

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**6545** *Resolución de 18 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Felanitx n.º 2, por la que se suspende la inscripción de un convenio regulador de los efectos de un divorcio.*

En el recurso interpuesto por doña M. O. G. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Felanitx número 2, don Álvaro Lázaro Martínez, por la que se suspende la inscripción de un convenio regulador de los efectos de un divorcio.

#### Hechos

##### I

Mediante testimonio judicial, expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manacor el día 16 de octubre de 2012, de sentencia aprobatoria de divorcio y de su convenio regulador, se solicitó la inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad de Felanitx número 2.

##### II

Presentado, con fecha 3 de enero de 2017, dicho testimonio judicial en el Registro de la Propiedad de Felanitx número 2 bajo el asiento número 1399, del tomo 67 del Libro Diario, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Álvaro Lázaro Martínez, registrador de la Propiedad, titular del Registro de Felanitx-2. El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado en este Registro bajo el asiento 1399 del diario 67, sentencia dictada el 3 de julio de 2012 por el Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Manacor, autos de divorcio de mutuo acuerdo número 101/2012, declarando la disolución por divorcio del matrimonio y aprobando el convenio regulador propuesto el 14 de junio de 2012 por las partes, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, y tras examinar el contenido de los asientos del Registro, suspende la inscripción del precedente título por cuanto, la donación efectuada en dicho convenio regulador a favor de la hija del matrimonio, debe otorgarse en escritura pública, al constituir ésta, en el caso de donación de bienes inmuebles, un requisito ad solemnitatem o sea absolutamente esencial para la eficacia del mismo, conforme al fundamento de derecho que se dirá, y además también es preciso, conforme al mismo fundamento, la aceptación de la donación por parte de la donataria. Dicha calificación negativa se basa en los precedentes hechos y el siguiente Fundamento de Derecho: Artículo 633.–Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de donarse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras. Acuerdo: En vista del citado hecho y fundamento de derecho se suspende la inscripción del precedente título. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo señalado en el artículo 323.1º de la Ley Hipotecaria. Contra la presente calificación (...) Y para que conste, expido la presente Resolución en Felanitx, veinticinco de enero de dos mil diecisiete (firme ilegible)».

## III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. O. G. interpuso recurso el día 28 de febrero de 2017 en virtud de escrito y en base a los siguientes argumentos: «(...) Hechos y fundamentos de Derecho Primero.–(...) Tercero.–La calificación negativa del Registrador es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo en STS 3175/2014 de 18 de julio de 2.014 (...) efectuando una interpretación del art. 633 CC contraria a la efectuada y practicada por el registrador de la propiedad de Felanitx-2. Así determina que el pacto contenido en el convenio regulador y que fue aprobado judicialmente por sentencia de divorcio obedece a una donación a favor de hijo común y efectuándose así la liquidación del régimen económico matrimonial eludiendo la necesidad de escritura pública al constituir documento público análogo. La declaración del donante y del donatario, tratándose de inmuebles, cumplimenta lo dispuesto en el artículo 633 C.C. respecto de la exigencia de escritura pública, mediante su inclusión en el citado convenio, que tiene valor de documento público, sin necesidad de otorgar ulterior escritura pública para su formalización al tratarse de una medida que afecta a la vivienda familiar y liquidación del régimen económico matrimonial, con acceso al Registro de la Propiedad para su inscripción. Así mismo y respecto a la aceptación de la donación por el donante, la Sentencia exonera de dicha obligación al entenderse que la relación de dependencia y responsabilidad del padre en favor de un hijo dependiente económicamente elimina cualquier requisito de aceptación de la donación por considerar que siempre actuará en su beneficio y óptimo desempeño de su responsabilidad de la patria potestad. Al respecto el Ministerio Fiscal manifestó que se corresponde a una transacción entre los cónyuges o una especie de donación onerosa del 622 del Código Civil que se rige por las reglas de los contratos, o ante un negocio jurídico atípico aprobado por la Autoridad Judicial sin la necesidad de formalizarse la aceptación por el donatario. Cuarto.–En el Convenio regulador ya se estableció a los efectos de publicidad del convenio regulador como consecuencia de la aprobación en sede judicial que: “El presente convenio implica tradición del mencionado condominio y a partir de este momento y en virtud de lo aquí convenido y en aplicación de los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consolida el pleno dominio del inmueble, por lo que ambas partes solicitan al Registrador de la propiedad que inscriba el presente título a nombre de G. L. O.”. Así el principio de legalidad en nuestro sistema registral (art. 3 L.H), plasmado, entre otras consideraciones, en la exigencia de documento público o auténtico como título inscribible, categoría a que pertenecen, según el art. 317.1.º L.E.C., los testimonios que de las resoluciones judiciales expidan los secretarios judiciales y así en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo se asimila esa publicidad de la aprobación judicial del Convenio regulador por el juez de primera instancia y emitida por testimonio del secretario judicial eludiendo o asemejando ésta con la exigencia de escritura pública ante notario. En consonancia con lo anterior, el art. 1227 CC: “la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”. Teniendo en cuenta, que el notario es del fedatario público extrajudicial y el secretario del Juzgado es el fedatario público judicial, el testimonio de la sentencia expedido por el secretario judicial, es documento público suficiente para inscribir la vivienda. Es por este argumento que supe la obligación de efectuar la correspondiente escritura pública y por lo que el art. 633 CC tiene esas acepciones del concepto de escritura pública en asimilación al testimonio del Convenio Regulador aprobado judicialmente, puesto que a su vez la Sentencia del T.S. sala 3.ª de lo contencioso administrativo de 28 de junio de 2.002, rec. 6999/1997, establece que todo cuanto afecte al derecho de propiedad queda reservado, con carácter exclusivo, al conocimiento de los Juzgados y Tribunales del orden civil. Ciertamente, según los artículos 1216 CC. y 317.1.º de la L.E.C., se establece que son documentos públicos los testimonios de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los secretarios judiciales, art. 145 L.E.C, y conforme el art. 319.1 de dicha ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se producen. Quinto.–Al respecto la cesión por el padre a los hijos de la

mitad indivisa de una vivienda perteneciente a los cónyuges en copropiedad ordinaria contenida en convenio regulador en que constaba la aceptación de la donación por la madre, en representación de aquéllos, no planteó dudas a la DGRN sobre su acceso al Registro en resolución de 29 de julio de 1999 (RJ 1999, 6085), desestimando el argumento de que fuera necesaria la escritura pública a que hace referencia el art. 633 CC, cuestión que indirectamente aborda también la STS de 25 de enero de 2008, admitiendo que con el convenio regulador judicialmente aprobado se cumpliera la exigencia de forma pública (literalmente escritura pública) de tal precepto. Esta resolución apunta, además, un enfoque del tema después asumido por parte de la doctrina: la posibilidad de que el pacto tenga realmente naturaleza onerosa en el contexto de los acuerdos globales adoptados en un convenio regulador, pues no puede ignorarse que en las cesiones de la vivienda familiar que un cónyuge realiza en los convenios reguladores de la separación o el divorcio en favor del otro cónyuge o de los hijos comunes, tiene una decisiva relevancia la necesidad de atender la situación creada por la crisis matrimonial y puede que sean, aunque no necesariamente, compensación de otros pactos. Sexto.—Respecto de la donación de inmuebles a favor de hijos formalizado en convenio regulador aprobado judicialmente, como ha afirmado la DGRN, en sus recientes Resoluciones de 7 de julio y 5 de septiembre de 2012, existe una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos. Conforme al artículo 90.c) del Código Civil “el convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”. Dispone también este precepto, que los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Así el art. 633 del C.C. queda redefinido en concadenación con lo establecido en la jurisprudencia del T.S. 438/2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, puesto que el convenio regulador ha sufrido todos los controles que exigen para eludir la aceptación del donatario, al recibir el beneplácito del Ministerio fiscal, así como la supervisión y control del Juez de primera instancia en la función y desarrollo del control en las funciones de tutela y patria potestad de los padres con sus respectivos descendientes. Aunque en cualquier caso cabría efectuar en ulterior escritura pública así como define el propio art. 633 CC la aceptación del bien donado en Convenio Regulador debidamente validado en Sentencia Judicial de divorcio mutuo acuerdo. No cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su vida en común es cuestión que debe incluirse en los defectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón en el caso que nos ocupa, por tratarse de la vivienda familiar. 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 (Resoluciones de 11 de abril y 19 de mayo (2ª) de 2012) y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para incluir la posibilidad de que el convenio regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar, que es uno de los aspectos que afecta al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni perjudicial para los cónyuges. Todo ello según lo establecido en la resolución de 8 de mayo del 2014 de la DGRN, por la que se suspende la inscripción de una sentencia de divorcio de mutuo acuerdo con aprobación de convenio regulador. Séptimo.—Nuestro Código Civil admite que el contrato contenga “alguna estipulación a favor de tercero”, art. 1257.2. A pesar de la expresión legal, la doctrina admite que toda la prestación de una de las partes sea a favor de un tercero. Así, C. P. (Tratado de Contratos. Editorial Aranzadi) defiende que estos casos de convenios reguladores en los que se acuerda la transmisión de la vivienda matrimonial a favor de los hijos encajan dentro de este esquema de la estipulación a favor

de tercero, siendo ambas partes a la vez estipulantes y promitentes. Debe tenerse en cuenta que es afirmación sostenida de modo general por la doctrina que el que la relación de valuta tenga causa gratuita, no implica la obligación de aplicar al contrato con estipulación a favor de tercero las reglas de forma de la donación, lo que salvaguarda la supuesta infracción del artículo 633 Código Civil. Es más, habría que admitir la eficacia de atribución gratuita del bien a favor de los hijos, no ya en convenio homologado judicialmente, sino en mero documento privado. Por otra parte, no plantearía mayor cuestión el que los cónyuges no transmitiesen en el acto la vivienda, sino que simplemente se obligasen a transmitir, pues esta es la mecánica normal de la estipulación a favor de tercero, a diferencia de la donación, que se entiende como un acto o negocio dispositivo. Como ejemplo sentencia que siguen esta tesis, cabe citar: – La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2001. El Tribunal Supremo parte de considerar que la atribución de la vivienda a los hijos es una estipulación a favor de tercero. La relación de cobertura sería la liquidación de la sociedad de gananciales en el convenio regulador. El Tribunal Supremo no entra a valorar, ni la validez formal del convenio regulador para contener una atribución a título gratuito, ni la posibilidad de una donación obligatoria, ni tampoco si se cumple el requisito de expresar individualmente los bienes donados, que recoge el art. 633 del Código Civil. – Resolución DGRN de 29 de julio de 1999. “a) Las previsiones adoptadas en un convenio regulador de la consecuencia de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (Cfr. art. 90 CC); b) que siendo uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio el relativo a la vivienda familiar, y obedeciendo la exigencia legal de esta previsión, a la protección básicamente, del interés de los hijos (Cfr. art. 96 CC), en modo alguno puede negarse que sea extraño el contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el art. 90 B) CC exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido ‘mínimo’ del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce; c) que tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora (Cfr. art. 100 RH), revisar ahora la procedencia de la inclusión en aquel de la cesión cuestionada ni, por ende, cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios”».

#### IV

El registrador notificó la interposición del recurso al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manacor con fecha 28 de febrero de 2017, el cual no emitió escrito de alegaciones, suscribió informe el día 15 de marzo de 2017 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 2, 3 y 18 de la Ley Hipotecaria; 90, 103, 630, 633, 1261 y 1280 del Código Civil; 100 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 2002, 5 de agosto de 2011, 11 de abril y 8 de mayo de 2012, 19 de junio de 2015 y 4 de mayo y 26 de julio de 2016.

1. Es objeto de este recurso resolver acerca de la posibilidad de inscribir un convenio regulador de los efectos del divorcio entre unos esposos, dentro del cual se contiene una estipulación consistente en la donación de una vivienda en cotitularidad de ambos –sin ser

ésta la vivienda habitual de la familia– en favor de su hija mayor de edad. La citada hija, tal y como resulta de las cláusulas tercera y sexta del convenio vive de manera independiente de ellos. La donación se hace libre de cargas o deudas y no consta la intervención de la hija en el convenio, ni tampoco se aporta aceptación del negocio gratuito verificado en su favor.

2. Tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones este Centro Directivo, perfilando una doctrina consolidada en materia del ámbito de aplicación del convenio regulador como documento susceptible de acceso al Registro de la Propiedad una vez aprobado judicialmente, el mismo, si bien no debe ceñirse de manera estricta al contenido literal del artículo 90 del Código Civil, sus disposiciones o estipulaciones deben apoyarse en él, permitiéndose de esta forma la liquidación de bienes privativos cuando ello pudiera obedecer a una causa matrimonial concreta, tal y como resulta de los negocios relativos al uso o titularidad de la vivienda habitual o la necesaria y completa liquidación del régimen económico del matrimonio.

En caso de donaciones de bienes inmuebles, la regla general que condiciona su validez se recoge en el artículo 633 del Código Civil, que impone su otorgamiento en escritura pública notarial como requisito «ad solemnitatem» de validez de la misma, así como su constancia en el mismo título formal la aceptación de la misma, ya sea en la misma escritura o en otra posterior separada.

Este rigor formalista, sin embargo, se ha dulcificado en los casos de donaciones o negocios complejos de carácter familiar contenidos en convenios reguladores, cuya debida autorización en el convenio regulador obedece a una causa matrimonial concreta. Así se ha pronunciado este Centro Directivo en Resoluciones como la de 8 de mayo de 2012, al señalar: «En cuanto a la primera de las cuestiones, como ha afirmado anteriormente este Centro Directivo, es cierto que la donación de bienes inmuebles presupone escritura pública como requisito formal para su existencia y validez (cfr. artículo 633 del Código Civil), pero no es este el caso debatido, toda vez que: a) ni es cierto que la cesión considerada se hace sin contraprestación (el otro cónyuge se compromete al pago del crédito hipotecario que lo grava, obligación de la que queda liberado el cedente), ni puede ignorarse que en las cesiones de la vivienda familiar que un cónyuge realiza en los convenios reguladores de la separación o el divorcio, en favor del otro cónyuge o de los hijos comunes, tiene una decisiva relevancia la necesidad de atender la situación creada por la crisis matrimonial; b) uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio regulador es el relativo a la vivienda familiar, como ha tenido ocasión de afirmar recientemente esta Dirección General en Resolución de 11 de abril de 2012, y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos (cfr. artículo 96 del Código Civil); por lo que en modo alguno puede afirmarse que sea extraño al contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el artículo 90.c) del Código Civil exige únicamente la previsión sobre el uso; pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido “mínimo” del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce; c) las previsiones adoptadas en un convenio regulador de la consecuencia de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (cfr. artículo 90 del Código Civil); d) si bien la calificación del registrador se extiende también a la causa del negocio formalizado en el convenio regulador, para esta calificación debe tenerse en cuenta que la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios impiden considerar la cesión de propiedad que en el presente supuesto se formaliza aisladamente del resto de estipulaciones del mismo (en el presente caso, afirmación del carácter de vivienda familiar, asunción de la carga hipotecaria que la grava, regulación de la obligación de satisfacer el derecho de alimentos de los hijos...). Por tanto, del contenido del convenio

regulador objeto de este recurso no resulta que el padre esté efectuando una simple donación a favor de los hijos, sino que realizan los cónyuges un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso».

Para que pudiera tener acceso al Registro de la Propiedad, debe tratarse de un negocio diferente a una donación pura y simple, acercándose más a un acto de naturaleza familiar y matrimonial, de carácter complejo, y cuya finalidad se entronca con el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 90 del Código Civil.

En el caso que aquí se plantea, se produce una donación sin carga u obligación familiar aneja a la transmisión, relativa a un inmueble que no es la vivienda familiar, radicante en Ses Salines, mientras que la finca donada radica en otra calle de la misma localidad, y que se verifica en favor de una hija mayor de edad que vive de manera independiente de sus progenitores, por lo que la causa matrimonial o familiar de la donación no consta.

La aprobación del convenio no puede ser suficiente para convertir un acto de naturaleza privada –como es el de una donación de un bien en favor de un hijo extraña al cumplimiento de los deberes paternales o familiares– en un negocio de naturaleza compleja y familiar susceptible de acceso per se al Registro de la Propiedad. Por ello el defecto debe ser mantenido.

3. En cuanto a la debida aceptación del negocio gratuito en favor de la hija, el análisis debe llevar a la misma conclusión.

Al tratarse de un donatario mayor de edad –lo cual excluyó de la intervención propia del Ministerio Fiscal en defensa del interés de los eventuales menores el procedimiento de divorcio– debe constar la aceptación del mismo, ya al tiempo de la donación ya con posterioridad. Por tanto, la objeción advertida por el registrador en su nota de calificación debe ser igualmente ratificada, en los términos en ella expresados.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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

Madrid, 18 de mayo de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.