 de la Ley Hipotecaria; 90 y 96 del Código Civil; 51 y 100 del Reglamento Hipotecario; 622 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 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, 21 de julio de 2016, 23 de enero de 2017, 18 de enero y 6 y 20 de febrero de 2018 y 12 de junio de 2020; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de septiembre de 1998, 20 de febrero de 2004, 5 de junio y 27 de agosto de 2008, 18 de noviembre de 2009, 2 de junio y 24 de octubre de 2014, 8 de abril y 5 de octubre de 2015, 19 de enero y 20 de octubre de 2016, 27 de diciembre de 2017, 11 de enero y 30 de mayo de 2018 y 16 de mayo de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de mayo y 29 de noviembre de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible el pacto contenido en un convenio regulador de los efectos de un divorcio de mutuo acuerdo aprobado judicialmente el día 13 de septiembre de 2017, por el que se atribuyó el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar a la hija entonces menor del matrimonio (nacida el día 12 de noviembre de 1999) y al progenitor al que se le atribuyó la guarda y custodia.

El registrador de la Propiedad suspende la inscripción solicitada porque –al margen de otro defecto que no ha sido impugnado– considera necesario que conste el plazo por el que se atribuye el derecho de uso de la vivienda al cónyuge no titular y, en su caso, a la hija ya mayor de edad.

Los recurrentes alegan que hubo acuerdo de los cónyuges respecto de la atribución del uso de la que constituyó vivienda familiar y aquél fue aprobado sin reserva ni reparo alguno por el juez. Consideran que la voluntad

de los progenitores es que dicha atribución del uso se mantuviese y su modificación o extinción quedara sujeta a las reglas generales de modificación de medidas de divorcio, es decir acuerdo entre los exónyuges para dicha modificación o extinción o, en su defecto, alteración sobrevinida de las circunstancias que existían al tiempo de dicha atribución de uso apreciada por el Juzgado que aprobó el convenio y dictado de una sentencia que modifique o extinga aquella atribución de uso.

2. El artículo 96 del Código Civil, en su redacción vigente en el momento de aprobación del pacto objeto de la calificación impugnada, disponía lo siguiente: «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 (...)».

Este precepto legal fue modificado por el artículo 2.º de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica., de modo que quedó redactado, en la parte que interesa en este expediente, de esta forma: «1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad (...)».

No obstante, esta modificación no afecta a la resolución del presente recurso.

3. Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar y, por tanto, ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una clasificación 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. el último párrafo del citado precepto).

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.

Como ha recordado esta Dirección General, 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), algo que los recurrentes no discuten.

4. 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 relativas a los derechos cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda y a las 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 oponerlo 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.

5. Debe tenerse en cuenta 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, también ha puesto de relieve este Centro Directivo, como antes se ha señalado, que 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 –cfr., por todas, la Resolución de 30 de mayo de 2018–).

Es constante la doctrina de este Centro Directivo –cfr. Resolución de 2 de junio de 2014–, sobre la configuración, alcance y oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar, establecida para los supuestos de crisis familiar en los artículos 90 y 96 del Código Civil (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos»). Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad –aunque no sea necesario la fijación de un «dies certus», salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil Catalán, artículo 233-20– y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral.

Más concretamente, conforme al principio de especialidad o determinación registral (cfr. los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro debe estar perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere.

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

6. No obstante, como antes se ha indicado, las exigencias de determinación del derecho que se inscribe no pueden imponerse desconociendo el peculiar régimen jurídico positivo que lo configura, máxime cuando este se articula en atención a intereses que se estiman dignos de tutela legal.

En este sentido, sobre el régimen temporal del derecho de uso sobre la vivienda familiar la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015, afirma lo siguiente: «(...) 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, pone de relieve, 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. Según la Sentencia de 10 de enero de 2018, con cita de otra anterior de 23 de enero de 2017, «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 el 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– 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.

7. En el presente caso, al otorgarse el convenio regulador se atribuye el uso de la vivienda familiar a la a la hija menor del matrimonio y al progenitor a quien se atribuye la guarda y custodia, dándose además la circunstancia de que, al tiempo de solicitar la inscripción registral del derecho, dicha hija ya es mayor de edad.

El carácter esencialmente temporal de este derecho implica que el mismo no pueda ser atribuido con carácter indefinido, habida cuenta además de la mencionada circunstancia relativa a la mayoría de edad de la hija.

Por último, procede traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2020, que, a su vez, recoge el criterio sentado en otra de 20 de febrero de 2018. A propósito de la interpretación del artículo 96 del Código Civil en los casos de custodia compartida de ambos progenitores, rechaza explícitamente la posibilidad de que tal derecho sea atribuido a uno de los cónyuges con carácter indefinido, aun habiendo hijos menores de edad, cuando declara lo siguiente: «(...) Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda. 2.3. Esta sala considera que la sentencia recurrida, al atribuir a la madre el uso de la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio sin fijar un límite temporal, no se ajusta a la interpretación y aplicación que, en atención a las circunstancias, debe realizarse del art. 96 CC a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor».

Sin duda, de la jurisprudencia reseñada y de la doctrina de este Centro Directivo, confirmada por la nueva redacción del artículo 96 del Código Civil, resulta la necesidad de fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar. Por ello, el criterio del registrador en la calificación recurrida debe ser mantenido.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 28 de julio de 2022. La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.