

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14178 *Resolución de 10 de diciembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Marbella n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don José Ordóñez Cuadros, notario de Marbella, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Marbella número 3, don Ramón Orozco Rodríguez, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 21 de mayo de 2015 por el notario de Marbella, don José Ordóñez Cuadros, con el número 656 de su protocolo, se solicitó la inscripción de préstamo con garantía hipotecaria sobre dos fincas registrales, números 5.972 y 5.936/64 del Registro de la Propiedad de Marbella número 3. Según consta en los libros registrales, la finca número 5.936/64 figura inscrita en pleno dominio a favor de «Anmor, S.A.», y la finca registral número 5.972 está inscrita a favor de «Anmor, S.A.», el 50% del pleno dominio y el 50% de su nuda propiedad, y a favor de doña M. M. P. P. el 50% del usufructo y el derecho de uso y habitación sobre la mitad indivisa de la que es dueña «Anmor, S.A.».

II

Presentado dicho documento en el Registro de la Propiedad de Marbella número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Marbella número tres.—Visto por Ramón Orozco Rodríguez, Registrador de la Propiedad de Marbella número Tres, Provincia de Málaga, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 3.167 del presente año, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos 1.—Se presenta telemáticamente copia autorizada de la escritura otorgada en Marbella, el 21 de mayo último, ante su notario don José Ordóñez Cuadros, con el n.º 656 de su Protocolo, por la que doña M. M. P. P., titular registral del usufructo de la mitad indivisa y del derecho de uso y habitación de la otra mitad indivisa, y la entidad «Anmor, Sociedad Anónima», titular registral del resto de los derechos de la finca 5972, así como titular esta sociedad del pleno dominio de la finca 5936/64, constituyen hipoteca de conformidad con el artículo 217 del Reglamento Hipotecario sobre ambas fincas, en garantía de un préstamo concedido a «Anmor, S.A.», distribuyendo la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas hipotecadas, y manifestando que la finca 5972 —vivienda— es el domicilio habitual de la Sra. P.; presentada vía telemática en 21 de mayo de 2.015, en soporte papel el 23 de junio de 2.015, retirado el 13 de julio de 2.015 y devuelto el 4 de agosto de 2.015.—2.—Examinado el Registro, resulta que la finca 5936/64, figura inscrita en pleno dominio a favor de «Anmor, S.A.» y la finca 5972, aparece inscrita: a favor de «Anmor, S.A.». EL 50% del pleno dominio y el 50% en nuda propiedad; y a favor de M. P. P. el 50% del usufructo y el derecho de uso y habitación sobre la mitad indivisa de la que es dueña la entidad «Anmor, S.A.», en pleno dominio. 3.—Calificado el precedente documento, se suspende su

inscripción por adolecer de las faltas que se contienen en los siguientes Fundamentos de Derecho 1.—Al constituir doña M. P. hipoteca, sobre su derecho de uso y habitación que titulariza sobre la finca 5.972, se violan los artículos 108 y 106 de la Ley Hipotecaria, que lo prohíben imperativamente. Así, el artículo 108 L.H. dice que «No se podrán hipotecar: 3º El uso y la habitación». Por su parte, el artículo 106 de la Ley Hipotecaria exige, como requisito imprescindible para poder hipotecar que se constituya la hipoteca sobre derechos reales enajenables. Al tener la hipoteca naturaleza jurídica de acto de disposición/enajenación, es evidente que hipotecar el uso y habitación no cumple el requisito reseñado, pues el artículo 525 del Código Civil establece con carácter imperativo que «los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». Es decir, se proclama el carácter esencial y personalísimo de esos derechos, como intransferibles, careciendo su titular del poder de disposición sobre ella. Las normas citadas se pronuncian con carácter imperativo y prohibitivo, por lo que el efecto que produce su contravención es la nulidad absoluta. Así, el artículo 6 del Código Civil («en su apartado 6 del Código Civil) en su apartado 3 establece: «Los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho». 2.—No se considera suficiente que se haya constituido una hipoteca conjunta o unitaria sobre la totalidad de los derechos integrantes del dominio, porque no se han pospuesto los derechos de uso y habitación a la hipoteca que se constituye; tampoco ha renunciado expresamente la habitacionista a sus derechos de uso y habitación para el caso de que se ejecute la hipoteca. Esto, admitido como válido por la doctrina más autorizada y alguna legislación foral (Cataluña), no consta expresamente en la escritura, sin que en Derecho Registral puedan apreciarse como válidos consentimientos tácitos o presuntos, que no se pronuncien expresamente. 3.—No se practica anotación de suspensión solicitada en la Cláusula Adicional Segunda, por ser innecesaria actualmente al tener la misma vigencia que el asiento de presentación, según los artículos 96 y 323 de la Ley Hipotecaria y doctrina de la D.G.R y N.—Las faltas se califican de subsanables en la forma expresada. Contra la presente nota de calificación (...). En Marbella, a 11 de agosto de 2015.—El Registrador (firma ilegible).

III

En aplicación de la posibilidad de instar la intervención del registrador sustituto por calificación desfavorable, don José Ordóñez Cuadros, notario autorizante de la escritura calificada, y con fecha 14 de agosto de 2015, solicitó la aplicación del cuadro de sustituciones para que el registrador sustituto procediera a calificar nuevamente la escritura de referencia. En virtud de ello, mediante nota fechada el día 25 de agosto de 2015, el Registrador de la Propiedad de Antequera número 1, don José María Vega Rivero, confirmó la primera nota de calificación señalando que es el propio Código Civil (artículos 525 y 1874), el que establece que nos son enajenables los derechos de uso y habitación al ser personalísimos, siendo un requisito de la hipoteca, relacionado en los artículos 106 de la Ley Hipotecaria y 1874 del Código Civil, que solo podrán ser objeto de hipoteca los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes.

IV

Don José Ordóñez Cuadros, notario de Marbella, interpuso recurso contra la calificación sustituida mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Marbella número 3 el día 24 de septiembre de 2015, en el que, resumidamente, alega lo siguiente: El Código Civil (artículo 525) prohíbe que el habitacionista pueda subrogar a un tercero en la titularidad de ese derecho, de modo que el derecho continúe vigente y que el habitacionista sea alguien distinto de la persona a cuyo favor se constituyó, pero no impide que el habitacionista pueda: renunciar a su derecho, en cuyo caso se consolidará el pleno dominio en la persona del propietario; transmitirlo al propietario (a título gratuito u oneroso), produciéndose el mismo efecto de consolidación señalado para el supuesto anterior; enajenar la vivienda objeto del derecho conjuntamente con su propietario, pues en ese

caso al adquirente no se le «traspasa» el derecho de habitación, sino el pleno dominio de la vivienda por la reunión en él de la titularidad de los derechos en que estaba descompuesto ese pleno dominio, extinguiéndose (que no traspasándose) el derecho de habitación, e hipotecar la vivienda objeto del derecho conjuntamente con su propietario, pues la ejecución de la hipoteca produciría el mismo efecto señalado en el apartado anterior. La legislación hipotecaria impide que, mediante la ejecución hipotecaria, pueda surgir un habitacionista nuevo y, así, en el artículo 108 de la Ley Hipotecaria se prohíbe la hipoteca «del derecho de habitación». La exigencia de que conste de forma expresa la renuncia a su derecho por la habitacionista para el caso de ejecución hipotecaria, no viene exigida por ninguna norma legal ni reglamentaria.

V

Mediante escrito de fecha 29 de septiembre de 2015, el registrador de la Propiedad, don Ramón Orozco Rodríguez, informó y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 468, 469, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529 y 1874 del Código Civil; 18, 106 y 108 de la Ley Hipotecaria; 98 Reglamento Hipotecario, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1983, 26 de julio de 2001 y 8 de octubre de 2010.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento en la que concurren las circunstancias siguientes: A la entidad «Anmor, S.A.», le pertenece una mitad indivisa del pleno dominio y una mitad indivisa de la nuda propiedad; a doña M. M. P. P. le pertenece una mitad indivisa del usufructo, y a esta última le pertenece también el uso y habitación de la mitad indivisa de la que es dueña la entidad «Anmor, S.A.».

El registrador de la Propiedad suspende la inscripción señalando como defectos que el derecho de uso y habitación no es hipotecable (artículo 108.3 de la Ley Hipotecaria), dado que solo son hipotecables los derechos reales enajenables y el uso y habitación no lo es (artículo 525 del Código Civil) y que hay una renuncia expresa del habitacionista a sus derechos de uso y habitación para el caso que se ejecute la hipoteca. El registrador sustituto confirma la calificación.

El notario recurrente señala que el artículo 525 del Código Civil no impide que el habitacionista pueda entre otras cosas enajenar e hipotecar la vivienda del derecho conjuntamente con el propietario y que el consentimiento expreso para la renuncia del derecho del habitacionista para el caso de ejecución hipotecaria no viene exigido en ninguna norma legal ni reglamentaria.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto conviene hacer un breve estudio del derecho de uso y habitación regulado en nuestro Código Civil. En este sentido la doctrina define este derecho como aquel derecho real en cosa ajena, sin injerencias de tercero, incluido a estos efectos el propietario de la cosa objeto del derecho, que menoscaben o hagan imposible el goce directo, que se concede en forma estrictamente personal al usuario para que obtenga de la cosa cuantos servicios sea capaz de aprovechar para la satisfacción directa e inmediata de sus necesidades personales y familiares, incluso haciendo suyos los frutos naturales o industriales que sea susceptible de producir, si bien la apropiación de los frutos se limita, por regla, al límite del consumo anual posible por el usuario y su familia.

Se trata, por tanto, de derechos reales sobre cosa ajena que, en consecuencia, gozan de los caracteres propios de estos derechos de modo que recaen directamente sobre los bienes objetos del derecho y son derechos que tienen acceso al Registro de la Propiedad.

La regulación legal de los derechos de uso y habitación comienza con la determinación, en el artículo 523 del Código Civil, del régimen jurídico aplicable a estos derechos, advirtiendo que la principal fuente para conocer cuáles serán las facultades y deberes de

sus respectivos titulares será el propio título constitutivo, por encima de las disposiciones contenidas en el propio capítulo II, artículos 524 a 529. En consecuencia, debe destacarse que el propio legislador ha querido supeditar la regulación legal de estos derechos a la configuración que las propias partes, o el constituyente unilateral en su caso, hayan querido establecer, dentro de los lógicos márgenes que imponen los diferentes tipos de derechos reales, siendo la autonomía privada, por tanto, la principal fuente de las facultades y obligaciones que corresponderán al usuario y al titular del derecho de habitación.

El carácter dispositivo de dicha regulación legal ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2001) al señalar que puede deducirse sin duda que se trata de un derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real; el carácter temporal deviene esencial e incluso inspirado en norma de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por otras personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena.

Por otro lado, cabe preguntarse si el titular de estos derechos puede ceder su ejercicio o enajenar su titularidad. La cuestión no es pacífica en la doctrina. El artículo 525 del Código Civil establece que «los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». Se trata de determinar si la prohibición expresa, clara y terminante del artículo 525 del Código Civil es un elemento constitutivo y estructural de estos derechos, es decir, de esencia de los mismos o se trata por el contrario de una norma supletoria de la autonomía de la voluntad creadora de los mismos y por lo tanto subordinada a la misma conforme al artículo 523 del Código Civil.

Un sector minoritario de la doctrina señala que estos derechos son intrasmisibles porque consideran que el contenido de estos derechos se debe acomodar a satisfacer las necesidades de la familia del usuario, primero y único beneficiario, además el carácter personalísimo del derecho y por consiguiente su intrasmisibilidad, formaría parte esencial del tipo, por tanto si se pacta la transmisión del derecho se estará desnaturalizando los derechos reales de uso y habitación, se estará creando uno distinto.

En cambio la doctrina mayoritaria admite la transmisibilidad del derecho de uso si así se ha dispuesto en el título constitutivo, sobre la base de que el artículo 525 del Código Civil no es *ius cogens*. En consecuencia la prohibición establecida en el artículo 108.3 de la Ley Hipotecaria que impide su hipoteca, como proyección de la prohibición de su enajenación, no se aplicará a los derechos de uso y habitación que sean transmisibles por título constitutivo. Por tanto para transmitir estos derechos será necesario que se haya previsto así en el título constitutivo o que posteriormente se establezca en un nuevo convenio.

El mismo planteamiento cabe aplicarse a la posibilidad de hipotecar el derecho de uso y habitación. En este sentido el artículo 108.3 de la Ley Hipotecaria señala que no se podrán hipotecar el uso y la habitación. La doctrina tradicional consideraba que estos derechos no se pueden en absoluto hipotecar, ya que el propio Código Civil establece que no son enajenables al ser personalísimos, siendo un requisito de la hipoteca, proclamado por los artículos 106 de la Ley Hipotecaria y 1874 del Código Civil, que sólo podrán ser objeto de la hipoteca los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes.

En cambio la doctrina moderna señala que los derechos de uso y habitación se pueden hipotecar, no en todo caso, pues la prohibición del artículo 108 de la Ley Hipotecaria es clara, sino solo cuando, en los mismos términos que para su transmisión, el título permita su enajenación y aunque no se diga expresamente, el título constitutivo está también autorizado su sujeción a hipoteca.

Obviamente, la prohibición de hipotecar los derechos de uso y habitación contenida en el artículo 108 de la Ley Hipotecaria se refiere a estos derechos, no al derecho del

propietario, que podrá hipotecar o enajenar su derecho pero con el gravamen del uso o habitación, de modo que los nuevos titulares, adquirente o adjudicatario, deberán soportar tales derechos hasta su extinción, salvo que hubieran consentido la constitución de hipotecarlos conjuntamente.

3. Entrando en el fondo del asunto y aplicando la doctrina asentada anteriormente, en el presente caso, en el propio título constitutivo no se menciona expresamente la posibilidad del usuario de transmitir o hipotecar el derecho de uso, pero posteriormente comparecen el propietario de la finca-cedente del uso y el titular del derecho de uso y habitación para constituir una hipoteca sobre la finca.

Cabe plantearse qué consecuencias tiene la prestación del consentimiento por parte del titular de estos derechos. El Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de octubre de 2010 y 6 de marzo de 2015) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza y consecuencias del consentimiento en el caso de un derecho de uso sobre la vivienda habitual para la constitución de una hipoteca y afirma que «el consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real». Añadiendo que «ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas». Continúa el Tribunal Supremo señalando que «es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante 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 hipotecaria en el caso en 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 en el procedimiento matrimonial».

Ciertamente el usuario no podrá por sí solo enajenar o hipotecar su derecho de uso, dado su carácter intrasmisible. Ese carácter intrasmisible, en gran medida, es debido a las relaciones jurídicas existentes entre usuario y nudo propietario. Pero, concurriendo al acto dispositivo conjuntamente el nudo propietario con el usuario, ningún obstáculo debe existir al respecto.

Finalmente, hay que señalar que el criterio señalado en el sentido de que si los titulares de los derechos de uso y habitación consintieron la constitución de una hipoteca, lleva consigo la extinción de tales derechos en caso de ejecución de la hipoteca está recogido en algunas de las legislaciones civiles especiales (artículo 562-4.2 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales; artículo 290.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, en relación con el usufructo vidual aragonés).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 10 de diciembre de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.