

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE: FACULTADES DE CONTRALOR: FORMAS DE LOS ACTOS Y DE LAS SENTENCIAS; CALIFICACIÓN DEL CONTENIDO: EXCLUSIÓN DEL CONTRALOR. DERECHO DE HABITAR EL HOGAR CONYUGAL ATRIBUIDO EN UN JUICIO DE DIVORCIO*

DOCTRINA:

- 1) *Si bien es cierto que la facultad calificadora del Registro de la Propiedad Inmueble sobre las formas de los actos jurídicos alcanza tanto a los documentos notariales cuanto a los de origen judicial, no lo es menos que el registrador no puede ingresar ni calificar el contenido de la resolución judicial que se ordena inscribir.*
- 2) *El juez puede disponer la inscripción del derecho de habitación pactado en un juicio de divorcio a favor del cónyuge y de los hijos menores hasta que éstos cumplan veintiún años y el registrador no*
- podrá oponerse a ella, pues aunque la función calificadora del registro respecto de los documentos de origen judicial es ampliamente discutida, hay acuerdo en que no puede alcanzar el contenido y alcance de la sentencia.*
- 3) *No encuadrando la situación jurídica en ninguno de los incisos del art. 9º de la ley 17801, corresponde revocar la resolución del Registro de la Propiedad Inmueble por la cual se negó a inscribir la atribución pactada en un juicio de divorcio del uso del inmueble que constituyera el hogar conyugal a favor de la esposa hasta que*

* Publicado en *El Derecho* del 29/04/1997, fallo 47.857.

los hijos cumplieran la mayoría de edad. Ello es así, por cuanto la Sra. Subdirectora del Registro para afirmar que la forma no se había cumplido calificó previamente como de derecho real el derecho que constaba en el convenio y en la resolución judicial que lo homologaba; es decir, calificó el contenido y alcance de un documento judicial que simplemente le ordenaba tal inscripción.

- 4) La circunstancia de que se mencione a los hijos menores del matrimonio no constituye una objeción válida a la inscripción registral de la atribución pactada en

un juicio de divorcio del uso del hogar conyugal a la cónyuge hasta que aquéllos lleguen a la mayoría de edad, pues tal cláusula puede ser interpretada como plazo resolutorio y la interposición de las cláusulas hacen al contenido de la resolución judicial y, por lo tanto, es ajena a la función calificadora del registro. M. M. F. L.

SCMendoza, Sala III, junio 28 de 1996.

Autos: “G., M. L. p/rec. jerárquico”.

Mendoza, junio 28 de 1996. - Y *Vistos*: los autos del epígrafe llamados para resolver a fs. 17 y, *Considerando*: 1. Que mediante presentación glosada a fs. 5/10, la Sra. M. L. G. interpone recurso jerárquico contra la resolución dictada por la Dirección de Registros Públicos y Archivo Judicial de 27-11-95 la cual resolviera un recurso de revocatoria interpuesto por la recurrente y que diera origen a las actuaciones N° 6-95 de dicha repartición, solicitando en definitiva se disponga se inscriba la sentencia recaída en los autos civiles N° 98.218 “G. M. L. y O. C. G. p/ div. vincular” en trámite por ante el 13 Juzgado en lo Civil, Com. y Minas, en virtud de los argumentos allí expuestos, los que se tienen aquí por reproducidos en mérito a la brevedad.

II. Que según se expone a fs. 7, pto. 4 (“Plataforma fáctica y antecedentes del caso”), en el caso del recurso de que se trata, en la causa N° 98.218 antes mencionada, ambas partes en su presentación introductiva del proceso expresan: “Se conviene que M. L. G. y los hijos del matrimonio continuarán cohabitando el inmueble de la calle ..., que reviste carácter de ganancial y que fuera asiento del hogar conyugal, hasta que los niños cumplan la mayoría de edad”. “El Tribunal dicta sentencia, declarando el divorcio vincular, declarando disuelta la sociedad conyugal y homologando sin reserva alguna todos los puntos del acuerdo”. “Esta sentencia se encuentra ... firme y consentida”. “Del convenio y sentencia homologatoria del mismo se desprende que para los hijos menores, los padres -condóminos del inmueble referido- han constituido sendos derechos reales de usufructo”. “Luego, a instancia de la Sra. M. L. G., se genera la causa N° 102.958 ..., en la cual se impetra del juez de sentencia que ordene inscribir los derechos reales de usufructo mencionados...”. “Hace lugar el Juez a la medida solicitada y libra ... oficio de estilo en el cual se pide al Registro que anote marginalmente el convenio homologado en el sentido del usufructo concedido. Como recaudo legal se acompañó copia de la sentencia ho-

mologada”. “Se obtiene entonces la calificación registral que textualmente expresa: Mendoza, 12 de octubre de 1995. Señor Juez: Devuelvo el presente sin inscribir por cuanto el mismo debe cumplir los recaudos del art. 1184 del Cód. Civil. Fdo.: Dr. Fernando C. Amado. Jefe Sección Propiedad”. Ante esta calificación, es interpuesto recurso de revocatoria el que fue rechazado (Véase la copia de la resolución en cuestión agregada a fs. 3/4), con estos fundamentos:

1. Que el acto cuya inscripción se pretende posee una violación manifiesta de las formas expresamente establecidas por la ley de fondo, ya que se trata de la constitución de un derecho real de uso y habitación a favor de personas extrañas a la relación jurídica procesal de donde emerge el título judicial. En el caso concreto, dentro de la disolución de la sociedad conyugal, se constituye un derecho real a favor de terceros extraños a dicha sociedad.

2. Que el Registro se encuentra expresamente facultado por la ley para calificar los títulos de cualquier origen que a él ingresen, ya sean notariales, judiciales o administrativos, y específicamente en lo referido a las formalidades de los mismos (arts. 8, 9 y cons. de la ley 17801 [ED, 23-921]).

III. Que a fs. 16 y vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien entiende que debe hacerse lugar al recurso jerárquico interpuesto a fs. 5/5, por las razones que allí expone.

IV. Que es verdad, como manifiesta la Sra. Subdirectora del Registro, a cargo del Registro, que la facultad calificadora del Registro sobre las formas de los actos jurídicos alcanza tanto a los documentos notariales cuanto a los de origen judicial (art. 9º inc. a, ley 17801), si bien hay consenso doctrinal en que el ejercicio de la facultad calificadora se estrecha en el campo de los judiciales si se lo compara con el resto de los instrumentos que tienen acceso registral (Hernández Gil, Francisco, *Introducción al derecho hipotecario*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1970, pág. 151).

V. Pero también lo es que el registrador no puede ingresar ni calificar el contenido de la resolución judicial que se ordena inscribir (Compulsar doctrina citada por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*, Madrid, ed. del Colegio de Registradores de la Propiedad, 1996, págs. 75 y sgtes.).

VI. Corresponde analizar, en consecuencia, si so pretexto de verificar el cumplimiento de las formas, el registrador ha avanzado sobre el contenido mismo del decisorio.

Un análisis pormenorizado de las constancias del expediente N° 98.218 caratulado “G. M. L. y O. G. p/ div. vincular” lleva a responder afirmativamente esa pregunta. Explicaremos por qué.

1. El convenio de fs. 4 dice expresamente: “Se conviene que M. L. G. y los hijos del matrimonio continuarán cohabitando en el inmueble de la calle ..., que reviste el carácter de ganancial y que fuera el asiento del hogar conyugal, hasta que los niños cumplan la mayoría de edad. 4) Se conviene asimismo que en supuesto caso de procederse a la venta del inmueble, asiento del hogar conyugal, por así convenir a los intereses de las partes, del producido de la venta,

los porcentajes se distribuirán de la siguiente manera: un 50 % para la Sra. M. L. G. y un 50 % para el Sr. O. C. G.”

2. A fs. 17 vta., el tribunal, en decisión fundada que ha pasado en autoridad de cosa juzgada resolvió: “Homologar lo convenido por las partes a fs. 4 y vta., con respecto a la tenencia, régimen de visitas, alimentos de los hijos menores del matrimonio y bienes y división de bienes de la sociedad conyugal”.

3. Que a fs. 30 compareció el Sr. O. G. y dijo: “Que si bien es cierto que en el punto 3 de fs. 4 vta., se había dispuesto que la Sra. M. L. G. continuaría habitando con los menores en el departamento sito en Av. España ..., hasta que éstos adquirieran la mayoría de edad, el suscripto considera necesario realizar la división de dicho bien, atento circunstancias de orden económico y también con el objeto de poder adquirir un departamento para fijar su residencia.” A ese pedido, el tribunal proveyó: “Ocurra por la vía que corresponda”.

4. A fs. 47 de autos, el Sr. O. G. compareció una vez más y dijo: “Que a efectos de ejecutar la sentencia que homologa el acuerdo de partes respecto a la división de bienes, denuncia como único bien de importancia el departamento sito en España ...” El tribunal proveyó: “Atento a las constancias de autos, a lo peticionado a fs. 46, aclare y se proveerá”.

5. A fs. 4/5 de la pieza separada G. M. L. p/ sus hijos menores en j. 98.218 p/ medidas de seguridad, la Sra. M. L. G. solicitó al tribunal que ordenase inscribir en el registro inmobiliario lo convenido homologado en torno a los bienes comunes. Manifestó que “el derecho concedido por los padres a los hijos menores no es otro que el establecido en el art. 2948 del Cód. Civil y regulado en el citado código en los arts. 2948 y sptes. Sostuvo que la falta de publicidad del derecho creaba incerteza a los menores desde que cualquier acreedor de los cónyuges podía trabar embargo y hacer ilusorio el derecho conferido por los padres. Concluyó: Hoy los menores tienen derecho real que no tiene consecuencias jurídicas con respecto a terceros y sólo validez para los padres de los mismos”.

A fs. 7 y vta., el tribunal resolvió: “Hacer lugar a la medida solicitada y en consecuencia ordenar la anotación marginal del convenio homologado a fs. 17 y vta. debiendo consignar la misma que el inmueble sito en Av. España ... constituye hogar de los menores S. J., M. E. y M. L. G. G., quienes cohabitarán en el mismo hasta su mayoría de edad.

II. Oficiése al Registro de la Propiedad Inmueble a los efectos de la toma de razón con transcripción íntegra de este resolutorio junto con la copia de la sentencia de divorcio obrante a fs. 17 de los principales”. Esta decisión no fue recurrida judicialmente.

6. Que como surge de todos los antecedentes mencionados, las partes convinieron atribuir el inmueble que fuera vivienda conyugal en favor de la Sra. M. L. G. para que allí viva con sus hijos menores hasta que lleguen a la mayoría de edad.

7. Que esa atribución ha sido calificada por los letrados de la Sra. M. L. G. como un derecho real, pero ni del convenio celebrado, ni de las resoluciones judiciales dictadas, surge que el juez de la causa haya compartido ni rechaza-

do esa calificación. Por el contrario, el juez de la causa ha dispuesto, simplemente, que el registrador anote lo convenido.

8. Uno de los puntos más controvertidos en la doctrina comparada es el relativo a la naturaleza del derecho atribuido al cónyuge a quien se le otorga judicialmente el uso de la vivienda durante el juicio de divorcio o con la sentencia que lo declare. De esta discusión deriva otra, cual es, si la sentencia que atribuye el uso a uno de los cónyuges debe o no ser inscrita en el registro inmobiliario.

Si bien no se desconoce que algunos autores nacionales se pronuncian por la inscripción (ver por ej. Borda, Alejandro, *Protección del hogar conyugal en vida de los cónyuges*, en *Rev. D. de Familia*, 1991, N° 5, pág. 63; Capparelli, *El derecho de habitación del cónyuge inocente y del enfermo en caso de separación personal o divorcio*, LL, 1989-A-897), el tribunal comparte la que considera la buena doctrina que entiende que este derecho es inscribible si facultativamente lo petitiona el habitador (Fanzolato, Eduardo, *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*). Por eso entiende que “el juez puede disponer la inscripción y el registrador no podrá oponerse a ella, pues aunque la función calificadora del registro respecto de los documentos de origen judicial es ampliamente discutida, hay acuerdo en que no puede alcanzar el contenido y alcance de la sentencia” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Bs. As., ed. Hammurabi, 1995, pág. 297).

9. En el caso, la Sra. Subdirectora del Registro ha calificado como derecho real el derecho que consta de un convenio y en la resolución judicial que lo homologa; sin embargo, esa decisión judicial en ningún momento hace referencia a un derecho real; en otros términos, para afirmar que la forma no ha sido cumplida, el registrador ha calificado previamente el contenido y alcance de un documento judicial que simplemente le ha ordenado inscribir el derecho convenido (atribución del uso a la cónyuge, a quien se le dio la tenencia de los hijos, hasta que éstos lleguen a la mayoría de edad). Cuál sea la naturaleza jurídica del derecho convenido es una cuestión que debe ser resuelta jurisdiccionalmente si, eventualmente, ese derecho entra en colisión con los de terceros, pero el registrador no puede calificar, y decir que tiene naturaleza real un derecho cuya esencia ha sido ampliamente discutida por la doctrina y sobre el cual la decisión judicial que lo ordena inscribir no se ha pronunciado.

10. Tampoco es relevante que la decisión mencione a los hijos menores, pues la cláusula también puede ser interpretada como plazo resolutorio (vence cuando los hijos lleguen a la mayoría de edad) y la interpretación de las cláusulas también hacen al contenido de la resolución judicial y, por lo tanto, es ajena a la función calificadora del Registro.

VII. En consecuencia, no encuadrando la situación jurídica planteada en autos en ninguno de los incisos del art. 9 de la ley 17801, corresponde revocar la resolución del Registro del 27 de noviembre de 1995 disponiendo la anotación del derecho convenido y sobre cuya naturaleza jurídica no corresponde pronunciarse al registrador.

VIII. Que por otra parte, y con respecto al “Cuestionamiento Institucional” que se efectúa a fs. 7 vta. / 8 vta., pto. 5) en donde sostiene que la Directora General de los Registros Públicos y Archivo Judicial de la provincia de Mendoza carece de los requisitos legales para ejercer tal cargo toda vez que el art. 262 de la ley provincial 552 establece que tal cargo deberá ser ejercido por un abogado y la Dra. Liliana Vinasa no lo es -sino que ha efectuado un doctorado en Derecho Registral lo cual, según entiende el impugnante, no suple en forma alguna el grado universitario de abogado que reclama la ley-, corresponde decir que tal aserto resulta erróneo e improcedente toda vez que en virtud de lo dispuesto por las leyes 933 (de 7-12-927), 4221 (de 15-11-77) y el decreto 664 (de 31-3-89), se modificó el requisito establecido por el art. 262 de la L. O. T. (ley 552 del año 1910), disponiéndose que para ser Director o Subdirector del Registro Público debía ostentarse la calidad de Escribano Público. Téngase en cuenta que, conforme el viejo principio jurídico, *lex posteriori derogat priori*.

Por ello, y oído que fue el Sr. Procurador General a fs. 16 y vta., la Sala Tercera de la Suprema Corte de Justicia, *Resuelve*: I. Hacer lugar al recurso jerárquico articulado a fs. 5/10 por la Sra. M. L. G., y en consecuencia revocar la resolución dictada por el Registro de la Propiedad el 27-11-95, disponiéndose la anotación del derecho convenido en los autos principales N° 98.218 “G. M. L. y O. C. G. p/ div. vincular”, de conformidad con los fundamentos *ut supra* en lo pertinente. II. Remítanse a su origen los autos N° 98.218 individualizados precedentemente. III. No hacer lugar por improcedente, al “Cuestionamiento Institucional” formulado a fs. 7 y vta./8, pto. 5) en virtud de las disposiciones pertinentes contenidas en las leyes 933, 4221 y el decreto 664 y en razón de las consideraciones expuestas en el punto VIII *ut supra*. Se deja constancia de que la presente no es suscripta por el Dr. *Carlos Eduardo Moyano* por encontrarse en uso de licencia. Notifíquese. Regístrese. Cúmplase. - *Pedro Jorge Llorente*. - *Herman Amilton Salvini* (Prosec.: Máximo Moyano).