

Cuadernos del Seminario

Carlos Hernández Crespo

Nº 37

Abril-junio 2018

Segunda etapa

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

■ PONENCIAS Y TRABAJOS

- La actual doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la inscripción de las escrituras de novación de hipoteca. Por Ángel Valero Fernández-Reyes.
- La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. Por Ernesto Calmarza Cuencas.

■ CASOS PRÁCTICOS

SHS



**CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES.
DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID.
Colegio de Registradores de la Propiedad,
Mercantiles y de Bienes Muebles de España.**

Presidente de honor

Ángel Valero Fernández-Reyes

Registrador de la Propiedad de Madrid Nº 22

Coordinador

Ernesto Calmarza Cuencas

Registrador de la Propiedad de Meco

Director del Seminario

Luis Delgado Juega

Registrador de la Propiedad de Las Rozas Nº 2

Director de publicaciones

Enrique Amérigo Alonso

Registrador de la Propiedad de Torrelozón

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores.

LA ACTUAL DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE NOVACIÓN DE HIPOTECA¹.

Ángel Valero Fernández-Reyes. Registrador de la Propiedad de Madrid Nº 22.

I.- INTRODUCCIÓN.

En la charla de hoy voy a tratar de exponer cual es la doctrina actual de la DGRN acerca de la materia de la novación de los préstamos y créditos hipotecarios, cuya regulación fundamental viene recogida en los párrafos 2º y 3º del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su redacción dada por la Ley 41/2007, y que resulta fundamentalmente de la trascendental resolución de **14 de mayo de 2015** que modifica en criterio fijado por la resolución de 22 de noviembre de 2012.

Al tratar este tema de la novación de los préstamos hipotecarios hay que distinguir tres ámbitos, a saber: 1.- La obligación asegurada. 2.- El derecho real de hipoteca. 3.- Los métodos de realización de la garantía hipotecaria; y analizar, en cada caso concreto, en qué medida la modificación de cada uno de ellos repercute en lo demás ámbitos y en la posición de los titulares de derechos inscritos con rango posterior.

Como premisas de ese análisis destacan las siguientes:

- 1) Como regla general, la novación modificativa del préstamo garantizado, sea del tipo que sea, se traslada como novación modificativa de la hipoteca, aunque existan terceros titulares de cargas y gravámenes posteriores (art.4.2 Ley 2/1994).
- 2) La excepción, sólo aplicable en presencia de terceros, es el supuesto del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, que debe precisarse y otros especiales que se expondrán posteriormente, cuya característica básica es que afectan, de uno u otro modo, a la estructura del derecho real de hipoteca (la responsabilidad hipotecaria), en la forma que la DGRN ha entendido la reforma.
- 3) El registrador debe precisar el rango de cada hipoteca y también en las modificaciones, sin que pueda despachar una modificación sin dejar claro el mismo (resolución de **29 de febrero de 2016**), es decir, sin determinar si ha inscrito una ampliación de una hipoteca única, o una segunda hipoteca.

En el citado análisis de la situación actual debe partirse de que la Ley 41/2007 tiene como una de sus finalidades fundamentales, según se manifiesta en el propio preámbulo, "en avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras que acojan

¹ Un esquema de los distintos supuestos que se pueden plantear en la práctica figura en el apartado V.

las nuevas demandas”, para solucionar, entre otros, los problemas de refinanciación con que se enfrentan los ciudadanos y las entidades financieras, facilitando la reestructuración de las deudas, ajustándolas a las necesidades de las familias, sin necesidad de cancelar la hipoteca y de constituir otra nueva. Y en aras a la consecución de ese objetivo, se da nueva redacción al citado artículo 4 de la Ley 2/1994, que pasa a regular en su párrafo 2º el aspecto sustantivo o civil de la modificación de los préstamos hipotecarios y, en su párrafo 3º, el aspecto registral o rango derivado de dicha novación.

Pero el alcance real de esa flexibilización es lo que no ha quedado claro y ha dado lugar a opiniones doctrinales y resoluciones dispares. Así, en primer lugar, se establece, en la nueva redacción del párrafo 2º del artículo 4 de la Ley 2/1994, que *“Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales”*, lo que no añade nada respecto de la situación anterior, pues sin dicha manifestación legal, desde siempre y cualquiera que sea su titular activo, las modificaciones de préstamos hipotecarios se han podido referir a esas y a otras circunstancias (salvo la ampliación del capital en los términos que veremos). Por otra parte, aunque se hable de que el prestamista sea una entidad de crédito, ello no puede significar que los préstamos hipotecarios otorgados por particulares o por otras entidades no pueden ser objeto de ese tipo de modificación, porque la simple aplicación de las normas civiles e hipotecarias produce el mismo resultado.

Y, a continuación, en el párrafo 3º del indicado artículo, establece, a efectos registrales, una regla general: *“Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”*; para a continuación disponer que *“excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”*; no dejando claro cuáles son los supuestos de novación de los préstamos hipotecarios en que no se aplica la regla general del mantenimiento del rango de la hipoteca y cuáles son los exactos efectos respecto de la relación jurídica anterior. Esta es la cuestión que ha querido resolver la resolución de 14 de mayo de 2015, cuyo análisis centra este estudio.

Analicemos primero la naturaleza de las distintas modificaciones del préstamo hipotecario, y luego su repercusión en el derecho real de hipoteca.

II.- LA NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL.

Es evidente que las partes poseen el poder de modificar la relación obligatoria en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), pero la cuestión consiste en precisar si esa novación constituye una extinción de la relación jurídica preexistente y la constitución de una nueva o una mera modificación de la misma.

El artículo 1203 CC señala que la obligación puede modificarse, además de por la sustitución de la persona del deudor o del acreedor, por “la variación de su objeto o condiciones principales”, lo que implicaría una mera modificación; posibilidad que ratifica el artículo 1207

del que se deduce por la utilización de la expresión “cuando”, que la novación puede producir o no la extinción de la obligación principal.

Para saber cuándo existe una novación extintiva hay que acudir al artículo 1204 que dice “para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declara expresamente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”, en otras palabras, es la autonomía de la voluntad la que, como regla general, determina cuando la novación es extintiva o meramente modificativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina, ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa en los casos de “la alteración del plazo, la rebaja en los tipos de interés o la reforma de las formas de pago” (STS 29 de abril de 1947, 26 de enero de 1961, 5 de marzo de 1978, 29 de enero de 1982, 23 de julio de 1991 y 10 de junio de 2003, entre otras).

Respecto de la alteración del plazo, existen, sin embargo, algunos autores que ponen en duda que tenga lugar una mera modificación, apoyándose en el artículo 1851 CC según el cual “*la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador – o del hipotecante no deudor añadimos- extingue la fianza –o la hipoteca-*”. Luego volveremos sobre esta cuestión, baste aquí decir que, en todo caso, la falta de este consentimiento no afecta en nada a la obligación ni a la modificación efectuada.

En cuanto al aumento o reducción del capital, es también postura general de los civilistas que, las meras alteraciones en el *quantum*, no suponen una extinción sino una mera modificación de la obligación preexistente, a pesar de que aparentemente se trataría de una nueva obligación que se fusiona o yuxtapone con la anterior.

Sólo el cambio del objeto –finca- en el ámbito de los derechos reales (resolución DGRN de 20 de octubre de 1983) o la sustitución de una obligación por otra de distinta naturaleza (STS de 11 de abril de 1961), constituyen *per se* novación extintiva.

Pues bien, en la novación modificativa, como se infiere a *sensu contrario* del artículo 1207, subsistirán las obligaciones accesorias, entre ellas la hipoteca, fianza, etc; ahora bien, cuando la modificación amplía el contenido de la obligación, haciéndola más gravosa, tal modificación, según la doctrina mayoritaria, no afectará al fiador o al hipotecante de deuda ajena, más que cuando preste su consentimiento, porque en virtud de un pacto en que no participó, no se pueden crear a su cargo nuevas obligaciones, ampliando el contenido de las que recaían sobre él.

Llegados a este punto, la cuestión que nos interesa es saber qué efectos tiene la novación meramente modificativa del préstamo garantizado con hipoteca sobre los terceros que hayan inscritos sus derechos antes de la modificación del mismo, y la repercusión que tengan esos efectos en el derecho real de hipoteca; para lo cuyo estudio distinguiremos entre la situación existente antes de la Ley 41/2007 y la surgida tras la misma.

III.- LA REPERCUSIÓN DE LA NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN EL DERECHO REAL DE HIPOTECA, ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 4/2007.

Para comprender cuáles pueden ser las repercusiones de la novación, ya sea extintiva o modificativa, del préstamo hipotecario sobre el derecho real de hipoteca, debe partirse de que la configuración del sistema español de derechos reales se asienta sobre los principios

de causalidad y accesoriedad o relación de dependencia entre la hipoteca y la obligación garantizada.

La accesoriedad y causalidad de la hipoteca significa que la misma debe constituirse en garantía de una obligación –hoy incluso varias según el artículo 153 bis LH- determinada más o menos precisamente, presente o futura, a fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (artículo 1857-1 del Código Civil), y que no puede, en consecuencia, configurarse como la afección de todo o parte del valor de cambio del bien gravado en favor de un determinado sujeto que de este modo obtendría una cobertura genérica que podría aplicar a cualesquiera créditos que ostente ó pueda ostentar en el futuro contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida (reserva de rango o hipoteca de propietario).

Pues bien, como consecuencia de esta accesoriedad, en principio, la hipoteca debe seguir el mismo régimen que el préstamo garantizado y, por tanto, si éste experimenta una novación modificativa por ampliación del capital, alteración del plazo, tipo de interés, etc; también debería la hipoteca experimentar una novación meramente modificativa.

Y ello, de hecho, es así en el caso de no existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y anteriores a la escritura de la ampliación, en cuyo caso, es perfectamente admisible que las partes modifiquen un crédito mediante la ampliación de su importe, siendo el resultado de la operación el mismo y único crédito, siempre que su voluntad sea manifiesta en el sentido de no pretender el nacimiento de un crédito nuevo, y también que el derecho real de hipoteca se conserve sin alteración del rango, modificando su contenido al pasar a garantizar el importe ampliado del préstamo. El principio de accesoriedad, como bien se ve, no es para ello un obstáculo sino, al contrario, su fuente generatriz.

Pero dada la eficacia *erga omnes* de los asientos registrales, en caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva, no es posible la novación meramente modificativa del derecho real de hipoteca porque la ampliación de la hipoteca, como todos los derechos reales no inscritos en general, no perjudican, en ningún caso, a los derechos inscritos con anterioridad por terceros (artículos 32, 115 y 144 de la Ley Hipotecaria).

Significará esto que la hipoteca inscrita primitiva sufre una novación extintiva por efecto de esa protección de los terceros, extinguiéndose la misma y constituyéndose una nueva por la acumulación del antiguo préstamo y del nuevo, con pérdida del rango por el total, ya que se configuran como una obligación única y uniforme, ganando rango la inscripción del tercero que se antepone; o cabe otra solución jurídica.

La DGRN, en diversas resoluciones de 26 de mayo de 2001, **17 de enero de 2002**, 30 de abril de 2002 y 8 de junio de 2002, aun admitiendo la posibilidad de concesión de nuevo capital que se garantice con la misma hipoteca, ha venido negando que esta situación pueda perjudicar a terceros y, en consecuencia, ha rechazado la tesis de la novación meramente modificativa del derecho real de hipoteca. Pero tampoco se ha adherido a las tesis de la novación extintiva y, al menos en cuanto al rango registral, realiza una equiparación de la ampliación de capital a la constitución de una nueva hipoteca. Es decir, adopta una solución intermedia entre la mera novación modificativa de la hipoteca y la radical novación extintiva de la misma.

Concretamente, la primera y la tercera de las citadas resoluciones señalan que, **existiendo terceros**, no cabe extender una hipoteca a posibles ampliaciones del capital originario, ni

aunque por haberse reducido el importe de aquél quepa la ampliación dentro del límite de su responsabilidad, mediante una compensación de créditos, porque la accesoriedad hace que la ampliación del capital lleve implícito la ampliación paralela y en la misma cuantía de la responsabilidad hipotecaria por el principal.

Las dos restantes, no admiten la figura de la ampliación de hipoteca con adopción del mismo rango de la hipoteca inscrita, cualquiera que sea la cifra del capital ampliado, aunque señalan que se puede inscribir la ampliación siempre que se determine con precisión cuáles son las nuevas responsabilidades objeto de la garantía, siendo los efectos de tal inscripción los que se deriven legalmente de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria y no por la voluntad de las partes. Es decir, que según la DGRN, frente a terceros, la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones, una, la preexistente, con el rango que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada.

No encontramos en esta época resoluciones que se refieran sólo a la ampliación del plazo del préstamo hipotecario.

IV.- LA REPERCUSIÓN DE LA NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN EL DERECHO REAL DE HIPOTECA, DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY 4/2007.

1.- Planteamiento.

Como ya hemos indicado anteriormente, el párrafo 3º del artículo 4 de la Ley 2/1994, establece, a efectos registrales, la regla general de que las modificaciones de los préstamos hipotecarios recogidas en el párrafo anterior –fundamentalmente la alteración del interés, del plazo o del capital-, *“no suponen, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”*.

Pero dicho párrafo recoge igualmente una excepción a esa regla al disponer que *“excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos se hará constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”*.

El problema consiste en determinar cuáles son los supuestos de novación de los préstamos hipotecarios en que no se aplica la regla general e implican, en consecuencia, una pérdida o alteración del rango de la hipoteca inscrita en caso de existir terceros titulares registrales de derechos inscritos y cuáles son los exactos efectos de la modificación respecto de la hipoteca preexistente.

Asociado con ese problema se discute si el citado artículo consagra “la recarga de las hipotecas”, entendida como la posibilidad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de éstos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente

concedido, aunque existan acreedores intermedios y con el mantenimiento del rango de la hipoteca.

Las posturas existentes se pueden agrupar fundamentalmente en cuatro, y son las siguientes: a) La postura negacionista de la recarga que considera que la reforma sólo ha venido a confirmar legalmente las soluciones de la DGRN antes expuestas. b) La postura que no vincula la excepción con la existencia de una ampliación del capital y, en consecuencia, considera la existencia de dos supuestos de excepción, el del incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y el de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario, en todo caso. c) La postura que considera que sólo existe una excepción que es la que implica un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, entendiendo que se debe desechar la indicación final del plazo. d) La postura que considera la existencia de dos supuestos de excepción, el de ampliación de capital con incremento de la cifra de la responsabilidad hipotecaria y el de ampliación del capital con simultánea o sucesiva ampliación del plazo del préstamo hipotecario. No podemos detenernos al análisis de estos distintos criterios, ya sabidos por todos, limitándonos en esta exposición, como se ha adelantado, a señalar la postura de la DGRN.

2.- Criterio actual de la DGRN: Teoría general.

La DGRN admite la denominada recarga de la hipoteca, entendida como un supuesto de novación modificativa del préstamo hipotecario, que permite el mantenimiento del rango de la hipoteca en los supuestos de ampliación del capital, siempre que, existiendo terceros registrales, se respeten los límites legales.

De esa realidad se extrae que la hipoteca recargable es una hipoteca ordinaria y de tráfico, puesto que se constituye en garantía de un préstamo hipotecario perfectamente determinado, al que se ha modificado el régimen legal de las modificaciones, respecto del anteriormente vigente y que se ha expuesto al resumir la posición de la DGRN antes de la reforma de 2007.

La actual posición de la DGRN es que la novación de la hipoteca es siempre modificativa, aunque existan terceros, cuando las modificación del préstamo afecta a cualquiera de las circunstancias del art. 4.2 Ley 2/1994, y sólo generará una pérdida de rango cuando exista "una ampliación de capital" que implique un incremento de la responsabilidad hipotecaria (por exceder de la posible recarga), o bien que vaya acompañada de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario (simultánea, previa o posterior).

El primer supuesto no plantea problemas de interpretación pues si la ampliación de capital produjera siempre el incremento de la responsabilidad hipotecaria sobraría la referencia a la excepción. El segundo supuesto sí plantea más dudas, como se observa del conjunto de las interpretaciones expuestas, dudas derivadas de la confusa y deficiente redacción del párrafo de referencia, pero a ella nos llevan, a mi juicio, todos los criterios de interpretación normativa –literal, teleológico, sistemático, del contexto social y de los antecedentes y consecuencias legislativas-, ya consideremos los mismos individual o conjuntamente.

Así, del tenor literal de la norma se infiere que la simple ampliación del plazo del préstamo no produce la alteración del rango de la hipoteca inscrita porque ello supondría una tautología pues equivaldría hacer decir a la norma que *"la alteración del plazo del préstamo produce la alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita cuando implique la ampliación del plazo"*

del préstamo por esa ampliación del plazo”, lo que parece poco probable dada su grave incorrección semántica.

Además, si acudimos a la interpretación sistemática, la única modificación de los préstamos hipotecarios a que se refiere la Disposición transitoria única, es la ampliación del capital, que al establecer que *“la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”*, distingue dos modelos o regímenes hipotecarios distintos, el anterior y el posterior a la reforma, con base en esa ampliación de capital como elemento determinante.

En el mismo sentido, en las escrituras de subrogación en la hipoteca por otra entidad crediticia, tanto antes de la reforma como ahora, el nuevo acreedor pasa a ocupar el lugar del antiguo sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, y, como es sabido, en las subrogaciones según el párrafo 1º del mismo artículo 4, sólo se permite modificar *“las condiciones del tipo de interés, la alteración del plazo del préstamo, o ambas”*, y ello, aunque existieran otras hipotecas o cargas posteriores, incluso a favor de la misma entidad de crédito agredida, lo que prueba que la ampliación del plazo del préstamo por sí misma no altera el rango hipotecario, pues si dicha ampliación es posible vía subrogación o enervación, con más razón lo será por la vía de la mera novación modificativa, que es precisamente el tratamiento civil de la ampliación del plazo del préstamo.

La reforma introducida en el artículo 2 de la Ley 2/1994, por la propia Ley 41/2007, al imponer la obligación de la entidad agresora de subrogarse en todas los préstamos hipotecarios de la misma entidad titular de aquél en que existe real interés, demuestra, sin lugar a dudas, que la subrogación tiene lugar sin pérdida de rango de la hipoteca objeto de la misma, pues en caso contrario, esta obligación sería superflua. Es decir, que esta obligación se impone por razones de rango hipotecario, para evitar que las cargas posteriores de la entidad agredida sean objeto de purga por la ejecución de la hipoteca anterior en que se haya subrogado otra entidad.

Por último, la prohibición contenida en el último del artículo 4-3 de la Ley 2/1994, de no ser posible la ampliación del capital con mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita –recarga legal– “cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente – de la deuda garantizada– en la ejecución de cargas posteriores”, pone de manifiesto la vinculación de esa ampliación de capital a los posibles supuestos de excepción, pues es a esa ampliación a la que se atribuye virtualidad para perjudicar a terceros y se ve afectados por dicha nota que la impide.

Desde el punto de vista teleológico, también es difícil entender que la ampliación del plazo, por sí sola, produzca la pérdida de rango de la hipoteca, pues no parece defendible que el legislador, en el contexto social de la reforma que pretendía facilitar la concesión de la refinanciación y especialmente de la ampliación del plazo de pago de los préstamos, tuviere por finalidad empeorar las condiciones de los deudores para obtener la satisfacción de esas necesidades. Así, el Real Decreto Ley 6/2012 (BOE 10 de marzo de 2012) de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que reconociendo en el artículo 5.5 del RDL que las novaciones forzosas que regula *“tendrán los efectos previstos en el*

artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios"; luego en el número 1 del Código de Buenas Prácticas impone forzosamente como una de las medidas de reestructuración de la deuda de los prestatarios comprendidos dentro del ámbito de su aplicación por encontrarse en riesgo de exclusión social: "la ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo", lo que no se aviene bien con que esa ampliación forzosa del plazo pueda provocar, por sí sola, la pérdida de rango de la hipoteca que garantiza esa operación, que, por otra parte, no se indica en esa norma.

Sin embargo, en otros apartados del CBP si se prevé que puedan producir una pérdida de rango de la hipoteca inscrita, y, así, en el propio número 1 del CBP sólo se señala como voluntaria la reunificación de las deudas (que implica una ampliación de capital de la primera) por entender que sí es susceptible –según la cuantía– de provocar la pérdida del rango; y en el número 3 del CBP, al imponer la dación en pago para el caso de que la reestructuración de la deuda no sea viable, excluye esta medida "en los casos en que la vivienda esté gravada con cargas posteriores", lo que pone de manifiesto la intención del legislador de no perjudicar en términos de rango a los acreedores directamente afectados. En consecuencia, si el legislador no protege a los terceros, a los efectos expuestos, en los casos de ampliación del plazo o alteración de las condiciones de los intereses, es porque no estima que lo necesiten.

Por último, la admisión del criterio de que la excepción tiene lugar con la simple ampliación del plazo, produciría unos efectos respecto de la responsabilidad hipotecaria incompatibles con el sistema registral, porque es insostenible que una misma hipoteca pueda tener un rango hasta una fecha y otro a partir de la misma, ni se entiende qué parte de la responsabilidad garantizaría la hipoteca en cada plazo. Tampoco se puede interpretar que la misma hipoteca garantizará toda la cifra de la responsabilidad hipotecaria con mantenimiento del rango si el incumplimiento y ejecución se producen durante la vigencia del antiguo plazo, u otra cifra distinta con distinto rango si dichos hechos acaecen durante el período de la ampliación del plazo

En la concepción de la DGRN, el plazo es el período de tiempo en que es susceptible de admitirse la recarga, cumple así una función similar a la que desempeña en las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito y, respecto a las mismas el artículo 153 de la Ley Hipotecaria exige la determinación de su plazo de duración y de la prórroga o prórrogas posibles.

Así, no es lo mismo, la simple ampliación del plazo de una cuenta corriente en que se ha suprimido la posibilidad de nuevas *disposiciones*, que indudablemente no perjudica a los terceros porque sólo tiene como finalidad facilitar el pago de una deuda anterior; y la misma ampliación del plazo que vaya acompañada de la posibilidad de disponer hasta la totalidad del crédito convenido, que perjudica a terceros porque, en realidad, se trata de la concesión de un nuevo préstamo, a cuya garantía le sería de aplicación la inoponibilidad y eficacia *erga omnes* recogida en los artículos 32, 114 y 144 de la LH. Por ello la pérdida de rango de la hipoteca recargable se produce tanto si la ampliación del capital y del plazo son simultáneas o sucesivas, siempre que los mismos titulares registrales de derechos posteriores existan en ambos momentos.

En conclusión, todos los supuestos de modificación del préstamo hipotecario del párrafo 2º del artículo 4 de la Ley 2/1994 constituyen en sí mismos supuestos de novación meramente

modificativa de la hipoteca, por ello el párrafo 3º de dicho artículo 4, debe interpretarse en el sentido que establece, en primer lugar, que *“no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita ni la ampliación o reducción de capital, ni la alteración del plazo ni ninguna de las otras modificaciones previstas en el apartado 2ª”*; es decir, que por sí sola la ampliación del capital no genera un incremento de la responsabilidad hipotecaria pues entonces carecería de razón de ser su inclusión en el apartado 2º, ni tampoco por sí sola la ampliación del plazo puede generar una pérdida de rango de la hipoteca por implicar una ampliación del plazo por esa misma razón. La expresión *“en ningún caso..... excepto cuando.....”* sólo puede interpretarse en el sentido de que la ampliación del capital o del plazo necesitan la concurrencia de otra circunstancia para generar ese efecto, debiendo la labor de interpretación centrarse en determinar cuál es ese factor en cada uno de los casos y lo será la ampliación del capital acompañada de aumento de las responsabilidad hipotecaria o de ampliación del plazo.

No obstante debe hacerse notar que en la práctica financiera la figura de la recarga hipotecaria está siendo una figura poco utilizada y que en las ampliaciones de capital se sigue acudiendo al método del aumento de la responsabilidad hipotecaria por el importe de todo el nuevo capital concedido.

V.- SUPUESTOS CONCRETOS DE NOVACIÓN QUE PUEDEN PLANTEARSE EN LA PRÁCTICA.

Vistas las últimas resoluciones dictadas por la DGRN sobre la interpretación del artículo 4 apartados 2 y 3 de la Ley 2/1994, modificado por Ley 41/2007, que se irán exponiendo en los distintos apartados, y los distintos informes de Comisión de Cuestiones Doctrinales del CORPME que tratan sobre esta materia, se pueden establecer las siguientes conclusiones, que sistematizan la doctrina recaída en interpretación del citado precepto².

1º.- Modificación del interés pactado o del sistema de amortización del préstamo o crédito garantizado.

Como se ha indicado anteriormente, la regla general es que las modificaciones de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios y singularmente la alteración del tipo de interés, constituyen un supuesto de novación modificativa de la hipoteca inicial, aunque existan titulares de cargas intermedias, por lo que, en ningún caso, se produce la pérdida de rango de la hipoteca novada ni, por ello, se puede exigir la constitución de hipoteca independiente con su propio rango (artículo 4.2 Ley 2/1994)

El único problema se plantearía en caso de incremento del tipo máximo garantizado por intereses ordinarios o moratorios, o la ampliación de los años de garantía hipotecaria, o la cobertura de conceptos que antes no estaban cubiertos, casos en los que, al tener lugar un aumento de la responsabilidad hipotecaria garantizada, se producirían los mismos efectos que a continuación se analizan, para el caso de incremento de responsabilidad garantizada por ampliación del capital. Sobre esta cuestión debe tenerse cuidado porque en ocasiones sucede que reduciéndose el tipo de interés, sin embargo, se aumenta el número de años de

² Ver el informe de la Comisión de Cuestiones Doctrinales del CORPME de 26 de julio de 2016.

la garantía hipotecaria de los mismos, o, incluso, reduciéndose el diferencial de los intereses, se amplía su tipo máximo a efectos hipotecarios.

Así, la resolución de 20 de octubre de 1998 no considera admisible la novación de préstamo hipotecario en la que se pacta la garantía por intereses de demora, que anteriormente no lo estaban, y en que ni siquiera existía cláusula de devengo de los mismos. La razón de la inadmisión, en este caso, radica en que ni del título calificado ni de la hipoteca inscrita resulta que las cantidades impagadas por el prestatario queden sujetas al devengo de tales intereses moratorios, ni se determina tampoco el cómo y cuánto de los que puedan devengarse por tal concepto; y no puede garantizarse con hipoteca una obligación que ni se encuentra determinada, ni se ha pactado su devengo.

Por otra parte, cuando consta inscrita una hipoteca en garantía de un interés variable, con su correspondiente máximo a efectos hipotecarios, si el interés se transforma en fijo en la novación o se pacta un tope a efectos obligacionales inferior al antiguo tipo máximo a efectos hipotecarios, debe modificarse la responsabilidad hipotecaria y adaptarla a la nueva obligación garantizada. Ello es así, porque el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado imposibilita la discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito ([resoluciones de 25-4-2002](#), [14-9-2002](#), [17-11-2015](#), y [19-9-2017](#))

2º.- Novación consistente en la ampliación del plazo de vencimiento.

Actualmente, la posición clara del Centro Directivo en caso de que la novación consista en la ampliación del plazo de vencimiento de la obligación, salvo el supuesto del apartado 6º, es la siguiente:

a) La novación mediante ampliación del plazo de vencimiento del préstamo garantizado con hipoteca es novación modificativa, por lo que, cuando existan titulares de cargas intermedias inscritas o anotadas, la modificación del plazo no produce pérdida de rango de la hipoteca novada, ni por ello, se puede exigir la constitución de nueva hipoteca independiente en garantía del exceso de plazo pactado (artículo 4.2 Ley 2/1994). Así lo indica con rotundidad la resolución de la DGRN de **14 de mayo de 2015**.

b) En el supuesto de crédito hipotecario en el que se constituye hipoteca de máximo en garantía del saldo de una cuenta de crédito, hay que distinguir:

1.- Si, además de la ampliación del plazo, se suprime la posibilidad de realizar nuevas disposiciones, es un supuesto similar a la simple ampliación del plazo del préstamo antes visto, por lo que no es necesario el consentimiento de los titulares de cargas intermedias para el mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita.

2.- Si la ampliación del plazo va acompañada de la posibilidad de realizar nuevas disposiciones hasta la cifra del total de crédito garantizado, el supuesto es similar al de aumento del plazo y simultánea ampliación de capital con alteración o no de la responsabilidad máxima garantizada, que estudiamos a continuación en el apartado del supuesto 6º.

c) Es posible pactar, incluso después de que haya vencido su plazo de amortización, la prórroga de un préstamo hipotecario. La inscripción de las novaciones de la obligación garantizada (incluido el aumento del plazo) es posible incluso cuando la obligación inicial

hubiere ya vencido e incluso si existieran terceros posteriores, titulares de derechos reales o cargas inscritos o anotados.

El plazo de los préstamos hipotecarios afecta a la obligación garantizada, en el sentido de que el vencimiento de dicho plazo no determina la extinción de la obligación (y accesoriamente de la hipoteca), sino únicamente el nacimiento del derecho del acreedor a exigir su pago (durante el plazo de veinte años de los arts. 1964 y 1969 CC). Ahondando en el tema de la incidencia del elemento temporal en las relaciones obligatorias, la [resolución de 15-7-2013](#) dice que en las relaciones obligatorias hay que distinguir entre el tiempo de la obligación y el tiempo del pago: en el primero, el plazo es una circunstancia de la relación obligatoria que marca el punto inicial o final de la misma, y, en relación con este último, determinará la extinción de la relación obligatoria; mientras que en el segundo, el tiempo de pago o de cumplimiento de la obligación tiene por objeto determinar el momento en que es exigible la prestación (art. 1125 CC), es decir, cuándo ha de ser cumplida.

La excepción se encontraría respecto de aquellas hipotecas que tengan un plazo de duración de caducidad, bien por disposición de la ley (hipotecas flotantes) o bien por pacto expreso entre las partes ([res. 13-4-2016](#)), en cuyos casos y sin perjuicio de la posibilidad de una prórroga anterior si no existen terceros, cumplido el “plazo de la hipoteca”, la misma debe ser cancelada por caducidad y no podrá ya ser prorrogada.

3º.- Ampliación de la cuantía del préstamo sin incremento de la responsabilidad hipotecaria ni ampliación del plazo de vencimiento de la obligación.

Es el supuesto típico de la hipoteca recargable estudiado por la RDGRN de 14 de mayo de 2015 y al que se refiere por exclusión, según indica la Dirección General, el artículo 4.3 de la Ley 2/1994 y la Disposición transitoria única de la Ley 41/2007, para hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de esta última Ley. Exige como presupuesto que el nuevo capital entregado sea igual o inferior al capital previamente amortizado.

Este supuesto de ampliación de la cuantía del préstamo, que no supone incremento de la responsabilidad hipotecaria ni la ampliación del plazo del préstamo, no exige la constitución de hipoteca independiente en garantía de las cantidades ampliadas, aunque existan titulares de cargas intermedias inscritas o anotadas.

La hipoteca recargada mantiene su rango inicial, por lo que su ejecución supondrá la cancelación de las cargas intermedias entre la inscripción de la constitución inicial de la hipoteca y la inscripción de la ampliación del capital.

4º.- Ampliación de la cuantía del préstamo con incremento de la responsabilidad garantizada y sin pacto de recarga.

Es un supuesto en el que la posición de la DGRN es clara y constante desde la resolución de 17 de enero de 2002 y que se sigue utilizando, no obstante la reforma de la Ley 41/2007, por una desconfianza en lo que puedan resolver los tribunales de justicia. Se produce cuando no se utiliza la garantía inscrita para garantizar la suma susceptible de recarga, y se suman ambas obligaciones garantizadas, la antigua y la nueva, íntegramente sin tener en cuenta las cantidades amortizadas. En estos concluye la Dirección General que en la inscripción registral, si existen terceros, debe quedar perfectamente claro que existen dos hipotecas, cada una con su rango, con exacta determinación de sus respectivas responsabilidades

hipotecarias por los diferentes conceptos, para evitar la confusión que generaría el pensar que la cobertura de la ampliación del capital goza del mismo rango que la del crédito inicial.

A estos efectos, hay que diferenciar dos hipótesis distintas en función de que en el momento en que se presenta la escritura de la novación en el Registro existan o no titulares de cargas intermedias inscritas o anotadas:

a) Si no existen titulares de cargas intermedias inscritas o anotadas, la ampliación de la cuantía del préstamo, con incremento de la responsabilidad garantizada (que en este caso lo será por todo el nuevo capital concedido), no supone pérdida de rango de la hipoteca inicial, ni por ello hay que constituir nueva hipoteca en garantía de las cantidades resultantes de la ampliación de la cuantía del préstamo.

Respecto de los efectos, según precisa la DGRN en la Resolución de **14 de mayo de 2015** (vid. letra a) del FD 4º), la referencia al mantenimiento o pérdida de rango de la que habla el 4.3 de la Ley 2/1994 no puede entenderse referida a la hipoteca ya inscrita, sino al incremento que experimenta la responsabilidad hipotecaria. De ello resulta que si no hay titulares intermedios, en ningún caso debe exigirse a la entidad que constituya una nueva hipoteca distinta por la ampliación, en lugar de fijar una cifra global de responsabilidad, con modificación de condiciones financieras que afectan al total importe de la obligación, pues en nada afecta al rango de la primera hipoteca la nueva inscripción.

b) Si existieran titulares de cargas intermedias, la pretendida ampliación del capital e incremento de la responsabilidad hipotecaria no puede perjudicarles, pero la garantía de la hipoteca inicial no tiene por qué resultar afectada.

Por tanto, salvo consentimiento de los titulares de cargas intermedias, la inscripción de la ampliación del capital exige la constitución expresa de otra hipoteca en garantía de las cantidades resultantes de la ampliación de la cuantía del préstamo, con su propio rango. Respecto de la hipoteca ya inscrita que garantiza el préstamo inicial, se practicará una inscripción de modificación del interés y demás cláusulas financieras modificadas. Y respecto del nuevo capital prestado, se practicará una inscripción de constitución de hipoteca, cuyas cláusulas financieras serán las pactadas en esas escritura y, en lo demás, serían aplicables las que se hubieren pactado inicialmente, lo que debe quedar reflejado en la inscripción.

Si en tales casos el título no se configura en la indicada forma (constitución de nueva hipoteca en garantía de las cantidades resultantes de la ampliación), la ausencia del consentimiento de los titulares de las cargas intermedias, como señala la DGRN en su reiterada Resolución de 14 de mayo de 2015, no sólo *"implicará la pérdida del rango preferente de esa ampliación"*, sino que además *"impedirá también la práctica de la inscripción de la ampliación de hipoteca aunque lo sea con el rango que le corresponda conforme a la fecha de su inscripción actual, si no media el consentimiento expreso por parte de la entidad acreedora para su inscripción en tales condiciones, por afectar tales estipulaciones al contenido esencial del derecho real de hipoteca (rango, plazo y responsabilidad hipotecaria)"*.

En consecuencia, en las hipótesis a que se refiere este apartado, en ausencia del consentimiento de los titulares de cargas intermedias, la ejecución de cualquiera de estas cargas intermedias provocará la cancelación de la segunda hipoteca, pero no afectará a la hipoteca inicial que conservará su rango. Por el contrario, la ejecución de la segunda hipoteca se efectuará con subsistencia de las cargas intermedias, pues respecto de la citada segunda

hipoteca son cargas preferentes. Se producen, por ello, los mismos efectos que si estuvieran inscritas dos hipotecas, cada una con su rango ([res. 17-1-2002](#) y [8-6-2002](#))³.

5º.- Ampliación de la cuantía del préstamo con incremento de la responsabilidad garantizada y con pacto de recarga.

En este supuesto, al que se refiere expresamente la Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2015 en su Fundamento de Derecho 5, el acreedor puede utilizar en garantía del nuevo capital concedido la hipoteca primitiva hasta la cuantía de la posible recarga, pero respecto del importe que exceda del capital anteriormente amortizado deberá constituir expresamente una segunda hipoteca. Dicho Fundamento de Derecho 5º señala que: *"Esta interpretación también permite dar coherencia al contenido de la segunda hipoteca en los dos supuestos en que va a operar la división de la garantía: el primero, que tendrá lugar cuando la ampliación del capital exceda de la recarga posible en los términos antes indicados, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la cifra en que se traduzca dicho exceso, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios (intereses, costas, etc)."*

En todo lo demás es aplicable a este supuesto lo dispuesto en el apartado relativo al supuesto 4º anterior, es decir, la única variación radica en que la responsabilidad hipotecaria de esa nueva hipoteca no dará cobertura a la cifra del nuevo capital concedido sino sólo a aquella parte que exceda de la cuantía de la cifra anteriormente amortizada porque las partes sí utilizan su derecho a la recarga.

6º.- Ampliación de la cuantía del préstamo sin incremento de la responsabilidad garantizada, pero con ampliación del plazo de vencimiento del préstamo.

Cuando la ampliación del capital vaya acompañada, precedida o seguida de una ampliación del plazo de la obligación garantizada, si existen titulares de cargas intermedias inscritas o anotadas, a falta de su consentimiento, es preciso constituir expresamente una segunda hipoteca por el importe de la cifra íntegra de la ampliación del capital. Se practicarán en consecuencia dos inscripciones, una de modificación de la hipoteca ya inscrita que garantiza el préstamo inicial, relativa a las cláusulas financieras modificadas, incluido el plazo. Y respecto de todo el nuevo capital prestado, se practicará una inscripción de constitución de hipoteca, cuyas cláusulas financieras serán las pactadas en esa escritura y, en lo demás, serían aplicables las que se hubieren pactado inicialmente, lo que debe quedar reflejado en la inscripción

³ Se suele señalar a este respecto que como el banco internamente lo va a seguir considerando como una sola obligación (cada cuota comprendería el pago de parte de la primer préstamo y parte de la ampliación de capital) y una sola hipoteca, en caso de impago, si acude a la ejecución lo hará por la obligación íntegra y ejecutando siempre la primera hipoteca; el resultado práctico no va a responder a esta doctrina, seguramente desconocida por parte de los Letrados de la Administración de Justicia. Pero a este respecto debe recordarse que conforme al art. 130 LH la ejecución debe basarse en el contenido registral de los asientos y que, por tanto, al expedir la certificación de dominio y cargas, el Registro va a poner de manifiesto en el expediente esta situación, por lo que el citado funcionario judicial debería actuar en consecuencia, pedir un desglose de la cantidad pendiente por cada obligación, pagar al acreedor ejecutante sólo por aquello que estuviere cubierto con la primera hipoteca y consignar el remanente, si lo hubiere, a favor de los acreedores intermedios, los cuales, en todo caso, habiendo sido debidamente citados podrán defender sus intereses dentro del procedimiento si así no se hiciera. Por otra parte, el registrador, en aplicación del art. 132 LH, podrá suspender la inscripción de la cancelación de las cargas si lo pagado al acreedor ejecutante, por cualquier concepto, excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

La diferencia con el supuesto del apartado 4º es que, independientemente que en aquél pueda existir o no ampliación del plazo, en este caso a falta del mismo nos encontraríamos en el supuesto del apartado 3º, es decir, que el nuevo capital prestado no excede del previamente amortizado, pero en que no es posible utilizar por disposición legal la posible recarga. Es cierto que normalmente la ampliación de capital suele ir acompañada de la ampliación del plazo de la obligación, lo que restringe la viabilidad de la recarga, pero la actual redacción del artículo 4.3 no deja otro margen.

Así, indica la Dirección General que el plazo inicialmente pactado es el periodo de tiempo dentro del cual es admisible la recarga de la hipoteca (sin perjuicio del juego de sus posibles ampliaciones), por lo que su modificación hace que no se produzcan los efectos de la recarga, en presencia de terceros. Y, a la inversa, el aumento de la cuantía del préstamo sin incremento de la responsabilidad hipotecaria, y por ello, sin pérdida de rango, excluye -si existen terceros- la posibilidad de la ampliación del plazo de la obligación.

7º.- Otros supuestos de novación extintiva.

En este capítulo no referimos a aquellos supuestos, señalados en el apartado II, en que tiene lugar, según las normas civiles, una novación extintiva de la obligación garantizada y que, en consecuencia, provocaran también una extinción del derecho real de hipoteca. Estos supuestos son dos:

- a) La sustitución de la obligación garantizada o la ampliación de las posibles obligaciones garantizadas, lo que, a priori, sólo parece que se pueda dar en las hipotecas flotantes, siendo discutible en las hipotecas en garantías de cuentas de créditos en que las obligaciones incluibles en las partidas de la cuenta novatoria sean de distinta naturaleza, dado que aquí lo que se garantiza es el saldo de la cuenta.
- b) Las escrituras llamadas de "sustitución de garantía hipotecaria", en la que lo que se pacta no es la cancelación de una hipoteca anterior y la constitución de una nueva sobre finca distinta, sino que una nueva finca sustituya a la anteriormente hipotecada, pero manteniendo la misma garantía en todos sus términos ([res. 20-10-1998](#)).

8º.- La transformación de las hipotecas anteriores a la reforma.

En relación a la cuestión de si los préstamos hipotecarios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 41/2007 pueden ser susceptibles de recarga, mediante pacto expreso de modificación de las partes que se acojan al nuevo régimen legal, aunque aparentemente la finalidad de la disposición transitoria única es impedir esta posibilidad, al no existir una prohibición expresa me inclino por su posibilidad siempre que no existan terceros registrales a los que la alteración del régimen de la hipoteca o su transformación en una nueva, según se considere, pueda perjudicar.

9º.- La modificación de la tasación.

El problema que se plantea es si es posible la novación de una hipoteca inscrita, consistente en la modificación a la baja de la tasación para subasta, existiendo cargas intermedias entre la inscripción de la hipoteca y su modificación. La DGRN, en la [resolución de 26 de octubre de 2016](#), señala que la modificación del valor para subasta no supone una novación de la hipoteca, y en consecuencia, si existen cargas posteriores a ésta, la inscripción de dicha

modificación no requerirá el consentimiento de los titulares de las cargas. Razona la Dirección General que los pactos relativos a las acciones ejecutivas especiales no constituyen contenido esencial de la hipoteca, sino que son un convenio voluntario de naturaleza procesal. De ahí que la modificación del valor de subasta no esté incluido entre los supuestos de novación modificativa de hipoteca recogidos en el art. 4 de la Ley 2/1994 sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios.

Por su parte, **la resolución 24 de abril de 2017** señala que iniciada la ejecución (interpuesta la demanda ejecutiva), ya no es posible alterar el tipo de subasta, aunque lo fuere en virtud de una certificación anterior e incluso aunque existiere una escritura de modificación que no se hubiere presentado en el Registro. Mientras que cuando la hipoteca se encuentra en fase de seguridad es posible la alteración del tipo de subasta (los titulares de las cargas posteriores solo tienen en este caso una expectativa al cobro si se llegan a usar los procedimientos estrictamente hipotecarios); cuando la hipoteca se encuentra en fase de ejecución, ya no es posible, primero porque esa expectativa se ha consolidado, y, segundo, porque en esta fase el juez toma el control de la hipoteca y no se pueden modificar los presupuestos ni jurídicos ni procesales de misma. A estos argumentos se le unen el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca que determina que su ejecución (art. 130 LH) haya de tramitarse de acuerdo con los términos en que la hipoteca figura inscrita en el momento de expedirse la certificación de dominio y cargas.

VI.- OTROS PROBLEMAS DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS ESCRITURAS DE AMPLIACIÓN DE CAPITAL.

1º.- La determinación del rango y del tipo asiento que se práctica.

Como ya se ha señalado anteriormente, **la resolución de 29 de febrero de 2016** sienta la doctrina de que en ningún caso puede ser inscrito en el Registro un derecho cuyo rango sea ambiguo o impreciso, porque siendo misión del Registro facilitar las transacciones, inmobiliarias y dar seguridad al crédito territorial, han de evitarse las situaciones confusas. Por ello el registrador, al inscribir una novación de hipoteca, debe expresar en el asiento (y en la publicidad formal) si la misma es modificativa o extintiva, y si afecta o no al rango de la hipoteca; no siendo admisible que el rango de la hipoteca, y en consecuencia los efectos de éste sobre las cargas posteriores o, en su caso, anteriores, queden a expensas de su determinación en una eventual ejecución en sede judicial o extrajudicial, sin perjuicio de que en el procedimiento declarativo correspondiente pueda ser modificado por la autoridad judicial.

En este sentido de la fijación del rango de los derechos inscritos, la resolución de la Dirección General de **24 de febrero de 2014 ya señalaba** que su anterior doctrina sobre la ampliación de capital, según la cual ésta supone el fraccionamiento de la responsabilidad hipotecaria en dos partes, una la de la constitución propiamente dicha y otra la de ampliación, viniendo a equipararse esta última a una segunda hipoteca, hay que entenderla referida básicamente a los supuestos de existencia de cargas o titularidades intermedias entre la constitución inicial o la ampliación; de suerte que, no existiendo tales cargas o titularidades intermedias, ha de primar la voluntad de las partes de establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante de la ampliación, o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a

los efectos del art. 1169 CC, debiendo entenderse, por tanto, que en estos casos existe una sola hipoteca.

Este criterio es hoy aplicable tanto a los supuestos en que existe ampliación de la responsabilidad hipotecaria porque no se hace uso de la recarga, como a los que haciéndose uso de la misma y no existiendo terceros, no desean constituir una segunda hipoteca sobre el exceso sino una única hipoteca por el total capital pendiente en ese momento; y a los de ampliación concurrente de capital y plazo.

Ahora bien, advierte la DGRN que no es posible pretender que, tras la ampliación del capital, la hipoteca funcione como una sola si no se establece un régimen uniforme y único para toda ella (singularmente, en relación con los intereses y la responsabilidad hipotecaria), es decir, que la totalidad de la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y de demora se fije por tipos y plazos homogéneos; no siendo posible por tanto que la cobertura hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los estipulados en la novación, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales. ([Resolución 19-9-2017](#)).

Por otra parte, a la inversa, existiendo acreedores intermedios, el registrador, de oficio, no puede inscribir la garantía de la ampliación de capital como una segunda hipoteca (con el rango que le toque según la fecha de su inscripción), porque, según señala la DGRN, en los casos en que se trate de practicar una inscripción distinta a la solicitada y que altere lo querido por las partes (en lo que ahora nos ocupa la inscripción de la novación con mantenimiento del rango antiguo también para el capital ampliado), lo procedente es una solicitud expresa por el interesado, de no mediar la cual la novación no podrá ser inscrita, máxime cuando en las escrituras se suele suelen sumar las respectivas responsabilidades hipotecarias y condicionar suspensivamente la eficacia de la novación a la inexistencia de cargas y gravámenes intermedios y a la conservación o extensión del rango de la primitiva hipoteca a la cobertura del capital ampliado. (resoluciones de [14-5-2015](#), [26-10-2016](#) y [19-9-2017](#)).

En resumen, tras la reforma, las partes pueden optar, existiendo terceros y si se sobrepasan los límites legales de la recarga, por fusionar las obligaciones nueva y antigua configurando una sola obligación, en cuyo caso la propia hipoteca inscrita perderá el rango registral; o diferenciar claramente el objeto de ambas garantías reales desdoblado las obligaciones, en cuyo caso sí se produciría el mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita y la constitución de una nueva por el exceso de recarga o la ampliación del capital, según opten las partes, y cada una de las hipotecas garantizará una obligación independiente y perfectamente identificada.

2º.- La aceptación de los titulares de derechos inscritos posteriores.

El párrafo 2º del número 3 del artículo 4 establece que "*En estos casos –cuando se produce pérdida del rango- necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango*", lo que parece lógico pues supone la aplicación de los principios generales el sistema registral sobre negociación del rango hipotecario y cuyo consentimiento, la práctica demuestra, que es más normal de lo que pudiera pensarse, pues el nuevo capital o la ampliación del plazo, como ya se ha manifestado, en ocasiones, lejos de perjudicar, favorece a dichos terceros, en

cuanto permite pagarles o bien evitar la ejecución de la hipoteca anterior y, por tanto, la purga de sus derechos.

Cabe apuntar, en primer lugar, la cuestión de si será necesario un consentimiento expreso si el titular registral de la carga posterior es la misma entidad que efectúa la ampliación. En cuanto a este interrogante, entiendo, en contra del criterio de la DGRN –ver resolución **de 11 de diciembre de 2008**–, que no es necesario dicho consentimiento, pues al establecerse por la reforma –artículo 2 de la Ley 2/1994– la obligación de la entidad interesada de subrogación en todos los préstamos y créditos de la antigua entidad acreedora, nunca se dará el supuesto (salvo cesión expresa en que se pondrían de acuerdo) que pueda otra entidad ocupar por subrogación el lugar de otra entidad en la carga intermedia y, por tanto, nunca existirá perjuicio para ese titular registral.

Ahora bien, la cuestión principal, en este ámbito, es la de qué debe entenderse por *titular de derechos inscritos con rango posterior*. Pues bien, precisamente por la aplicación al supuesto concreto de esa normativa general hipotecaria, la ampliación de capital o la recarga no surtirán efecto respecto de terceros, en tanto no consten publicadas en el Registro de la Propiedad (artículos 32 y 144 de la LH).

Es decir, que no tendrán nunca la consideración de terceros, a estos efectos, los titulares de dominio posteriores a la hipoteca, porque su consentimiento será siempre necesario para la recarga, pero no por la aplicación del artículo 4-3 que estudiamos sino del principio de legitimación registral ([res. 7-6-2001](#)) que exige el consentimiento del titular de la finca gravada para toda constitución o modificación de derechos reales sobre la misma, que pretenda acceder al Registro con posterioridad al momento en que lo haya hecho la adquisición dominical.

La exclusión en el último inciso del artículo 4-3 de la posibilidad de la recarga, al decir que *"en ningún caso será posible cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores"*, se puede interpretar, del análisis conjunto de los artículos 613 y 657 de la LEC, al señalar el primer artículo que la limitación de la responsabilidad por principal, intereses y costas reflejada en las anotaciones de embargo sólo opera, respecto de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, *en relación con las que aparecieran consignadas en la fecha que aquéllos hubieran inscrito su adquisición*, no en la fecha del remate. Por tanto, la citada nota marginal tiene el efecto de prohibir al Registrador la inscripción de la recarga, en tanto la misma se encuentre vigente, para asegurar el resultado de la ejecución, pero una vez celebrada la subasta, al rematante o adjudicatario le son aplicables las mismas normas que a cualquier adquirente, es decir, que es necesario su consentimiento si inscribe antes de la recarga o, en su defecto, si actúa negligentemente, deberá asumir las consecuencias.

Por el contrario, sí tendrán, en mi opinión, la consideración de terceros, los titulares de derechos reales limitados inscritos con posterioridad a la hipoteca objeto de la recarga y con anterioridad a la presentación de ésta, y ello porque en la normativa general hipotecaria las cuestiones de rango se refieren a la ordenación jerárquica de los derechos reales limitados y, dentro del concepto de éstos se encuentran comprendidos tanto los derechos reales propiamente dichos de constitución voluntaria –derechos inscritos con rango posterior *strictu sensu*– como las cargas forzosas –embargos, etc-.

En conclusión, según la resolución de 15 de mayo de 2015⁴, como “titulares de derechos inscritos con rango posterior” deben entenderse sólo a los titulares de derechos reales limitados de constitución voluntaria y a los de cargas forzosas, pero no a los terceros adquirentes de la finca gravada porque su consentimiento será siempre necesario para la recarga en virtud del principio de legitimación registral.

3º.- Supuestos en que no es posible la novación de la hipoteca.

Aparte del supuesto en que, existiendo terceros, éstos se negaren a prestar su consentimiento, se pueden señalar otros dos supuestos en que no es posible practicar la novación de la hipoteca solicitada:

a) No es posible inscribir una novación del préstamo hipotecario, por la que se modifica el plazo de amortización, el tipo de interés y el importe de las cuotas de amortización, cuando sobre la finca hipotecada existe una anotación preventiva de prohibición de vender, enajenar, gravar o disponer, sin perjuicio de que el órgano judicial goza de una amplia libertad para determinar el exacto alcance de la prohibición (arts. 726, 727 t 735.2 LEC), y todo ello tanto si el procedimiento es civil como si es criminal (res. 24-10-2012).

b) No es posible novar un préstamo hipotecario si en el Registro consta, por la oportuna nota marginal, haberse expedido certificación de cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria. Así lo impone el principio de concordancia entre en el Registro y la realidad extrarregistral (art. 40 LH), conforme al cual no sería de recibo que el Registro acogiera una novación tras la cual la obligación garantizada queda aplazada en varios años, si en el Registro consta la ejecución de la hipoteca (ejecución que presupone la existencia de una obligación vencida, líquida y exigible). Además, iniciada una ejecución las condiciones de la obligación garantizada quedan fijadas en la demanda ejecutiva y por la aplicación de las normas procesales que fueren pertinentes (ej. mora procesal), sin que las partes puedan alterarlas. Manifestación concreta de este principio de concordancia es el art. 688.2 LEC, conforme al cual si una hipoteca está siendo ejecutada no puede ser cancelada por causas distintas de la propia ejecución. (res. 15-7-2013, R. 2-4-2014 y R. 8-4-2015), salvo que previamente se refleje en el Registro el sobreseimiento del procedimiento de ejecución.

4º.- Supuesto de cancelación de las cargas intermedias con posterioridad a la presentación de la escritura de ampliación de hipoteca.

Se trata de una cuestión poco estudiada y en la que, en mi opinión, habría que distinguir si la escritura de ampliación de hipoteca fue o no objeto de inscripción en los términos antes señalados, así:

Si la inscripción solicitada se rechazó en cuanto a la inscripción de la ampliación de capital por no pactarse expresamente la constitución de una segunda hipoteca (o consentirse expresamente su inscripción como tal), y todas las cargas posteriores a la inscripción de la primitiva hipoteca se cancelan, bastará la presentación nuevamente del título para su inscripción como una única hipoteca.

⁴ Como es sabido, la resolución de 22 de noviembre de 2012, que hoy debe entenderse derogada, distinguía entre el supuesto de ampliación del plazo, en que sólo se exigía el consentimiento de los titulares de hipotecas posteriores, pero no de los titulares de anotaciones de embargo; y el supuesto de ampliación del capital en que se exigía el consentimiento de todos ellos.

Si, por el contrario, la ampliación del capital fue objeto de garantía con una segunda hipoteca, no creo que el registrador pueda de oficio unificar las dos inscripciones de hipoteca en una sola por el exclusivo hecho de la cancelación de todas las cargas intermedias, por lo que caben, a su vez, dos posibilidades: a) que se pactara expresamente en la escritura de ampliación que tal unificación tuviera lugar en caso de concurrir dicha cancelación, en cuyo caso creo que bastaría la solicitud del acreedor, cuando menos en instancia con firma legitimada; b) que, a falta de ese pacto, se otorgue una nueva escritura de unificación o conversión en tal sentido.

Madrid a 25 de abril de 2018

Ángel Valero Fernández-Reyes

LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL⁵

Seminario del 16 de mayo de 2018

ERNESTO CALMARZA CUENCAS

[I.- Naturaleza.](#)

[II.- Fundamento](#)

[III.- Doctrina DGRN](#)

[IV.- Su eficacia en las ENAJENACIONES VOLUNTARIAS.](#)

[V.- Su eficacia en los procesos de EJECUCIÓN HIPOTECARIA](#)

[VI.- Su eficacia en los procesos de EJECUCIÓN ORDINARIA](#)

I.- NATURALEZA

La naturaleza y contenido de esta figura ha provocado numerosa bibliografía jurídica y jurisprudencia. Tampoco ha sido pacífica la postura que adoptan los registradores de la propiedad cuando tienen que abordar algún asunto con ella relacionado, sin duda motivado por lo limitado de su regulación positiva pues sólo contamos en nuestro Código Civil con dos preceptos: artículos 96 y 1.320. Por el contrario, el Libro II del Código Civil de Cataluña⁶ contiene más de una quincena de artículos, regulando la materia de manera detallada y de forma radicalmente distinta.

Por ello parece que lo prioritario será intentar aclarar, en la medida de lo posible, la naturaleza jurídica y fundamento de este derecho.

⁵ Esta ponencia resume y actualiza el texto del artículo que preparé para el Libro Homenaje a Juan José Rivas Martínez, publicado en Dykinson.

⁶ El libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, contiene una detallada regulación de la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar (Sección IV del Capítulo III del título III, artículos 233-20 al 233-25) donde no sólo se regula la publicidad del derecho de uso de la vivienda mediante su anotación (si se ha atribuido como medida provisional) o inscripción en el Registro de la Propiedad, sino también, entre otras normas, se fija el plazo de duración del derecho en determinados supuestos así como sus posibles prórrogas, las obligaciones por razón de la vivienda (Vid. artículo 233-23 donde se remite a lo dispuesto en el título de constitución) o el régimen de los gastos ordinarios de conservación, mantenimientos y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros y los tributos y tasas, así como las causas de extinción del derecho.

La jurisprudencia del TS ha ido evolucionando desde considerarlo como un derecho real (STS de 11 de diciembre de 1992 o 18 de octubre de 1994), para luego ir matizando en otras posteriores donde abandona esta conceptualización calificándolo como un *"ius ad rem"* (STS de 14 de diciembre de 2014); y terminar por negar este carácter, aclarando en las importantes STS de 30 de junio y 22 de octubre de 2009, dictadas para unificación de doctrina, que *la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser usada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar por resolución judicial.*

En esta situación, se dictan dos sentencias fundamentales, ambas del Pleno de la Sala 1ª:

1.- La primera, de fecha 18 de enero de 2010⁷ señala que:

- a) Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.
- b) Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Y, aquí está lo importante, señala que *debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios.*
- c) De ello deduce la sentencia una importante conclusión acerca de la naturaleza del derecho de uso: el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real. El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se le atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquél de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido a otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad del cónyuge usuario.

2.- La segunda, de fecha 14 de enero de 2010⁸, también con el concurso del Pleno con fines de unificación de doctrina, señala con mayor precisión:

- a) Que de la ubicación sistemática del artículo 96 CC y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido, *se desprende que el derecho de uso a la vivienda*

⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 861/2010, de 18 de enero RJ/2010/1274. F.D. 5º 6º Y 7º

⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 859/2010 de 14 de enero. RJ/2010/2323. Ante el panorama jurisprudencial, con fines de unificación de doctrina, se pronunció el Pleno de la Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho de uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC.

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 aquél que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección.

- b) Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular **no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge**, la cual se cifra 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 inscribible en el Registro de la Propiedad.

De estas sentencias se puede concluir lo siguiente:

1.- La atribución judicial del uso no es un derecho real sino un derecho de carácter familiar que se manifiesta y ejerce en la esfera de las relaciones privadas familiares. Resuelve entre los dos cónyuges quién ha de continuar viviendo en lo que hasta la ruptura del matrimonio era el hogar familiar (artículo 68 CC) con independencia de su titularidad. Es un derecho que se ejerce por uno frente al otro, pero sin crear ningún derecho nuevo que antes no existiera, pues la sentencia no tiene virtualidad para ello⁹.

2.- El título que legitima al cónyuge no propietario a ocupar en exclusiva la vivienda es exigible únicamente frente al otro cónyuge, pero no frente a terceros adquirentes ajenos a las obligaciones familiares. Y como no se puede obligar a extraños al vínculo matrimonial a mantener necesidades familiares, por muy dignas que sean de protección, con el fin de evitar que la eficacia del derecho de uso se frustre por una enajenación realizada por el cónyuge propietario no usuario, se impone a éste una limitación para la realización de actos dispositivos, exigiendo el concurso del cónyuge no titular para su validez.

3.- Desde el punto de vista patrimonial, en relación con los terceros ajenos a estas relaciones creadas por el vínculo matrimonial, el derecho de uso atribuido judicialmente se manifiesta en la limitación impuesta por el párrafo cuarto del artículo 96 CC *"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"*. Y como la única posibilidad de que tal limitación de las facultades dispositivas sea verdaderamente efectiva es su constancia registral, para que sea oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad¹⁰.

⁹ STS (Sala de lo Civil) número 1199/1994 de 31 de diciembre. RJ/1994/10330. F.D. 2ª: "la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y **que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía**. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso."

¹⁰ RDGRN 19-09-1997. Declara que, si bien su naturaleza personal o real es discutida, su inscribibilidad es incuestionable, pues con ella se evita la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH.

4.- La razón de ser de esta constancia registral no radica, pues, en si es un derecho real o no (discusión de escasa trascendencia práctica como señalaba la STS de 4 de abril 1997) sino en que, respecto de terceros, implica una limitación de la facultades dispositivas del titular registral y por ello inscribible. Ya la RDGRN de 25 de octubre de 1999 señaló, que, con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos "*erga omnes*", por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH.

Todas estas conclusiones se recogen en la más reciente doctrina DGRN (vid. Resoluciones de 19 de enero de 2016 y la 8 de marzo de 2018). Sin embargo entiendo, con el máximo respeto que me merecen las resoluciones del Centro Directivo y su extraordinaria e ingente labor en la elaboración de la doctrina registral, que no llega extraer de estas premisas todas las consecuencias que de ella se derivan, como ahora se analizará.

II.- FUNDAMENTO. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

El fundamento último de este derecho, a mi juicio, no es más que una manifestación de la obligación general de alimentos entre parientes. El artículo 142 CC entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, siendo exigibles cuando los necesite la persona que tenga derecho a percibirlos (artículo 148 CC) y estando obligados recíprocamente los cónyuges, los ascendientes y descendientes (artículo 143 CC). Como han escrito los profesores Diez Picazo y Gullón¹¹, esta obligación de alimentos entre cónyuges, en las hipótesis de normal desarrollo de la vida matrimonial y de normal convivencia conyugal, no es una obligación autónoma y queda embebida en los deberes definidos por los artículos 67 y 68 CC como de ayuda y socorro; y en las situaciones de crisis matrimonial queda sometida a normas especiales, artículos 90 y ss. Código Civil.

Una de estas manifestaciones del deber de alimentos es la relativa a la habitación, y para su protección, en la llamada fase normal del matrimonio, el artículo 1.320 CC establece una limitación para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual. Para que la adecuada protección del interés de la familia y que la imposición del artículo 1.320 CC no quede inoperante y sea eficaz, el artículo 91 RH exige, para inscribir los actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquél carácter. Y, conforme al artículo 144.5º RH cuando constare en el Registro el carácter de vivienda habitual de la familia, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

Esta protección legal prevista para la vivienda familiar en supuestos de normalidad del matrimonio no desaparece por la crisis y ruptura del vínculo conyugal, como tampoco desaparecen las demás obligaciones derivadas del deber genérico de prestar alimentos a los hijos pues, aunque desde la presentación de la demanda los cónyuges podrán vivir separados

¹¹ LUIS DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLON. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Tercera edición. Página 60

y cesa la presunción de convivencia conyugal (Art. 102.1º CC), la crisis matrimonial no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (Art. 96.1 CC)¹². Nótese que este último párrafo del artículo 96 CC es casi literal reproducción de la regla contenida en el artículo 1.320 CC in fine; aquél para situaciones de ruptura matrimonial y éste para los supuestos de normal convivencia conyugal, pero en ambos casos con el mismo fundamento protector de la familia.

Entiendo, por ello, que al analizar la eficacia de la atribución del uso derivado de sentencia judicial cuando entra en colisión con procesos de ejecución (embargos e hipotecas) o actos voluntarios de disposición que tienen por objeto la vivienda habitual deberemos huir de razonamientos que nos llevan a conclusiones discriminatorias, favoreciendo soluciones distintas según se haya producido o no la ruptura del matrimonio. La protección que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar se despliega tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis matrimonial, sin que merezca mayor protección los intereses de los menores en uno que en otro caso. Como se señala en el Fundamento de Derecho 5º de la STS de 8 de octubre de 2010¹³ que luego citaremos más extensamente, **no pueden alterarse las reglas de la ejecución de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges.**

El TS en la sentencia de 18 de enero de 2010 citada antes, ha afirmado que las consecuencias del divorcio o separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Consagrado en el artículo 14 CE la igualdad de todos ante la ley, sin que sea posible ninguna discriminación por cualquier circunstancia personal o social, no debería haber diferencias en el tratamiento legal y jurisprudencial en los casos de normalidad del matrimonio y en los de ruptura de la relación conyugal.

III.- DOCTRINA DGRN.

También la Dirección General de los Registros y del Notariado había ido perfilando en el mismo sentido la naturaleza de este derecho, si bien en los últimos tiempos se han producido algunos pronunciamientos que alteran o matizan esta doctrina.

La doctrina DGRN se puede resumir en los siguientes puntos:

- En la RDGRN de 20 de febrero de 2004 se dijo que el derecho de uso sobre la vivienda familiar no requiere plazo para ser inscrito, como ocurre con el plazo de los derechos reales limitados en el tiempo, pues es lo cierto que el derecho de uso no tiene tal carácter real, al ser más bien un derecho de naturaleza puramente familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda (Art. 96 CC). Matizada, como luego veremos, cuando no existen hijos menores.

¹² STS (Sala de lo Civil) número 1199/1994 de 31 de diciembre, RJ/1994/10330. Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea su propietario. Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del artículo 1.320 CC...En las situaciones de crisis de la familia, el Código establece la protección del artículo 90 CC y la protección del artículo 96 CC.

¹³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 584/2010 de 8 de octubre. RJ/2010/7445.

- Insiste en ello la RDGRN de 21 de junio de 2004 cuando dice que, aunque el derecho de uso se atribuya a la esposa e hijos, no es necesario expresar las circunstancias personales de estos últimos, habida cuenta de que la inscripción del uso tiene como finalidad evitar la disposición del bien por su titular y que la defensa de tal derecho se encomienda sólo al cónyuge usuario.
- Por ello la RDGRN de 6 de julio de 2007 apuntó que carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente al cónyuge si la vivienda pertenece a éste ya con carácter privativo. Si la vivienda figura inscrita como ganancial, la RDGRN de 5 de julio de 2013 declaró que sí resultaba inscribible.
- La RDGRN de 5 de junio de 2008 afirmó que es un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, ya que ésta tiene un carácter patrimonial y el expresado derecho de uso no lo tiene.
- Añadiendo la RDGRN de 27 de agosto de 2008 que por ello hay que diferenciar entre el interés protegido con la atribución del derecho (en este caso, el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el progenitor bajo cuya custodia se hallan) y la titularidad del derecho (que corresponde exclusivamente al cónyuge a quien se le ha atribuido), en consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son los beneficiarios pero no los titulares del derecho. De ahí que corresponda exclusivamente al cónyuge adjudicatario la situación de poder en que el derecho consiste, no existiendo en puridad una titularidad jurídica a favor de los hijos (RDGRN de 14 de mayo de 2009); y que no siendo el derecho de uso un derecho real sino de carácter familiar la defensa del mismo está atribuida a su titular que puede perfectamente renunciar a él, por ejemplo consintiendo la venta efectuada por el titular del dominio (RDGRN de 19 de julio de 2011).

Sin embargo, desde el año 2012 se han dictado diversas resoluciones que alteran o matizan la doctrina precedente, en los siguientes aspectos:

1.- La RDGRN de 19 de mayo de 2012, declaró que si el uso se atribuye en el convenio a los hijos menores, cuya custodia se asigna a uno de los progenitores, si el juez así lo ha aprobado, es inscribible, pero por exigencias del principio registral de determinación, será preciso que se indiquen las circunstancias identificativas de los mismos. Aunque esta doctrina ha sido muy reiterada en otras muchas posteriores, y recientemente en las de 11 de enero y 8 de marzo de 2018, no se comparte este criterio. No se entiende qué puede aportar esta identificación cuando la defensa del derecho y la remoción de la limitación de las facultades dispositivas corresponden en exclusiva al cónyuge no titular. ¿Es que, acaso, se va exigir el consentimiento de los menores para los actos de enajenación o gravamen? ¿Es que, acaso van a poder disponer ellos del derecho? ¿Tienen alguna relevancia esta identificación? ¿Es posible la atribución del uso a los hijos sin que exista un cónyuge custodio?

2.- En la RDGRN de 2 de junio de 2014 se insiste en 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 2.º 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 necesaria la aportación de los datos identificativos de los hijos. Sin embargo, esta doctrina es contradictoria con la anterior que diferenciaba, de manera más ajustada a

la jurisprudencia, entre el interés protegido con la atribución del derecho (el interés familiar) y la titularidad del derecho (que corresponde exclusivamente al cónyuge a quien se le ha atribuido). Recuérdese que la STS de 14 de enero de 2010, antes citada, declara tajantemente que la titularidad del derecho corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia.

3.- En cuanto a la fijación de un plazo, a la vista de la doctrina del TS sobre el particular (fundamentalmente la STS de 29 de mayo de 2015¹⁴) la RDGRN en resolución de 20 de octubre de 2016, reiterada en las de 27 de febrero de 2016 y 11 de enero de 2018, distingue en función de que existan o no hijos menores que queden al cuidado del cónyuge a quien se hubiera atribuido el derecho de uso. Si los hay, no cabe imponer limitaciones, mientras que si no hay hijos, o éstos son mayores al no ser necesario atender, como interés superior al del cónyuge propietario, a la protección de hijos menores, necesariamente ha de imponerse un límite temporal al derecho de uso.

¹⁴ STS, Sala 1ª 2220/2015 de 29 de mayo de 2015. FD 2º La STS 624/2011, de 5 septiembre, del Pleno de esta Sala, que citan las de 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre 2013 y 12 de febrero 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 3º 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.

Es cierto que la jurisprudencia y, en particular esta sentencia, entiende que no habiendo hijos menores la atribución de uso debe ser temporal, al contrario de lo que acontece cuando existen, en cuyo caso, la atribución del uso no puede limitarse temporalmente. Pero considero que esta limitación temporal no es un requisito estructural del derecho ni que su indeterminación impida la inscripción, una vez el convenio se apruebe por el juez y sea firme la sentencia. Una cosa es que el cónyuge propietario no usuario pueda exigir una limitación temporal cuando, no habiendo hijos menores, el uso se atribuya al otro cónyuge; y otra que no sea perfectamente posible que, dentro de la negociación para la aprobación del convenio regulador y en contraprestación de otras obligaciones, el cónyuge titular pueda aceptar una atribución sin limitación de tiempo. Además, tales medidas siempre serán susceptibles de modificación en cualquier tiempo, como el resto del contenido del convenio, y aun no fijado plazo inicialmente pueda hacerse con posterioridad, como puede suceder con motivo de que los hijos alcancen la mayoría de edad o la independencia económica.

IV.- ACTOS DE ENAJENACIÓN VOLUNTARIA DE LA VIVIENDA.

Si existe constancia registral de la atribución judicial del uso, no podrán inscribirse actos de enajenación o gravamen otorgados voluntariamente por el titular registral sin consentimiento del ex cónyuge favorecido por el uso o, en su defecto, autorización judicial.

Este consentimiento se considera por la doctrina como un requisito adicional del negocio jurídico dispositivo, que no puede considerarse como un complemento de capacidad, pues no está limitada, sino como una declaración de voluntad del tipo de las licencias y aprobaciones. Su omisión determina que el negocio carezca de validez y por regla general debe ser considerado como anulable. En este mismo sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de octubre de 2010, número 584/2010, señala que el consentimiento constituye una medida de control que se presenta como declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno –es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.

No admite nuestra legislación que pueda enajenarse la vivienda sin este consentimiento o autorización judicial y sin perjuicio del derecho de uso. Esto no lo dice la ley; a diferencia de lo previsto en el artículo 233-25 CC Catalán.

No parece que nuestro Código Civil haya configurado el derecho de uso como un derecho real (a diferencia de lo que sucede con el derecho catalán) que pueda oponerse a cualquier ulterior adquirente de la finca, pues exige, en todo caso, el consentimiento del cónyuge usuario no titular o, en su defecto, autorización judicial para la válida enajenación del bien.

Enajenado válidamente el bien, con el consentimiento del cónyuge usuario o la autorización judicial supletoria, la atribución judicial del uso se extingue y desaparecerá del Registro. No puede subsistir frente a terceros ajenos al vínculo matrimonial. La inscripción de la nueva titularidad implica la extinción de la anterior titularidad y de la prohibición de disponer a la que se encontraba sujeta, conforme al artículo 76 LH.

Otra cosa será que, ante una enajenación de la vivienda por parte del cónyuge propietario, el cónyuge usuario y el tercer adquirente puedan pactar en el propio acto de enajenación que se mantenga el derecho de ocupación sobre la vivienda. Pero este derecho tendrá ya

una causa distinta, que no será la necesidad de protección de la vivienda familiar como consecuencia del proceso de crisis matrimonial y derivado de la obligación del cónyuge propietario de atender a la familia, sino fundamentada en el propio contrato donde se pactó, debiendo reunir, ahora sí, los requisitos que el principio de especialidad impone, en cuanto a la extensión del derecho, limitación temporal, titularidad, transmisibilidad, etc., si se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad.

V.- HIPOTECA DE LA VIVIENDA Y EJECUCIÓN.

Procede distinguir dos supuestos:

5.1 Si, al tiempo de formalizarse la hipoteca, la vivienda ya estaba afectada por un derecho de uso familiar, para su válida constitución deberá prestar su consentimiento el cónyuge no propietario o, en su defecto obtener autorización judicial (artículo 96.4 CC).

Si el uso consta inscrito en el Registro no se practicará la inscripción hasta que se acredite el otorgamiento de las autorizaciones necesarias, pues el registrador deberá calificar la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos, por lo que resulte de los documentos presentados y de los asientos del Registro (Art. 18 LH y Art. 91 RH¹⁵). Pero, una vez consentida la hipoteca e inscrita, despliega todos sus efectos y, en caso de ejecución y adjudicación de la finca en favor de un tercero, producirá la extinción del derecho de uso, de igual manera que la inscripción de la transferencia del dominio produce la extinción de la anterior titularidad (artículo 76 LH). La inscripción del dominio y la limitación de las facultades de disposición que implica el uso van indisolublemente unidas, de tal manera que la extinción de la primera, implica la de la segunda. La atribución del uso no tiene naturaleza de derecho real. Desde el punto de vista de los terceros sólo implica una limitación a la facultad de disposición, y no deberá existir si el dominio al que afecta se transmite a un tercero.

Entiendo que la atribución judicial del uso no debe subsistir registralmente, aun siendo asiento anterior a la hipoteca, además por los siguientes motivos:

a) Si hemos concluido que lo inscribible no es el derecho de ocupación o de posesión exclusiva en sí mismo considerado, sino la imitación que, para la eficacia de este derecho, impone al cónyuge titular el artículo 96.4 CC, debería aplicarse en sede registral a la inscripción del uso (si bien limitado a la vivienda afectada por este derecho), los mismos efectos que produce la declaración de concurso, cuya anotación o inscripción, no constituye propiamente una carga específica sobre una finca o derecho, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio de aquellos, conforme al principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria¹⁶.

¹⁵ Reglamento Hipotecario. Artículo 91 “1. Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquél carácter”.

¹⁶ RDGRN 26-01-2012. “La constatación registral de la declaración de concurso hace pública la situación subjetiva en que se coloca el concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el conjunto de bienes, derechos y obligaciones integrados en su patrimonio, de modo semejante a las inscripciones de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria”.

b) Si el uso inscrito en el Registro debe subsistir en caso de ejecución de una hipoteca posterior, ¿qué sentido tiene exigir el consentimiento del cónyuge favorecido por el uso para constituir la hipoteca si de su ejecución no va a resultar afectado su derecho?

Si no consta inscrito este derecho, ningún obstáculo habrá, desde el punto de vista del Registro, para la inscripción y efectiva constitución de la hipoteca, y al cónyuge usuario sólo le restará, si se ve perjudicado, pedir judicialmente la nulidad del negocio dispositivo, para lo cual, por el juego de la fe pública registral, deberá inexcusablemente destruir la presunción de buena fe que ampara al acreedor hipotecario.

5.2 Si cuando se formaliza la hipoteca sobre la vivienda no se ha producido la atribución judicial de su uso a uno de los cónyuges, la posterior inscripción de éste en el Registro plantea dos cuestiones: la extinción o purga como consecuencia de la ejecución y el grado de intervención que debe tener el usuario en el procedimiento.

La hipoteca como negocio dispositivo será válida si es otorgada por los titulares del bien, sea uno solo de los cónyuges (con el consentimiento, en su caso, del otro cónyuge, ex artículo 1.320 CC) o lo sean los dos. Y si es válida la constitución, también lo será la adjudicación que de su ejecución pueda derivarse, pues la ejecución ya no depende de la voluntad del propietario (que ya prestó el consentimiento anticipadamente) sino de un acto emanado de la autoridad judicial.

Respecto de la primera cuestión, la RDGN de fecha 8 de abril de 2015 entiende que lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad. En el mismo sentido la RDGRN de 8 de marzo de 2018 señala *"En conclusión, el hecho incontestable de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicabilidad de los principios reguladores del derecho hipotecario cual es el de prioridad, por lo tanto lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución inscrita con anterioridad."*

Con el máximo respeto que me merecen las resoluciones del Centro Directivo, y estando totalmente de acuerdo con la procedencia de la extinción del uso, no se está de acuerdo con la argumentación. La atribución judicial del uso inscrita en el Registro no constituye propiamente una carga que haya de ordenarse jerárquicamente con otras cargas, conforme al principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, sino que hace pública la situación subjetiva en que se coloca al propietario de la vivienda en cuanto al ejercicio de las facultades de disposición sobre ella, de modo semejante a las inscripciones de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 LH, por lo que su extinción es ajeno al concepto de purga.

En cuanto al grado de intervención que ha de tener en el proceso de ejecución la RDGRN de 8 de marzo de 2018, ampliando los argumentos que ya señaló la RDGRN de 5 de septiembre de 2016, exige que el usuario sea demandado y requerido de pago, ex artículo 132 LH, considerándole como tercer poseedor. Entiende el Centro Directivo que la figura del usuario encaja más adecuadamente en los supuestos del artículo conforme al artículo 662 LEC, relativo a titulares inscritos y que en su apartado 2 señala «se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo». Además, como ya apuntó en Resolución de 23 de marzo de 2015, si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar y la finalidad de

protección que justifica la concesión del derecho de uso resultante de un proceso matrimonial, debe entenderse que quien lo ostenta ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria y requerido de pago, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito con anterioridad a la presentación de la demanda.

No se comparten estos argumentos. En cuanto a asimilación a un tercer poseedor porque, aunque es un concepto que tiene una regulación incompleta y fragmentaria, no parece que pueda encajarse en los que supuestos que contempla el artículo 662 LEC. La atribución judicial del uso, como venimos diciendo, no tienen carácter de derecho real. Su constancia registral se limita a publicar una limitación de las facultades dispositivas del propietario para hacer eficaz y que se respete el derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda por uno de los cónyuges. Pero, como viene insistiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta atribución judicial no crea ningún derecho nuevo y sí únicamente protege el que la familia ya tenía.

Y en cuanto al argumento de ser especialmente relevante para la resolución del caso el que se trate de la vivienda familiar, esta consideración implica una discriminación respecto de todas aquellas familias que, por no haber tenido la desgracia de haber sufrido una crisis matrimonial, no han tenido la posibilidad de atribuir el uso a ninguno de los cónyuges. Si ha de protegerse la vivienda familiar será en todos los casos y no sólo en estas situaciones conflictivas. Aceptar este argumento llevaría a la conclusión de que, en todos los supuestos de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar, constante el matrimonio, debería exigirse que se demandara y requiriese de pago al cónyuge no propietario, aunque no fuera deudor, hubiera consentido o no la hipoteca, pues igual protección merece su derecho y el de sus hijos menores a continuar ocupando la vivienda que aquél a quien se ha adjudicado el uso. El derecho de ocupación exclusiva del cónyuge usuario en situaciones de crisis matrimonial es exactamente el mismo derecho que tiene el cónyuge no propietario, constante el matrimonio, para ocupar la vivienda familiar que pertenece con carácter privativo a su consorte.

Y es que, como ha dicho el TS no pueden alterarse las reglas de la ejecución de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges.

En efecto, procede traer aquí a colación y transcribir la acertada, a mi juicio, expresión que se contiene en el Fundamento de Derecho 5º de la STS de 8 de octubre de 2010¹⁷ cuando dice: *"Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante el matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, **argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges** que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque además no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso del procedimiento matrimonial."*

El supuesto de hecho de esta sentencia es el siguiente. Un cónyuge había hipotecado un bien privativo en el que había constituido el domicilio familiar, con el consentimiento de su esposa

¹⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 584/2010 de 8 de octubre. RJ/2010/7445.

que compareció en el acto de constitución y otorgó el consentimiento para la hipoteca ex artículo 1.320 CC. Con la posterior separación se atribuyó judicialmente el uso del domicilio familiar a la esposa y las hijas del matrimonio, que no logró inscribir en el Registro. Por impago del préstamo garantizado con la hipoteca se instó la ejecución. La ex esposa compareció en el proceso de ejecución de la hipoteca comunicando la situación posesoria de la vivienda y el título que la legitimaba para poseer. Al final la finca fue adjudicada a un tercero que insta el desalojo de la esposa. En primera instancia se desestimó la pretensión del demandante (el tercero adjudicatario) basándose en que la demandada tiene a su favor un derecho real de uso de la vivienda, que le permite el derecho de poseerla. En apelación la Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada en base a tres argumentos: a) la apelante no actuó diligentemente porque una conducta mínimamente diligente le hubiera debido conducir a tomar conocimiento de cuál era la condición de la ocupante y cuál era el título que legitimaba dicha ocupación; b) en los edictos de subasta se hizo constar que la finca estaba ocupada; y c) en la situación de dar preferencia al derecho del adjudicatario frente al de la esposa como vivienda familiar, hay que mantener la preferencia de éste último. Afortunadamente el Supremo casa y anula éste última sentencia y da la razón al tercer adquirente porque, en este caso, **la esposa aceptó la hipoteca constituida por su marido sobre un bien destinado a vivienda habitual; de este modo, el negocio de disposición es válido y no puede ser anulado, porque en su celebración concurren los requisitos exigidos por el artículo 1.320 CC cuando el bien hipotecado se destina a vivienda familiar.** En consecuencia, ejecutado un inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido judicialmente a la recurrida y sus hijas. Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante el matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque además no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso del procedimiento matrimonial.

Adviértase, además, que para llegar a esta solución es indiferente que la esposa hubiera conseguido inscribir el uso, pues al mismo resultado se hubiera llegado aunque tal asiento hubiera llegado a practicarse. Como es indiferente, según la opinión que hemos defendido, que conste inscrito antes o después de la constitución de la hipoteca. Y esta es, a mi juicio, la solución correcta.

Y si alguien objetara que se trata de un caso especial, puesto que el cónyuge había consentido la hipoteca, ex artículo 1.320 CC, se reitera la misma doctrina en la STS, Sala 1ª, número 118/2015, de 6 de marzo de 2015, en otro supuesto donde, por ser de estado civil soltero el titular al tiempo de formalizar la hipoteca, no prestó ningún consentimiento su actual cónyuge. *"... El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 del Código Civil y la doctrina de la Sala sobre el mismo, antes expuesta, en un momento en que no existe matrimonio, ni*

siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio.”

VI.- EMBARGOS Y EJECUCIONES ORDINARIAS.

En relación con los procesos de ejecución que no se dirijan contra bienes hipotecados, la solución del conflicto viene a ser la misma, con la diferencia de que, al no tratarse de actos de disposición voluntarios sino forzosos derivados del procedimiento seguido ante órgano judicial, los consentimientos previos exigidos por los artículos 1.320 CC para la fase de normalidad del matrimonio o por el 96.4 CC para las situaciones de crisis matrimonial, se sustituyen por un sistema de notificaciones al cónyuge no titular.

En estos procesos de ejecución, la protección de la vivienda familiar se hace efectiva mediante la regla contenida en el apartado 5 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en su redacción dado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre: *"5. Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado".*

Los efectos de esta notificación se reducen a que el cónyuge no titular tenga conocimiento de la ejecución, pero sin que pueda oponerse por el único hecho de tratarse de la vivienda familiar. Podrá exigir la aplicación del artículo 541 LEC, en caso de ser bienes gananciales, o podrá señalar otros bienes que puedan ser de orden preferentes para el embargo (ex. artículo 592 LEC), pero la ocupación de la vivienda por la familia no será obstáculo para la ejecución, ni será oponible al rematante o adjudicatario.

Y dado que, en una situación de estabilidad del matrimonio, si llegara a consumarse la ejecución y la vivienda pasara a un tercer adjudicatario, éste recibirá el bien libre de cualquier carga o limitación y la familia será desalojada de la finca, lo mismo ocurrirá si ha habido ruptura del vínculo y se ha atribuido el uso familiar al cónyuge no titular. Y este efecto se producirá tanto si consta inscrito sobre la finca en cuestión la atribución judicial del uso como si no, y tanto si el asiento que lo publica es anterior o posterior al embargo o a su anotación. La única salvedad consistirá en que si consta ya inscrita la atribución judicial del uso sobre la vivienda familiar cuando se presenta el mandamiento de embargo, el registrador exigirá la notificación prevista en el artículo 144.5 RH para poder practicar la anotación. El cónyuge

a quien se le ha atribuido el derecho de uso puede hacerlo valer solicitando la inscripción registral, pero no puede impedir la realización ejecutiva para dar satisfacción a créditos exigibles (STS, Sala 1ª, número 1234/2014, de 14 de diciembre de 2004). La inscripción de la adjudicación llevará consigo la extinción de la atribución judicial del uso, del mismo modo que se ha explicado antes para las enajenaciones voluntarias.

Algunos autores consideran que la aplicación del artículo 144.5 RH no sólo implica que, si consta inscrito el derecho de uso, habrá de acreditarse la notificación que este artículo exige para poder practicar la anotación preventiva del embargo en procedimiento seguido contra el cónyuge titular registral. Entienden también, por otro lado, que al constar inscrito el derecho de uso del otro cónyuge, procede denegar la anotación respecto del derecho de uso por constar inscrito a nombre de persona distinta del demandado¹⁸.

Por el contrario, entiendo que exigir la notificación al cónyuge no propietario es incompatible con la denegación del embargo respecto del derecho de uso inscrito. Si se entiende que debe denegarse el embargo sobre el derecho de uso ¿para qué exigir esa notificación previa? Nuestro sistema registral nunca exige notificar a ningún derecho que sea anterior y preferente, puesto que no se va a ver afectado por el embargo posterior. Si se exige esta notificación es para advertir al titular del uso que, en caso de ejecución, su derecho va a desaparecer, y evitar que este inexcusable efecto se produzca sin tener conocimiento siquiera del procedimiento.

Entender que la atribución judicial del uso debe subsistir supondría "de facto" excluir la vivienda familiar del principio de responsabilidad patrimonial universal en estos supuestos, sin fundamento legal que lo ampare y con grave discriminación para las familias donde se mantiene el vínculo matrimonial. Y no se diga que no procede la extinción de un derecho inscrito en el Registro, en este caso el uso familiar, con una simple notificación a su titular pues, como se vienen sosteniendo, la atribución judicial del uso no ha creado ningún derecho nuevo, el cónyuge usuario no es titular de ningún derecho real y su constancia registral se limita a publicar la limitación de las facultades dispositivas del cónyuge titular no usuario.

Me gustaría hacer una reflexión final. Los argumentos que acabo de exponer quizás se apreciarían mejor si el reflejo registral de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar se hiciera con un asiento más acorde con su verdadera naturaleza: derecho familiar que legitima al ex cónyuge para la posesión exclusiva sobre la vivienda familiar frente al cónyuge propietario, derivada de la especial obligación de protección de la familia, para cuya efectividad se impone a éste una limitación de las facultades para realizar actos de disposición voluntarios, siendo esta limitación oponible "erga omnes".

Si la constancia registral se hiciera por medio de una nota al margen de la inscripción de dominio de la vivienda (con igual técnica con que debe reflejarse en el Registro el carácter de vivienda familiar de una finca), en lugar de por un asiento de inscripción, no nos plantearíamos ningún problema sobre su subsistencia tras las adjudicaciones derivadas de los procesos de ejecución. Cancelado el dominio del titular, desaparecería la limitación de la facultad dispositiva y su reflejo registral, por ser un asiento accesorio de aquél. Con ello tampoco apporto ninguna idea original, pues ya se recoge así en el artículo 96.2 RH: "Las

¹⁸ JOSE MANUEL GARCIA GARCIA. "Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil". Cuarta Edición. Nota al pie del artículo 144.5 Reglamento Hipotecario

resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal". Este artículo, que se refiere a supuestos en que no se produce un cambio en la titularidad del derecho, sino de limitaciones que afectan las facultades de administración y disposición que el derecho subjetivo implica, encaja perfectamente para hacer constar en el Registro el derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de crisis matrimonial. En cualquier caso, si se opta por practicar un asiento de inscripción debería evitarse hablar de derecho de uso y reflejar exactamente su naturaleza en el acta de inscripción. "ACTA: Hago constar la limitación de las facultades dispositivas del titular X derivadas de la atribución judicial del uso de esta finca a Y como vivienda familiar, conforme al artículo 96 Código Civil"

CASOS PRÁCTICOS

CONCLUSIONES SEMINARIO CER MADRID

Por Luis Delgado Juega, Enrique Américo Alonso y Ernesto Calmarza Cuencas.

Las presentes conclusiones recogen las reflexiones que surgen en las sesiones del Seminario que se celebra periódicamente en el Centro de Estudios Registrales de Madrid. Su intención es profundizar en la problemática planteada y difundir unas opiniones de carácter meramente orientativo, sin afectar en modo alguno a la independencia de cada registrador en el ejercicio de la función calificadora, pero que hacen públicas con la finalidad de contribuir a la formación de criterios jurídicos sobre la materia tratada.

- ✓ ACTA 201 L.H.
- ✓ ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS
- ✓ ANOTACIÓN DE EMBARGO
- ✓ ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER
- ✓ ARRENDAMIENTO
- ✓ ARRENDAMIENTO FINANCIERO
- ✓ ASOCIACIONES
- ✓ CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA
- ✓ COMUNIDAD FUNCIONAL DE GARAJES
- ✓ CONCURSOS DE ACREEDORES
- ✓ CONDICIÓN RESOLUTORIA
- ✓ DERECHO DE TRANSMISIÓN
- ✓ EXTINCIÓN DE CONDOMINIO
- ✓ HERENCIA
- ✓ HIPOTECA. CANCELACIÓN
- ✓ OPCIÓN DE COMPRA
- ✓ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA
- ✓ PROCEDIMIENTO 199 L.H.
- ✓ PROPIEDAD HORIZONTAL
- ✓ RETRACTO LEGAL
- ✓ SERVIDUMBRE ADOSAMIENTO
- ✓ SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS
- ✓ USO FAMILIAR
- ✓ USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER
- ✓ VIVIENDA FAMILIAR

ACTA 201 L.H.

Se plantean las siguientes cuestiones en la tramitación del expediente previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria para rectificar la descripción de la finca.

- La necesidad de presentar ante la Administración tributaria el acta inicial por la que el notario solicita la expedición de certificación registral y la práctica de anotación preventiva, en su caso, así como la necesidad de liquidación del acta una vez concluido el expediente.
- La forma en que debe el notario practicar las notificaciones. En especial, la forma de efectuar las notificaciones en el BOE, si la comunicación al Ayuntamiento para la publicación de edictos equivale a su notificación de ser el Ayuntamiento un colindante, así como si debe exigirse que las notificaciones efectuadas a presidentes de las comunidades de propietarios sean efectivamente trasladadas por el mismo a los distintos propietarios de los elementos privativos.

En lo relativo a la necesidad de exigir la liquidación del impuesto conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, resolución de 12 de junio de 2017) cuando es evidente la no sujeción o exención puede el registrador, bajo su responsabilidad, inscribir aun cuando no se le haya acreditado la liquidación del impuesto. Por contra, cuando se trate de un acto cuya no sujeción o exención resulte dudosa el registrador deberá impedir el despacho del documento si no se le acredita la liquidación del impuesto (debiendo ser entonces la administración tributaria la que, a la vista de lo alegado por el interesado, se pronuncie sobre la no sujeción o exención).

En relación con las actas tramitadas para rectificar la superficie de una finca, la jurisprudencia fiscal viene señalando la no sujeción al impuesto. Así, respecto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, la consulta nº V0750-16, de 25 de febrero de 2016 señala: *“La constatación de un exceso de cabida de una finca ya inscrita, con unos linderos delimitados, no implica la adquisición de una mayor porción de terreno sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. No supone, por lo tanto, la configuración de una finca nueva sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión delimitada exclusivamente por los linderos los cuales identifican la parte de la superficie objeto de consideración. No obstante lo anterior, si el llamado “exceso de cabida” implicase para su titular un incremento patrimonial, al suponer una ampliación objetiva del derecho de propiedad, daría lugar al devengo del impuesto.”* Y es evidente que estas actas sólo pueden tener por finalidad la rectificación de un dato erróneo del Registro, pues en otro caso, de encubrir un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, no procedería su inscripción, conforme al artículo 201 de la Ley Hipotecaria.

Respecto al gravamen actos jurídicos documentados, estas actas no tienen contenido valuable, como ha señalado la Dirección General de Tributos, entre otras, en la consulta V0750-16, de

25 de febrero, que afirma: *“cabe señalar que la escritura pública de constatación de exceso de cabida de una finca ya inscrita con unos linderos delimitados, no tiene por objeto cantidad o cosa valuable, ya que lo valuable es la finca y el acta de constatación de exceso de cabida no supone la configuración de una finca nueva, sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión delimitada exclusivamente por los linderos, los cuales identifican la parte de la superficie objeto de consideración.”*

A pesar de la existencia de esta jurisprudencia fiscal, lo cierto es que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 21 de noviembre de 2012 ha exigido la presentación de los documentos de rectificación de superficie ante la administración tributaria, señalando: *“todo documento relativo a modificaciones del Registro, como es en este caso, la superficie inscrita de la finca, tenga la correspondiente nota de la Oficina Liquidadora competente en que conste la liquidación, exención o no sujeción, es decir, que no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda, conforme a lo dispuesto en el artículo 254.1 de la Ley Hipotecaria, que se remite al pago de impuestos, sólo «si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir», por lo que tal devengo o no, corresponde apreciarlo a la Oficina Liquidadora, que es la que decidirá si la solicitud de inscripción de exceso de cabida constituye o no un nuevo acto o contrato respecto a la escritura pública de compraventa anteriormente liquidada.”*

De conformidad con esta doctrina, siendo la cuestión debatida, se consideró mayoritariamente lo siguiente:

- No resulta necesario exigir la presentación ante la administración tributaria del acta inicial, que tiene por objeto la expedición de certificación, y en su caso, la práctica de la anotación preventiva, por ser actos necesarios para la tramitación del expediente, que no implican mutación jurídico real ni tienen contenido valuable.
- Debe en cambio exigirse la presentación ante la administración tributaria del acta que concluya el expediente, conforme a la doctrina de la resolución de 21 de noviembre de 2012, pues, a pesar de la numerosa jurisprudencia fiscal que señala la no sujeción al impuesto, puede ser considerado, a juicio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como un supuesto de tributación dudosa.

En cuanto a la forma de hacer las notificaciones, ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 7 de noviembre de 2017 que la notificación ha de efectuarse «en la forma prevenida en esta Ley», remisión que debe entenderse hecha al Título VI LH en el que se regulan los procedimientos para la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral y, en concreto, en el artículo 199 LH

que dispone que «la notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203». Y esta forma de notificación también deberá ser objeto de calificación registral, de tal manera que no resultaría admisible una notificación edictal sin acreditar dos intentos previos de notificación personal.

Respecto al supuesto de que la finca colindante esté dividida horizontalmente, ha considerado el Centro Directivo en la resolución citada que la tutela de tales colindantes quedará suficientemente satisfecha con la notificación realizada al presidente de la comunidad de propietarios, que es quien ostenta legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten (artículo 13.3 de la Ley sobre propiedad horizontal), considerándose en consecuencia que su deber de poner en conocimiento de los distintos propietarios la tramitación del expediente queda ya al margen de la calificación registral.

Respecto a las notificaciones al Ayuntamiento, se entendió que de ser colindante la entidad local con la finca que motiva el expediente (circunstancia, que conforme a la resolución de la Dirección General de 2 de febrero de 2010 debe presuponerse de lindar la finca registral con vías públicas), debía ser notificado en tal condición para que pudiesen entenderse cumplidos los trámites legales, sin que surtiese tal efecto la comunicación efectuada al Ayuntamiento para que proceda a la publicación del edicto previsto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, por tener un objeto distinto.

ACUREDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. La finca figura inscrita a nombre de unos cónyuges con carácter ganancial, Se ha practicado anotación letra A de embargo sobre los derechos que pudieran corresponder a X como herederos de sus padres, titulares registrales de la finca. Consta en la anotación practicada el fallecimiento de ambos progenitores y el auto judicial que declara heredero único, en ambos casos, a X. Ahora se presenta certificación expedida por el registrador mercantil solicitando se haga constar en la finca la apertura de expediente de acuerdo extrajudicial de pagos y nombramiento de mediador concursal ¿Procede la anotación aun cuando la finca no figura inscrita a nombre del solicitante?

Estando inscrita la finca sobre la que se solicita la constancia de la apertura del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos a nombre de persona distinta del interesado lo que procede es la denegación de la práctica del asiento, conforme a los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Según amplió el compañero que expuso el caso, a la certificación presentada se acompañaba una documentación complementaria por la que se pretendía subsanar determinados defectos

apreciados por el registrador mercantil en el escrito inicial de solicitud, entre ellos, que se aclarara por el solicitante si el inmueble en cuestión era o no de su propiedad. Para subsanar este defecto, el interesado alegó que siendo la inscripción del bien inmueble potestativa pero no obligatoria, era el único heredero del inmueble, según se acreditaba con la escritura de aceptación y adjudicación de herencia que decía acompañar (pero que nunca se ha presentado en el Registro de la Propiedad). Pero, a continuación, dice que subsidiariamente, para el supuesto de que no pueda considerarse dicho inmueble como aquellos de los que deban incluirse en el punto 6 del apartado C del formulario, solicita que se tenga por no incluido dicho inmueble, y que se considere a esos efectos que no es titular de ningún bien inmueble.

Ante lo contradictorio de estas manifestaciones vertidas por el propio solicitante se rechazó incluso que pudiera ser de aplicación, si quiera por analogía, el artículo 105 RH, de manera que pudiera calificarse el defecto como subsanable y solicitar la anotación de suspensión.

Es cierto que la inscripción en el Registro es potestativa y no obligatoria, pero lo que no puede el interesado es aprovecharse de la publicidad registral, con los efectos que produce la anotación de la apertura de este expediente, entre otros la paralización de ejecuciones singulares durante tres meses, o dos si es no comerciante, sin inscribir al mismo tiempo su dominio, resultando además que ni siquiera ha resultado acreditado la voluntad de aceptar o repudiar la herencia de los padres.

En cualquier caso, notificado el defecto, éste podría subsanarse fácilmente inscribiendo el dominio de la finca a nombre del solicitante, presentando esa escritura que dice tener junto con la documentación necesaria al efecto, previa acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales (artículo 254 Ley Hipotecaria). Para lo cual estaría perfectamente legitimado el mediador concursal nombrado, a quien se consideró que también debería notificarse el defecto apreciado, además de al solicitante.

ANOTACIÓN DE EMBARGO

Se presenta un mandamiento de embargo en un procedimiento de ejecución forzosa de familia seguido contra A, por la que se declara embargada la mitad indivisa de una finca registral, para responder de un resto de principal de sesenta mil euros correspondiendo a las pensiones de alimentos y demás gastos reclamados hasta marzo de 2018, y la cantidad de veinte mil euros de costas e intereses presupuestados.

Consta anotado un embargo en ese mismo procedimiento sobre una mitad indivisa, por pensiones de alimentos, de quince mil euros de principal y cinco mil de costas e intereses, embargo anotado en enero de 2017.

Se da la circunstancia de que A era titular registral de una mitad indivisa a la fecha de la práctica del embargo anotado, pero adquirió la mitad indivisa restante por un decreto de adjudicación de 2014, que se inscribió en diciembre de 2017.

Además de la necesidad de aclarar si las nuevas cantidades son las totalmente debidas hasta la fecha en el procedimiento, o si se tratan de nuevas cantidades adeudadas respecto de las ya anotadas, se plantean dos cuestiones:

¿Debe de practicarse el asiento como una ampliación de embargo, por nota marginal, o como una nueva anotación, con su propio plazo de caducidad?

¿De ser un nuevo embargo, debe exigirse que se precise la mitad indivisa objeto de anotación, ya que tiene la finca un régimen distinto de cargas para cada mitad indivisa, o bien solicitar en su caso que la nueva anotación pase a gravar la totalidad de la finca?

Se mantuvieron dos posiciones:

-Algunos registradores entendieron que el pago de la obligación de elementos constituye una obligación única, sin que el hecho de que el pago periódico de la pensión altere este carácter. Consecuentemente con lo anterior, afirmaron:

a) Al tratarse de vencimientos sucesivos de una misma obligación, debe entenderse que se trata de una ampliación de embargo que ha de hacerse constar por nota al margen de la anotación ampliada, conforme a la resolución de la Dirección General de 28 de julio de 2012, según la cual el concepto de ampliación del embargo debe limitarse a los supuestos en los que la nueva responsabilidad «se restrinja, además de a los intereses y a las costas, a un principal que pudiera hacerse valer en el mismo procedimiento (v.gr. a vencimientos posteriores de la misma obligación) y las resoluciones de 26 de abril de 2005 ó 28 de enero de 2015, según la cual la ampliación debe hacerse constar por nota al margen de la anotación ampliada.

b) La práctica de esta ampliación, al realizarse por nota marginal, no implica una prórroga de la anotación primitiva, que caducará a los cuatro años de su fecha. Así lo ha entendido expresamente la resolución de 28 de enero de 2015, según la cual practicada la nota marginal, la anotación preventiva mantiene su duración inicial, que no queda prorrogada por el hecho de haberse extendido la nota. Por tanto, caducada la anotación principal, también caducan todas sus notas marginales, salvo que se ordenase expresamente la prórroga de la anotación, pero, en este caso, ésta deberá practicarse mediante otro asiento de anotación conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

c) No debe especificarse la mitad indivisa objeto del gravamen, pues la ampliación recaerá necesariamente sobre la mitad indivisa gravada con la anotación de embargo.

-Otros compañeros sostuvieron en cambio que la obligación de pago de alimentos no debe tener la consideración de una obligación única, sino que cada vencimiento de cada pago periódico establecido ha de considerarse como una obligación independiente, de un modo análogo a lo señalado por la Dirección General de los Registros y del Notariado para las deudas a favor de

la Seguridad Social y de la Administración Tributaria en resoluciones de 28 de julio de 2012 y 16 de septiembre de 2015. Como consecuencia de lo anterior señalaron:

- a) La ampliación de las nuevas cantidades devengadas por la pensión de alimentos debe hacerse constar por una nueva anotación de embargo, con su propio rango registral.
- b) La nueva anotación tendrá su propio plazo de vigencia de cuatro años desde su práctica, conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria.
- c) Al tratarse de una nueva anotación, independiente de la anterior, debe especificarse la mitad indivisa objeto de gravamen, pues el estado registral de cargas de la porción embargada será distinto según se embargue la participación ya gravada con la anotación, o la otra participación indivisa, siendo en consecuencia distinto el rango de la anotación en uno u otro caso. Circunstancia que lógicamente influirá en el valor de la finca de sacarse a subasta, y que han de conocer los posibles licitadores, debiendo el Registro expresar con claridad el estado de cargas de las fincas registrales. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 3 de noviembre de 2011 (BOE de 5 de diciembre), relativa a la hipoteca de una mitad indivisa de una finca por quien era dueño del pleno dominio de la misma, establece que han de calificarse negativamente los títulos cuyo rango registral pudiera quedar indeterminado de no especificarse en los mismos su objeto concreto y determinado.

No obstante, algunos compañeros entendieron que, de tener las nuevas cantidades adeudadas su reflejo registral mediante una nueva anotación, ya no era posible que la misma gravase una mitad indivisa de la finca, al ser el deudor dueño del pleno dominio. Y ello porque aun cuando el dueño de una finca puede vender o gravar voluntariamente cuotas indivisas de la misma, no puede un acreedor imponer una proindivisión de manera forzosa, al ser ésta una situación antieconómica, en la que además quién sea la persona del condueño es una circunstancia sin duda relevante para el titular registral.

ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER

¿Constando el bien inscrito con carácter ganancial, es necesaria la notificación a la mujer, para la inscripción de un mandamiento de anotación de prohibición de disponer dirigido sólo contra el marido en causa criminal?

Entiendo que no se dan los presupuestos del art 1373 Cc y 144 RH, pero esta prohibición de disponer va a conllevar necesariamente la limitación de las facultades dispositivas de la mujer, en cuanto a la necesidad del consentimiento conjunto de ambos cónyuges, limitación que pudiera justificar dicha notificación previa. Aunque tampoco este es un argumento definitivo, puesto que el propio Código civil, prevé que si uno de los cónyuges estuviera impedido para prestar su consentimiento, podrá el juez autorizar la venta, art 1377 Cc

La cuestión ya ha sido planteada en alguna sesión anterior del Seminario y, como entonces, ahora se concluyó que no era necesaria la notificación al cónyuge del demandado para practicar la anotación de la prohibición de disponer sobre un bien inscrito con carácter ganancial. La prohibición de disponer es una medida de aseguramiento que impide que una persona pueda distraer bienes de su patrimonio y burlar así una eventual responsabilidad pecuniaria que pudiera hacerse efectiva sobre el mismo, y que implica una limitación de una facultad que, de ordinario, corresponde a la persona en cuanto a tal. Supone una limitación de la facultad general de obrar de la persona, como cualidad de la misma, pero no afecta al bien, no es una carga sobre el bien. Como tampoco sería exigible la notificación al cónyuge en el supuesto de que se inscribiera, sobre finca ganancial, una sentencia de incapacidad de uno solo de ellos.

Es cierto que tal prohibición de disponer impuesta a uno solo de los cónyuges va a impedir, de hecho, la disposición del bien ganancial, dada la regla general de codisposición o disposición conjunta de los bienes gananciales (cfr. artículo 1.375 CC). Pero tal situación se producirá también, en el supuesto de incapacitación de uno sólo de los cónyuges, en cuyo caso y sólo si el otro fuera nombrado tutor o representante legal de su consorte se le transferiría por ministerio de la ley la facultad de disposición (artículo 1.387 CC); y, en todo caso, siempre podrá salvarse tal dificultad con la pertinente autorización judicial, artículo 1.377 CC.

ARRENDAMIENTO

Para la inscripción de un contrato de arrendamiento para vivienda siendo el arrendatario de estado civil casado ¿es necesario que conste en la escritura su régimen económico matrimonial y, en su caso, el nombre del cónyuge?

No es necesaria la constancia de estas circunstancias para inscribir el arrendamiento de vivienda. Sólo serían exigibles, conforme al artículo 51 9ª RH, si el contrato afectara a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal. Pero en el caso del arrendamiento, como ha venido reiterando la jurisprudencia (ver por todas STS (Sala 1ª de 22 de abril de 2013), dada su naturaleza generadora de derechos personales, el contrato de arrendamiento no forma parte de la sociedad de gananciales. Por ello, para que el cónyuge viudo del contratante pueda permanecer en el inmueble tras el fallecimiento del arrendatario, debe utilizarse el mecanismo legal de la subrogación por causa de muerte previsto en la LAU.

Dice el FD segundo de la sentencia citada que si el contrato de arrendamiento para uso de vivienda se celebrara por un cónyuge constante el matrimonio, ello no supondrá que las situaciones contractuales de cada uno formaran parte de la sociedad de gananciales, porque son derechos personales, cuya conclusión es compatible con el régimen de subrogación impuesto por el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y del vigente artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, de manera que cabe la sustitución de una de las partes del contrato por el óbito del titular, en aplicación de la

normativa específica reguladora del arrendamiento. Para que tenga lugar la subrogación, es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: válida comunicación formal en el plazo de 3 meses desde el fallecimiento del arrendatario del hecho mismo de su muerte y de la persona que desea subrogarse, pues es posible que sean varias las personas que pueden ejercer ese derecho, circunstancia por la que la LAU no sólo fija un plazo sino también las personas que están legitimadas para subrogarse y un orden de prelación entre ellas.

Un compañero matizó, acertadamente, que la solución sería distinta si los cónyuges estuvieran sujetos al régimen legal de conquistas regulado como supletorio por la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, cuya Ley 82, apartado 6, dispone el carácter común de los cónyuges de los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el matrimonio.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO

En un contrato de arrendamiento financiero - "leasing inmobiliario"- sobre dos fincas se fija un valor residual o precio de adquisición de los inmuebles, al final del período de arrendamiento financiero, en una cantidad global. El referido importe, a los meros efectos registrales, se divide en un 20,46% para la finca registral 30, y en un 79,54% la finca registral 31. No obstante, al fraccionarse el valor residual en los porcentajes arriba indicados, solamente el pago por el arrendatario financiero de la cantidad total, traerá como consecuencia el ejercicio por el arrendatario de la opción de compra prevista en el presente contrato.

Al mismo tiempo, en una de las cláusulas del contrato, se pacta una vinculación *ob rem* entre las fincas objeto del leasing inmobiliario, registrales números 30 y 31 por constituir en realidad una única unidad funcional, de destino y de explotación. Esta unidad objetiva exige un instrumento jurídico de unificación subjetiva o unificación de titularidades que impida que las partes integrantes de la citada unidad objetiva puedan tener distintos sujetos de derecho. Esta unidad subjetiva se instrumenta acudiendo a la vinculación *ob rem* de dichas fincas. A tal fin, las partes las vinculan efectivamente "*ob rem*", de modo que la propiedad de cualquiera de ellas lleve necesariamente vinculada la de las otras; que, en su caso, la titularidad indivisa de cualquier cuota sobre cualquiera de las fincas lleve aneja una cuota de igual magnitud sobre las otras; y que, en definitiva, no pueda otorgarse acto alguno de disposición, enajenación, gravamen u otros de trascendencia real sobre las fincas sin que al propio tiempo dicho acto dispositivo alcance también a las otras fincas vinculadas. En consecuencia, solamente el pago por el arrendamiento financiero de la cantidad total, del precio de arrendamiento financiero traerá como consecuencia la liberación del leasing sobre las dos fincas.

Es evidente que el fin perseguido por las partes es que las dos fincas queden sujetas, como si fueran una sola, al contrato de arrendamiento financiero de tal manera que no les interesa que el contrato se resuelva o se consuma respecto de una y no respecto de la otra. El arrendamiento financiero con opción de compra es un contrato atípico y de naturaleza compleja

que, en la práctica, produce una adquisición gradual del dominio y funciona, a la vez, como forma de financiación para el arrendatario y de garantía para el arrendador.

Lo que se discute es si la vía pactada ahora es la adecuada para conseguir este objetivo. Por un lado, resulta contradictorio que, a efectos meramente registrales, se distribuya entre las dos fincas el valor residual o precio para la adquisición y, por otro, se pacte que solo el pago de la cantidad total del valor residual traerá como consecuencia el ejercicio de la opción de compra; además de pactarse una vinculación *ob rem* que implica que todas las vicisitudes que, desde el punto de vista jurídico, afecten a una de las fincas arrastrará a la otra. La RDGRN de 19 de septiembre de 2011 entendió que, no pactándose el ejercicio necesariamente conjunto del derecho de opción incluido en el arrendamiento financiero sobre las fincas afectadas por el mismo, se hace necesario determinar o especificar el precio o valor residual que corresponde a cada finca en orden a precisar los contornos del derecho que pueden afectar a tercero, de forma que no exista duda de cuál es el precio por el que el optante puede adquirir cada una de las fincas. El principio de especialidad impone una delimitación precisa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, y de igual manera que en caso de venta de varias fincas con precio aplazado garantizado con condición resolutoria eso se traduce en la necesaria distribución del precio entre las varias fincas vendidas, el principio general de libertad de circulación de los bienes propio de nuestro Derecho sustantivo justifica la exigencia registral de la determinación o especialidad.

Y es que parece que, en efecto, esta vinculación *ob rem* lo que en realidad está encubriendo es una prohibición de disponer contraria al artículo 27 LH, pues lo que trata es de impedir que, por el interés del arrendatario financiero (auténtico acreedor), se pueda disponer de una finca sin la otra.

En la vinculación "*ob rem*" la titularidad dominical de una finca se fija por referencia a la de otra, finca principal, a la que está conectada (sin que sea necesario por tanto una identificación individualizada del titular o titulares de la finca vinculada, pues dicha titularidad derivará necesariamente de la titularidad de la finca principal). Dado el carácter excepcional que presenta este especial vínculo, en cuanto restringe el principio de libre disposición, para su admisibilidad es necesario que concurra una causa económica y la vez jurídica que justifique la conexión (como pueda ser una cierta relación destino, dependencia o accesoriedad, e incluso de servicio).

En nuestro caso no se justifica esta relación de destino, dependencia o accesoriedad entre las dos fincas, ni se señala cuál es la finca principal y cuál es la vinculada a ella. Tampoco resulta claro si la voluntad de las partes es configurar este especial régimen jurídico con carácter permanente o más bien limitado al tiempo de duración del contrato de arrendamiento financiero, como parece deducirse de su inclusión como una cláusula más de éste. En caso de

ejercicio de la opción de compra, y consiguiente extinción y cancelación del contrato de arrendamiento financiero, ¿seguirá vigente la vinculación *ob rem* entre las fincas? ¿O debe entenderse extinguido también este régimen? Si esta última respuesta es positiva, resulta bastante evidente que la verdadera causa económica que subyace no es otra que reforzar la garantía del arrendatario financiero hasta que se satisfaga la totalidad del precio de adquisición de las fincas, con la imposición de una restricción al principio de libre disposición. Y su admisión daría paso a que la figura se generalizara a todos los contratos de garantía hipotecaria sobre dos o más fincas, evitando la distribución entre ellas y, por tanto, entorpeciendo la libertad de circulación de estos bienes, con sólo manifestar que las fincas hipotecadas constituyen una única unidad funcional, de destino y de explotación.

Si lo querido por las partes es que ambas fincas sigan en lo sucesivo un idéntico régimen jurídico, en cuanto a titularidad, cargas, régimen de disposición, etc. lo procedente es proceder a su agrupación material, si fuera posible, o bien a una agrupación funcional siempre que haya una unidad de explotación que lo justifique y que conste claramente su especialidad como finca funcional u orgánica.

Con ello no se trata de imponer a los propietarios un determinado criterio cuando, en base a la autonomía de la voluntad, puedan elegir otro diferente que cumpla la misma función, sino de que queden perfectamente delimitados y definidos las titularidades y los derechos en el Registro. Y no parece que se cumplan estas exigencias en el caso presentado cuando no se acredita una relación de accesoriedad, destino o subordinación entre las fincas que justifique la vinculación pretendida, no existe más causa económica que la garantía del acreedor, no se señala una finca principal a la que seguirá la vinculada, y no establece con carácter permanente sino de forma temporal en tanto se mantenga vigente el contrato de arrendamiento financiero.

ASOCIACIONES

Se presenta una escritura de compra de una finca por parte de una asociación, inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones, hipotecando en garantía del precio de la compra la propia finca adquirida, y otra finca más sita en la demarcación de otro Registro.

En ambas escrituras es representada la asociación por un apoderado, dando el notario juicio de suficiencia de las facultades representativas, sin que conste indicación alguna del poderdante. Se plantearon las siguientes cuestiones:

¿es necesario que indique la identidad de los otorgantes del poder, así como su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones?

¿es necesario que haga constar que ha tenido a la vista los estatutos de la asociación, o debe entenderse presupuesto en el juicio de suficiencia?

¿es necesaria autorización de la asamblea, excepto disposición en contra de los estatutos, o debe aplicarse la doctrina del negocio complejo?

Se señaló con carácter previo que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que el acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular (así, resolución de 24 de junio de 2013 de la Dirección General). Por tanto, tratándose de una asociación inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones, de acuerdo con la doctrina del Centro Directivo (en este sentido, la resolución de 25 de junio de 1992, relativa a la acreditación de la representación de una entidad religiosa, cuya doctrina se consideró aplicable) será necesario acompañar documento del que resulte su régimen de funcionamiento y el de los órganos representativos poderdantes (con expresión de sus facultades), así como los documentos que acrediten la válida designación de las personas que han de desempeñarlos, siendo título hábil para ello la certificación expedida por el Registro de Asociaciones, pues el artículo 52 del Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones establece la necesidad de inscripción de la identidad de los titulares de la junta directiva u órgano de representación.

Se señaló además que conforme el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación es necesario, salvo disposición en contrario de los Estatutos el acuerdo por mayoría cualificada de la Asamblea General para realizar actos de enajenación o disposición de bienes, por lo que la inscripción de la hipoteca requiere la acreditación, bien del acuerdo de la Asamblea, bien de la disposición estatutaria que la exima.

Finalmente se consideró que la hipoteca constituida no estaba comprendida dentro de un negocio complejo de adquisición que exceptuase de la pertinente autorización de la Asamblea, pues la doctrina del negocio complejo resulta exclusivamente aplicable cuando se grava solamente el propio bien adquirido, pero no cuando la hipoteca recae además sobre otra finca adquirida con anterioridad por la Asociación cuya titularidad podría verse afectada por un proceso de ejecución derivado de un préstamo concedido para la adquisición de otra finca registral.

CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA

¿Debe notificarse el resultado de la calificación sustitutoria en todo caso al presentante y al notario? ¿O sólo a quién la solicitó? La solicitud de la calificación sustitutoria ¿interrumpe los plazos de interposición del recurso gubernativo para quien no lo solicitó? En caso de que la calificación sustitutoria revoque uno de los defectos y mantenga otro u otros ¿le puede aprovechar a quién no la solicitó el resultado de la calificación sustitutoria?

La respuesta a todas estas cuestiones dependerá de la naturaleza jurídica de esta especial vía de revisión de la calificación registral. La primera doctrina de la DGRN sobre la figura

(RDGRN de 14 de enero 2012, y otras posteriores) se ha visto superada y revisada por la más reciente que se recoge por extenso en la RDGR de 23 de abril de 2014. El cambio de doctrina tiene su fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la naturaleza jurídica especial del procedimiento registral y el régimen legal a que queda sujeto, fijado por la importante STS (Sala 1ª) de 3 de enero de 2011. De ella resultan, entre otros pronunciamientos de interés, que la función de la calificación registral presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas; que la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto –artículo 3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa–; y que, por ello, la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta.

Esta doctrina ha sido asumida, como no podía ser de otro modo, por la DGRN rectificando su primer posicionamiento. Si antes sostenía que la calificación sustitutoria se asimilaba con un recurso previo de reposición típicamente administrativo (e inexistente en el procedimiento registral) en base a una pretendido proceso de administrativización del procedimiento registral y, en consecuencia, entendía que la solicitud de calificación sustitutoria suspendía los plazos para interponer el recurso incluso respecto de quien no la solicitó y que, en caso de que el registrador sustituto calificara negativamente el título, debería notificarlo tanto al solicitante como al notario autorizante; ahora esta posición no puede sostenerse.

Recuperando la doctrina clásica de la DGRN en relación con la naturaleza del procedimiento y función registral, sintetizada en la RDGRN de 26 de junio de 1986, señala ahora que la calificación sustitutoria se prevé por la LH como una medida distinta de los recursos para desvirtuar la calificación registral negativa y, por tanto, como trámite del procedimiento registral y no como un recurso. La calificación por registrador sustituto recibe el tratamiento legislativo de alternativa frente al recurso. En el procedimiento registral, como señala la STS de 3 de enero de 2011 citada, nos encontramos ante un procedimiento especial, especialidad que se extiende también al recurso contra la calificación y a la calificación por sustitución, integrando uno de los denominados procedimientos triangulares, en el que ha de primar la seguridad jurídica y en el que no se enfrentan el interés de la Administración y del administrado, sino el de diversos administrados entre sí –quien solicita la inscripción y quien como consecuencia de ella va a verse expulsado del Registro o afectado por su contenido– por lo que no hay razón alguna para que prime el interés de uno de ellos (quien no recurrió la resolución denegatoria) frente al de otros terceros (los perjudicados o afectados por la inscripción).

Como consecuencia de esta doctrina:

- a) La solicitud de calificación sustitutoria interrumpe los plazos para recurrir sólo respecto de quién la solicitó. Respecto de quien no la solicitó (sea el notario autorizante o el presentante) los plazos para interponer recurso ante la DGRN o la demanda en juicio verbal se computan desde la fecha de la notificación de la primera calificación negativa (de acuerdo con el artículo 322 LH la calificación negativa deberá notificarse al presentante y al notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido).
- b) En caso de que el registrador sustituto califique negativamente el título, en todo o en parte, sólo deberá notificar el resultado de su calificación a quien la instó, y nunca a quien no lo hizo. Si, a pesar de ello, el registrador sustituto notifica el resultado de su calificación también a quien no lo solicitó, concediéndole los correspondientes recursos, puede provocar el efecto no deseado de que se abran de nuevo para él los plazos de recurso.
- c) En caso de que uno de los interesados interponga recurso ante la DGRN y el otro solicite la calificación sustitutoria, si el registrador sustituto confirma los defectos señalados por la calificación primitiva, la DG deberá continuar con el expediente y resolver el recurso interpuesto por el otro interesado. Si, por el contrario, la calificación sustitutoria revoca la calificación inicial, la RDGRN de 23 de abril de 2014 entendió que el recurso debe sobreseerse al quedar sobrevenidamente sin objeto. Aplicando esta última interpretación debe entenderse que si el registrador sustituto confirma unos defectos y revoca otro u otros, respecto de éstos últimos quedará también sin objeto un eventual recurso ante la DGRN.

COMUNIDAD FUNCIONAL DE GARAJES

CASO 1.- ¿Se debe exigir la licencia administrativa de Ley del Suelo para constituir un local comercial en una subcomunidad horizontal o funcional de garajes?

Se consideró unánimemente que era necesaria la preceptiva licencia, pues de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la reforma de la Ley 8/2013, de 26 de junio, se requiere autorización administrativa para la división de locales, siempre que la misma implique un incremento de los elementos independientes de la división horizontal, lo que sucede en el supuesto planteado.

Las posibles objeciones a la exigencia de autorización administrativa, como es el precedente normativo de la Ley 8/2013, es decir, el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, así como el hecho de que la creación de plazas de garaje no implica la realización de obras materiales de tabiquería que impliquen división, no permiten sostener una opinión contraria a la exigencia de licencia, como resulta de la resolución de 26 de octubre de 2017 de la DGRN. Señala al respecto el Centro Directivo: “En cuanto a la alegación del notario recurrente en el sentido de

que, conforme al artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 la división o segregación de locales sólo precisaría dicha autorización en el caso de que «del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión», ha de tenerse en cuenta que si bien dicho precepto reglamentario, como antes se ha indicado, constituye un antecedente normativo del actual artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal, ello no significa que el precepto legal se haya limitado a plasmar con rango legal la misma redacción del artículo reglamentario, sino que la redacción legal es deliberadamente distinta de la reglamentaria, y en dicha redacción legal se ha suprimido el inciso o exención especial relativa a los locales comerciales o plazas de garaje. Por tanto, y en virtud de la derogación normativa de cualquier precepto legal o reglamentario anterior que se oponga o resulte contrario a la nueva redacción legal, ha de concluirse que la excepción alegada por el recurrente quedó tácitamente derogada y por tanto no resulta de aplicación.”

CASO 2.- COMUNIDAD FUNCIONAL DE GARAJES. El departamento de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, situado en el sótano, fue enajenado a diversos propietarios por participaciones indivisas, cada una de las cuales atribuye a su titular el derecho al uso de una plaza de garaje de la que sólo consta en el Registro su numeración respectiva. A cada cuota se le abrió folio independiente, conforme al artículo 68 RH. Ahora, la Comunidad de Propietarios del garaje celebra una junta donde modifican las cuotas de participación así como la numeración de las plazas. Además se completa la descripción de las plazas para incluir los linderos y superficie de cada una de ellas.

¿Puede aplicarse a esta especial comunidad las normas previstas en la LPH para la adopción de los acuerdos, en especial, las normas sobre consentimiento presunto de los ausentes, ex artículo 17.8 LPH?

Si esto es así, ¿Puede admitirse que este supuesto pueda asimilarse a un acto colectivo imputable a la Junta como órgano comunitario? ¿O debe entenderse que, por afectar la nueva descripción y la nueva cuota individualizadamente al dominio de cada propietario, será necesario el consentimiento de cada uno de ello prestado en forma auténtica?

En relación con la primera cuestión la jurisprudencia, ya desde la STS (Sala 1^a) de 24 de diciembre de 1990, viene reconociendo que, en estos supuestos, no es posible compartir que se esté en presencia de una Comunidad Romana antes que una Propiedad Horizontal. Y lo fundamenta porque dada las características de uso y disfrute de la finca, con asignación a cada participación indivisa del uso y disfrute exclusivo de una plaza de aparcamiento, con la posible inclusión de Estatutos por los que habrá de regirse este tipo especial de comunidad, ha de apreciarse *“la prevalencia al punto de la ordenación del régimen de la Propiedad Horizontal frente al de la comunidad de bienes, sencillamente, porque, como se sabe, la comunidad de bienes recae en torno a un pro indiviso sobre una cosa exclusivamente que se pone en común mientras que en éste, el garaje, como en la Propiedad Horizontal, existe el deslinde entre los distintos objetos patrimoniales sobre partes exclusivas o propiedad especial y el elemento común”*.

Admitida la aplicación de las normas previstas para la propiedad horizontal en este tipo especial de comunidades ex artículo 68 RH, respecto de la segunda pregunta planteada se recordó cómo la doctrina DGRN viene distinguiendo entre acuerdos comunitarios unánimes que tienen el carácter de actos colectivos (imputables por tanto a la junta como órgano y que han de adoptarse por unanimidad de la misma, conforme a la LPH,) y aquellos otros actos que afectan al contenido esencial del derecho de propiedad (que requieren el consentimiento individualizado de los propietarios afectados). Esta distinción hay que entenderla referida exclusivamente al ámbito de la forma de expresión del consentimiento de los titulares, pero en nada afecta al ámbito del régimen registral de reflejo de los actos inscribibles; ámbito este último en el que son de ineludible aplicación los principios de tracto sucesivo (art. 20 LH), inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH) y de prioridad (art. 17 LH).

En el caso planteado, la entidad de las modificaciones pretendidas en la descripción de cada uno de los componentes privativos, fijando una superficie y linderos que nunca han constado inscritos, e incluso la misma modificación de la cuota de propiedad, exigen el consentimiento individualizado de cada uno de los propietarios, por afectar al contenido esencial de su propiedad exclusiva. A esta conclusión llegó también la DGRN en resolución de 18 de septiembre de 2015 en un supuesto en que se pretendía inscribir la modificación de la superficie de todos los componentes privativos de una propiedad horizontal mediante escritura otorgada por el presidente de la comunidad y por un técnico. No lo admitió el Centro Directivo pues, al tratarse de una modificación que afecta al contenido esencial del derecho de dominio, consideró se requería el consentimiento individualizado y en escritura, de todos los propietarios. Advirtiendo que si la modificación no afectase a todos los componentes privativos, y dado que entonces se verían afectados elementos comunes, junto con el consentimiento individualizado de cada propietario afectado sería necesario acuerdo de la junta.

CONCURSO DE ACREEDORES

CASO 1.- Se presenta a inscripción escritura de compraventa de una vivienda propiedad de una persona física. En el historial de la finca consta inscrita una hipoteca a favor de una Entidad Financiera en garantía de un principal de 204.000 euros, con un valor de tasación para subasta de 256.000 euros; y también una anotación preventiva de la apertura del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos del titular.

De la escritura resulta: que el procedimiento concluyó sin acuerdo y que por auto de fecha 16/10/2017 se declaró en concurso de acreedores consecutivo al deudor con intervención de sus facultades y nombramiento de administrador concursal. Por auto de 18/01/2018 se aprueba el plan de liquidación presentado, que se inserta y sin que conste su firmeza. El Plan prevé, respecto de la finca en cuestión, único bien inmueble que posee el deudor, en una primera fase de un mes, a contar desde el día siguiente al de la aprobación del Plan, la venta directa por el precio mínimo que será el 100% del valor de liquidación que recoge el propio plan de liquidación y que asciende a 134.546,97 euros.

En la escritura comparece el deudor, el administrador concursal y la parte compradora formalizando la enajenación por el precio mínimo fijado de 134.546,97 euros, afirmando que es la única oferta recibida. No comparece el acreedor hipotecario en la escritura pero el vendedor se obliga a cancelar registralmente la hipoteca que grava la finca, a cuyo efecto destinará el precio de la venta al pago de la deuda pendiente (no se dice a cuánto asciende) utilizándose, además, en la medida en que fuere necesario la tesorería o el dinero del activo inventariado en el Plan de Liquidación para el pago de toda la deuda pendiente que tiene la condición de crédito con privilegio especial.

Se señaló que la legislación concursal ha previsto que, una vez abierta la fase de liquidación, la realización de los bienes se haga conforme al plan de liquidación aprobado. De no haberse aprobado el plan de liquidación las operaciones de liquidación deberán ajustarse a las reglas previstas en los artículos 149 y siguientes de Ley Concursal. Estas normas, especialmente el artículo 155 Ley Concursal, será también aplicables aun cuando se haya aprobado el Plan de Liquidación, pues no se trata de reglas supletorias sino imperativas, como ha venido a aclarar la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015 de 25 de mayo, que cambia la rúbrica de "reglas legales supletorias" por la de "reglas legales de liquidación". Así lo ha entendido también la jurisprudencia.

En nuestro caso se trata de la enajenación de un bien que está gravado con una hipoteca a favor de una entidad Financiera en garantía de préstamo, resultando, en consecuencia, que se trata de la enajenación de un bien afecto a un crédito con privilegio especial (artículo 90.1. 1º Ley Concursal). Los derechos de este acreedor hipotecario deben ser respetados, en todo caso, pues como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo 491/2003, de 23 de julio "el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a la prevista con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puedo obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legamente, en este caso, en el artículo 155 LC."

El artículo 149 Ley Concursal en su redacción vigente, que es plenamente aplicable dadas las fechas del concurso, dispone en su apartado 2 que, para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Y este precepto prevé unos trámites (conformidad de los acreedores hipotecarios al precio acordado, tasación oficial actualizada, anuncio de la mejor oferta aprobada judicialmente en los términos legales, inexistencia de mejores ofertas, etc.) que no se han cumplido en el caso que nos ocupa.

Este criterio ha sido confirmado por la Resolución DGRN de fecha 11 de septiembre de 2017 (BOE de 5 de octubre), cuyo fundamento de derecho 2, último párrafo señala: *"... las reglas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación del bien sobre que recae el derecho real de garantía (artículos 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) tienen carácter imperativo y a ellas necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también*

en defecto de aprobación del plan de liquidación (vid., por todas, la Resolución de 10 de enero de 2017). Por lo demás, el carácter imperativo de tales normas ha sido confirmado por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013 (aunque se pronunciara específicamente sobre el apartado 3 del artículo 155 de la Ley Concursal), se desprende claramente del contenido y posición sistemática del citado artículo. Así resulta con mayor claridad después de la modificación introducida en el artículo 149 de la Ley Concursal por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que sustituyó en aquél la rúbrica de «Reglas legales supletorias» por la de «Reglas legales de liquidación», así como de la regulación modificada, de la que se infiere que la norma del segundo párrafo del apartado 2, remitente al artículo 155.4 de la Ley Concursal, no es regla supletoria sino de imperativa observancia. Y es que, de tales normas resulta patente la voluntad del legislador, para el caso de realización fuera de convenio de bienes gravados con prenda o hipoteca (y dada la especial afección del bien objeto de estos derechos de garantía), de dificultar la realización de tales bienes por un precio inferior al de tasación fijado de mutuo acuerdo por las partes en el momento de constitución de la garantía real, de modo que la realización por ese precio inferior requiere el consentimiento de la entidad acreedora con privilegio especial."

Y también ha sido ratificado de forma rotunda por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 625/2017, de 21 de noviembre, de lectura imprescindible, y que aclara cuál es el régimen legal aplicable a la enajenación de un bien inmueble, titularidad del concursado, que está gravado con hipoteca. Del Fundamento Tercero de esta sentencia, aun cuando se refiere a un supuesto de transmisión de unidad productiva, resulta con claridad:

- a) Que el apartado 4 del artículo 155 LC, prevé, con carácter general, la realización de un bien hipotecado por medio de subasta. Pero permite que el juez pueda autorizar la venta directa, que cuando se haga fuera de convenio deberá cumplir con los requisitos que dicho apartado 4 impone.
- b) Que esta regla debe operar tanto si la transmisión se hace con arreglo a las reglas legales, como si se realiza conforme al plan de liquidación.
- c) Que la regla general del artículo 155.4 Ley Concursal debe ser respetada en todo caso y que es necesario la conformidad del acreedor hipotecario para la enajenación del bien gravado por un precio inferior al pactado

Alguno de los asistentes apuntó que, dado que no se cancelaba la hipoteca, los derechos del acreedor hipotecario quedaban indemnes por lo que no tenía justificación la aplicación del repetido apartado 4 del artículo 155 LC. Si para enajenar bienes que no están afectos a créditos con privilegio especial no existe limitación alguna en los términos que establece el artículo 155.4 de la Ley Concursal, es porque en el artículo 155.4 lo que se tutela el interés del acreedor

que como consecuencia de la venta va a ver cancelado su derecho. Si no se cancela y el acreedor muestra su conformidad a la operación realizada no se ve la razón por la que haya que excluir esta posibilidad. Se argumentó, en sentido contrario, que debía tenerse en cuenta que las reglas de liquidación no tienen como finalidad la tutela del interés particular de uno o varios acreedores, sino el interés colectivo de la masa, por lo que no cabe una interpretación extensiva de las reglas previstas (RDGRN de 28 de junio de 2016); y que, incluso contando con el consentimiento del acreedor hipotecario y el concursado, el precepto exige para la venta por un precio inferior al pactado que se haga conforme al valor de mercado según tasación oficial actualizada, que se autorice judicialmente la venta y que se anuncie con la misma publicidad que la subasta del bien, pues de lo que se trata de obtener el mayor valor posible en beneficio del concurso.

CASO 2.- El historial registral de la finca afectada es el siguiente:

1º- Hipoteca a favor de entidad de crédito con nota marginal de expedición de certificación de cargas para una ejecución hipotecaria practicada el 8 de mayo de 2014.

2º- Anotación preventiva de embargo practicada el 17 de junio del año 2014, prorrogada en 2018.

3º- Anotación de declaración de concurso necesario practicada en febrero de 2016, en virtud de auto de 25 de julio del año 2014. Posteriormente se inscribe la declaración judicial de la apertura de la fase de liquidación. En el Registro de la Propiedad no consta ninguna situación concursal posterior.

Documento presentado:

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de venta en la que la sociedad titular registral, aparece representada por el administrador concursal. Se manifiesta que se ha aprobado el plan de liquidación, pero no se aporta dicho plan de liquidación, (por lo que no se puede conocer si en dicho plan de liquidación se realiza alguna precisión o aclaración en cuanto a la finca transmitida) Se incorpora la escritura un auto de noviembre de 2017 en el que se dispone la aprobación del plan de liquidación presentado por la administración concursal y con un contenido particular: el juez razona que la finca no puede incluirse en el plan de liquidación "al ser objeto de un procedimiento de ejecución separada que se encuentra en trámite y no ha sido suspendido"... Y que no ha lugar a hacer más consideraciones en relación a los contratos de venta suscritos previamente por la administración concursal ya que no se ha seguido el trámite procesal previsto en la ley para que pueda aprobarse judicialmente o no dicha venta... Por lo que debe declararse que la enajenación de la finca se llevará a cabo fuera del plan de liquidación...

En la escritura el administrador concursal manifiesta, que habiéndose aprobado el plan de liquidación "la enajenación se realiza de forma directa con el consentimiento del acreedor privilegiado dando cumplimiento al auto de 6 de noviembre de 2017" pero en la escritura no comparece el representante del acreedor privilegiado. Sí que consta presentado en el Registro de la Propiedad en fecha distinta, una escritura de cancelación de la hipoteca otorgada por el acreedor hipotecario.

No hay autorización judicial de la enajenación. En la escritura se solicita expresamente que se cancele la anotación preventiva de embargo.

En relación con el supuesto planteado surgen varias cuestiones. En primer lugar, que siempre que exista Plan de Liquidación, habitual en la mayoría de los concursos, una vez aprobado judicialmente, deberá aportarse para la calificación, acreditando su firmeza (RDGRN de 8 de julio de 2015).

En segundo lugar, resulta que se trata de la enajenación de un bien afecto a un crédito con privilegio especial. Los derechos de este acreedor hipotecario deben ser respetados en todo caso pues, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo 491/, de 23 de julio, "el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a la prevista con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puedo obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legamente, en este caso, en el artículo 155 LC." El artículo 149 Ley Concursal en su redacción vigente dispone en su apartado 2 que para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Este precepto prevé unos trámites (conformidad de los acreedores hipotecarios al precio acordado, tasación oficial, anuncio de la mejor oferta aprobada judicialmente en los términos legales, inexistencia de mejores ofertas, etc.) que no se han cumplido en el caso que nos ocupa. Este criterio ha sido confirmado por la Resolución DGRN de fecha 11 de septiembre de 2017 (BOE de 5 de octubre), y ha sido ratificado de forma rotunda por la Sentencia del Tribunal Supremo 625/2017, de 21 de noviembre, dejando claro cuál es el régimen legal aplicable a la enajenación de un bien inmueble, titularidad del concursado, que está gravado con hipoteca. Del Fundamento Tercero de esta sentencia, aun cuando se refiere a un supuesto de transmisión de unidad productiva, resulta con claridad:

- a) Que el apartado 4 del artículo 155 LC, prevé, con carácter general, la realización de un bien hipotecado por medio de subasta. Pero permite que el juez pueda autorizar la venta directa, que cuando se haga fuera de convenio deberá cumplir con los requisitos que dicho apartado 4 impone.
- b) Que esta regla debe operar tanto si la transmisión se hace con arreglo a las reglas legales, como si se realiza conforme al plan de liquidación.
- c) Que la regla general del artículo 155.4 Ley Concursal debe ser respetada en todo caso y que es necesario la conformidad del acreedor hipotecario para la enajenación del bien gravado por un precio inferior al pactado.

Para mayor extensión sobre este tema, véase el caso número 5 de la anterior reunión del Seminario.

Finalmente, en cuanto a la cancelación de las cargas sobre la finca, por lo que se refiere a la cancelación del embargo es claramente insuficiente la solicitud manifestada en la escritura debiendo obtenerse el oportuno mandamiento expedido por el Juzgado de lo Mercantil. Y en cuanto a la escritura de cancelación de hipoteca que consta presentada, existe el obstáculo de ser necesaria la previa cancelación de la nota marginal de expedición de la certificación para la ejecución hipotecaria.

Respecto de esta cancelación de hipoteca, se dijo que, una vez practicado el asiento en el Registro, quedaría removido el obstáculo para una aplicación del artículo 155.4 Ley Concursal, pues el bien no estaría afecto a un crédito con privilegio especial. Sin embargo, se advirtió del riesgo que se corría cancelando la hipoteca, dejando vigente la anotación preventiva de embargo, que, de esta manera, mejoraría de rango. Se consideró entonces que, dentro de un proceso de liquidación, la inscripción de la venta o adjudicación del bien debe ser simultánea a la cancelación de las cargas que no deban de subsistir, como si se tratara de un negocio complejo, y que debía ser calificadas e inscritas ambas operaciones, inscripción de la transmisión y cancelación de los gravámenes simultáneamente, a modo similar a lo que sucede con el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas en los procedimientos de ejecución. O, cuando menos, practicar la cancelación de las cargas que se hayan extinguido de manera simultánea, para no alterar el rango en el Registro y que éste publique, adecuadamente, todo el resultado del proceso de ejecución universal que implica la liquidación en sede concursal.

CONDICIÓN RESOLUTORIA

Consta inscrita una venta de varias fincas sujeta a condición resolutoria en garantía del precio aplazado distribuido entre las fincas vendidas, con el siguiente pacto: *"A efectos de la cancelación registral en su día de dicha carga, podrá la parte compradora o cualquier otra persona con interés para ello, hacer constar el pago de la cantidad aplazada mediante acta notarial en la que se acredite estar en su poder el documento bancario de la entidad en que se hubiese domiciliado el pago acreditativo del pago de las mismas, que será título suficiente para que en el Registro de la Propiedad se cancele dicha carga."*

Se presenta ahora acta notarial otorgado solo por el comprador donde, a los efectos de cancelar dicha condición resolutoria solo respecto de una de las fincas transmitidas, se incorpora justificante bancario de la transferencia hecha por un tercero (posterior comprador de la finca por el importe del precio aplazado correspondiente a dicha finca) en favor del originario vendedor mediante abono en una cuenta corriente que se identifica como titularidad de dicho vendedor originario, pero sin que conste ni en el Registro ni en la documentación aportada tal titularidad de manera fehaciente.

Dado que en el pacto inscrito, se habla de documento bancario de la entidad en que se hubiese domiciliado el pago, pero sin indicación de cuenta bancaria alguna de domiciliación de pagos:

- ¿es suficiente el justificante de la transferencia para proceder a la cancelación solicitada?

- ¿sería necesario aportar certificado de la Entidad bancaria que recibe dicho pago acreditativo de la titularidad de la cuenta en favor del originario vendedor?

Se entendió que el justificante de la transferencia no era suficiente para proceder a la cancelación. En la inscripción se indicaba que bastaba “documento bancario de la entidad en que se hubiese domiciliado el pago”, pero no resultaba de la misma ningún número de cuenta, ni siquiera entidad para proceder al abono.

Una primera posición consideró necesario el consentimiento del favorecido por la condición resolutoria en aplicación de la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y 179 del Reglamento Hipotecario. Para proceder a la cancelación debe justificarse la realidad del pago y su correspondencia con el crédito garantizado, de modo indubitado. Ninguno de estos extremos resulta del documento presentado. La inscripción ni siquiera determina la cuenta en la que debía domiciliarse el pago.

La mayoría mantuvo que si quedaba acreditado que el pago se había producido en una cuenta del favorecido por la condición resolutoria, atendiendo al espíritu del pacto y a que estaba inscrito, podía procederse a la cancelación. Bastaba, al efecto, presentar una certificación expedida por representante de la entidad destinataria de los fondos, con firma legitimada notarialmente, con facultades suficientes, que acreditase la existencia de la cuenta a nombre del favorecido por la condición resolutoria y la fecha y recepción de la cantidad. El consentimiento a la cancelación que figura inscrito junto con el documento bancario que acredita el pago deben considerarse suficientes. Este consentimiento cancelatorio anticipado se ha admitido plenamente en los supuestos de cancelación por caducidad convencional. Por otra parte, son numerosos los preceptos que admiten documentos bancarios para la acreditación del pago (cfr. arts. 177 del Reglamento Notarial, 2 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo).

DERECHO DE TRANSMISIÓN

Opinión sobre la doctrina de la DGRN acerca del derecho de transmisión. Después de las RR 26.07.17 (BOE 14.08.17) y, sobre todo, 22.01.18 (BOE 31.01.18), parece que vuelve a la doctrina tradicional. En definitiva, no parece claro si, en el caso más frecuente, es preciso que en la herencia del primer causante comparezca el cónyuge viudo del transmitente.

Las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 26 de julio de 2017 y 22 de enero de 2018 diferencian según que el transmisario acepte o repudie la herencia del causante originario. Solo a él corresponde aceptar o repudiar la herencia de éste. Si la repudia, los legitimarios del transmitente no tienen que intervenir en la herencia del causante originario. Por el contrario, si la acepta, sí tienen que intervenir, pero no como llamados a la herencia de este último, sino como titulares de derechos sobre los bienes que la integran.

La resolución de 26 de julio de 2017 argumenta del siguiente modo: *“Por ello, como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 22 de octubre de 1999, «2. En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el «ius delationis» respecto de la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo –a la que existe un llamamiento directo «ex lege» no se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación– (cfr. artículos 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos».*

EXTINCIÓN DE CONDOMINIO

Tres hermanos, X, Z e Y, extinguen el condominio que tienen sobre una finca y *“dado el carácter indivisible de la finca, la adjudican en su totalidad y en pleno dominio”* a X, que compensa económicamente por sus derechos en la comunidad disuelta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 404 y ss, en relación con el 1062 del CC a los comuneros Z e Y de la siguiente manera: 10.000 euros mediante transferencia y 90000 euros quedan aplazados sin devengar intereses para ser satisfecha en un plazo determinado. Se especifica en la escritura el número de la cuenta corriente del “adquirente” y el de la cuenta corriente de la “parte transmitente”. Y a continuación se pacta la siguiente condición resolutoria:

“Queda convenido expresamente por las partes contratantes que la falta de pago aplazado a su vencimiento, dará lugar de pleno derecho a la resolución del presente contrato, por darse a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria, 59 de su Reglamento y 1504 del Código Civil; así, al vencimiento del citado plazo impagado, la parte vendedora podrá requerir judicial o notarialmente a la compradora y quedará con ello consumada automáticamente y sin más trámites la resolución de este contrato, recuperando la parte vendedora las participaciones indivisas de finca vendidas y perdiendo la parte compradora el veinticinco por ciento de las sumas entregadas a cuenta del precio de la venta, cantidad que, como las mejoras, en su caso, quedará en beneficio de la parte vendedora como indemnización. La parte compradora fija su domicilio, para la práctica de requerimientos y notificaciones en la finca que adquiere por virtud de esta escritura”.

Independientemente de que no cabe la resolución automática ni cláusula penal, ¿se puede pactar una condición resolutoria, tal y como está redactada en la escritura, en garantía del

pago aplazado de las cantidades correspondientes a la compensación en una extinción de condominio?

No se apreció ningún inconveniente en la posibilidad de pactar una condición resolutoria explícita en garantía del pago que queda aplazado de la compensación debida por el adjudicatario de un bien a los demás comuneros, como consecuencia de la disolución de una comunidad. La DGRN ha venido admitiendo la posibilidad de constituir la en garantía de alimentos (RDGRN de 16 de octubre de 1989), permuta de solar por obra futura (RDGR de 10 de mayo de 2007), contrato de renta vitalicia (RDGRN de 26 de abril de 1991). Argumenta el Centro Directivo que el hecho de que únicamente para la compraventa se contemple la condición resolutoria explícita en garantía del pago del precio (arts. 1504 CC y 11 LH), no significa que dicha garantía haya de constreñirse a este contrato con exclusión de aquellos otros, igualmente onerosos, en los que por el contenido y características de las prestaciones interdependientes (especialmente cuando se transmitiesen inmuebles a cambio de ciertas obligaciones de hacer, no hacer o dar alguna cosa que no sea dinero), resulta igualmente fundada su admisión siempre que, dada la eficacia "*erga omnes*" de tal cautela, quede delimitada en su alcance y operatividad por el mismo contrato, o complementariamente por la Ley. Y es indudable que en la extinción de condominio con adjudicación del bien a uno de los condueños con la obligación de compensar a los otros el exceso en metálico, cualquiera que se la naturaleza jurídica que se le atribuya, permite equipararlo, a estos efectos de garantía, a la transmisión de parte del bien a cambio de una prestación.

Tampoco se consideró defecto la utilización de los términos "parte compradora" y "parte vendedora" pues, del contexto del negocio celebrado, puede deducirse sin grandes esfuerzos de interpretación que se está refiriendo a la parte que se adjudica la totalidad del bien y a quienes se debe compensar por el defecto de adjudicación, respectivamente.

En cambio sí se apreció la necesidad de aclarar determinados extremos para que la cláusula pudiera acceder al Registro, fundamentalmente para dar cumplimiento al principio de especialidad (artículo 11 LH). En el supuesto presentado, siendo dos los comuneros que deben ser compensados, acreedor cada uno por la parte que le corresponde, debe distinguirse claramente la cantidad ya recibida por cada uno de ellos y la que queda aplazada y garantizada. Siendo así que, en realidad, se están pactando sendas condiciones resolutorias, cada una en garantía de una obligación, pues dos son las obligaciones pendientes de pago, con su respectivo acreedor, y cuyas vicisitudes futuras: pago, compensación, confusión, cancelación de la garantía, etc, serán, en principio, independientes.

Es cierto que en base al principio de la autonomía de voluntad, recogido en el artículo 1.255 del Código Civil, la prestación -entrega de la cosa o pago del precio- puede configurarse bajo la forma de mancomunada o solidaria, divisible o indivisible, etc., lo que se trasluce en unas

consecuencias jurídicas diferentes. Y también que la DGRN (Vid resolución 23 de julio de 1999) ha declarado que en las obligaciones indivisibles, junto a las que lo son por la propia naturaleza del objeto, cabe también encontrar una indivisibilidad convencional en los casos en que siendo dicho objeto divisible, los contratantes bien mediante convenio expreso o bien implícitamente han estipulado que la obligación se ejecute como indivisible, por ejemplo cuando se trata de un solo y único contrato de compraventa en el que la prestación tanto por parte de los vendedores como por la de compradores es conjunta e indivisible.

Pero esta presunción de entender que existe un pacto implícito de indivisibilidad en la obligación, deducible de la presunta voluntad de las partes de que la obligación de pago se ejecute como indivisible, siendo válida para evitar la distribución del precio en caso de venta conjunta de varios derechos sobre una cosa o en caso de venta de varias cosas, pues el precio carece de trascendencia jurídico real y de eficacia frente a tercero, no parece suficiente cuando se constituye un derecho real de garantía oponible “*erga omnes*”. En tal caso, la protección de los terceros adquirentes y la exactitud y precisión que debe presidir los pronunciamientos registrales exige que el acuerdo de atribuir a la obligación de pago el carácter de indivisible, si ello es lo verdaderamente querido por las partes, conste expresamente y no por meras deducciones. Las presunciones acerca de la voluntad de los contratantes casan mal con los principios por los que se rige el funcionamiento del Registro.

En definitiva, sólo si se pacta expresamente la indivisibilidad de la obligación, podría inscribirse la condición resolutoria en garantía de una única obligación, sin necesidad de distinguir entre las obligaciones que corresponden a cada uno de los comuneros. En tal caso, los dos acreedores comuneros habrán de proceder colectivamente para reclamar su crédito, resultando ineficaz la aislada reclamación de un acreedor para poner en mora al deudor o interrumpir la prescripción. También será preciso que los acreedores procedan colectivamente para perjudicar su derecho (por ejemplo, la remisión total de la deuda sólo es posible con el concurso de todos ellos, ex. Artículo 1139 CC). Pero mientras así no se convenga, cada comunero será acreedor de su crédito que podrá exigir, compensar, confundir, aplazar, etc., por su sola voluntad independiente de la del otro comunero acreedor.

HERENCIA

CASO 1.- En una escritura de partición de herencia, el causante, casado en segundas nupcias y con hijos de ambos matrimonios, deshereda a los hijos del primer matrimonio “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 853 del Código Civil, quienes no hablan ni se ocupan del testador desde hace más de dieciocho años. Si deviniera inválida o ineficaz la desheredación, en su caso, verán reducida su herencia a la parte que por legítima estricta le corresponda”. Lega a su segunda esposa el tercio de libre disposición y su cuota legal, e instituye herederos a los hijos del segundo matrimonio, sustituidos vulgarmente por sus descendientes en el supuesto de premoriencia.

Las operaciones particionales se han realizado prescindiendo de los hijos del primer matrimonio.

Los hijos del segundo matrimonio renuncian pura y simplemente a la herencia, considerando el notario “que, según los términos del testamento del causante, considero a la segunda esposa como sucesora universal y además, en cuanto a la liquidación de gananciales se produce el fenómeno jurídico llamado “acrecimiento por descompresión”, refundiéndose en la segunda esposa todos los derechos como única y universal derechohabiente.” No consta además que los hijos del primer matrimonio (ni los del segundo) tengan o no descendientes.

Se consideró que debían ser objeto de estudio tres cuestiones: la validez de la cláusula de desheredación; la omisión en la escritura de toda referencia a la posible existencia de descendientes de los desheredados; y las consecuencias sucesorias de la renuncia a la herencia de los hijos del causante instituidos herederos.

En cuanto a la validez de la cláusula de desheredación, se consideró mayoritariamente que aun cuando la causa alegada no está comprendida en el tenor literal del artículo 853 del Código Civil sí está comprendida en su espíritu, máxime cuando la jurisprudencia ha afirmado que el abandono emocional de los padres por los hijos supone un maltrato psicológico que puede considerarse como maltrato de obra (así, sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015), debiendo en consecuencia respetarse la voluntad del causante en tanto no conste la impugnación de la misma. En este sentido, ha señalado la Dirección General en resolución de 6 de marzo de 2012 que “hay que entender eficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados (cfr. artículos 850 y 851 del Código Civil).”

Ahora bien, desheredados los hijos del primer matrimonio del causante, procederá la intervención en las operaciones particionales de sus descendientes, mereciendo en consecuencia un juicio negativo el hecho de que la escritura calificada omita cualquier referencia a los mismos. Afirma al respecto el Centro Directivo en la resolución anteriormente citada que “siendo desheredado un hijo del testador, la cualidad de legitimario pasa a los hijos de éste, de conformidad con lo que establece el artículo 857 del Código Civil. Corolario de lo anterior es que los hijos del descendiente desheredado han de intervenir en la partición, pues como también ha dicho esta Dirección General (Resolución de 25 de febrero de 2008), la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos.”

Finalmente, se entendió que la renuncia a la herencia de los herederos designados no permite en modo alguno atribuir al cónyuge supérstite la condición de heredero, sino que, como ha

señalado la Dirección General en resolución de 21 de enero de 2013, debe procederse a la tramitación de la oportuna acta de declaración de herederos abintestato, teniendo en todo caso preferencia los nietos a la esposa, conforme al artículo 923 del Código Civil, según el cual «repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante».

CASO 2.- Un señor fallece en estado de casado y con dos hijas. Una de sus hijas tiene su capacidad modificada judicialmente y rehabilitada la patria potestad de sus padres. Tenía otorgado testamento en el cual lega a su cónyuge lo que por legítima le corresponde y ordena que le sea pagado con el usufructo del tercio de mejora; lega a su hija incapacitada Y lo que por legítima estricta le corresponde, disponiendo que dicho pago se efectúe con cargo a las participaciones de las sociedades que posea la testadora a su fallecimiento, y si faltare mediante la adjudicación del efectivo o entrega de bienes muebles; y sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a su otra hija X. *"Expresamente manifiesta la testadora que el nombramiento de su hija doña X como heredera, es, por cuanto la misma tenga la obligación y carga de procurar alimentos para su hermana doña Y, para el caso de que no le quedasen bienes suficientes para mantenerse, y con el mismo nivel y capacidad económica que ha ostentado hasta la fecha"*.

En la escritura comparece, el cónyuge sobreviviente, la hija heredera y el defensor judicial nombrado para representar a la otra hija por existir conflicto de intereses. El proyecto de partición, en la que no se hace mención ninguna a la carga impuesta por el causante en el testamento, se presentó a aprobación judicial, obteniéndose ésta por auto que es firme. La escritura presentada no hace referencia alguna a la carga ¿Es posible practicar la inscripción? ¿Cómo se debe practicar la inscripción de la carga?

Todos los concurrentes convinieron en que se trata de una auténtica carga o modo testamentario. No puede entenderse como un simple ruego, dado los términos empleados y el sentido técnico que se presume deben tener los utilizados en los testamentos redactados por notario. No es un simple ruego, consejo o recomendación, que sería jurídicamente irrelevante, sino que produce, en el favorecido por la carga, una acción para exigir su cumplimiento.

Tampoco puede considerarse condición pues, además de la presunción a favor de la carga frente a la condición del artículo 797 Código Civil, resulta de la voluntad manifestada del testador que la eficacia de la adquisición no queda supeditada al cumplimiento del modo, como sucedería si fuera una condición. El heredero que acepta adquiere desde luego, pero los bienes adquiridos quedan sujetos, a su vez, al cumplimiento de una carga, gravamen o destino (una obligación de dar, hacer o no hacer).

Se trata pues de una carga o modo testamentario y, como ha señalado la RDGRN de 19 de octubre de 2015, la carga modal debe cumplirse por el gravado y en caso de incumplimiento culpable faculta para resolver la sucesión. En opinión de la doctrina mayoritaria los artículos 647 y 797 del Código Civil dan a entender inequívocamente que el incumplimiento de la carga faculta para resolver la liberalidad, tanto en los negocios inter vivos como en los mortis causa. La afección modal no es correctamente equiparable a la obligación personal (crediticia), cuyo acceso registral rechazan, a falta de especial y real garantía, los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento, pero tiene indudable trascendencia real, lo cual no supone afirmar que genere un derecho real, debiendo inscribirse en el Registro por las mismas razones que un pacto de resolución convencional de cualquier transmisión o constitución de derechos reales inmobiliarios (artículo 37.2 LH). En definitiva, concluye esta resolución que el modo ordenado testamentariamente siempre que se refiera al bien inmueble y sea inherente a su titularidad, como ocurre aquí, es susceptible de trascendencia respecto a terceros y debe constar en el Registro de la Propiedad.

Sentado que se trata de una carga o modo testamentario de indudable trascendencia real, y de imprescindible constancia registral para su eficacia frente a terceros, se entendió por algunos que, al no mencionarse su existencia en las adjudicaciones realizadas en la escritura de partición, su inscripción en el Registro exigiría el consentimiento del heredero, que podría salvarse con instancia ratificada ante el registrador. Otros, en cambio, consideraron que tal solicitud era innecesaria pues la aceptación de la herencia y la partición implican aceptar la adjudicación con la carga y que, en todo caso, la presentación de la escritura en el Registro presume la solicitud de inscripción de todos los pactos y estipulaciones en ella contenidos. Lo que no sería posible en ningún caso, con consentimiento del heredero o sin él, es practicar la inscripción del dominio omitiendo la existencia de la carga.

Se planteó finalmente si, dada la condición de heredero forzoso del gravado con la carga y el principio de intangibilidad de la legítima (artículo 813 Código Civil), podría éste exigir que la parte de su adjudicación correspondiente con su porción legitimaria pudiera quedar libre de la carga. Pero esta cuestión, además de no resultar de la escritura presentada, exigiría una nueva aprobación judicial de la partición, dada la limitación de capacidad de la heredera favorecida por la carga. Teniendo en cuenta, además, que parece evidente, dados los términos del testamento, que la causa de reducir la institución de la hija incapaz a su legítima estricta para favorecer en el resto a la otra descendente tiene su fundamento precisamente en la carga que le impone, de manera que la extensión de la legítima para ésta implicaría la aceptación de la carga sobre toda su porción. La no aceptación de la carga sobre la legítima supondría cuestionar el contenido del testamento, de modo similar a lo que acontecen con la denominada "*cautela socini*". Se entiende que la causante ha dejado a un legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, para gravar lo así dejado con ciertas

cargas o limitaciones, de tal manera que si el legitimario no aceptara dichas cargas o limitaciones podría entenderse que también debería perder lo que le ha dejado por encima.

CASO 3.- Escritura de partición de herencia de un matrimonio que fallece con testamentos idénticos, en los que instituyen herederos por partes iguales a sus 5 hijos, sustituidos vulgarmente por sus descendientes.

Uno de los hijos (A) fallece después de sus padres, sin haber aceptado ni repudiado la herencia, sin testamento, ni acta de declaración de herederos ab intestato. Fallece en estado de separado judicialmente, y según manifiestan con solo 2 hijos-herederos forzosos (B y C), quienes renuncian a la herencia de su padre. Tras la renuncia, consideran que no ha lugar al derecho de transmisión y acrece la porción de A a sus cuatro hermanos.

Cuestión: Habiendo fallecido A, heredero instituido, con posterioridad a sus padres, transmite su derecho a aceptar la herencia a sus herederos (art. 1006 CC).

¿Debe de acreditarse mediante declaración de herederos ab intestato quienes son los herederos ab intestato de A, quienes a su vez podrán aceptar/renunciar la herencia del matrimonio? (podrían existir otros hijos o nietos)

O ¿Puede considerarse suficiente la declaración de la escritura de que no existen otros herederos salvo los dos hijos B y C que han renunciado, y que por lo tanto tiene lugar el derecho de acrecer a favor de los hermanos/tíos? O si bien no se considera suficiente la manifestación, ¿Sería indispensable para acreditarlo la declaración de herederos ab intestato de A, o se podría admitir otros medios de prueba (acta notarial, Libros de Familia de A, B y C)?

La repudiación de todos los herederos del transmitente va a provocar el acrecimiento en favor del resto de los herederos del causante originario. Para que se produzca este efecto es esencial acreditar la condición de únicos herederos de los primeros. El artículo 991 del Código civil es claro al indicar que nadie puede aceptar ni repudiar una herencia sin estar cierto su derecho a la misma. Precepto que hay que conectar, en materia registral, con los artículos 14 y 20 de la Ley Hipotecaria. La repudiación de la herencia del transmitente va a provocar que queda sin efecto el llamamiento en la herencia del causante originario: se puede aceptar la primera y repudiar la segunda, pero no repudiar la primera y aceptar la segunda. Por todo ello, sólo es válida el acta de declaración de herederos abintestato del transmitente que acreditará existencia de un llamamiento efectivo y de únicos llamados en la herencia de éste.

CASO 4.- El causante de una herencia, otorgó testamento en estado de viudo y con cinco hijos, desheredando a todos ellos por abandono, causas del art 853 1 y 2 Cc y nombró heredero de todos sus bienes a un sobrino.

En la escritura de partición de herencia, comparece el sobrino y los cinco hijos, y declaran que: "No obstante lo determinado en el expresado testamento, los comparecientes, hijos y heredero del causante, siendo mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes, ha decidido adjudicarse los bienes relectos en la siguiente forma..."

En la escritura no hay declaración alguna sobre la inexistencia la causa de desheredación incluida en el testamento, y las adjudicaciones realizadas no respetan los tercios de legítima corta o larga (de dos bienes en total, al heredero se le asigna la mitad de uno y el 75% del otro, y a los hijos en proindiviso y por iguales medias partes la otra mitad del primer bien y el 25% del segundo)

¿Es posible entender que cabe acceder a esta adjudicación hereditaria con justa causa, solo por el hecho de que comparezcan todos y sean mayores y capaces? ¿No sería al menos necesario que se recogiera manifestación aceptada por el heredero de la inexistencia de la causa de desheredación testamentaria? De existir tal declaración, ¿no sería necesario adjudicar a los hijos 2/3 de la herencia como legitimarios, suponiendo cualquier otra adjudicación de los bienes el correspondiente exceso de adjudicación liquidable?

Se mantuvieron diversas posiciones. La primera consideró que el acuerdo entre todos los interesados que cierran el círculo de afectados por la sucesión era bastante para practicar la inscripción. Revelaba la existencia de un acuerdo de naturaleza transaccional en el que existía renuncia parcial a las pretensiones que cada uno de los interesados podían sostener: el heredero instituido perdía parte de los derechos que le atribuía el testamento; los desheredados, por su parte, perdían parte de lo que por legítima igualmente recibirían en caso de impugnar el testamento y obtener una sentencia favorable.

La segunda entendió que de los términos de la escritura no podía deducirse de modo claro y excluyente la causa de la atribución patrimonial. Es necesario aclarar la misma como presupuesto básico para la práctica de la inscripción. Se planteó cual sería en última instancia la causa de existir transacción y reconocimiento parcial de los derechos de los desheredados sin impugnación de la disposición testamentaria. Se trajo a colación la doctrina del Tribunal Supremo, que se inicia con la Sentencia de 20 de mayo de 1931, relativa a la total eficacia del testamento, en los supuestos de desheredación, en tanto en cuanto no recaiga resolución judicial que declare su ineficacia en procedimiento iniciado por el desheredado. Para esta posición, los derechos atribuidos a los legitimarios sólo tendrían un origen contractual -transaccional- no sucesorio. Por el contrario, otros sostuvieron que la atribución patrimonial de los desheredados tenía una naturaleza dual. No es necesario acudir a juicio para negar la causa de desheredación si el heredero muestra su conformidad a esta negativa o se aviene parcialmente a la misma. En sede de preterición no intencional se ha admitido el acuerdo unánime de los interesado con exclusión de la declaración de herederos abintestato (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1909 y de 7 de noviembre de 1935-y Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado- Resoluciones de 20 de mayo de 1889, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913 y 10 de mayo de 1950, 14 agosto de 1959 y 4 de mayo de 1999) Todo el sistema trata de lograr el acuerdo entre los posibles contendientes para evitar la iniciación de un procedimiento judicial o para facilitar la conclusión del mismo -conciliación, desistimiento, allanamiento, transacción- No parece razonable que no pueda anticiparse extrajudicialmente, al menos parcialmente, el resultado que podría obtenerse en sede judicial

. No se puede olvidar que la interposición de una demanda por parte del desheredado, negando la causa de desheredación, obliga a los herederos a la prueba de la misma y a sostener la validez del testamento (cfr. art. 850 del Código civil).

CASO 5.- Los herederos de un titular registral, B.C.A, adjudicaron una finca a un tercero, C.C.C, para el pago de las deudas hereditarias de B que se reseñaban en la inscripción. Se relacionan en la inscripción las cuatro deudas pertenecientes a cuatro acreedores, uno de los cuales es C. La inscripción es de 2002. Ahora, fallecido C.C.C, sus herederos, en escritura de partición de herencia, se adjudican la finca en pleno dominio sin reseña alguna a que la titularidad de C.C.C lo era para pago de deudas.

¿Es posible la inscripción de la adjudicación?

Se consideró que no era posible. En la adjudicación para pago el bien no entra en el patrimonio del adjudicatario, luego en modo alguno puede ser transmitido a los herederos del mismo. La resolución de la Dirección General de 17 de marzo de 2017, a modo de síntesis, indica: *“Según la Resolución de 3 de septiembre de 2008, «la adjudicación para pago es una adjudicación «en vacío» puramente formal, como ya la definió este Centro Directivo en alguna otra ocasión, para permitir la disposición final del bien, sin que el bien entre en el patrimonio del heredero. Se trata de una titularidad meramente formal, aparente y provisional, que legitima para los actos dispositivos que, para realizar el pago, tenga que verificar el adjudicatario; y que no solo no transmite el bien, sino que ni siquiera genera derecho real de garantía a favor de los acreedores de la herencia, salvo que en la misma adjudicación se hubiera estipulado expresamente o que sobre los bienes se tome en plazo anotación preventiva (cfr. artículo 45 L.H.)». Asimismo, según la Resolución de 8 de julio de 2013, de la «...doctrina jurisprudencial se deduce con absoluta nitidez que en las adjudicaciones para pago de deudas no existe un efecto traslativo del dominio a favor del adjudicatario. De las dos tesis doctrinales principales que se han enfrentado tradicionalmente en relación con la naturaleza y efectos de la dación para pago, la que considera que solo transmite a los acreedores la posesión y administración de los bienes, con el mandato de liquidarlos y cobrarse (con indisponibilidad meramente obligacional por parte del deudor), y la que considera que produce una transmisión fiduciaria de los bienes cedidos a favor de los acreedores, que los reciben con el encargo de liquidarlos y cobrar con su producto sus créditos, la jurisprudencia se ha inclinado por la primera. Por ello, este Centro Directivo, al trasladar esta doctrina jurisprudencial al ámbito registral en relación con las inscripciones practicadas conforme al artículo 2, n.º 3, de la Ley Hipotecaria, a favor del adjudicatario en los casos de dación para pago, ha afirmado que al interpretar el alcance de tales inscripciones hay que tener en cuenta que la adjudicación para pago es una adjudicación «en vacío» puramente formal, para permitir la disposición final del bien, sin que el bien entre en el patrimonio del adjudicatario»*”

El que haya, o no, transcurrido el plazo de ciento ochenta días establecido en el artículo 353 del Reglamento Hipotecario desde que tuvo lugar la adjudicación para pago no altera en modo alguno esta conclusión. La cancelación a que se refiere este artículo se refiere a los créditos que menciona la inscripción que pierden la reserva de rango que les confiere el artículo 45 de la Ley Hipotecaria. Lo contrario implicaría que de modo sobrevenido el adjudicatario se convertiría en propietario sin causa alguna que justifique su atribución patrimonial, lo que es totalmente contrario a los principios fundamentales de nuestro sistema.

CASO 6.- El titular registral A fallece en estado de viudo, sin ascendientes ni descendientes. Otorgó testamento con 3 cláusulas: 1.- En cuanto a sus bienes, derechos y acciones situados en la provincia de Madrid instituye únicos y universales herederos a sus cuñados, hermanos de su difunta esposa, y cita nominalmente 4 personas, sustituidos para el caso de premoriencia por sus descendientes y con derecho de acrecer entre sí a falta de éstos. 2.- En cuanto a sus bienes, derechos y acciones situados en la provincia de Toledo, instituye únicos y universales herederos a sus primos, y cita nominalmente a 19 personas, sustituidos para el caso de premoriencia por sus descendientes y con derecho de acrecer entre sí a falta de éstos. 3.- Reconoce la legítima estricta a cualquier heredero forzoso que pudiera existir.

Ante la dificultad de contar con los herederos instituidos en los bienes de la provincia de Toledo se plantea la posibilidad de realizar la partición de los bienes situados en Madrid con la comparecencia únicamente de los herederos instituidos en tales bienes. ¿Se podría considerar como una partición hecha por el propio testador por la que se deberá pasarse por ella (art. 1056 CC), resultando, conforme al artículo 1.068 CC que los bienes pasan por vía directa y automáticamente a cada destinatario, en caso de que acepten?

Se plantea de nuevo en el Seminario un problema de interpretación de un testamento. Tratándose de un testamento abierto notarial y hallándose el testador en condiciones normales de capacidad, en principio la inteligencia de las cláusulas testamentarias no debería suscitar dudas. Sin embargo, en la práctica se observa que en numerosas ocasiones no resulta tan evidente deducir cuál ha sido la verdadera voluntad del testador. La DGRN ha admitido la posibilidad de interpretación del testamento, siendo precepto fundamental en esta materia el artículo 675 del Código Civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En cualquier caso, tanto la doctrina como jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones (para una visión de la doctrina DGRN sobre la materia véase RDGRN de 16 de mayo de 2018).

Del testamento otorgado se desprende, por un lado, que no existen legitimarios, a pesar de lo dispuesto en la cláusula tercera que debe considerarse de estilo y que no puede prevalecer sobre las manifestaciones de la testadora de ser de estado civil viuda (estado en el que falleció), de haber fallecido sus ascendientes y carecer de descendientes. Y, por otro, que parece que no

existe propiamente institución de heredero. En cuanto a unos bienes determinados, los ubicados en la provincia de Madrid, instituye herederos únicos y universales herederos a sus cuñados; y en cuanto a otros bienes determinados por su ubicación en la provincia de Toledo, instituye únicos y universales herederos a sus primos.

Un grupo de los asistentes entendió que no puede afirmarse que exista en el testamento una auténtica institución de heredero, pues los designados no son llamados a una universalidad de bienes por partes o cuotas que dé lugar a una comunidad hereditaria que deba realizar la partición. Si fuera una comunidad hereditaria es evidente que los artículos 1058 y 1059 CC exigen la concurrencia de todos los llamados a la sucesión. En nuestro caso, el testador ha instituido herederos en cosas determinadas, aunque sea de forma genérica por su condición de lugar en que se ubican. No parece que su voluntad haya sido instituir a todos ellos herederos por cuotas iguales o desiguales en una masa de bienes, sino la de legar unos bienes a un grupo de parientes y otros bienes al otro grupo. Entender que todos ellos son llamados a una misma masa patrimonial exigiría determinar en qué proporción han sido llamados, lo que no resulta en ningún caso del testamento. Y tampoco parece que pueda entenderse que haya dos herencias o dos masas patrimoniales diferenciadas, pues ello contradice el principio de universalidad de la herencia.

En nuestro caso, no existen legitimarios y los nombrados son instituidos únicos y universales herederos en bienes concretos y determinados: en cuanto a los bienes sitos en la provincia de Madrid se nombra a un grupo de parientes, y a otro grupo en los bienes situados en Toledo. Aunque la doctrina y jurisprudencia consideran que el artículo 768 CC no tiene carácter imperativo sino meramente interpretativo de la voluntad del testador, podría entenderse fácilmente que deben ser considerados como herederos en cosa cierta y, por lo tanto, como legatarios.

No sería obstáculo para ello que se les señale el objeto de legado por una cualidad, cual es el lugar de ubicación del inmueble, pues se trataría de un legado de género reconocido por los artículos 875 y ss. CC, que adquieren desde el momento del fallecimiento del causante puesto que, al ser atribuidos por el testador a cada grupo de parientes, no requiere de ninguna elección previa.

Siguiendo esta postura, resultaría que toda la herencia se ha distribuido en legados. Estos supuestos suponen una excepción a la regla general de la necesaria entrega de la cosa legada por los herederos (artículo 885 CC) y, conforme al artículo 81 RH letra d) la inscripción a favor del legatario se practicará en virtud de solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega. Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los que no sean de inmuebles determinados se inscribirán mediante escritura de liquidación y adjudicación

otorgada por el contador-partidor o albacea facultado para la entrega o, en su defecto por todos los legatarios. Téngase en cuenta que, en nuestro caso, no sería necesaria la concurrencia de todos los legatarios pues se trata de inmuebles determinados (los ubicados en la provincia de Madrid y los ubicados en la provincia de Toledo) aunque su determinación resulte de forma genérica por el lugar de situación.

Y, respecto de las deudas del causante, se aplicaría el artículo 891 CC que señala que si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

Otros, por el contrario, consideraron que era imprescindible la concurrencia de todos los herederos a la partición, conforme a las reglas generales, por entender que, en realidad, se trata de una partición hecha por el propio testador, debiendo pasarse por ella, conforme al artículo 1056 CC, y que confiere la propiedad de los bienes adjudicados desde el fallecimiento, conforme al artículo 1068 CC.

Para que pueda considerarse que el testamento contiene una auténtica partición debe contener todas las operaciones particionales que tipifican la partición: inventario, avalúo, la fijación o inexistencia de deudas, liquidación, cálculo de las legítimas y formación de lotes. Según jurisprudencia del Tribunal Supremo la omisión de alguna de estas operaciones no impide que pueda considerarse partición realizada por el propio testador siempre que se complete posteriormente con aquellas que puedan ser necesarias para su plena virtualidad.

En nuestro caso no existe problema de existencia de legitimarios. Tampoco del avalúo de los bienes puesto que no concurren los llamados a todo el caudal relicto del causante, sino que son instituidos por grupos de parientes en unos determinados bienes que se concretan por el lugar de su situación. Aunque los dos grupos de bienes tuvieran distinto valor, debe mantenerse la voluntad del testador. El único problema registral que se puede plantear es el supuesto de que existan deudas, pues ha de quedar clarificada cuál es la situación en que quedan, Recuérdese que el orden de prelación en el proceso de liquidación patrimonial de una herencia es: acreedores del causante y de la herencia; legitimarios; legatarios; herederos voluntarios; acreedores particulares de los herederos. Ya se considere a los llamados como legatarios o como herederos, en todo caso y puesto que no existen legitimarios, prevalece el interés de los acreedores del causante y de la herencia.

En este sentido, como señaló la RDGRN de 12 de septiembre de 2012 en un supuesto de partición realizada por el propio testador, es cierto que difícilmente puede realizar el testador la operación de liquidación al tiempo de otorgar testamento pues no es el momento adecuado. Pero al menos ha de aclararse qué sucede con las deudas y concretamente si existen o no, y caso de existir, quiénes han aceptado la herencia y si lo han hecho puramente o a beneficio de

inventario, lo que requiere la intervención de todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia. Pero esta misma resolución admitió la partición parcial señalando que sólo si se acreditara que no existen deudas o las asumiera exclusivamente uno de los herederos, podría decirse que no hay perjuicio para los demás herederos cuando unos pretenden adjudicarse los bienes distribuidos por el causante.

Por otra parte, también podría entenderse que estos supuestos de herederos instituidos en cosas ciertas y determinadas, cuando los llamamientos de esta clase agotan el caudal hereditario, como es el caso, serían un supuesto asimilable a la partición realizada por el propio testador. Se ha entendido por la doctrina que, en estos casos, cada una de las instituciones en cosa cierta y determinada suponen una concreción de la parte que a cada uno corresponde en el patrimonio hereditario, realizando con ello el testador la facultad que le confiere el artículo 1056 CC. Es decir, deberían entenderse como herederos universales, instituidos en proporción al valor de los bienes que respectivamente se le ha atribuido, considerando que el testador, usando la facultad recogida en el art. 1056.1º CC, ha distribuido entre ellos, en el mismo testamento, los bienes asignados al efectuar las instituciones de herederos. Así, los autores que defienden esta postura, ponen en relación el artículo 768 CC cuando dice que el heredero instituido en cosa cierta es legatario con el artículo 891 CC que aclara que, si toda la herencia se distribuye en legados, los llamados responden personal y directamente de las deudas de la herencia en proporción a sus cuotas.

Sin embargo, no parece que esta interpretación pueda entenderse aplicable al caso que nos ocupa puesto que el testador no ha adjudicado bienes concretos a los herederos, sino que ha legado un grupo de bienes a cada grupo de herederos instituido. Además, plantea el problema de la interpretación que deba darse al testamento cuando queden vacantes alguna o algunas de los bienes asignados, por ejemplo por renuncia de todos los cuñados a los bienes situados en Madrid. ¿Debe abrirse, en este caso, la sucesión intestada para este grupo de bienes? ¿O debe entenderse que acrecen a los miembros del otro grupo? Y si aparecen otros bienes distintos, por ejemplo, un apartamento de gran valor ubicado en Alicante ¿Sucederán también todos los llamados en este bien aunque no se les haya asignado específicamente? ¿En qué proporción deben entenderse instituidos en este bien? ¿O debe entenderse que lo procedente es abrirse la sucesión intestada respecto del mismo?

En definitiva, del debate resultó que, bien se entienda que se trata de un supuesto de herencia totalmente distribuida en legados, bien de una partición realizada por el propio testador, el único perjuicio real en admitir una partición parcial serían los eventuales acreedores del causante y de la herencia. Pero este problema podría solventarse, siguiendo el criterio de la RDGRN de 12 de septiembre de 2012, si se acredita la inexistencia de deudas, o si el grupo de parientes interesado en la partición parcial asume solidariamente las deudas que pudieran

existir en la proporción que determinada el artículo 891 CC. Esta asunción debe ser solidaria entre ellos pues no puede hacerse al eventual acreedor de peor condición que era en vida del difunto, obligándole a fraccionar su reclamación.

CASO 7.- Una persona fallece en estado de soltero, bajo testamento abierto notarial en el que manifiesta que sus padres han fallecido y que carece de descendientes. En la única cláusula: Instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones la parroquia de su pueblo natal de X, cuya herencia será destinada a arreglos y mejoras de dicha Iglesia y las capillas existentes en el pueblo e igualmente al cuidado de los más necesitados. ¿Debe considerarse como un modo o carga testamentaria?

Hubo unanimidad entre los asistentes en considerar que no estamos en presencia de una auténtica carga o modo testamentario, sino más bien ante un consejo, ruego o recomendación, irrelevante a efectos registrales; o, en todo caso, ante una obligación personal que no debe acceder al Registro.

En primer lugar, porque no se utiliza la expresión “carga o modo” como parece que sería exigible siendo un testamento abierto notarial en el cual cabe presumir que los términos se utilizan en sentido técnico; debiendo estarse, en primer lugar, al sentido literal de las palabras utilizadas (artículo 675 CC). En segundo lugar, porque tampoco se refiere a un bien inmueble y que la carga sea inherente a su titularidad (como sucedería si hubiera dejado a la Parroquia determinado bien para ser destinado a culto católico). Se entendió, más bien, que sería equiparable, en todo caso, a una obligación personal (crediticia) cuyo acceso registral rechazan, a falta de especial y real garantía, los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9 de su Reglamento. Y tampoco parece que puede considerarse condición pues, resulta de la voluntad manifestada del testador que la eficacia de la adquisición no queda supeditada al cumplimiento, como sucedería si fuera una condición

Parece razonable entender que el heredero instituido, en nuestro caso la Parroquia, debe dar a los bienes el destino previsto por el testador, que no es otro que destinarlos a los arreglos y mejoras de la misma Iglesia y al cuidado de los más necesitados. Y no parece que ese fin pueda cumplirse sin hacer líquidos los bienes mediante su enajenación. Inscribir los bienes con una carga implicaría de facto amortizarlos dificultando mucho la posterior venta, y con ello el cumplimiento de los deseos del causante. Sin perjuicio de las acciones que, en su caso, pudieran corresponder a unos eventuales herederos para exigir responsabilidades al heredero si incumple.

HIPOTECA. CANCELACIÓN

Hipoteca inscrita con un plazo indeterminado, de 10 años a contar desde la constancia de la entrega del capital del préstamo. No consta nota marginal de entrega. Al amparo art 210 LH

¿Cabe proceder a la cancelación de la hipoteca transcurridos 40 años desde la inscripción de hipoteca?

Se consideró unánimemente que procedía la cancelación por caducidad al amparo de la nueva redacción del artículo 210 de la Ley Hipotecaria, según el cual las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

Se realizó además una valoración muy positiva de la reforma legal introducida respecto a la cancelación por caducidad por la Ley 13/2015, en cuanto que permite la cancelación sin necesidad de acudir al expediente de liberación de cargas y gravámenes, respecto de aquellas hipotecas cuya duración no constaba determinada en el Registro.

OPCION DE COMPRA

Consta presentada escritura de opción de compra sobre una finca que se encuentra gravada con una hipoteca en garantía de unas letras de cambio.

En la parte dispositiva, la propietaria concede a la sociedad un derecho de opción de compra que se regula por una serie de pactos que resumo en la parte que interesa:

a) el plazo es de dos años a contar desde el 7 de marzo de 2020.

b) el precio o prima de opción es de 20.000 euros, el cual se satisface en este acto mediante cheque bancario...

c) se satisface en este acto la cantidad de 67.000 euros como desembolso a cuenta del precio establecido, mediante dos cheques bancarios por importe de 40.000 euros y 27.000 euros...

En caso de no ejercitarse tal derecho de opción, dicho importe, 67.000 euros, deberá ser reintegrado a la sociedad...

d) el precio de compraventa de la finca descrita, será la suma de 330.000 euros, cantidad que la parte optante/compradora deberá satisfacer en el momento que se ejercite la opción de compra, bien en cheques o transferencia o bien subrogándose en la deuda pendiente de la hipoteca o hipotecas que graven la finca, bien reteniendo el importe necesario para satisfacer los remanentes de los préstamos hipotecarios que pudiere haber, bien mediante compensación total o parcial de créditos o deudas futuras contraídas con la parte optante, bien mediante su consignación notarial, y en general, por cualquier forma admitida en Derecho a elección de la parte optante/compradora.

Del precio establecido, en el supuesto de ejercicio de la opción, se descontará tanto la cantidad entregada como prima de la opción, como la cantidad entregada como desembolso a cuenta del precio establecido, así como los desembolsos a cuenta del precio establecido, así como los

desembolsos que pudieran pactarse de común acuerdo por las partes durante la vigencia de la opción.

¿Se puede deducir que existe un pacto comisorio? ¿Es inscribible la opción de compra en los términos pactados?

No es infrecuente que los pactos establecidos para regir los términos de la concesión y ejercicio de una opción de compra puedan encubrir un auténtico pacto comisorio proscrito por nuestro derecho (arts. 1859 y 1884 Código Civil). Del caso presentado resultan algunos datos que pudieran llevarnos a esta conclusión. Por un lado, consta inscrita una hipoteca en garantía de unas letras de cambio, resultando por tanto indeterminado quién es el acreedor, y pactándose que el precio de la compra podrá satisfacerse subrogándose el optante en la deuda pendiente de esta hipoteca. Por otro, se aplaza el ejercicio de la opción hasta transcurridos dos años desde su concesión y se adelanta una cantidad de dinero a cuenta del precio establecido. En caso de no ejercitarse la opción, este dinero deberá devolverse. Estas circunstancias pudieran indicar que la cantidad adelantada corresponde a un préstamo (a devolver en dos años) que el optante concede al propietario y que, en caso de impago, se satisfará con la adquisición de la finca.

Sin embargo, la mayoría de los asistentes rechazó tal posibilidad pues, salvo que resultara claramente de las cláusulas la existencia de un posible pacto comisorio, su apreciación corresponde a la vía judicial puesto que se trata de un supuesto de simulación negocial (RDGRN de 19 de julio de 1991). Y no parece que tal pacto pueda deducirse claramente en nuestro caso.

Resultaría evidente la existencia de una función de garantía en el supuesto de que el precio pactado para la compraventa de la finca coincidiera con el importe del principal garantizado con la hipoteca cambiaria que grava la finca, y que el vencimiento de las cambiales coincidiera con el plazo para el ejercicio de la opción. En tal caso, como reconoció la RDGRN de 5 de mayo de 1992, los términos del contrato revelarían que la finalidad exclusiva de la opción es la de posibilitar al acreedor insatisfecho la apropiación del bien en cuestión en pago de su crédito, por más que al tratarse de letras de cambio (en el caso debatido entonces eran obligaciones hipotecarias al portador) se silencie el titular del crédito a garantizar. Como también resultaría evidente una función encubierta de garantía si, por un lado, se adelantara la totalidad del precio pactado para la compraventa y, al mismo tiempo, se aplazara el ejercicio de la opción.

Considerando que no puede deducirse claramente la existencia de un pacto comisorio, se entró a valorar las concretas cláusulas pactadas y, en concreto, la forma del pago del precio de la compraventa, rechazándose que éstas pudieran acceder íntegramente al Registro en los términos en que se han redactado.

Se admitió que el precio de la compraventa pueda satisfacerse, en parte, subrogándose el optante en la deuda de la hipoteca ya existente, y que se pudiera descontar, además, la cantidad entregada como prima de la opción, más la cantidad entregada a cuenta del precio establecido. Sin embargo, el resto de los pactos (compensación total o parcial de créditos o deudas futuras contraídas con la parte optante, o descontar los desembolsos que pudieran pactarse de común acuerdo por las partes durante la vigencia de la opción, etc.) no debe acceder al Registro, siendo necesario consentimiento del interesado para la inscripción parcial del contrato de opción de compra con la exclusión de estas cláusulas.

Como ha señalado la DGRN en el ejercicio de la opción de compra el optante podría deducir del precio, con carácter general: la prima de la opción y el importe de las cargas anteriores que sean asumidas. En cuanto al pacto de compensación con deudas futuras la Dirección en resolución de 8 de abril de 1991 consideró que tal cláusula no encubre un pacto comisorio, y que por tanto la opción es inscribible; no obstante lo cual, añade, el pacto de compensación no ha de tener acceso al Registro, pues, aparte de innecesario (dado que los efectos de la compensación están determinados por la ley), carece de trascendencia real (carácter que sí tiene el derecho de opción), ya que, de ejercitarse la opción el precio de compra habrá de abonarse a quien en ese momento ostente la propiedad del bien, y sólo respecto de él, y no del concedente (si ya no es propietario) podría operar la compensación.

Debe tenerse en cuenta además que, ejercitada la opción, la cancelación de cargas posteriores requiere la consignación o depósito íntegro del precio a favor de los titulares de tales derechos (o el consentimiento de los mismos), pues dicho precio pasa a ocupar por subrogación real la posición jurídica del inmueble correspondiente.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Se plantea el siguiente supuesto de hecho, relativo a una prescripción alegada por heredero de titular registral. Finca inscrita a favor de A y B por título de compra, en virtud de escritura de 1964. Se presenta mandamiento judicial para inscribir sentencia por la que se declara haber adquirido el dominio, por título de prescripción adquisitiva, por C. C es hijo de A y B. La demanda se dirigió contra "posibles herederos de A y frente a cualquier tercero con interés en la causa", estando los demandados en rebeldía.

De la sentencia resulta:

- A fallece en 1967, y B en 2015.
- Se dice que B "ha venido poseyendo pacíficamente y a título de dueño" y que en virtud de esa posesión B adquirió el dominio por prescripción adquisitiva. Obviando el título inscrito, pues en la sentencia solo se cita que se adquirió la finca, no el título de adquisición ni su inscripción en el registro.

- Se dice también que C poseyó la finca durante más de 10 años después de la muerte de B (no cuadra pues B fallece en 2015).
- En la demanda se solicita que se declare "que el actor ha adquirido por prescripción adquisitiva la finca recibida por fallecimiento de sus padres"
- No se ordena cancelar inscripción contradictoria.
- La sentencia, que se dice "ser firme" es de 29 de septiembre de 2017

Fueron varias las cuestiones objeto de estudio.

Se planteó en primer término si, siendo el adquirente de la finca descendiente en primer grado de los titulares registrales, puede alegar como título de dominio la usucapión, o debe necesariamente fundar su derecho en un título sucesorio. Se consideró al respecto mayoritariamente que nada impide que uno de los herederos pueda usucapir bienes integrantes de la masa hereditaria, cuestión que ha sido objeto de afirmación por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias (así, la STS de 18 de abril de 1994) afirmando que aun cuando el artículo 1965 del Código Civil proclama la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición de herencia, ello no impide que uno de los herederos pueda adquirir un bien integrante del caudal hereditario por prescripción adquisitiva si lo ha poseído de modo exclusivo, quieta, pacíficamente y en concepto de dueño por el tiempo legalmente previsto.

Cuestión distinta, sin embargo, es la relativa a la calificación por el registrador del cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación civil para la prescripción adquisitiva. Se consideró al respecto que era discutible la afirmación de que el cónyuge supérstite B era dueño por haber poseído pacíficamente y en concepto de dueño, pues B era ya propietario con un título válido con carácter ganancial de la finca, y difícilmente es posible exteriorizar una posesión que contradiga un título de adquisición ganancial para fundar el título adquisitivo en otro de carácter privativo. Pero aun cuando lo anterior fuese cierto y debiese considerarse a B como dueño de la finca con tal carácter, a su fallecimiento el bien se integraría en la masa hereditaria, y habiendo fallecido en 2015 en ningún caso habría transcurrido el plazo para que C adquiriese el dominio por usucapión, extremo que debe calificar el registrador, al no ser una cuestión de fondo de la resolución judicial, sino un error material manifiesto, al señalar la sentencia que C poseyó la finca durante más de 10 años después de la muerte de B.

Por otra parte, se consideró de manera unánime que la sentencia no cumplía las exigencias del principio de tracto sucesivo para su inscripción registral, por haber sido dirigida contra posibles herederos de A y frente a cualquier tercero con interés en la causa.

Es cierto que la doctrina del Centro Directivo exigiendo el nombramiento de un administrador judicial de la herencia en procedimientos seguidos contra la herencia yacente sin haber sido demandados herederos determinados ha sido objeto de excepción en alguna resolución en la

que el título adquisitivo alegado era la usucapión (así, la resolución de 3 de abril de 2017), pero tal excepción no se consideró de aplicación en el supuesto planteado por los siguientes motivos:

- Por una parte, porque tal doctrina excepcional se fundó en el caso concreto en el carácter concluyente de los hechos que probaron la posesión del usucapiente, circunstancia no acreditada en el caso planteado.
- Por otra, porque la demanda se dirigió contra herederos de A, siendo también B titular registral, por lo que sus herederos deben ser también necesariamente demandados.
- Finalmente, porque la admisibilidad de demandas contra herederos indeterminados debe ser considerado como un supuesto excepcional, en favor de acreedores o demandantes a quienes sea especialmente gravoso la averiguación de quienes son los herederos ciertos de los titulares registrales. Pero en ningún caso puede beneficiarse de tal excepción una persona en quien concurra la circunstancia de ser hijo del titular registral, quien, sin perjuicio de que pueda alegar la usucapión como título de su dominio, debe en todo caso demandar a los demás herederos, aportando el título sucesorio que acredite que todos ellos han sido parte del procedimiento.

Otros defectos que presentaba el supuesto planteado y entre los que existió unanimidad en su calificación registral era el hecho de que, existiendo demandados en rebeldía, es necesario que, conforme a los artículos 524.4 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acredite para la inscripción el transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión; y por otra parte, que, conforme a la doctrina del Centro Directivo (así, resolución de 3 de abril de 2017), la inscripción del dominio por usucapión exige que se ordene la cancelación de las inscripciones contradictorias, al no tratarse de una adquisición que traiga causa de los titulares inscritos.

PROCEDIMIENTO 199 L.H.

En un procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, tras la oportuna notificación, comparecen unos colindantes que manifiestan que las mediciones de Catastro de su finca son erróneas, existiendo una gran disparidad entre Registro, Catastro y la realidad. De hecho, en Registro hay una sola finca, en la realidad se segregó en tres, y en Catastro son dos, una de ellas además indebidamente catastrada a nombre del Ayuntamiento.

Manifiestan que desconocen si la finca que está tramitando el procedimiento invade la suya, pero aportan planos de sus fincas y un listado de coordenadas. Tras la consulta a los topógrafos del Colegio de Registradores, se obtiene un informe que afirma que no ha sido posible comprobar si tales coordenadas respetan Catastro, pues el sistema aportado no hace referencia al sistema de proyección cartográfica, ni indica el sistema de referencia geodésico ni el huso en el que se encuentran estas coordenadas. Estas coordenadas son las que se obtienen utilizando como sistema de referencia un sistema de coordenadas local en trabajo topográfico de campo. Se plantea cómo proceder, ante tales alegaciones.

Conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ha interpretado los trámites del procedimiento del artículo del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, se entendió que deben tenerse presente dos ideas básicas ante las alegaciones efectuadas en estos expedientes:

- Por una parte, no precede en ningún caso emitir calificación negativa de un escrito de alegaciones, pues no es título inscribible sujeto a calificación registral (así, resolución de 25 de octubre de 2017).
- Debe evitarse introducir nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que puedan suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho expediente registral, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza (resolución de 14 de noviembre de 2016).

Se consideró en consecuencia que no debía en ningún caso darse traslado de estas alegaciones al promotor del expediente, entendiéndose en cambio prudente advertir a quien había aportado los planos que la documentación era insuficiente para poder considerar motivada una posible oposición. Por ello, teniendo presente que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Centro Directivo no basta con que exista oposición de colindante para denegar la inscripción de la base gráfica, sino que el registrador ha de expresar su juicio acerca de cómo la inscripción de la representación gráfica afectaría al titular registral que formula la oposición, se consideró que por aplicación del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas lo adecuado era notificar al colindante que la documentación aportada no cumplía los requisitos para considerar motivada su oposición, concediéndole un plazo de diez días para aportar unas coordenadas susceptibles de ser verificadas en la Sede Electrónica de Catastro.

PROPIEDAD HORIZONTAL

En virtud de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, por un pleito entre la Sociedad Constructora de una obra nueva con división Horizontal y los compradores de un elemento privativo de la misma, que es un dúplex de planta baja y sótano. Se condena a la Constructora por humedades en el sótano de la vivienda, *"a que realice todos los actos que están a su disposición para conseguir que se modifique la escritura de división horizontal y la de compraventa suscrita por los actores, donde quedará constancia de que la planta sótano del piso bajo queda inutilizada.*

La constructora requirió a la comunidad de propietarios para que, en cumplimiento de la sentencia, al estar todas las fincas vendidas, procedieran a modificar las cuotas asignadas a cada vivienda. La comunidad notificó por burofax la negativa a hacerlo.

Ahora me presentan una escritura de modificación y complemento de compraventa entre la sociedad constructora y los compradores de la vivienda, para que se haga constar en el Registro, en aras de seguridad jurídica y constancia frente a terceros de la consideración de

espacio inutilizable. Concretamente, piden que se modifique la descripción de la finca haciendo constar lo siguiente: QUE LA TOTALIDAD DE LA PLANTA SOTANO QUEDA INUTILIZADA, AL NO SER UTILIZABLE NI COMO VIVIENDA O DEPENDENCIAS PARA USO COMO TAL; NO COMO TRASTERO O BODEGA.

Una primera posición sostuvo que al tratarse de una mera modificación descriptiva que no afectaba a elementos comunes y quedaba dentro del espacio privativo correspondiente a la vivienda, podía ser realizada unilateralmente por el propietario con arreglo al artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal. La doctrina de la Dirección General desde la resolución de 12 de diciembre de 1986, concretada en la más reciente de 5 de julio de 2017 admite los cambios de uso de vivienda a local, que suponen una relevante modificación descriptiva del bien, cuando no existe norma prohibitiva estatutaria expresa en sentido contrario, partiendo de que la vocación expansiva del dominio permite cualquier uso del objeto sobre el que recae siempre que sea conforme a su naturaleza y a los fines generales del dominio y específicos del régimen de propiedad horizontal, que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (moralidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad; artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). En este caso se trata de un cambio de uso impuesto por una situación de hecho objetivada en una sentencia: el deterioro experimentado en el bien como consecuencia de humedades en la planta baja. Si el propietario puede lo más que es alterar la descripción de la finca como consecuencia del cambio de uso de vivienda a local, o a la inversa, no parece razonable negar esta posibilidad cuando el cambio de uso es impuesto por la situación de hecho que afecta a la finca.

Otros consideraron que la sentencia establece un doble binomio: modificación descriptiva-indemnización; modificación descriptiva- alteración de las cuotas de la propiedad horizontal. La reseña a la indemnización carece de trascendencia real y la relativa a la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal también. La sentencia impone una obligación al promotor: realizar todos los actos conducentes para alterar las cuotas de los diferentes departamentos de la propiedad horizontal, entre los cuales, como paso preliminar, está la alteración analizada. La finalidad de la modificación descriptiva no es otra que la de pretender una alteración futura de las cuotas. Por otra parte, dado que la modificación de la descripción implica la constatación de vicios o defectos constructivos de la edificación en su conjunto, debería hacerse constar esta situación en el folio de la finca matriz lo que implica una modificación del título constitutivo necesitado del oportuno acuerdo de la junta de propietarios.

RETRACTO LEGAL

En la escritura objeto de calificación es objeto de transmisión una finca situada en el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares (respecto de la cual existe derecho de retracto a favor de la Comunidad de Madrid, conforme al artículo 3 de la Ley 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares), finca que ha sido objeto de

enajenación por una subasta pública notarial de conformidad con el plan de liquidación aprobado por el Juez del Concurso.

De acuerdo con la escritura calificada, una sentencia firme de 1999 del Tribunal Supremo declaró procedente el retracto ejercitado por la Comunidad de Madrid contra la titular registral sobre la finca objeto del título calificado, considerando la parte transmitente que ha caducado o prescrito la sentencia, no habiendo sido ejecutada la misma por la Comunidad de Madrid, haciendo el notario autorizante las oportunas advertencias.

Señala expresamente el fallo de la citada sentencia: "Se declara procedente el retracto por el precio de treinta y dos millones de pesetas con abono de las obras de mejora e infraestructuras ejercitado por la Comunidad de Madrid contra la titular registral, debiéndose otorgar la correspondiente escritura por la titular registral, como transmitente y Comunidad de Madrid como adquirente y caso de no hacerse por aquélla se otorgará de oficio por el Juzgado".

Se consideró que el solo hecho de ser el transmitente el titular registral no faculta para la venta si de la propia escritura resultan viciadas las facultades dispositivas del titular. En este sentido, como ha señalado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, resolución de 19 de octubre de 2013), no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente prescindiendo de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si al Registro tan sólo pueden acceder los actos válidos (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), esa validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente.

Es cierto que este poder se presume a todos los efectos legales (artículo 38 de la Ley Hipotecaria), cuando así resulta del contenido tabular (y dicha presunción puede, mediante el juego del artículo 34 de la misma Ley determinar el mantenimiento de la adquisición aun cuando fuera inexacta), pero el registrador debe calificar no sólo por lo que resulte del Registro, sino también atendiendo al contenido del título presentado, sin que pueda prescindir del reconocimiento de la inexactitud de aquella presunción cuando se verifica por quien puede ser favorecido por ella. Así lo imponen (cfr. Resolución de 22 de enero de 1999), la doctrina de los actos propios, que puede operar registralmente en virtud de la eficacia rectificatoria que tiene el consentimiento del propio titular registral (artículo 40.d de la Ley Hipotecaria), como la necesidad de cerrar el Registro a actos cuya validez queda jurídicamente comprometida por las propias manifestaciones de los otorgantes, que deben ser tenidas en cuenta en la calificación registral.

En consecuencia, habiendo recaído sobre la finca objeto de transmisión una sentencia del Tribunal Supremo que declara procedente el retracto sobre la misma, a favor de la Comunidad de Madrid, debe analizarse si tal derecho priva al titular de sus facultades de disposición.

Se consideró al respecto que la declaración de la procedencia del retracto es una circunstancia que impide la inscripción del documento, aun estando pendiente de formalizarse la

correspondiente escritura pública, siendo especialmente significativa al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2015, según la cual el fenómeno adquisitivo derivado de los derechos de adquisición preferente se producen por el propio efecto subrogatorio que contempla el artículo 1.521 del Código Civil ("derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago") y por el cumplimiento por el retrayente del referente obligacional de dicho pago, extremo que lleva a cabo con la correspondiente consignación del precio de la venta y demás elementos previstos en el artículo 1518 del Código Civil .

Señala a continuación el Alto Tribunal la innecesariedad de la realización de un acto posterior de específica transmisión del dominio, pues el esquema básico transmisivo que impone nuestro sistema y, con él, el efecto adquisitivo, queda embebido en la propia consumación y función traslativa que se infiere del originario contrato de compraventa, en cuya estructura y eficacia, también la traslativa, se subroga el retrayente y consuma la relación negocial con la correspondiente consignación o pago.

SERVIDUMBRE ADOSAMIENTO

En la escritura se constituye una servidumbre de adosamiento, en virtud de la cual los propietarios de las dos fincas podrán construir un aparcamiento o construcción auxiliar a la vivienda, en la parte de parcela que es lindero común, sin necesidad de respetar el retranqueo establecido por la normativa vigente en el municipio.

Examinadas las normas subsidiarias del municipio, de las mismas resulta:

Retranqueos: en todos los grados se fija una separación mínima a todos los linderos de 3 m y a calle de 4 m.

Garajes alineados a fachada:

Se admitirá la construcción de cuerpos de edificación destinados exclusivamente a garaje, alineados a fachada, siempre que no ocupen una longitud superior a 5 m y se edifiquen únicamente en planta baja.

La construcción de estos garajes deberá guardar una separación de los linderos de 3 m. No obstante, podrá eximirse de su cumplimiento en los siguientes casos:

1. Que exista ya una construcción en la medianera a la que puedan adosarse los garajes.
2. Que se presente proyecto conjunto o simultáneo por parte de cada uno de los titulares de las parcelas colindantes.

En consecuencia, se plantea si puede calificarse una servidumbre por ser contraria a unas normas subsidiarias, que sólo prevén la excepción del retranqueo para garajes (no construcciones auxiliares).

Se consideró que la redacción de la servidumbre constituida no respeta las exigencias propias del principio de legalidad, en especial la expresión “sin necesidad de respetar el retranqueo

establecido por la normativa vigente en el municipio”, pues la normativa urbanística, aun cuando se trate de normas subsidiarias de un municipio, son normas imperativas cuyo cumplimiento no puede ser dispensado por un acuerdo entre particulares.

Especialmente significativa al respecto es la resolución de 12 de abril de 2011 de la Dirección General, que confirmó la calificación negativa de la registradora denegando la división horizontal de una vivienda amparándose en el Plan General de Ordenación Urbana de un municipio, que atribuía a la vivienda la consideración de unifamiliar. De un modo análogo debe pues considerarse que, si el planeamiento urbanístico establece que la tipología de la vivienda debe ser el de vivienda unifamiliar aislada, no puede en ningún caso permitir el Registro de la Propiedad el acceso de servidumbres que impliquen un adosamiento no admitido por la normativa urbanística.

Se consideró en consecuencia que la servidumbre únicamente sería susceptible de inscripción si se ajustaba a la normativa del municipio, o si expresamente se condicionaba su vigencia a la conformidad de la servidumbre con la normativa urbanística.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

De la finca registral A se segregó en su día la finca registral B. Sobre la finca resto A se constituyó servidumbre a favor de la finca segregada B con el siguiente contenido literal: Servidumbre constituida sobre la finca A como predio sirviente, y en favor del solar finca B como predio dominante, una SERVIDUMBRE de luces y vistas, establecida para cuando cada una de dichas fincas pertenezcan a distinto dueño, la cual consistirá en que en el predio sirviente solo se podrá construir una nave industrial, con oficina y vivienda hasta la altura que permitan las Ordenanzas Municipales, dejando entre ambas fincas un patio, en casi toda la longitud medianera de tres metros de ancho, y en la pared del predio dominante medianera con el sirviente se podrán abrir toda clase de huecos para el disfrute de luces y vistas.

Ahora, aprovechando que las normas urbanísticas han cambiado la calificación de la finca A permitiendo retranqueo para la construcción de edificio en altura para viviendas, se proyecta derribar la nave existente y construir el edificio y se plantea el alcance de esta servidumbre. El predio dominante B es ahora un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. En concreto, para inscribir la futura obra nueva ¿deberán consentir los titulares del predio dominante B?

Hubo dos opiniones. La minoritaria entendía que no hacía falta ningún consentimiento de los titulares del predio dominante, sin perjuicio de que la servidumbre siguiera gravando en los mismos términos al predio sirviente. El registrador no puede controlar si el edificio proyectado en el predio sirviente es compatible o no con el contenido de la servidumbre inscrita, puesto que no tiene conocimientos técnicos para ello; y que serán, en su caso, los titulares afectados lo que deban ejercer las acciones que estimen procedentes si estiman que su derecho de luces y vistas no ha sido respetado con la nueva construcción.

Pero mayoritariamente se consideró que el tenor literal de la servidumbre inscrita - “sólo se podrá construir una nave industrial”- impide que se construya otra edificación diferente de la existente. Sin perjuicio de la posible validez o nulidad del contenido negativo de la servidumbre así constituida por tiempo indefinido, lo cierto es que está inscrito y, mientras no sea cuestionado por los Tribunales, despliega todos sus efectos e impide que se pueda inscribir la obra nueva proyectada sin que previamente se renuncie o modifique la servidumbre inscrita.

Esta renuncia o modificación de la servidumbre inscrita plantea la cuestión del tipo de consentimiento exigible a los propietarios del predio dominante que, como se ha dicho, es un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal ¿debe considerarse un acto colectivo (imputables por tanto a la junta como órgano y que han de adoptarse por unanimidad de la misma, conforme a la LPH)? ¿O debe entenderse que por afectar al contenido esencial del derecho de propiedad requieren el consentimiento individualizado de los propietarios afectados? En este último caso ¿deberían consentir todos los propietarios, o sólo aquellos cuyas viviendas tiene ventanas al predio sirviente o, de éstos últimos, sólo aquellos que ahora van a resultar más perjudicados?

Partiendo de la base de que la servidumbre es un derecho de todo el edificio, sin perjuicio de que afecte más a unos propietarios que a otros, debe entenderse como un elemento o pertenencia común (artículo 396 CC y 3 LPH) dado que por su naturaleza es indivisible. Por consiguiente, su modificación o renuncia implicará una modificación del título constitutivo del régimen, cuyo acuerdo compete adoptarlo como acto colectivo a la Junta de Propietarios por unanimidad (artículo 17.6 LPH). La DGRN en resolución de 8 de julio de 2015, señaló que, para constituir una servidumbre sobre elementos comunes de una propiedad horizontal, o sobre un elemento privativo, pero con afección de elementos comunes, se precisa el consentimiento de la comunidad por unanimidad, al constituir una modificación del título constitutivo, art. 17 LPH).

USO FAMILIAR

Derecho de uso familiar. En procedimiento contencioso de divorcio se atribuye a la esposa el derecho de uso y disfrute de una vivienda, y al esposo el derecho de uso y disfrute de otra vivienda sita fuera de este distrito hipotecario, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, en ambos casos.

La finca cuyo uso se atribuye a la esposa figura inscrita a favor de los hijos de los consortes en cuanto a la nuda propiedad y en cuanto al usufructo vitalicio y sucesivo a favor de ambos cónyuges por título de donación de bien ganancial con reserva de usufructo, ¿cabe la inscripción de dicho derecho de uso, sobre el usufructo ganancial? ¿O entendiendo conforme a la doctrina de la Dirección General, que dicho derecho de uso familiar solo es inscribible en cuanto a la limitación de disponer que conlleva para el cónyuge no titular, no resulta inscribible

puesto que dicha enajenación unilateral por el ex cónyuge no es posible dado el carácter ganancial conjunto y sucesivo del derecho de usufructo sobre el que se constituye?

Cuando la vivienda figura inscrita a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial se plantea el problema de si resulta necesario la constancia de la posterior atribución del uso exclusivo a uno de ellos, como consecuencia de una crisis matrimonial. La DGRN apuntó en resolución de 6 de julio de 2007 que carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente al cónyuge si la vivienda pertenece a éste ya con carácter privativo. Y es que, en efecto, si frente a terceros el derecho de uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, en caso de que coincidan ambas titularidades la constancia registral del uso no aporta nada, pues corresponde a la misma persona todo el poder de disposición. El mismo argumento podría aplicarse cuando la vivienda figura inscrita a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial pues, dado el régimen de disposición conjunta de esta clase de bienes conforme al artículo 1.377 CC, el necesario consentimiento de ambos removerá automáticamente la limitación de disposición. Así se concluyó también en alguna anterior reunión del Seminario ya que siendo la razón de ser del reflejo registral del derecho de uso evitar actos dispositivos por parte del titular de la finca, tal riesgo no existe en el caso en el que, pues necesariamente el cónyuge usuario, como titular registral ganancial, tendría que intervenir en los actos dispositivos.

Sin embargo, la RDGRN de 24 de octubre de 2014 ha defendido la constancia registral de la atribución judicial del uso en estos casos ya que las razones que abonan la no inscripción del derecho de uso cuando es atribuido al cónyuge que ya es propietario de la vivienda no son aplicables en el caso de que la vivienda siga siendo ganancial: por un lado, porque la posesión que corresponde a cada partícipe en los casos de comunidad, sea o no ganancial, es menos intensa que el derecho de uso atribuido sobre la vivienda familiar, pues éste es excluyente, mientras que aquélla ha de ser compartida con el otro comunero; y, por otro lado, porque en los casos en que, disuelta pero no liquidada la sociedad ganancial, se embargue la cuota del cónyuge usuario, no resulta indiferente que el derecho de uso esté o no inscrito, pues según la RDGRN de 5 de julio de 2013 el momento de la adjudicación el juez habrá de determinar si la ejecución conlleva la extinción del derecho de uso o si éste ha de subsistir como derecho independiente y anterior que no ha sido objeto del embargo.

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER

En el testamento de don A se instituye heredero en el usufructo de todos sus bienes a su cónyuge B. Se le atribuye la facultad de disposición. Los bienes que B no haya dispuesto por actos *intervivos* les corresponderán a los sobrinos de B, C y D.

En escritura de adjudicación hereditaria y liquidación de gananciales interviene sólo B y se adjudica un bien que era ganancial en pleno dominio sin reseña alguna a la limitación establecida.

¿Debe exigirse la intervención de C y D?

¿Debe especificarse la porción indivisa del bien que se adjudica por cada uno de los conceptos, con el arrastre de las limitaciones?

¿Puede adjudicarse en pleno dominio la finca a menos que lo sea por liquidación de gananciales?

Algunos de los presentes invocaron la resolución del Dirección General de 29 de junio de 2017. En un supuesto de sustitución fideicomisaria de residuo en la que se atribuían al fiduciario facultades dispositivas por actos *inter vivos* a título oneroso y en caso de necesidad, entendió que el cónyuge-fiduciario, a pesar de que el llamamiento de los fideicomisarios es firme desde el fallecimiento del causante, partiendo de los amplios términos de la disposición testamentaria, puede liquidar por sí sólo la sociedad de gananciales. Esta doctrina podría ser aplicable a supuesto de hecho planteado.

El problema que se suscita en este caso, entendió la mayoría, es distinto. No nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria de residuo, en la que existe doble llamamiento al dominio de los bienes con carácter sucesivo en favor del fiduciario y fideicomisario, respectivamente, sino ante un doble llamamiento simultáneo y en favor de personas distintas al usufructo con facultad de disposición y a la nuda propiedad, que lo será en el pleno dominio de los bienes respecto de los que no haya dispuesto el usufructuario. El causante no ha querido que el primer llamado, el usufructuario, tenga la consideración de propietario de los bienes *ab initio*, su voluntad ha sido otra. Por ello, se entendió precisa la concurrencia de todos los llamados para la liquidación de la sociedad de gananciales y para la determinación de la cuota del bien adjudicada por liquidación de gananciales y la cuota adjudicada en usufructo vitalicio con facultad de disposición. En ningún caso es admisible la adjudicación como se ha efectuado, únicamente sería posible tal adjudicación así, si lo hubiese sido únicamente por liquidación de gananciales y con la anuencia de todos los interesados.

VIVIENDA FAMILIAR

Un cónyuge, titular con carácter privativo de una vivienda que es domicilio familiar, dispone de la nuda propiedad: ¿es necesario el consentimiento del cónyuge?

La resolución de la Dirección General de 26 de octubre de 1987, en un supuesto en que se hipotecaba la nuda propiedad de una finca cuyo usufructo correspondía a otra persona y que de facto constituía la vivienda familiar del nudo propietario, consideró que "no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que le habilita para el goce y disfrute de aquél; aun cuando de la literalidad del artículo 1.320 del Código civil

parece desprenderse la respuesta afirmativa, la finalidad práctica de esta norma, cual es el impedir que los actos unilaterales de uno de los cónyuges puedan provocar el desalojo del hogar familiar, así como su carácter excepcional para el caso de que los derechos pertinentes correspondan privativamente a uno de los esposos, imponen la respuesta negativa". De esta resolución puede concluirse que se excluyen de la restricción a las facultades dispositivas del cónyuge titular de la vivienda aquellos actos unilaterales que no puedan provocar el desalojo o comprometer del hogar familiar como la enajenación de la nuda propiedad con reserva del usufructo. Algunos criticaron la resolución. Los términos del artículo 1.320 no admiten exclusión. La resolución se refiere a un supuesto de hecho distinto al que se contempla en el caso planteado. En el supuesto de la resolución el titular de la nuda propiedad no tenía derecho a usar la finca, este derecho correspondía al usufructuario, en el supuesto planteado el titular que dispone tiene derecho al uso de la finca.