

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 10687** *Resolución de 6 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Getafe n.º 1, por la que se deniega la rectificación y cancelación de la inscripción de una atribución de uso de la vivienda familiar.*

En el recurso interpuesto por don L. F. F. contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Getafe número 1, don Juan Sarmiento Ramos, por la que se deniega la rectificación y cancelación de la inscripción de una atribución de uso de la vivienda familiar.

Hechos

I

Del testimonio judicial de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Getafe, de fecha 15 de noviembre de 2006, con número 458/2006, en procedimiento de divorcio entre los cónyuges don L. F. F. y doña M. F. R. C., resulta que se aprueba el convenio regulador del divorcio entre ambos, del cual, se recoge en la parte dispositiva de la sentencia, a los efectos de este expediente, lo siguiente: «Fallo... Segundo: La esposa seguirá viviendo en el domicilio conyugal..., junto con su hijo. Cualquier cambio de domicilio que tenga la esposa deberá ser comunicado al esposo, a fin de que este pueda cumplir debidamente su derecho y obligación de comunicación con su hijo... Décimo primera.—Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Componen la sociedad de gananciales los siguientes bienes y derechos: Activo: Urbana, vivienda... Para la liquidación de la sociedad de gananciales se tendrá en cuenta las siguientes consideraciones: El piso y la plaza de garaje se venderá a terceros a precio de mercado y descontando las cargas que gravan los inmuebles, su importe se repartirá al 50% entre los esposos... Entre tanto se enajena la vivienda y la plaza de garaje referidas, los esposos contribuirán al 50% de los gastos que ello genere, recibo de hipoteca, impuestos, seguros, etc..., abonando dicho 50% en la cuenta común que se mantenga al efecto o se abra para tal fin. Los gastos de utilización de la vivienda que constituye el domicilio conyugal, serán satisfechos por le esposa (comunidad de propietarios, teléfono, luz, aguas, etc...) hasta que se enajene la misma».

Como consecuencia de la presentación del testimonio de esta sentencia en el Registro de la Propiedad, causó inscripción en los términos siguientes: «Atribución uso domicilio... y se atribuyó a la esposa y al hijo menor del matrimonio sujeto a la patria potestad compartida, el uso del domicilio conyugal sita en la finca... En su virtud y a los efectos de garantizar la eficacia *erga omnes* de las limitaciones que dicha atribución de uso comporta en las facultades dispositivas de ambos cónyuges sobre la vivienda familiar, conforme al artículo 96 del Código Civil, hago constar la atribución del uso de la presente finca a favor de la esposa doña M. F. R. C. y de su hijo menor de edad que ha sido confiado a su cuidado».

En mayo de 2013, don L. F. F. conviene la venta de la finca y para realizar la distribución del precio líquido en los términos pactados en el convenio regulador recogido por la sentencia de divorcio, previamente, solicita la rectificación de la inscripción y cancelación de la atribución de uso de vivienda que se ha descrito.

II

La instancia de solicitud, junto con el mandamiento que causó la inscripción, se presentó en el Registro de la Propiedad de Getafe número 1 el día 28 de mayo de 2013, y fue objeto de calificación negativa del mismo día que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Suspendido el despacho del presente documento, presentado hoy, bajo el asiento 148, Diario 250, por los siguientes defectos: La cancelación pretendida por el solicitante presupone bien el consentimiento de ambos cónyuges, bien la correspondiente decisión judicial (cfr arts. 90, párrafo penúltimo, y 96 CC, y 1, 38 y 40 LH). En modo alguno puede apreciarse error de concepto en la actuación del registrador que suscribe, porque como claramente se recoge en el pacto segundo del convenio de 2-10-2006, aprobado por la sentencia de 12 de diciembre de 2006, “la esposa seguirá viviendo en el domicilio conyugal sito en... junto con su hijo” menor de edad, cuya guarda y custodia se le encomiendan según el pacto 6.º del citado convenio. Se trata, por tanto, de la atribución de uso contemplado en el artículo 96 CC por más que se prevea su extinción al realizarse de mutuo acuerdo la venta del inmueble, tal como se pacta en la cláusula sobre liquidación de gananciales. Y tal atribución debe reflejarse registralmente en cuanto implica las limitaciones de las facultades dispositivas del titular de la vivienda, conforme al artículo 96, *in fine*, Cc. Por lo demás, señalar que el registrador que suscribe es perfectamente consciente de las responsabilidades en que puede incurrir con motivo de su actuación, y las asume siempre que adopta cualquier decisión; razón por lo que resulta improcedente su recordatorio, máxime cuando en entrevista verbal previa ya se le explicó el porqué del asiento que pretenden cancelar. Contra esta (...). En Getafe, a 28 de mayo de 2013 (firma ilegible y sello del Registro). Fdo.: Juan Sarmiento Ramos, Registrador de la Propiedad».

III

El día 28 de junio de 2013, don L. F. F. interpuso recurso contra la calificación, en el que alega lo siguiente: «No atribución de domicilio conyugal a ninguno de los progenitores en convenio regulador ni sentencia.–Que en virtud de lo pactado por las partes en el convenio regulador, no se hizo atribución expresa del domicilio familiar a ninguno de los progenitores, toda vez que se pactó el compromiso de venta de la vivienda familiar a tercero (estipulación V. Disolución y Liquidación del régimen económico matrimonial, dentro del pasivo, última página del convenio) en virtud del cual “el piso y la plaza de garaje se venderá a terceros a precio de mercado”. Es ese el motivo por el que no se contiene apartado expreso por el que se atribuya el domicilio a ninguno de los progenitores, al contrario que el resto de medidas, en las que se dedica a cada una de ellas el correspondiente apartado, tales como pensión alimenticia, régimen de visitas, etc. La única referencia que al mismo se hace es en el apartado 2.º, según el cual “la esposa seguirá viviendo en el domicilio familiar”, como mero o simple uso o hecho de poseer hasta que se encuentre tercero comprador, pero en modo alguno como carga ni como atribución expresa ni derecho de uso propiamente dicho, hecho lógicamente supeditado al momento de la venta de la vivienda familiar, motivo por el que por expreso deseo de las partes no se hizo atribución expresa en el convenio ni en la propia sentencia de divorcio. Tal es el tenor literal del convenio, y es esa la intención de las partes y el espíritu de su contenido, puesto que la venta a tercero en cuanto exista comprador resulta frontalmente incompatible con la atribución del domicilio familiar al progenitor custodio, por lo que en modo alguno puede interpretarse de manera extensiva dicha expresión de mero consentimiento. En la sentencia dictada en autos tampoco se atribuye el domicilio familiar a la esposa. Anotación de carga en virtud del artículo 96 CC.–Que pese a lo expresado, con fecha 26 de enero de 2009 y pasados más de tres años desde dictada la sentencia de divorcio, el Sr. Registrador anotó como carga de la finca registral que nos ocupa –finca registral n.º 34.026– el “derecho de uso” de la vivienda familiar a favor de doña M. F. R. C. y su hijo, añadiendo que la misma tenía lugar, “a los efectos de garantizar la eficacia *erga omnes* de las limitaciones que dicha atribución de uso comporta en las facultades dispositivas de ambos cónyuges sobre la vivienda familiar, conforme al artículo 96 del

Código Civil”. Así pues, la anotación de carga que se hace constar en la nota simple que se acompaña –derecho de uso– se ampara de manera genérica, y única y exclusivamente, en el contenido del artículo 96 del Código Civil, previsto para aquellos supuestos en que no exista acuerdo entre los cónyuges homologado por el Juez, sin hacer mención expresa al supuesto título de que traería causa (convenio regulador y sentencia de divorcio que lo aprobó). El expresado artículo en virtud del cual el Sr. registrador hace la anotación de carga establece: “Artículo 96. 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, corresponden 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.” Esta circunstancia evidencia, o bien que la Registrador fue engañado por el solicitante de dicha anotación –cuya identidad no conocemos, pero ajena en todo caso a los titulares dominicales– al omitirle la existencia de sentencia y convenio regulador, o bien justamente lo contrario, esto es, que el juzgador conocía el contenido de la misma y de la inexistencia de atribución expresa o tácita de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, motivo por el que se acogió al artículo 96 del Código Civil, único cauce para verificar dicha anotación de no existir el acuerdo y título judicial que lo homologa, situación que esta parte no considera posible porque supondría cuestionar la honorabilidad del Sr. Registrador. Por tanto, ni siquiera nos encontramos ante un supuesto en que el Sr. Registrador haga interpretación *sui generis* y contraria a lo pactado por las partes en convenio regulador y a lo aprobado por el Juez (sentencia), sino que directamente lo ha tenido por no puesto o inexistente. Y ello en perjuicio de los derechos del que suscribe. Lo relatado en este recurso en cuanto a la actitud del Sr. Registrador y la anotación de carga y como se ha practicado, ha resultado al que suscribe realmente inédita o sorprendente, explicable solo desde una perspectiva de anotar a toda costa una carga sobre la vivienda, primero partiendo como si no hubiera resolución judicial (en la anotación en base al art. 96 CC), y después, en la resolución que es objeto de este recurso, haciendo malabarismos jurídicos para «justificar» dicha anotación de carga en base a una interpretación, *sui generis*, de dicho artículo, para no abandonar la causa legal de la inicial anotación registral, y al mismo tiempo, en base a una sentencia judicial y convenio regulador del que nada se hizo constar en la anotación registral, resultando argumento *ex novo*, y en contradicción con la anotación en sí. Al momento de la anotación de la carga, la causa de su expresión venía determinada por el contenido genérico del artículo 96 CC y no por la presentación de título alguno, al contrario que lo esgrimido por el Registrador en la resolución que ahora se recurre. Por ello, deberá explicar el verdadero motivo de dicha inscripción y la identidad de la persona que la interesó, toda vez que se constituye como un ilícito que pudiera llevar a exigir responsabilidades, solicitante y/o registrador, pues se ha procedido a hacer anotación de carga sin causa legal, al existir título de acuerdo homologado judicialmente, primero –como consta en nota simple– y justificar después su actuación en distinta causa, que no fue objeto de anotación, como lo es el reconocimiento de existencia de sentencia judicial y convenio regulador, y en sentido contrario a lo dispuesto en estos títulos. La resolución dictada por el Sr. Registrador del Registro de la Propiedad n.º 1 de Getafe, en fecha 28 de mayo de 2013, que es objeto de recurso gubernativo, en respuesta al escrito presentado por el que suscribe en la misma fecha, y por el que interesaba la rectificación y cancelación de la anotación por manifiesto error de concepto en la atribución del domicilio familiar a esposa e hijo, argumenta en esta ocasión (resolución que se recurre) y al contrario que lo transcrito y argumentado en la propia anotación que la misma ha traído causa de el convenio regulador de 2-10-2006 (al que no se alude en la anotación registral) aprobado por sentencia de 12 de diciembre de 2006, señalando –ahora, eso sí– se atribuye “claramente” en el párrafo 2.º que “... la

esposa seguirá viviendo en el domicilio conyugal”. Añade que se trata, por tanto, de la atribución de uso contemplada en el artículo 96 CC –desde luego para justificar la anotación registral inicial– por más que se prevea su extinción al realizarse la venta del inmueble de mutuo acuerdo añadiendo “... tal y como se pacta en la cláusula sobre liquidación de gananciales”. Concluye que “la atribución debe reflejarse registralmente en cuanto implica las limitaciones de las facultades dispositivas del titular de la vivienda, conforme al art. 96 in fine del Código Civil”. Pues bien; sin perjuicio que la anotación de la carga se hace sin siquiera mencionar sentencia o convenio regulador, sino expresamente remisión al contenido del artículo 96, fundamentando en él la misma, es por lo que parece obvio que en modo alguno puede resultar de aplicación el artículo 96 CC en los supuestos en los que existe acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez –como en el caso que nos ocupa– toda vez que dicho artículo está previsto única y exclusivamente «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez»; y por lo mismo resulta evidente que en la resolución que se recurre y tras el escrito de solicitud de cancelación no puede aducirse causa o título distinto que el que se hace constar en la anotación registral, por resultar *ex novo* y hacer de la anotación de carga causa de nulidad de pleno derecho. A los anteriores hechos, son de aplicación los fundamentos de derecho de aplicación, y en concreto, los siguientes; a) No se ha calificado la legalidad de las formas extrínsecas del documento judicial, del que nada dice en la anotación, pese a su existencia (art. 18 LH). b) El artículo 2.2.º LH refiere que la inscripción refiere que se inscribirán los títulos en que se constituyan derechos de uso, usufructo, entre otros, por lo que en modo alguno puede acordarse su inscripción sin referencia al título de que traen causa. Son necesarios para que puedan ser válidamente inscritos (art. 3 LH). Los títulos de mero o simple hecho de poseer no son inscribibles (art. 5 LH). c) En virtud del artículo 98 LH los derechos personales (mero consentimiento) no tendrán consideración de gravámenes a los efectos de la ley y serán cancelados por el registrador a instancias de la parte interesada. d) «limitación en las facultades dispositivas» que comporta la carga de derecho de uso, como consta anotado, constituye prohibición de disponer (art. 26 LH). No debe tener acceso al registro por cuanto están comprendidas en el artículo 26 al no decir nada al respecto la resolución judicial. e) Legitimado para pedir cancelación de un asiento quien resulte lesionado por su inexactitud (S. 25-04-1984). El artículo 6 LH, por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir. Parece que el registrador inscribiera de oficio..., pese a que solo debe hacerse en supuestos excepcionales. f) Artículo 30 LH. Las inscripciones de los títulos en los artículos 2 y 4 LH son nulas si en ellos se omite alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9 (omisión del título que se inscribe). g) Artículo 39 LH, Por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. h) Artículo 40 LH La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas: a. Cuando la inexactitud proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: primero, por la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; segundo, por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley, y tercero, por resolución judicial, ordenando la rectificación. b. Cuando la inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la rectificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el Título IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI. c. Cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento, se rectificará el Registro en la forma que determina el Título VII. d. Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. i) Artículo 217. Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el

acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene. Los mismos errores cometidos en asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlos a conocer, podrá rectificarlos por sí el Registrador».

IV

Mediante escrito con fecha de 4 de julio de 2013, el Registrador de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1, 40, 65 y 326 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 2007, 26 de octubre de 2012 y 9 de febrero de 2013.

1. Se debate en este recurso la rectificación del registro, mediante la cancelación, de la inscripción en la que consta la atribución del derecho de uso de la vivienda en virtud del convenio regulador del divorcio judicialmente homologado, a favor de la madre cotitular del dominio y a su hijo menor, en los términos del artículo 96 del Código civil. El registrador niega la existencia de error de concepto y suspende la cancelación por entender que requiere el previo consentimiento de ambos cónyuges o en su defecto la correspondiente autorización judicial. El recurrente sostiene que se trata de un error de concepto por lo que procede la rectificación en los términos del artículo 216, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria.

2. La posibilidad de obtener la rectificación de asientos registrales a través del recurso potestativo ante este Centro Directivo ya ha sido objeto de análisis y así en la Resolución de 9 de febrero de 2013 se señaló lo siguiente: «2. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria determina que el recurso debe recaer exclusivamente sobre cuestiones que se relacionen directamente e inmediatamente con la calificación del registrador, y el artículo 1 de la citada Ley determina que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales. 3. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que sólo pueden ser objeto de recurso la nota de calificación de los registradores, pero no los asientos ya practicados. 4. Hay que partir, como aserto primario y sustancial que, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que sólo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no sólo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (art. 40, *in fine*, de la Ley Hipotecaria). En este sentido, este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (cfr. Resoluciones citadas en los "Vistos", entre muchas otras) que el recurso a esta Dirección General sólo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias del asiento solicitado. No cabe instar recurso alguno frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento; por ello, admitirse por esta Dirección General la rectificación de errores que pretende la anulación de un asiento, sería lo mismo que admitir el recurso contra una inscripción realizada».

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación.

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, 6 de septiembre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.