

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9478** *Resolución de 29 de mayo de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Alcázar de San Juan n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una sentencia.*

En el recurso interpuesto por don J. L. T. A. contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Alcázar de San Juan número 1, doña Carmen Maluenda Albert, por la que se deniega la inscripción de una sentencia.

#### Hechos

I

Mediante testimonio de la sentencia firme de fecha 14 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Alcázar de San Juan, acompañado de otro testimonio de la sentencia de fecha 8 de octubre de 2018 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, confirmatoria de la anterior, se ejercitaba una acción tendente a la recuperación de la posesión de la finca número registral 52.872 sita en Alcázar de San Juan contra el poseedor, don J. L. T. A., a quien la demandante entregó la finca, siendo el objeto del procedimiento dilucidar si se trataba de un precario como afirmó la parte actora o un comodato según la demandada, por los diferentes efectos en cuanto a la reclamación de la posesión por el comodante. Siendo que la cesión del inmueble fue gratuita y para un uso determinado: instalación de un negocio que comenzó a funcionar en el año 2014; aunque no se fijase un plazo determinado, la sentencia concluía que se trataba de un comodato y sin que por el tiempo transcurrido (tres años) pudiera entenderse que se había convertido en precario ya que no se había excedido el plazo razonable de tiempo por el que debía presumirse que se había cumplido el propósito pactado. Ahora bien, sin que se pudiese fijar por el Juzgado un plazo determinado de duración. Por ello, siendo que la figura se calificaba en la sentencia de comodato y no acreditando la actora la urgente necesidad de utilización del bien, no habiendo transcurrido el plazo necesario para estimar que se había cumplido el propósito para el que se entregó el inmueble, se desestimaba la demanda. Así lo confirmaba la sentencia de la Audiencia que desestimaba el recurso de apelación.

II

Presentada dicha documentación en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan n.º 1.

Calificación negativa, artículo 18 Ley Hipotecaria.  
Asiento 227 diario 213.

Testimonio judicial expedido el 2 de diciembre de 2018 por doña A. V. T., Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcázar de San Juan.

Ord procedimiento ordinario 13/2017.

Hechos.

Se testimonia sentencia firme de 14/11/17 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alcázar de San Juan, acompañado de otro testimonio de fecha 21 noviembre de 2018 expedido por don V. M. E. T., Letrado de la Administración de Justicia de la Aud. Provincial Sección n.2 de Ciudad Real (recurso de apelación civil 56/2018) de la sentencia 245/18 de fecha 8 de octubre de 2018.

Por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de ésta Ciudad de don Carlos Ceña Nuel, Juez del referido Juzgado, doña A. A. R. ejercita una acción tendente a la recuperación de la posesión de la finca registral 52.872 sita en (...) de Alcázar de San Juan contra el poseedor don J. L. T. A. a quien la demandante entregó la finca, siendo el objeto del procedimiento dilucidar si se trata de un precario como afirmó la parte actora o un comodato según la demandada, por los diferentes efectos en cuanto a la reclamación de la posesión por el comodante.

Siendo que la cesión del inmueble fue gratuita y para un uso determinado: instalación de un negocio que comenzó a funcionar en el año 2014; aunque no se fijase un plazo determinado, la sentencia concluye que se trata de un comodato y sin que por el tiempo transcurrido (tres años) pueda entenderse que se ha convertido en precario ya que no se ha excedido el plazo razonable de tiempo por el que deba presumirse que se ha cumplido el propósito pactado. Ahora bien, sin que se pueda fijar por el Juzgado un plazo determinado de duración.

Por ello, siendo que la figura se califica en la sentencia de comodato y no acreditando la actora la urgente necesidad de utilización del bien, no habiendo transcurrido el plazo necesario para estimar que se ha cumplido el propósito para el que se entregó el inmueble, se desestima la demanda.

Así lo confirma la sentencia de la Audiencia que desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia anterior «la relación jurídica es la de un comodato, al haberse conferido la cesión para un uso concreto y determinado, no dependiente del arbitrio de una de las partes y sin que por el tiempo transcurrido se pueda considerar que se haya extinguido el mismo ni que se haya mutado en un precario, razón por la cual ha de decaer el recurso, al no haberse alegado ni probado una urgente necesidad de la apelante».

Fundamentos de Derecho:

Se desprende de la presentación de los testimonios anteriores que se pide la inscripción del comodato en el Registro de la Propiedad a favor de don J. L. T. A.

De conformidad con los artículos 2 de la Ley Hipotecaria, apartado 29 son inscribibles: «los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales»; y del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no sólo son inscribibles los títulos a que se refiere el artículo 2 de la Ley, «sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro algunas de las facultades del dominio sobre los bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.»

Es pues determinante para la inscripción del derecho del comodatario en el Registro de la Propiedad que ostente la condición de titular de un derecho real, lo que entronca con la naturaleza jurídica del comodato.

De los artículos 1.740 a 1.752 del Código Civil resulta que el comodato es un contrato de préstamo por el que una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, configurándolo así como contrato real y unilateral porque se perfecciona con la entrega de la cosa, de la que nace la obligación de devolver para el comodatario, única obligación que surge del contrato puesto que las obligaciones que pudieran afectar al comodante no nacen del contrato ni son recíprocas de la obligación del comodatario, sino de, en su caso, hechos posteriores.

En el comodato, el uso de la cosa es gratuito, temporal y no incluye el disfrute, por lo que queda fuera de los arrendamientos, usufructo, derecho de uso o el derecho de habitación a que se refiere el artículo 2 de la Ley Hipotecaria. En este caso tampoco se ha configurando [sic] la cesión del uso con el carácter de derecho real, sino que el uso deriva del hecho de la entrega del inmueble y es la sentencia la que dice que se está ante un contrato de comodato, en consecuencia se trata de un contrato típico, con expresa regulación legal: el Código civil; y que no queda incluido expresamente en el artículo 2 Ley Hipotecaria.

Su acceso al Registro de la Propiedad queda excluido por una parte en cuanto se refiera al simple hecho de poseer, puesto que la posesión como tal no se inscribe (artículo 5 de la Ley Hipotecaria) y porque del comodato sólo surge una obligación: el comodatario debe devolver la cosa al comodante cuando concluya el contrato, es decir un derecho personal u obligacional que como tal no tiene acceso al Registro de la Propiedad (artículo 98 Ley Hipotecaria).

La Resoluciones de la DGRN también afirman el carácter obligacional del derecho del comodatario; así la de 4 de octubre de 1989 que entiende que la cesión del uso de un inmueble es comodato al no constar la voluntad patente de las partes de constituir un derecho real, por lo que no se inscribe. También la Resolución del mismo Centro Directivo de 15 de julio de 2011 considerando al comodato-precario como derecho personal que no tendrá acceso al Registro salvo que esté asegurado especialmente.

Dado su carácter personal u obligacional, se deniega la inscripción del derecho del comodatario en el Registro de la Propiedad.

Contra la calificación anterior podrá (...)

Alcázar de San Juan, 7 de febrero de 2019.—La Registradora (firma ilegible).—Fdo. Carmen Maluenda Albert».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don J. L. T. A. interpuso recurso el día 18 de marzo de 2019 en virtud de escrito en el que señalaba lo siguiente:

«Primera.—Junto con el testimonio de las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcázar de San Juan (dentro del procedimiento ordinario número 13/2017), de fecha 14 de noviembre de 2017 y de la Ilma. Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (dentro del recurso de apelación número 56/2018), de fecha 8 de octubre de 2018, se presentó la solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan del derecho de mi parte como comodatario de la finca registral número 52.872 sita en (...) de Alcázar de San Juan (Ciudad Real). Es decir, interesaba la inscripción del comodato reconocido judicialmente (ya firme) a mi favor, tanto por el Juzgado de Instancia como por el Tribunal de apelación.

Segunda.—La Sra. Registradora desestimó tal pretensión aludiendo al carácter personal u obligacional nunca real, del derecho del comodatario, basándose en lo dispuesto en los artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento. No estamos de acuerdo. Vamos a desarrollarlo.

(1) Para delimitar la verdadera naturaleza o alcance del derecho en cuestión hemos de examinar cual es la voluntad de la persona otorgante del derecho. En nuestro caso, se concedió un uso derivado de negocio jurídico de los que atribuyen la posesión del bien sin que se pueda revocar el mismo en cualquier momento por el concedente al entenderse que sería preciso que éste acreditase la urgente necesidad de utilización del bien.

(2) Hay que partir de una cuestión preliminar: hemos de comenzar recordando las dificultades señaladas por nuestra doctrina en relación con la caracterización de los derechos reales, tanto por la falta de una enumeración cerrada de los mismos, como por las dudas que con cierta frecuencia se plantean a la hora de interpretar sus características propias, como la inmediatez o su carácter absoluto o eficacia «erga

omnes», lo que en la práctica ha derivado en dudas y debates en tomo a ciertos derechos sobre su condición de verdaderos y propios derechos reales, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En este ámbito o zona de derechos de naturaleza real discutida se sitúan, entre otros, el comodato.

Por su parte, la doctrina de este Centro Directivo, DGRN, ha declarado reiteradamente que, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los registradores de la Propiedad - ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción- es la de velar por el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real (cf por todas, Resolución de 19 de septiembre de 1974).

En este sentido, es conocida la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resolución de 4 de mayo de 2009) acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales. al amparo del principio de «*numerus apertus*» que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, 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. Del análisis del elevado número de Resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos.

No obstante, lo anteriormente expuesto no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere derecho real. Hace falta, además, que concurren determinadas circunstancias, que la citada Resolución de 4 de mayo de 2009 sintetizó en dos: a) Como se ha dicho anteriormente, es preciso que la figura que se crea tenga las características propias de un derecho real, y b) Que, si se trata de una figura nueva carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha figura comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura.

(3) Y como criterio de interpretación de estos requisitos ha dicho igualmente. este Centro Directivo que el citado criterio «*numerus apertus*» en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la Resolución de 20 de septiembre de 1966; para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

En este sentido, como ha señalado la doctrina, se puede decir que si bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador que, si impone una obligación pasiva universal mandando a todos que respeten un derecho, lo modela como real y si no la impone, lo reduce a personal en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transmitido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real siempre. que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza, según antes se ha indicado.

(4) En nuestro caso, debe determinarse si el derecho del comodatario es o no un verdadero derecho real. Y, en este sentido, cabe recordar las conocidas características que se estima que sirven para conceptualizar un derecho como real en contraposición a un derecho personal, tales como la inherencia a una cosa y la oponibilidad frente 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 inmediatez 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 las dos resoluciones judiciales emitidas que fijan unívoca e inequívocamente el derecho del comodatario, debe concluirse que éste posee las características necesarias para que dicho derecho sea un verdadero derecho real no una mera obligación personal.

A mayor abundamiento, según la resolución de la DGRN, de fecha 8 de marzo de 2018, en su fundamento de Derecho (4), se dice literalmente que el derecho de uso reconocido y atribuido judicialmente (como es mi caso, por dos resoluciones judiciales firmes) es oponible frente a terceros y objeto de publicidad y protección inherentes a su acceso al Registro de la Propiedad, acceso del que no disfrutaría si se tratase de una mera ocupación asimilable al precario (en mi caso el derecho judicialmente reconocido sobre la finca registral -número 52.872 sita en (...) de Alcázar de San Juan- cedida es un comodato, no un precario).

(5) En definitiva y a modo de sucinta conclusión, la voluntad de las partes contradice el argumento esgrimido por la Sra. Registradora para rechazar la inscripción inicialmente presentada. Como antes he mencionado, al margen y con independencia del «numerus apertus» (no, por supuesto, ilimitado) en materia de derechos reales que recoge el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, hay que estar a ésa voluntad y a las características específicas del supuesto en cuestión. Aquí, en lo que concierne al derecho que se pretende inscribir, si bien es gratuito, el comodatario llevó a cabo una cuantiosa inversión económica en la finca cedida, inversión de todo punto imprescindible con vistas a la explotación comercial del lavadero de automóviles instalado que justifica precisamente, por un lado, (i) la necesidad de protección registral y, por otro, (ii) que su disfrute no esté limitado en ninguno de los aspectos, sin que exista plazo concreto de duración del contrato ni que el mismo quede sometido a la voluntad del comodante: la reversión precisará la acreditación, a discutir en sede judicial mediante el oportuno procedimiento, de la urgente necesidad del comodante si pretende recuperar el bien. Y muy importante, a nuestro juicio, lo que acabamos de reseñar en el párrafo anterior transcribiendo lo afirmado por una reciente resolución de la DGRN en sus fundamentos de Derecho: (iii) el derecho de uso reconocido y atribuido judicialmente (como es mi

caso, por dos resoluciones judiciales firmes) es oponible frente a terceros y objeto de publicidad y protección inherentes a su acceso al Registro de la Propiedad».

#### IV

La registradora suscribió informe el día 25 de marzo de 2019 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 444, 1281, 1289, 1741, 1749 y 1750 del Código Civil; 1, 2, 5, 18, 98 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 7 y 9 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 y 18 de marzo de 2011, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2003, 12 de julio y 22 de noviembre de 2005, 19 de diciembre de 2006, 27 de agosto, 19 de septiembre y 10 de octubre de 2007, 14 de mayo y 18 de noviembre de 2009 y 15 de julio de 2011.

1. Se debate en este recurso si es o no inscribible una sentencia firme en el que se reconoce a favor del demandado un contrato de comodato.

La registradora suspende la inscripción dado el carácter obligacional del derecho del comodatario y su acceso también queda excluido por cuanto se refiere al simple hecho de poseer y porque del comodato sólo surge una obligación.

2. Para resolver la cuestión planteada carece de trascendencia determinar si la concesión del derecho de uso sobre el inmueble -a título gratuito- constituye una modalidad de comodato o se trata de una figura incardinable en el concepto de precario. En todo caso, aun cuando se tratara del denominado comodato, tendría vedada su inscripción, por ser un derecho personal no asegurado especialmente (artículos 1, 2 y 98 de la Ley Hipotecaria).

En la sentencia se ha configurado como comodato, con su específico significado jurídico, sin que se le haya atribuido ninguna característica de los derechos reales de uso.

3. Debe rechazarse las alegaciones del recurrente sobre el carácter inscribible del derecho del uso determinado del comodatario apoyándose en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 2018 y Sentencias del Tribunal Supremo, que no son aplicables al caso, puesto que exclusivamente se refieren a un derecho de uso sobre la vivienda familiar concedido mediante sentencia al cónyuge a quien se le atribuye la custodia de los hijos del matrimonio o a aquel de los cónyuges que se estima más necesitado de protección, que es considerado como un derecho de carácter familiar y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito; si bien, desde el punto de vista patrimonial, el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio, a un cónyuge no titular impone la restricción o limitación de disponer al otro cónyuge (artículo 96 del Código Civil), que se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso para cualesquiera actos que puedan ser clasificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a tercero y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (Resolución de 10 de octubre de 2008). Criterio que mantienen otras varias Resoluciones del Centro Directivo y Sentencias del Tribunal Supremo.

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

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, 29 de mayo de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.