CONSECUENCIAS DE LA CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DEL DOMINIO DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS

Comentario a la Resolución de 28 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Vielha, por la que se suspende la inscripción de un mandamiento de cancelación de la inscripción del dominio de un derecho de aprovechamiento por turnos

Carmen González Carrasco
Catedrática de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 19 de diciembre de 2023

Resumen: Decretada la nulidad de la venta de cuota indivisa celebrada en el año 2000 (elevada a público en 2003) que lleva aparejado el disfrute de un inmueble en un turno determinado no adaptado a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (en adelante, Ley 42/1998), la cuota no queda vacante, ni acrece a los demás, sino que, siendo el objeto de la transmisión un derecho real limitado, queda extinguido en su folio independiente pero pervive "en estado de latencia" en el folio de la finca matriz inscrito a nombre del constituyente del régimen, esto es, el vendedor cuya venta ha sido declarada nula. Y dado que la demanda de nulidad va dirigida contra quien ostentaba la titularidad registral, el principio de tracto sucesivo se cumple de manera impoluta (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). Por todo ello, la cancelación puede llevarse a efecto en los términos dispuestos por la resolución judicial.

Hechos

I. Entre las partes se había celebrado un contrato de compraventa que tenía por objeto una cuarentaiochoava parte indivisa de un apartamento que formaba parte de un edificio, que a su vez daba derecho al uso exclusivo de la semana número trece en los términos

reflejados en los estatutos, y constaba inscrita a favor de los compradores con carácter ganancial. La constitución de este régimen de copropiedad con atribución de uso, fórmula desterrada por el art. 1.7 de la ley 42/1998, era preexistente a la Ley 42/1998, por lo que debería haberse adaptado al régimen de la ley 42/1998 en los términos de su Disp. Adicional segunda. Sin embargo, el contrato se celebró en el año 2000 y la transmisión del derecho se produjo por instrumento público del año 2003 sin haberse realizado dicha adaptación.

II. Mediante mandamiento judicial de ejecución de sentencia firme de nulidad n.º 273/2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Madrid se ordenó la cancelación de la inscripción de aprovechamiento por turno practicada sobre una finca registral.

III. El Registrador emitió nota de calificación negativa y suspendió la práctica del asiento de cancelación objeto del mandamiento por entender que, al tratarse de un régimen de comunidad, la cancelación de la inscripción del derecho implicaba necesariamente el acrecimiento en las cuotas de los demás titulares, que debería verse reflejado en el Registro mediante el asiento correspondiente, por lo que se hacía necesario el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial, todo ello en virtud de la doctrina de la DGSJFP aplicable a los casos de renuncia de un comunero a su cuota en la finca registral común.

IV. Los recurrentes alegaron que a la nulidad radical de la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles no le es aplicable por analogía el régimen previsto para la extinción del mismo por renuncia del copropietario, procediendo en este caso la consecuencia jurídica del retorno del derecho a su transmitente con efectos "ex tunc"; pues si ello es así en caso de resolución contractual del derecho, con más razón debía serlo en caso de nulidad de pleno derecho del contrato celebrado entre las partes.

Resolución

La Dirección General estima el recurso y revoca la nota de calificación, entendiendo que la cancelación del derecho del adquirente cumple el principio de tracto sucesivo, por haberse dirigido la demanda contra quien aparece como titular registral en el folio matriz en el que consta el derecho de aprovechamiento transmitido, folio al que regresa y pervive "en estado de latencia" el derecho de aprovechamiento cuya transmisión es declarada nula.

Comentario

1. Antecedentes: el laberinto de las Disposiciones Transitorias de la Ley 42/1998

Recordemos que la entrada en vigor de la Ley 42/1998 impuso una estructura imperativa, posteriormente flexibilizada por la Ley 4/2012 según la cual, todos los derechos constituidos o transmitidos tras su entrada en vigor al margen de la misma serían nulos (art. 1.7), quedando prohibidas, además, las modalidades consistentes o alusivas a la transmisión de la propiedad, la copropiedad o la multipropiedad (art. 1.4). Pero la imperatividad que proclamaba la Disp. adicional segunda *(«Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración»)* había de interpretarse de acuerdo con el complejo régimen previsto en las tres disposiciones transitorias de la Ley 4271998**.**

Dichas disposiciones, en cuya restrictiva interpretación jurisprudencial no vamos a profundizar en este momento, significaban originariamente, a mi entender:

a) Que no era aplicable a los derechos constituidos bajo el amparo de regímenes preexistentes el régimen de la nulidad por contravención de modalidad imperativa prevista en el artículo 1. 7 de la Ley;

b) Que dichos *regímenes* pudieron continuar existiendo con su naturaleza preexistente (v.gr. reafirmarse en su duración indefinida y en su previa estructura real o personal distinta de la prevista en la ley) sin más sujeción a la misma que el deber de otorgar - de forma voluntaria o a instancia de los adquirentes anteriores a la entrada en vigor de la Ley- una escritura de adaptación que sólo se sujetaría a los requisitos del artículo 5 de la Ley en lo que fuese compatible con dicha naturaleza preexistente (lo que, rectamente entendido, impedía el total cumplimiento del contenido *material* de los arts. 8 y 9 e la Ley).

c) Que los titulares de derechos (derivados de regímenes preexistentes) adquiridos en virtud de contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la misma podrían, siempre que hubiese transcurrido el período de adaptación, resolver el contrato por incumplimiento del deber de adaptación en virtud de la Disp. adicional tercera (aunque también solicitar judicialmente una adaptación forzosa adecuada a la naturaleza preexistente del régimen -ex Disp. adicional primera 1.3).

d) Había razones sólidas para entender que la sujeción a los artículos 8 a 12 de la Ley 42/1998 (dedicados a la publicidad e información contractual), que la Disp. Transitoria 1.3 exigía «en todo caso» para las transmisiones posteriores de derechos preexistentes, no podía vincularse de forma automática al artículo l. 7 de la Ley (que sancionaba con la nulidad el apartamiento de la estructura contractual típica impuesta por la norma, pero no cualquier incumplimiento del deber de información o de contenido contractual), sino a las consecuencias del articulo 10.2 de la Ley (prórroga del derecho de desistimiento con posibilidad de resolución-sanción en el plazo de tres meses o, en su caso, anulabilidad por inveracidad, sometida al plazo de cuatro años).

e) Finalmente, el régimen transitorio de respeto a los regímenes preexistentes previsto por la Disp. transitorias 1.2 y 1.2,3.º), obligaba a entender que la transmisión de derechos constituidos de forma preexistente pero realizada tras el transcurso del período de adaptación sin haberse verificado ésta, conllevaba el efecto de sujetar la transmisión a la ley 42/1998 (Disp. transitoria T 1.2); pero la remisión a dicha ley había de entenderse realizada a la totalidad de su articulado, que reconducía de nuevo a la posibilidad de resolver al adquirente por falta de adaptación (Disp. transitoria tercera), con la conclusión final de que el artículo 1.7 de la Ley no es ni fue nunca aplicable a regímenes preexistentes a la fecha de su entrada en vigor.

Estos argumentos no fueron, empero, asumidos por el Tribunal Supremo, que en sus Sentencias núm. 15 de enero de 2014 (RJ 2014,443) y16 julio de 2015 (RJ 2015\2783), seguidas de muchas otras en el mismo sentido, declaró la nulidad los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor por falta de adaptación de los regímenes preexistentes e infracción de las normas imperativas sobre plazo de duración, modalidad e información al adquirente. La STS de 18 de julio de 2017 (RJ 2017, 3473) declaró incluso la nulidad de un régimen "flotante" de estructura asociativa prohibida por la Ley 42/1998, a pesar de que el mismo habría tenido encaje en el nicho de elusión que permite la consideración del derecho transmitido como "producto vacacional de larga duración" (solo sometido al título 1), o la aplicación del art. 23.8 de la Ley 4/2012, ya en vigor a la fecha de la sentencia.

Sea como fuere, una vez dictada la sentencia de nulidad de los títulos no adaptados a la Ley 42/1998 -decisión cuyo acierto ya no podría haber valorado la DGSJFP-, el artículo 79 de la Ley Hipotecaria permite solicitar -y ordena, en su caso-, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas que traen causa de este. Y esto, en efecto, nada tiene que ver con los efectos de las renuncias unilaterales a estos derechos estudiados en otras resoluciones anteriores. Pero tampoco con el pretendido carácter "limitado" del derecho transmitido, como afirma la DGSJFP.

2. Una solución correcta sobre dos afirmaciones que no lo son

La solución de la DGSJFP es correcta en cuanto a que la declaración de nulidad del *contrato* de transmisión -que no del *régimen*- del derecho de aprovechamiento por turno constituido tras la Ley 42/1998 no tiene como consecuencia el acrecimiento de las cuotas del derecho de los demás partícipes en el régimen ni requiere su consentimiento. Es claro que no existe analogía entre las consecuencias de la *derelictio* o renuncia del derecho de aprovechamiento por turno objeto de la RDGRN núm. 11698/2014 de 21 octubre (RJ 2014\6101) y los supuestos de ineficacia contractual del título de transmisión. Finalmente, es meridianamente claro que, producida dicha ineficacia contractual, el derecho del adquirente -sea cual sea este-, vuelve a la titularidad registral originaria del transmitente (promotor del régimen o simple vendedor) sin acrecer al resto de titulares de derechos recayentes sobre la misma finca registral. Pero ello ocurre con los derechos limitados y los que no lo son (ej. nulidad de la transmisión de derechos en modalidad de cuota indivisa o "multipropiedad" tras la entrada en vigor de la ley 42/1998, como es el caso), pues el remedio está previsto en el art. 1.7 de la norma aplicable según la jurisprudencia, según el cual, " *el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos*".

A partir de esta correcta afirmación, la DGSJFP se basa en dos argumentos innecesarios y contradictorios con el régimen jurídico propio del derecho que motiva el dictado de la sentencia de nulidad.

En primer lugar, la DGSJFP entiende que no hay acrecimiento ni necesidad de consentimiento del resto de partícipes porque los compradores de cuotas indivisas aparejadas a un derecho de uso temporalmente determinado sobre el inmueble "*no adquirieron el pleno dominio sino un derecho real limitado y no ostentan una cotitularidad sobre los elementos comunes del inmueble".*

En segundo lugar, según el órgano directivo, "la titularidad del inmueble corresponde al constituyente del régimen"; y por ello no puede hablarse de cuotas ni de acrecimientos en las cuotas, pues "*la cuota a la que alude el artículo 26.1.3 no ha de entenderse en el sentido a que aluden los artículos 392 y siguientes del Código Civil, pues se está refiriendo a la cuota que ha de satisfacerse por la prestación de los servicios complementarios inherentes a este régimen*".

Las dos anteriores afirmaciones son inexactas e innecesarias.

3. "El derecho adquirido era un derecho real limitado según la Ley 4/2012"

La afirmación de que los compradores adquirieron un derecho real limitado es inexacta, en primer lugar, porque la Resolución (desconocemos si también lo hace la sentencia de nulidad de la que trae causa el mandamiento de cancelación) se refiere a una normativa -la Ley 4/2012- que nunca ha sido de aplicación al derecho transmitido. Derecho que, en el mejor de los casos, estaba afectado por la sanción de nulidad desde la fecha de su transmisión en el año 2000 en virtud del art. 1.7 de la ley 42/1998, y que nunca pudo convertirse en un derecho real de aprovechamiento por turno de carácter limitado sometido a las normas de la Ley 4/2012. De hecho, la Disp. transitoria única de la ley 4/2012, dirigida a contratos preexistentes, expresa claramente que "*1. La presente Ley no se aplicará a los contratos entre empresarios y consumidores, cualquiera que sea su denominación, referidos en los artículos 1 y 23, celebrados con anterioridad y vigentes al tiempo de entrada en vigor de la misma, salvo que las partes contractuales acuerden adaptarlos a alguna de las modalidades reconocidas por la presente Ley*". Y además, la Disp. transitoria segunda de la ley 42/1998 vigente al tiempo de la transmisión de este derecho establece que la transmisión de derechos con posterioridad a su entrada en vigor se regiría por el régimen que hasta la entrada en vigor de la Ley regulase el inmueble, y que una vez transcurrido el período de adaptación -de dos años- , si ésta no se hubiera realizado, se regiría por la propia Ley 42/1998; lo cual reconduce, en el mejor de los casos, a la nulidad prevista en el art. 1.7 de dicha norma, pero nunca a la aplicación *ex lege* de la ley 4/2012, que se reconoce a si misma como no retroactiva (Disp. Transitoria única Ley 4/2012).

La propia Resolución reconoce que se trata de un derecho transmitido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/1998 pero cuyo régimen se constituyó con anterioridad a esta, sin haber sido adaptado en los términos de la Disp. Transitoria segunda 1(" *(...) de los documentos que obran en el expediente, resulta que el régimen se constituyó de tal modo que los titulares de los derechos son propietarios del inmueble por cuotas indivisas que llevan aparejado el disfrute de un turno determinado, por lo tanto, parece evidente que el régimen es el anterior a la Ley de 1998, sin que haya sido adaptado. Tampoco fueron objeto de adaptación ni el contrato privado de compraventa del derecho de aprovechamiento, ni su elevación a público (precisamente ese es el motivo que determina su nulidad))...* pero a renglón seguido, insiste en que "*los compradores no adquirieron el pleno dominio*", y que esa razón es la que hace que no exista acrecimiento de cuotas, sino que se produzca el regreso del derecho limitado a su titular originario, "*en estado de latencia*". Esta afirmación en contradictoria y contraria al régimen transitorio de las leyes 42/1998 y 4/2012.

La Ley 42/1998 (Disp. transitoria segunda) no dice que los regímenes no adaptados se conviertan estructuras de derechos reales limitados. Lo que dice es que los titulares preexistentes *podrán exigir judicialmente su adaptación*, y que "*si el régimen preexistente se constituyó de tal modo que los titulares de los derechos son propietarios del inmueble por cuotas indivisas que llevan aparejado el disfrute de un turno determinado, la escritura de adaptación deberá ser otorgada por el presidente de la comunidad de propietarios, previo acuerdo de la propia comunidad adoptado por mayoría simple de asistentes a la Junta que se convoque al efecto"*. También dice la Disp. Transitoria tercera que si pasado el período de adaptación, esta no se hubiera producido, "*el incumplimiento, por parte del propietario, de la obligación de adaptar el régimen dará derecho a los adquirentes, aunque no contraten con él directamente, a resolver los contratos que se hubieran celebrado después de la entrada en vigor de la Ley, pudiendo exigirle la devolución de las cantidades satisfechas y la indemnización de daños y perjuicios*". Podemos aceptar, porque así nos viene dado a la DGSJFP y a quien esto suscribe, que según la jurisprudencia consolidada en torno al régimen transitorio de la Ley 42/1998, de la que hemos disentido[1], la sanción de nulidad de su artículo 1.7 alcanzaría a los derechos transmitidos tras su entrada en vigor con base en regímenes de cuota de dominio preexistentes. Pero lo que no se puede es soplar y sorber al mismo tiempo. No se puede tener lo mejor de las dos posibilidades a la vez, pretendiendo que la falta de adaptación es lo que provoca la nulidad -obviando así el plazo de prescripción cinco años para la resolución contractual por falta de adaptación ex art. Disp. transitoria tercera, para después considerar que, precisamente por esa falta de adaptación en el plazo de dos años tras la entrada en vigor de la ley, lo que adquirieron los compradores en 2003 con la elevación a público del contrato celebrado en el año 2000 fue un derecho real limitado.

4. "No puede hablarse de cuotas en el derecho real de aprovechamiento por turno"

Afirma la DGSJFP, -siempre con cita de la ley 4/2012 y no de la ley 42/1998 aplicable al supuesto-, que "*no puede hablarse de cuotas ni de acrecimientos en las cuotas, pues las únicas cuotas a las que alude la ley son las cuotas por satisfacer por la prestación de los servicios complementarios; cuotas que evidentemente son específicas para cada aprovechamiento, en los términos fijados en la escritura constitutiva del régimen e invariables salvo que sean objeto de modificación con los requisitos para ello requeridos o actualizadas en los términos pactados (artículo 30.1.5.º)".*

En efecto, no hay acrecimiento en las cuotas sobre un derecho real por la declaración de nulidad del contrato de transmisión, sea este de propiedad o de aprovechamiento, porque,

[1] "Aprovechamiento por tuno. Nulidad por inadecuación a la Ley 42/1998 o el negocio de la nulidad en la adquisición de turnos adquiridos para reventa. Comentario a la STS, de 18 de julio de 2017 (RJ 2017, 3473)". *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, Nº 105, 2017, págs. 629-655

a diferencia de lo que acontece los casos de renuncia, la titularidad vuelve al transmitente en ambos casos. Y también es correcto afirmar quedará en su patrimonio, como objeto separado ("*en estado de latencia*", como afirma la DGSJFP), si existe un régimen jurídico real constituido sobre el inmueble que individualice el derecho, considerándolo "finca" a efectos registrales. Pero para ello no es preciso afirmar que las cuotas referidas en el art. 26 de la Ley 4/2012 son los gastos de mantenimiento y contribución a la sociedad de servicios regulados en su art.30.1.5º. Ambos conceptos son diferentes, al igual que lo son la cuota de participación en régimen de propiedad horizontal y el montante concreto de los gastos en que se traduce el deber de contribuir, a los que la LPH se refiere a veces indistintamente como "cuota".

Según el artículo 26.1.3 de la Ley 4/2012, paralelo al art. 5 de la LPH, "*En cada alojamiento destinado a aprovechamiento por turnos se expresará el número de éstos, su duración, indicando el día y la hora inicial y final, la cuota que corresponda a cada turno con relación al alojamiento, si está previamente constituida la división horizontal, o con relación al total del inmueble, si no lo está, el mobiliario que tenga destinado, así como su valor, y los días del año no configurados como turnos de aprovechamiento por estar reservados, en ese alojamiento, las reparaciones y mantenimiento. A cada aprovechamiento se le dará también un número correlativo respecto a cada alojamiento".* La cuota a la que se refiere la norma es el porcentaje de titularidad que corresponde a cada turno en el conjunto del derecho de uso del apartamento sobre el que recae, y que sirve a más funciones que a la determinación del gasto objeto de información contractual según el art. 30.1.5. Por ejemplo, será determinante para fijar su valor en caso de destrucción del inmueble antes de su término final de duración (50 años máximo).

5. Conclusión.

Partiendo del (discutible) tratamiento jurisprudencial de los regímenes de aprovechamiento a tiempo compartido preexistentes a la ley 42/1998 y de la obvia vinculación de la DGSJFP a la declaración de nulidad de la adquisición del derecho de cuota dominical aparejada al uso temporal y al mandamiento de cancelación dirigido al registro de la propiedad, la resolución comentada resuelve la nota de calificación negativa del Registrador de forma correcta. La nulidad declarada no equivale a una renuncia entre comuneros, el derecho afectado por la nulidad debe volver al patrimonio del disponente, y, como quiera que este otorgó título constitutivo del régimen -que no consta cancelado- y abrió folio matriz al régimen como propietario único antes de proceder a la enajenación de turnos en folios registrales independientes, no existe acrecimiento del resto de los titulares del régimen ni problema de tracto sucesivo en la atribución de la cuota al promotor disponente.

Sin embargo, no es correcta la aplicación transitoria de la ley 4/2012 al supuesto resuelto por el órgano directivo, ni tampoco lo es considerar que el derecho de copropiedad con atribución de uso temporal derivado de un régimen preexistente que fue objeto del contrato objeto de la transmisión se había adquirido por los compradores como derecho real limitado de aprovechamiento por turno como consecuencia de la falta de adaptación al régimen de la ley 42/1998 en el plazo de los dos años previstos en sus Disposiciones transitorias. Una interpretación conjunta de la Exposición de Motivos de la norma y de las Disp. transitorias primera y tercera se oponen a tal conclusión.

Finalmente, tampoco es posible entender que la cuota a la que que se refiere el art. 26 de la Ley 4/2012 – art. 5.1.3º de la Ley 42/1998- es el montante de la obligación de contribuir por los servicios correspondientes al turno recogida en el art. 30.1.5º de la Ley 4/2012 (art. 9.1.5º en la Ley 42/1998). Se trata de contenidos diferentes, con objetivos distintos - en el primer caso, para valorar el derecho real en relación con el valor del inmueble y para determinar la estructura compleja del régimen de cara a la inscripción del título constitutivo otorgado por el promotor, y en el segundo caso, para hacer posible el derecho a la información del adquirente de cara a la correcta formación de su voluntad contractual.