

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11037 *Resolución de 5 de septiembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Zaragoza n.º 3 a inscribir la reserva de un derecho de uso respecto de dos locales.*

En el recurso interpuesto por doña B. R. F., abogada, en nombre y representación de don J. L. S. M., contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Zaragoza número 3, doña Amalia Bengoa Fernández, a inscribir la reserva de un derecho de uso respecto de dos locales.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 21 de diciembre de 2016 ante el notario de Zaragoza, don Francisco de Asís Sánchez-Ventura Ferrer, con el número 4.044 de protocolo, rectificada posteriormente por otra otorgada el día 3 de marzo de 2017 ante el mismo notario, con el número 771 de protocolo, y esta última rectificada de oficio por el autorizante mediante diligencia extendida el día 15 de marzo de 2017, don J. L. S. M., como dueño del pleno dominio con carácter privativo de una vivienda y dos locales comerciales, procedió, previa renuncia de su esposa al derecho expectante de viudedad foral aragonés por un lado, y por otro, previa reserva para sí del derecho de habitación de la vivienda y del derecho al uso respecto de los dos locales, a donar estas fincas, por mitad y pro indiviso, a sus hijos, don I. y don J. S. G., quienes aceptaron la liberalidad. El contenido de la estipulación que motiva la calificación negativa objeto del recurso es, después de la última diligencia rectificatoria que el notario autorizante extiende sin la comparecencia de los otorgantes, es el siguiente: «(...) en relación con la escritura autorizada por mí el tres de marzo de 2017, número 771 de Protocolo, hago constar que se ha extendido la diligencia que transcribo a continuación: «Diligencia de subsanación.– La extiendo yo el Notario autorizante al amparo de lo dispuesto en el artículo 153 del Reglamento Notarial, y atendiendo a lo dispuesto en el mismo, para hacer constar, que en la escritura precedente autorizada por mí el 3 de marzo con el número 771 de protocolo, se ha producido la siguiente omisión que se subsana por la presente: - En su otorgamiento primero, al indicar la nueva redacción del otorgamiento primero de la escritura que se rectifica se ha omitido indicar que se dona el pleno dominio de la vivienda y los locales. - En consecuencia la redacción rectificada del citado otorgamiento primero debe decir: 'Primero.–Los comparecientes según intervienen, rectifican el otorgamiento primero de la escritura autorizada el 21 de diciembre de 2016 por el infrascrito con el número 4044 de protocolo, que en adelante tendrá la siguiente redacción: «Primero.–Don J. L. S. M., previa renuncia de su esposa doña T. G. D. a su derecho expectante de viudedad foral y reservándose para sí el derecho de habitación sobre la vivienda y el derecho de uso sobre los locales, con carácter vitalicio, dona el pleno dominio de la vivienda (la cual no constituye su vivienda habitual), y los locales descritos libres de cargas, al corriente en contribuciones y con arreglo a las condiciones naturales de este contrato según la Ley, a sus hijos don I. y don J. S. G., por mitades indivisas, que aceptan tal liberalidad»' (...)»». La redacción de la citada escritura rectificatoria de la inicialmente otorgada en el año 2016, otorgada por las partes en la fecha y protocolo indicados (3 de marzo de 2017 y número 771 de protocolo), tenía el siguiente contenido: «(...) Primero.–Don J. L. S. M., previa renuncia de su esposa doña T. G. D. a su derecho expectante de viudedad foral y reservándose para sí el derecho de uso y habitación sobre la totalidad de los mismos, dona la nuda propiedad de la vivienda

(la cual no constituye su vivienda habitual), y los locales descritos libres de cargas, al corriente en contribuciones y con arreglo a las condiciones naturales de este contrato según Ley, a sus hijos don I. y don J. S. G., por mitades indivisas, que aceptan tal liberalidad».

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Zaragoza número 3 la referida escritura, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Zaragoza tres Acuerdo adoptado en el día 30 de marzo de 2.017 por el Registrador de la Propiedad que suscribe, en la calificación de la escritura otorgada el día 21 de diciembre de 2016 ante el Notario de Zaragoza Don Francisco de Asís Sánchez Ventura Ferrer, con el número de protocolo 4044, a la vista del citado documento, de sus complementarios y de los antecedentes que resultan del Registro, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: 1.–Copia de dicho documento fue presentada en este Registro por Doña B. R. F. a las 14:20 horas del día 28 de diciembre de 2016, causando el asiento 162 del Diario 53. Retirado el documento de esta oficina de Registro y aportado nuevamente el día 12 de enero último, fue objeto de calificación con fecha 26 de enero último, que motivó el acuerdo 38/2017 que antecede. Retirado nuevamente de esta oficina ha sido aportado el día 30 de marzo de 2017, en unión de la siguiente documentación complementaria: - Instancia suscrita el día 13 de enero de 2017 por la presentante del documento, conforme al artículo 433 de la Ley Hipotecaria, solicitando la inscripción de las fincas transmitidas con la misma descripción que consta en Registro. - Copia de la escritura de rectificación otorgada el día 3 de marzo último ante el Notario de Zaragoza Don Francisco de Asís Sánchez Ventura Ferrer, con el número de protocolo 771, con nueva comparecencia de los otorgantes de la escritura rectificadora, en unión de testimonio de la diligencia de subsanación extendida por el Notario con fecha 15 de marzo último, rectificando el otorgamiento primero de la escritura de donación en los términos que se citan en el hecho 2.–Instancia suscrita el día 30 de marzo de 2017, por la presentante solicitando la inscripción con suspensión de la inscripción del derecho de uso sobre los locales. (Solicitud de inscripción parcial). - Carta de pago acreditativa de la autoliquidación practicada del impuesto correspondiente respecto de la documentación citada, así como comunicación efectuada al Ayuntamiento de Utebo a efectos del impuesto de plusvalía. 2.–Mediante los documentos relacionados, Don J. L. S. M., como dueño del pleno dominio con carácter privativo de una vivienda y dos locales comerciales, procede, previa renuncia que hace su esposa al derecho expectante de viudedad foral aragonés por un lado, y por otro, previa reserva para sí del derecho de habitación de la vivienda y del derecho al uso respecto de los dos locales, a donar los mismos a sus hijos don I. y don J. S. G., por mitad e iguales partes indivisas, los cuales aceptan la liberalidad. Se acuerda: A.–Practicar la inscripción del precedente documento, en virtud del cual queda inscrito a favor de don I. S. G. y don J. S. G., solteros, por mitad y proindiviso, el dominio de las fincas que a continuación se indican, en los siguientes lugares del libro de Utebo: (...) Respecto a la finca 7.626, la inscripción se practica con la reserva del derecho de habitación sobre la misma a favor del donante. En dichas inscripciones se ha hecho constar la extinción del derecho expectante de viudedad de doña T. G. y, en el caso de la finca 7.626, la Referencia Catastral acreditada para la misma. Conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria y al apartado 5.3 de la Resolución Circular de la Dirección General del Registro y del Notariado de 3 de noviembre de 2015, se hace constar que a la/s finca/s referida/s le/s ha sido asignado el código de finca registral -CRU- indicado anteriormente. Aportadas las Referencias Catastrales acreditadas en el documento para las fincas objeto del mismo, que sí resulta coincidente con la finca 7.626 y no resultan coincidentes con las fincas 5.841 y 5.842 -remitiéndose al Catastro la comunicación prevista en el artículo 49 del. Real Decreto Legislativo 1/2004 de 5 de marzo, sin que hasta la fecha se tenga contestación-, en los términos del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Catastro, Real Decreto 1/2004 de 5 de Marzo. Conforme a la resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 2 de junio de 2012, la constancia que de la Referencia Catastral se ha hecho, no implica la conformidad de la

descripción registral con la catastral, ni exceso o defecto de cabida, ni modificación de linderos, sino sólo un dato más sobre la localización de la finca en un entorno o zona. Se hace constar a los efectos oportunos que, al día de la fecha: la/s presente/s finca/s no se encuentra/n coordinada/s con Catastro conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no se haya inscrita su representación gráfica georreferenciada. La/s inscripción/es se ha/n practicado con su/s correspondiente/s nota/s marginal/es de afección fiscal por plazo de cinco años. Se han cancelado, por caducidad, nueve notas de afección fiscal y se ha hecho constar la finalización de la situación de la finca 7.626 como vivienda de Protección Oficial de Promoción Privada. Según el Registro, las fincas objeto de la presente tienen cargas distintas de las relacionadas, librándose respecto de las mismas nota simple informativa conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria. El/los asiento/s practicado/s queda/n bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá/n los efectos prevenidos en nuestra legislación, especialmente en los artículos 1, 17, 20, 32, 34, 38, 41 y 97 de la Ley Hipotecaria, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en ella; adquirente/s sólo tendrá/n la protección registral que tuviese su transferente. «El acceso al contenido de los Libros del Registro se realizará por el procedimiento, forma, contenido y requisitos establecidos en los artículos 222 y 222 bis de la Ley Hipotecaria, previa aprobación por la Dirección General de los Registros y del Notariado del modelo informático de consulta y requisitos técnicos para ello». B.—Suspender la inscripción del derecho de uso sobre los locales comerciales en base a los Hechos y siguientes fundamentos de Derecho: El derecho al simple uso de los locales comerciales no es inscribible por carecer de trascendencia real, ya que el reconocimiento al simple uso (posesión) no puede tener acceso al Registro conforme determina el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, al tratarse de una mera relación que sólo ampara el simple hecho de poseer o usar la cosa, y no encontrarse éste asegurado tampoco especialmente (artº 98 de la Ley Hipotecaria y Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2.011). No todo derecho civilmente válido, por el hecho de serlo es inscribible sin más en el Registro de la Propiedad, debiendo quedar configurado para su futuro desenvolvimiento en el tráfico jurídico inmobiliario como derecho real, concretando su naturaleza y régimen jurídico, en base a la autonomía de la voluntad y al sistema de «numerus apertus» que rige nuestro sistema hipotecario. Como consecuencia de todo ello, al encontrarnos ante un mero uso, al que no se le ha atribuido carácter real y por tanto regulable conforme a las normas del comodato (precario), impide su inscripción, por lo que procede su suspensión conforme a los artículos 5, 7 y 98 de la Ley Hipotecaria, artículo 9 del Reglamento Hipotecario y Resolución de la Dirección General y del Notariado de fecha 15-07-2011. C.—No practicar anotación preventiva de suspensión, por no haberse solicitado. La presente calificación negativa parcial lleva consigo la prórroga del asiento de presentación, en los términos establecidos en el artº 323 de la L.H. Contra el presente acuerdo de calificación (...) Zaragoza, a treinta de marzo de dos mil diecisiete. Este documento ha sido firmado digitalmente por la registradora: Doña Amalia Bengoa Fernández con firma electrónica reconocida».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña B. R. F., abogada, en nombre y representación de don J. L. S. M., interpuso recurso el día 6 de junio de 2017 mediante escrito en el que expresa las siguientes alegaciones: «Primera.—En el apartado B del acuerdo adoptado el día 30 de marzo de 2017, y notificado el 7 de abril se acuerda: «Suspender la inscripción del derecho de uso sobre los locales comerciales en base a los hechos y siguientes Fundamentos de derecho: (...)». Segunda.—Esta parte no está conforme con la calificación realizada por la Registradora, dicho sea con los debidos respetos. El donante dona la propiedad, pero se reserva un derecho de uso, y ese derecho de uso está regulado en nuestro código civil en el Título VI: «Del usufructo, del uso y de la habitación». La posesión, por el contrario se regula en el título V y el comodato en el título X: «Del préstamo». El legislador, reunió en un mismo título el usufructo, el uso y el derecho de habitación. El uso como dice el artículo 524, da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena, los que basten a las necesidades del usuario y de su familia. Asimismo, en el

artículo 528 del CC, es está diciendo que las disposiciones establecidas para el usufructo, son aplicables a los derechos de uso y habitación, y también se establece que los derechos de uso y habitación, se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la cosa y de la habitación. El legislador está equiparando en cierta manera el derecho de usufructo al derecho de uso. ¿Por qué entonces la Registradora no permite la inscripción del derecho de uso que en este caso, se está reservando el donante para sí? Sí que tiene trascendencia real, el derecho de uso, y de ninguna manera es equiparable al precio [sic] ni al comodato. El precario sí que es un derecho de la posesión, y el comodato no tiene nada que ver con el derecho de uso: en el comodato, el comodante se reserva la propiedad de la cosa prestada y deja a otra persona usarlo. Pero en nuestro caso es al revés, el propietario (donante), previa reserva de su derecho de uso sobre los locales, está donando la propiedad, pero no de forma plena, sino que se está reservando el derecho de uso, derecho que no se puede arrendar ni traspasar (artículo 525 del CC). La Registradora se ampara en la Resolución de fecha 15 de Julio de 2011 de la Dirección General de Registros y Notariado, pero si analizamos esa Resolución, se trata de un supuesto completamente distinto (...) En este supuesto de hecho de la resolución, se concedía a los compradores un derecho de uso sobre la participación indivisa, pero como decía expresamente la escritura, «en concepto de precario y sin pagar merced». El propio Notario autorizante (Sr. Pizarro Moreno como Sustituto del Sr. Badía), manifestó que al haber manifestado los otorgantes en la escritura expresamente la palabra «precario», y al no haber establecido en la escritura el plazo ni requisito a cumplir para continuarla... entendía que la voluntad de la Entidad otorgante, determinaba que se trataba de un precario y no de un derecho de uso. Las declaraciones de voluntad plasmadas en la escritura determinaron, que ese derecho de precario expreso no fuese inscribible. Tercera.—Sin embargo, este supuesto, no tiene nada que ver con el nuestro. En nuestra escritura, es el propio donante el que se reserva el derecho de uso, y establece el plazo: «con carácter vitalicio». Obsérvese cómo, siendo ésta la voluntad del donante (reservarse el derecho de uso para sí y de forma indefinida), el que este derecho de uso, no haya sido objeto (por calificación de la Registradora), de inscripción registral, determinaría, que los donatarios, haciendo caso omiso, a la voluntad de su padre (donante), pudiesen vender los locales, sin contar con el consentimiento de su padre (donante y titular de un derecho de uso), lo que supondría una vulneración de la voluntad del padre donante, y ello supondría para él, una clara indefensión de cara a un posible adquirente de dichos locales (bien de forma onerosa o lucrativa), frente a los que el donante y titular del derecho real del uso, no tendría nada que oponer. Considero que no es ajustado a derecho en este caso, el denegar la inscripción registral del derecho de uso, que se ha querido regular por el donante, y con el acuerdo de los hijos (donatarios). La no inscripción registral supone no considerar cuál ha sido la voluntad de los contratantes, y no respetar un derecho que si no se inscribe, no se puede oponer a terceros. Esta calificación de la Registradora denegando la inscripción, es totalmente perjudicial a mi mandante (donante), y está extrapolando la verdadera voluntad de las partes. Examinada por esta parte numerosa Jurisprudencia en esta materia, así como las otras resoluciones a las que hace referencia la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado» no se observa que sean casos similares al que se plantea, no siendo por lo tanto posible su asimilación a ellos, puesto que no se trate de situaciones análogas. Si el legislador, hubiese querido tratar el derecho de uso, con un carácter distinto al derecho de usufructo, los hubiese regulado en títulos diferentes, y sin tratamiento similar, y como puede observarse revisando el Código Civil, no fue tal la voluntad del legislador. La Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2003, se trata de un interdicto de recobrar la posesión. (No hay analogía con nuestro supuesto). La Resolución de la DGRN de 19 de diciembre de 2006, se trata de una reparcelación (No hay analogía con nuestro supuesto) y así ocurre con todas las resoluciones de la DGRN a que hace referencia la resolución de 2011. La STS de fecha 30 de junio de 2009, se trata de un supuesto de cesión de utilización de vivienda de una hermana a otra a título gratuito (no hay analogía con nuestro supuesto). La STS de 18 de marzo de 2011, se trata de una acción de desahucio por precario y distingue si es precario o comodato la relación entre

las partes procesales, pero no tiene nada que ver con nuestro supuesto, ni con la inscripción registral). Por todo lo expuesto, a la Dirección General de los Registros y del Notariado suplico: Tenga por presentado en tiempo y forma este Recurso Gubernativo contra la calificación de la Registradora del Registro de la propiedad de Zaragoza número Tres, que deniega la inscripción al derecho de uso que se reserva el donante sobre los locales, y previo el estudio del supuesto de hecho, y de la voluntad de los contratantes, de reservar ese derecho de uso sobre los locales, y a la vista del perjuicio que se puede ocasionar al donante, permitiendo que sus hijos (donatarios), transmitan los locales sin su consentimiento, al no estar su derecho de uso inscrito en el Registro de la propiedad, dicte Resolución por la que se estime el presente Recurso, y proceda a acordar la inscripción registral del derecho de uso que se ha reservado el Donante sobre los locales, con carácter vitalicio».

IV

La registradora de la Propiedad informó y, por mantener la calificación impugnada, elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 26 de junio de 2017.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 523 y siguientes del Código Civil; 2, 5, 7, 18, 98, 324, 327 y 328 de la Ley Hipotecaria; 7, 9 y 51 del Reglamento Hipotecario; 153 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 2004, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 2005, 6 de abril de 2006, 15 de julio de 2011, 13 de junio de 2012, 11 de mayo de 2013, 21 de marzo 2015 y 28 de abril y 19 de mayo de 2016.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada (otorgada el día 21 de diciembre de 2016, rectificadora posteriormente por otra otorgada por los mismos comparecientes el día 3 de marzo de 2017 ante el mismo notario, y esta última rectificadora de oficio por éste mediante diligencia extendida el día 15 de marzo de 2017), el dueño del pleno dominio con carácter privativo de una vivienda y dos locales comerciales, procedió, previa renuncia de su esposa al derecho expectante de viudedad foral aragonés por un lado, y por otro, previa reserva para sí del derecho de habitación de la vivienda y del derecho al uso respecto de los dos locales, a donar el pleno dominio [sic] de estas fincas, por mitad y pro indiviso, a dos hijos, quienes aceptaron la liberalidad.

La registradora de la Propiedad suspende la inscripción del derecho de uso sobre los locales comerciales porque, según expresa en la nota impugnada, el derecho al simple uso de los mismos no es inscribible por carecer de trascendencia real, ya que tal reconocimiento al simple uso (posesión) no puede tener acceso al Registro conforme al artículo 5 de la Ley Hipotecaria, al tratarse de una mera relación que sólo ampara el simple hecho de poseer o usar la cosa, y no encontrarse éste asegurado tampoco especialmente (artículo 98 de la Ley Hipotecaria y Resolución de esta Dirección General de 15 de julio de 2011). Y añade que, al tratarse de un mero uso, al que no se le ha atribuido carácter real y por tanto regulable conforme a las normas del comodato (precario), ello impide su inscripción.

La recurrente alega que el derecho de uso reservado sí que tiene trascendencia real y no es equiparable al precario ni al comodato. Añade que el precario sí que es un derecho de la posesión y el comodato no tiene nada que ver con el derecho de uso: en el comodato, el comodante se reserva la propiedad de la cosa prestada y deja a otra persona usarlo, pero en el caso que motiva la calificación es al revés, el propietario (donante), previa reserva de su derecho de uso sobre los locales, está donando la propiedad, pero no de forma plena, sino que se está reservando el derecho de uso, derecho que no se puede arrendar ni traspasar (artículo 525 del Código Civil). Igualmente, argumenta que es el propio donante el que se reserva el derecho de uso, y establece el plazo «con carácter vitalicio»; y siendo ésta la voluntad del donante (reservarse el derecho de uso para sí y de

forma indefinida), el hecho de que este derecho de uso no haya sido objeto de inscripción registral determinaría que los donatarios, haciendo caso omiso a la voluntad de su padre (donante), pudiesen vender los locales sin contar con el consentimiento del mismo (donante y titular de un derecho de uso), lo que supondría una vulneración de la voluntad de aquel, y una clara indefensión frente a un posible adquirente de dichos locales (bien de forma onerosa o lucrativa).

2. Como cuestión previa, y pese a que no ha sido objeto de consideración desfavorable en la nota recurrida, este Centro Directivo no puede compartir la decisión del notario de realizar, por sí y ante sí, la rectificación que se contiene en la diligencia extendida el día 3 de marzo de 2017, pues al afectar la misma al consentimiento negocial necesitaría del concurso de los otorgantes. En efecto, el artículo 153 del Reglamento Notarial permite al notario la subsanación de aquellos errores materiales, omisiones y defectos de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos. Para ello, como ha establecido esta Dirección General en múltiples ocasiones (vid. Resoluciones de 23 de julio de 2005, 6 de abril de 2006, 13 de junio de 2012 y 21 de marzo de 2015), el notario deberá atender al contexto del documento mismo; de los inmediatamente anteriores y siguientes; de los antecedentes: escrituras públicas y a otros documentos asimismo públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización; y los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado.

Ahora bien, también ha establecido este Centro Directivo, que, tanto en términos generales como, muy especialmente, cuando la subsanación se dirija a la rectificación de asientos registrales, los supuestos en los que se permite esta subsanación de forma unilateral son estrictos y por tanto su interpretación también lo ha de ser. En consecuencia, ha de limitarse a los defectos formales o aspectos accesorios del documento, nunca a su contenido de fondo, cláusulas o estipulaciones, para los que se precisa el consentimiento de quienes inicialmente lo prestaron o de sus causahabientes así como de los titulares de derechos según los asientos registrales, si fueren distintos de los primeros.

En el presente caso la omisión que el notario pretende subsanar por este procedimiento consiste precisamente en una matización no menor sobre el consentimiento prestado (alcance del derecho que se transmite), cuya subsanación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 153 del Reglamento Notarial, no puede llevar a cabo el notario por sí solo, requiriendo para ello el consentimiento de los otorgantes o sus causahabientes en su caso.

3. Respecto de la cuestión de fondo del recurso, para cuya resolución serán necesarias algunas consideraciones previas sobre la naturaleza, real o no, del derecho de uso reservado, debe darse por bueno el aserto de la nota al expresar que no todo derecho civilmente válido, por el hecho de serlo, es inscribible sin más en el Registro de la Propiedad, debiendo quedar configurado para su futuro desenvolvimiento en el tráfico jurídico inmobiliario como derecho real, con concreción de su naturaleza y régimen jurídico, con base en la autonomía de la voluntad y en el sistema de «*numerus apertus*» que rige nuestro sistema hipotecario. Doctrina, ésta, que es una constante en los pronunciamientos de este Centro Directivo (vid. Resolución de 19 de mayo de 2016, entre otras), cuando proclama que el derecho creado o constituido debe reunir los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico, fundamentalmente que exista una causa justificada y que se respeten las exigencias impuestas a favor de terceros por el sistema registral, con pleno respecto al principio de autonomía de la voluntad y a la libertad en la creación de nuevas formas jurídico-reales, exigiéndose que el derecho constituido tenga la suficiente claridad y certeza como para dotarlo de efectos «*erga omnes*». Y es que, partiendo de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «*numerus apertus*» (cfr. artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio

directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.

4. En el presente caso debe determinarse si el derecho de uso, tal y como aparece constituido vía reserva, es un verdadero derecho real. Y, en este sentido, cabe recordar las conocidas características que se estima que sirven para conceptuar un derecho como real por contraposición a un derecho personal, tales como la inherencia a una cosa y la oponibilidad a terceros (algo que no puede identificarse sin más como la inscribibilidad), lo que, en sentido estricto y en el campo de los derechos reales (pues con carácter general tanto un derecho personal como uno real existen frente a todos y todos han de respetarlos), viene a suponer que dicho derecho pueda hacerse valer frente a cualquiera y no solo frente a quien se haya obligado (a dar, hacer o no hacer).

Por ello el derecho real da lugar a una acción real, que puede dirigirse frente a todo aquel que obstaculice objetivamente el ejercicio del derecho real, sin que sea necesario acreditar que existe una obligación específica de realizar determinada conducta por parte de determinada persona. En este orden de cosas, el Tribunal Supremo (entre otras, en Sentencias de 3 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 2004) ha declarado que la categoría del derecho real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad, sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia erga omnes, y que para ser tal derecho real ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que lo proyecten al campo del tráfico jurídico con una serie de garantías frente a tercero que le permitan esa eficacia «erga omnes» que no se comprendería sin aquéllas. Pero lo que sí que es claro es que cuando se quiera configurar un derecho como real, bien por ser un derecho típico, bien «ex novo», se debe dotar a la figura en cuestión de un contenido –en especial delimitando nítidamente su contenido y contornos– que la haga inequívocamente identificable como verdadero «ius in re» conforme a las características antes apuntadas.

Por ello, y a la vista del contenido de la diligencia subsanatoria (transcrita en el apartado de «Hechos», y cuya admisibilidad o inadmisibilidad por su carácter unilateral no puede decidirse, por no haberse planteado en la nota), que fija el contenido del derecho reservado, debe concluirse que éste carece de aquellas características necesarias para que el derecho reservado sea un verdadero derecho real, constituyendo tal solo una mera obligación personal -tal y como ha sido configurado en la escritura-. En la misma línea hay que tener presente la definición y contenido típico que respecto del derecho real de uso se contiene en el artículo 524 del Código Civil, que ha sido entendido en el sentido de implicar un limitado disfrute que tiene por objeto el consumo ordinario que lleva implícito el uso de la cosa (el usuario disfruta para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios más allá, pues éste es el límite de su derecho); formulación que dista de la más moderna que, por ejemplo, recoge el artículo 562-6 del Código Civil de Cataluña, que dispone que los usuarios pueden poseer y utilizar un bien ajeno en la forma establecida por el título de constitución o, en su defecto, de modo suficiente para atender sus necesidades y las de quienes convivan con ellos.

Indudablemente, cabría la modalización de un derecho de uso con base en ese criterio de «numerus apertus» que rige en nuestro Derecho inmobiliario, eso sí, cumpliendo las exigencias institucionales que antes han quedado enunciadas en detalle. Pero nada de ello sucede en el caso del presente recurso, pues no se trata más que del mero reconocimiento de una simple posesión, que ni se explica ni detalla en qué concepto. Además, ese supuesto carácter real del uso, que sería de este modo una limitación del dominio al gravarlo, no se aviene con el hecho de que, precisamente, se afirme por parte del disponente donar el pleno dominio (por cierto, en la versión inicial rectificada se donaba la nuda propiedad). Por todo ello el recuso no puede prosperar, dados los confusos términos en los que está redactada la estipulación controvertida, sin perjuicio de que «lo acordado» en la cláusula discutida, sea válido y obligatorio entre las partes, y su cumplimiento pueda ser coactivamente exigido ante los tribunales, pero sin que pueda ser

objeto de inscripción por no estar configurado como derecho real o garantizado con derecho real (artículo 98 de la Ley Hipotecaria).

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

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, 5 de septiembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.