

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI CASOS DEL PRIMER TRIMESTRE DE 2005

I.- ENERO

1. CERTIFICACION CATASTRAL. En el Registro de la propiedad consta inscrito un pabellón industrial dentro de un solar con el que linda por todos sus lados y que consta de dos plantas, una planta baja con 1.068 m² y una entreplanta con 500 m². Se pretende, mediante un acta de manifestaciones acompañada de certificación catastral, la inscripción de un exceso de cabida en la entreplanta o planta primera que de los 500 m² iniciales pasa a tener 1.045 m².

El acta de manifestaciones otorgada por el representante legal de la titular registral es del siguiente tenor: “El señor compareciente manifiesta que la verdadera extensión de la entreplanta de la finca es de mil cuarenta y cinco metros cuadrados, y me acredita que el exceso respecto de la extensión registral resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta su perfecta identificación y que la finca está catastrada en términos totalmente coincidentes con la descripción anterior. Me requiere el señor compareciente para que recoja en

el acta sus anteriores manifestaciones y la solicitud al Registro de la propiedad de la rectificación registral de extensión, de acuerdo con los datos anteriores, conforme al art. 298.3, párrafo 2 del Reglamento Hipotecario.”

Al acta se le acompaña una certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta que la planta primera o entreplanta tiene 1.045 m² y que el año de la construcción es 1975. Se plantea si el acto no encubre en realidad una ampliación de obra y si el acta es documento suficiente para la registración del exceso de cabida.

En primer lugar, en cuanto si el acta de manifestaciones es apta para dar acceso al registro a una modificación de obra nueva, podemos señalar, en una defensa estricta de la documentación pública como mejor medio de asentar el principio de especialidad y de propiciar la mayor claridad de los asientos registrales, que la escritura pública es el único medio de hacer constar esa modificación. En ello abundarían una interpretación favorable a la misma del art. 144 del Reglamento Notarial que la hace apta para reflejar las declaraciones de voluntad, y también los arts. 3 y 208 LH.

Ahora bien, como quiera que el art. 208 LH admite que la obra nueva pueda inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, caben otras interpretaciones. Así podemos entender que entre tales títulos públicos se comprende el acta, con apoyo igualmente en el art. 144 RN.

Además, si se admite por el legislador la identificación catastral como operación específica sobre la base de la certificación catastral, no sólo cabría considerar admisible el acta, sino también una mera instancia ya que es posible considerar que dicha certificación es, no se olvide que se trata de un documento público, el título referente al inmueble, sobre cuya base se inscribirá la obra nueva o su modificación.

Por su parte, CURIEL, considera que en los supuestos de excesos de cabida con certificación catastral no es necesario un

título transmisivo de dominio, si bien, será necesaria que se acompañe a la certificación un documento de los expresados en el art. 3 LH, sin que baste, una instancia dirigida al Registrador ni otro documento privado, por lo que se requerirá un documento notarial, administrativo o judicial¹.

En segundo lugar, la identificación catastral como una operación específica se admite por el art. 48.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y por el art. 53.5 de la Ley 13/1996, de 30 diciembre 1996 sobre Medidas fiscales, administrativas y del orden social, de modo que cuando la certificación contenga un exceso de cabida o una ampliación de obra habrá que sujetarse a los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas.

El art. 53.8 de la Ley citada en último lugar permite la rectificación de la cabida inscrita por medio de una certificación catastral descriptiva y gráfica siempre que entre la descripción del Registro de la propiedad y la de la certificación pueda deducirse la identidad de la finca.

Además, la resolución de la DGRN de 13 de septiembre de 2003 reiterando lo señalado por la de 9 de octubre de 2000 señala que “las exigencias que la legislación urbanística impone para el acceso al Registro de una nueva construcción deben aplicarse también cuando se pretende directamente la inmatriculación de una finca edificada, e igualmente, cuando tal edificación se pretende so pretexto de la inscripción de un exceso de cabida [...]” Esto último, cuando menos, obliga a determinar la antigüedad de la edificación, que, como hemos visto, consta en la certificación catastral.

En cuanto a la constatación de la obra nueva, dada la falta de presentación de la licencia, cabría entender que es precisa la

¹ CURIEL LORENTE, F., “Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida”, Centro de Estudios Registrales, 2001.

notificación al Ayuntamiento de la inscripción practicada dada, además, la imprecisión de la remisión que dicho precepto realiza respecto del segundo inciso del art. 52, a) Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario. Sin embargo, GARCÍA GARCÍA entiende que en el caso de que la antigüedad de la obra conste por certificación del Catastro, el Ayuntamiento ya conoce esa circunstancia, por lo que sobra la notificación².

2. DIVISIÓN DE DOS LOCALES COMERCIALES. Dos elementos independientes de una propiedad horizontal, uno de los cuales es una planta baja y el otro un llamado entrepiso, se hallan comunicados físicamente entre sí por una escalera que pertenece a la planta baja y que permite el acceso del entrepiso a la planta baja y al exterior. Ahora se pretende segregar la escalera de la planta baja para su agregación al entrepiso, a fin de darle otro acceso independiente y enajenarlo. A la luz de los Estatutos de la propiedad horizontal se plantea la cuestión de si es necesaria autorización de la Junta de propietarios.

Los estatutos, dicen al respecto, lo siguiente: “[...] b) Los propietarios de los locales comerciales o industriales de las plantas bajas de las descritas casas, no contribuirán a los gastos de uso, conservación y entretenimiento del portal, escalera, ascensores ni portero. c) Los propietarios de los locales comerciales o industriales, de las plantas bajas y entresijos de las descritas casas, podrán suprimir las paredes medianeras que las separan de las fincas colindantes para unir sus propiedades, sin que para ello precisen el permiso del resto de los propietarios. d) Los propietarios de los locales comerciales o industriales de los entresijos de las descritas casas, o el propietario si no hubiere más que uno, podrán sacar las puertas que estimen o estime necesarias o simplemente convenientes, a cada una de las cajas de escaleras. Asimismo, el propietario o propietarios de dichos locales podrán dividirlo y subdividirlos, dando a cada uno, el

² GARCÍA GARCÍA, J. M., “Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil (cuarta edición)”, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1449-1450, nota 205.

porcentaje en los elementos comunes que estime por conveniente rebajándolo del total que tiene asignado. Sin que para todo ello precisen el permiso del resto de los copropietarios.”

Se trata de interpretar los estatutos, cabiendo al respecto diversas variantes. Así, una estricta que centrándose en un punto de vista restrictivo admitiría la división pero sólo de los entresijos y, junto a ella, una interpretación más amplia que la admitiría, sin necesidad de autorización de la junta de propietarios, no sólo respecto de los entresijos, sino también respecto de la planta baja.

En pro de esa segunda interpretación podemos aducir el que los estatutos más que impedir la división en abstracto, trata de que no surjan nuevos elementos independientes, lo que coincide con la operación que se plantea, en la que no aparecen nuevos de los indicados elementos.

Además, los locales forman una unidad, como un solo local que, por su unidad material participa tanto de la naturaleza de planta baja como de entresijo, por lo que cabría entender que el propietario del mismo, incluso según una interpretación restrictiva de los estatutos, podría beneficiarse de las facultades de división que los mismos atribuyen a los titulares de los entresijos. Ahora bien, según una interpretación literal es posible, también referir la autorización de división no sólo a los dueños de los entresijos sino también a los de la planta baja.

Por otra parte, atendiendo a las circunstancias del caso, conforme al tenor de los estatutos, el propietario único de los dos locales independientes unidos materialmente podría plasmar esa situación en el Registro por medio de una agrupación y, posteriormente, podría volver a segregar el local, sin que nada le obligue a que esa segregación deba discurrir por la anterior separación, sino que podría incluso discurrir por una nueva coincidente con la separación que ahora se pretende realizar y beneficiarse de la autorización estatutaria.

Por tanto, llegando a la conclusión de que los estatutos admiten la posible división de los locales comerciales sin autorización de la Junta de propietarios, ello se entiende, siempre que las obras recaigan exclusivamente sobre elementos privativos y sin que las mismas afecten a la estructura del edificio, a los elementos comunes ni a la seguridad del inmueble, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1998, la cual, pese al intenso debate jurisprudencial sobre este punto, no cuestiona la doctrina de la DGRN que admite las cláusulas estatutarias que autorizan a los propietarios la división o agrupación de los distintos locales y el derecho a levantar nuevas plantas, sin que las obras precisen autorización de la Junta de propietarios.

Dada la polémica existente sobre este punto y la jurisprudencia contradictoria, parece conveniente aclarar en la escritura en la que se plasman las obras divisorias la circunstancia de que las mismas no afectan a elementos comunes ni menoscaban la seguridad del edificio.

3. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO. Se presenta en el Registro mandamiento solicitando anotación preventiva de embargo sobre los derechos que pudieran corresponder a la demandada sobre una determinada finca, inscrita a nombre del padre de la misma. El mandamiento no hace referencia a la fecha de fallecimiento del causante diciéndose únicamente que se acompaña testamento según el cual la demandada resulta heredera del titular registral.

Conforme al art. 166.1^a.II RH, en el mandamiento se han de hacer constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y de defunción del causante, sin que sea necesario acompañarlos. En cuanto a la fotocopia del testamento la mera referencia a la misma no parece que la revista de autenticidad, por lo que, la misma, al menos, debería estar sellada por el Juzgado a fin de dar certeza a la remisión que a ella se hace en el mandamiento.

4. CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA Y SEGREGACIÓN.

Se plantea si solicitada la calificación sustitutoria por el notario, puede este subsanar la falta de poder del interesado por la vía del art. 71 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre 1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La nota de la registradora sustituida se basa en que en la venta de un pertenecido no colindante con el caserío del que es accesorio no contiene una previa segregación de dicho pertenecido ni un acuerdo de desafectación del mismo a la unidad orgánica formada con el caserío.

La posibilidad de la subsanación señalada se asienta sobre el presupuesto de que el Notario actúe como representante del interesado, único legitimado para reclamar tal calificación conforme al párrafo cuarto del art. 91 bis LH, ahora bien, si el Notario actuara por sí lo procedente será denegar esa calificación sustitutoria.

En cuanto a la exigencia de segregación previa del pertenecido cabe señalar la práctica de algunos registros, tal vez amparada en especialidades forales, de admitir titularidades distintas para las distintas partes que integran la explotación del caserío.

Pese a su proliferación, sin embargo, parece que esa práctica es perturbadora desde el punto de vista registral, al agrupar en un solo folio historiales diversos de varios titulares sobre partes distintas de la explotación global. Ante la posibilidad de que esa práctica se reproduzca, el registrador, en atención, también, a evitar confusiones en el folio registral, de modo semejante a lo que se autoriza en el art. 68 RH, podrá abrir folio independiente para el pertenecido sobre la base de que se trata de una segregación formal, es decir, que el pertenecido no colinda con otras partes de la explotación.

Sin embargo, la calificación que se pretende sustituir parte de premisas contrarias, las cuales equiparan la transmisión del

pertenecido a la de una finca ordinaria, exigiendo la segregación expresa con nueva descripción del pertenecido y solicitud del interesado de apertura de folio independiente, sin que se admita la posibilidad de intervención del registrador en el sentido indicado.

5. CANCELACIÓN DE HIPOTECA. El compareciente tiene facultades para cancelación hipotecas en garantía de obligaciones existentes a favor de la sociedad representada y cancela una hipoteca en garantía de las obligaciones del vendedor dimanantes de un contrato de suministro de bienes a la sociedad sin expresar la causa de la cancelación. Se plantea si el poder es suficiente para la cancelación.

La cuestión sobre la suficiencia del poder se halla ligada a la de la expresión de la causa de la cancelación. La no expresión de la misma plantea la duda de si el poder es suficiente para el caso de que la cancelación se produzca a título gratuito, ya sea con conservación de la obligación, mediante la expresión de que se cancela la garantía sin perjuicio de la obligación garantizada, o extinguiendo también ésta por pago u otra causa.

La expresión de la causa de la cancelación es necesaria. Así lo señala claramente la resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2003 al declarar que “en aplicación del principio de determinación registral se exige, entre las circunstancias del asiento de cancelación, la expresión de la «causa o razón de la cancelación» (cfr. 193.2 del Reglamento Hipotecario [RCL 1947\476, 642]). La expresión de la causa de la cancelación es presupuesto obligado para la calificación registral, pues obviamente no son los mismos requisitos que se exigen, por ejemplo, para la extinción de un derecho real limitado por redención, para la extinción por pago, si del crédito hipotecario se trata, o para la extinción por condonación; no son las mismas la capacidad o las autorizaciones exigidas para un acto de extinción que implique una enajenación a título gratuito o para una renuncia (cfr. artículos 99 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946\886] y 1781 de su Reglamento), que para el que implique una enajenación a

título oneroso (cfr. por ejemplo los artículos 166 y 261 del Código Civil [LEG 1889\27]). Y también de la causa o razón de la cancelación dependerá que sean unos u otros los asientos procedentes (cfr. por ejemplo artículo 240 del Reglamento Hipotecario).”

II.- FEBRERO

1. RETRACTO DE COLINDANTES SOBRE UNA MITAD INDIVISA. Se plantea si cabe el retracto de colindantes respecto de una mitad indivisa de una finca rústica de menos de una hectárea, que es vendida por su titular registral a un tercero una vez que el otro comunero ha desistido de ejercitar su derecho.

Como es sabido, conforme al párrafo segundo del art. 1524 CC, el retracto de comuneros excluye al de colindantes, pues de otro modo subsistiría la indivisión de la cosa, a la que el CC, de tradición romanista en ese punto, no se muestra propicio.

Pero del tenor del mismo precepto se desprende que si los comuneros no ejercitan su derecho puedan hacerlo los colindantes, ya que, en caso contrario, se podría defraudar el derecho de los últimos por el simple expediente de vender la finca por partes indivisas.

2. TERRAZA DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL. Se trata del mismo caso que el visto en el Seminario de 21 de diciembre pasado, según el cual en el Registro de la propiedad constaba la descripción de un edificio, formado por varios elementos independientes, y por una terraza de mil doscientos metros cuadrados. El constructor no enajenó expresamente la terraza, pero tampoco se reservó con carácter explícito ninguna parte de la misma. Tampoco aparecía configurada como elemento independiente ni su uso reservado en exclusiva para alguno de los configurados como tales. Se planteaba entonces si la falta de asignación expresa de un dos por ciento de la cuota de participación a los titulares de los elementos

privativos era obstáculo para la extinción de la propiedad horizontal por ruina del edificio.

Ahora, en contra de que la falta de atribución expresa del dos por ciento de cuota de participación implique que la misma ha de atribuirse a una terraza que no se califica como elemento independiente en el Registro, se añade la resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2000, que señala “que la misma constitución del régimen de propiedad horizontal implica que serán elementos comunes aquellos que no sean caracterizados como privativos [...]”.

De ese modo, podemos decir que sólo son privativos aquellos, que desde el punto de vista registral son objeto de segregación del edificio en su conjunto, mediante la apertura del correspondiente folio independiente, mientras que lo demás será común, criterio acertado por la dificultad de determinar todos los elementos comunes. Pese a esa dificultad, el art. 394 CC se arriesga a una enumeración, que, consecuentemente, no tiene carácter exhaustivo.

Así resulta, por otra parte de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992, según la cual “[...] las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas «terrazas a nivel») tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el art. 396 del Código Civil (al mencionar entre ellos a las «cubiertas») y si bien la descripción, no de «*numerus clausus*», sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «*ius cogens*», sino de «*ius dispositivum*» [Sentencias de esta Sala de 23-5-1984 (RJ 1984\2544), 17-6-1988 (RJ 1988\5115), entre otras], lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.^a del art. 16 de la Ley de 21-7-1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siéndolo por naturaleza o esenciales,

como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. [Sentencias 31 enero y 15 marzo 1985 (RJ 1985\1211 y RJ 1985\1168), 27-2-1987 (RJ 1987\1001), 5 junio y 18 julio 1989 (RJ 1989\4297 y RJ 1989\5720), entre otras], mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada [...]"

3. PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR, ADJUDICACIÓN DE LOS INMUEBLES A LA VIUDA Y EL METÁLICO A MENORES DE EDAD. En una liquidación de gananciales y partición de una herencia que contiene inmuebles y metálico, y en la que están interesados la viuda y sus tres hijos menores de edad, comparecen la viuda y el contador partidor designado por el causante. Se plantea si es posible adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores sin necesidad de intervención de defensor judicial y sin necesidad de aprobación judicial.

En primer lugar, dado que la partición se realiza por el contador partidor designado por el causante en su testamento, e incluso si entendiésemos que las operaciones que se llevan a cabo por dicho contador partidor se restringen a lo meramente particional (cuestión más que discutible como luego veremos), sería aplicable el art. 1057 CC en su párrafo tercero, y por tanto el contador partidor deberá inventariar los bienes con citación de los representantes legales de los menores.

Y en este caso no podemos entender que la viuda represente legalmente a los menores, pues ella también está interesada en la herencia, produciéndose así un evidente "conflicto de intereses" (si bien sería discutible la existencia de conflicto de intereses en el caso de que la partición se hiciera por cuotas indivisas, parece fuera de toda duda que hay conflicto de intereses en casos como el que nos ocupa donde ni si quiera se

guarda dicha proporcionalidad, sino que los inmuebles se atribuyen a la viuda y el metálico a los menores).

En definitiva, al amparo del art. 163 CC esos menores deben estar asistidos a la hora de inventariar esos bienes por un defensor judicial (ver resolución de 26 de enero de 1998).

Por otra parte –y es aquí donde se plantea la verdadera esencia de éste caso– las operaciones que lleva a cabo el contador partidor dudosamente se podría entender que se restringen a lo meramente particional, es decir a “contar y partir”, dado que no se están adjudicando todos los bienes por cuotas indivisas entre los herederos, sino que se adjudican los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores. Se produce una desigualdad cualitativa de los lotes con la consiguiente infracción del art. 1061 CC.

Es doctrina de la DGRN –así resoluciones de 26 de enero de 1998 y 10 de diciembre de 2004– que presupuesto básico de la partición hereditaria debe ser el que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (arts. 1061, 1062, 1056, 841 y ss. CC), más aún cuando por la composición del patrimonio hereditario en cuestión, sea perfectamente posible la adjudicación a los distintos interesados de bienes de la misma especie.

En conclusión la adjudicación tal y como ha sido realizada por el contador partidor debe considerarse como un acto de esencia dispositiva que excede de su cometido estrictamente particional, sentido en que parecen manifestarse las resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 1903, 2 de diciembre de 1964 y 27 de noviembre de 1986.

Esto nos lleva exigir la comparecencia de los interesados en la herencia para confirmar dicha partición, y dado que hay menores que por el conflicto de intereses no pueden comparecer representados por la madre, debe comparecer un defensor judicial para que los intereses de los menores queden debidamente garantizados, ello en aplicación de los arts. 163 y 1060 CC.

Dice el art. 1060 CC: “Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

“El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en la partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”

En definitiva, caben tres posturas:

1º.- MUY FLEXIBLE: Que el Registrador, bajo su responsabilidad, entienda que las operaciones llevadas a cabo por el contador partidor están dentro de lo meramente particional entendiendo que hay igualdad en las adjudicaciones y no hay conflicto de intereses entre la viuda y los menores.

2º.- FLEXIBLE: A primera vista de lo expuesto una postura bastante lógica sería admitir la inscripción de esta partición si comparece un defensor judicial, y ello incluso sin necesidad de aprobación judicial si así lo dispone el juez a la hora de hacer el nombramiento. Ver en este sentido la resolución de 10 de diciembre de 2004.

3º.- RIGUROSA: Una postura más rigurosa, a la luz de este caso concreto en el que como hemos visto se pretende adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores, llevaría a exigir en cualquier caso no sólo la intervención del defensor judicial, sino también la aprobación judicial de la partición realizada (incluso si el juez ha dicho que no es necesaria al hacer el nombramiento). La razón la encontramos en que el juez designa al defensor judicial para llevar a cabo una partición, pero como ya hemos expuesto el adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores es un verdadero acto de esencia dispositiva que excede de lo meramente particional, con lo que entraría en juego el art. 166 CC y por tanto el juez no sólo debería haber designado al defensor judicial para hacer una partición, sino que expresamente debería haberle autorizado a

hacerla en el sentido indicado de adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores.

4. NOTAS SIMPLES INFORMATIVAS POR FOTOCOPIA. Se presenta en diversos registros, solicitando notas informativas a través de fotocopia, una Perito Judicial de Bienes Inmuebles designada por la Audiencia Nacional para efectuar informes periciales correspondientes a un determinado procedimiento.

Dicha perito se acredita a través de un documento identificativo del Ministerio de Justicia (del que resulta que ostenta la categoría de “Titulado Medio Admón. Audiencia Nacional, Madrid”) y un oficio de la Audiencia Nacional (Juzgado de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional) del que resulta que dicha señora ha sido designada para efectuar los informes periciales del procedimiento de referencia.

En el presente caso deberemos tener en cuenta el art. 222.5 LH, según el cual “La nota simple tiene un valor puramente informativo y consiste en un extracto sucinto del contenido de los asientos relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma, y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares inscritos”.

A su vez el art. 332.5 RH dice: “La nota simple informativa consistirá tan sólo en un extracto sucinto del contenido de los asientos vigentes relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos.”

“La nota simple, deberá reflejar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse más allá de

lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante y podrá referirse a determinados extremos solicitados por el interesado, si a juicio del Registrador, con independencia de quien sea éste, se justifica suficientemente el interés legítimo, según la finalidad de la información requerida. Dicho interés se presumirá en el supuesto de que la información se solicite a efectos tributarios, de valoraciones inmobiliarias o con finalidad de otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria, con inserción literal si lo requiere el solicitante.”

“Dicha nota tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos”.

A la vista de tales preceptos pueden sostenerse algunos ARGUMENTOS A FAVOR de expedir nota informativa a través de fotocopia, por ejemplo:

(1) No hay una prohibición legal en cuanto a su empleo. La Instrucción de la DGRN de 12 de junio de 1985, refrendada por la resolución de 27 de agosto de 1986 permitían la “fotocopia de los asientos a que se refiere la manifestación”. Posteriormente la de 5 de febrero de 1987, si bien restringe la fotocopia a supuestos excepcionales, permite con carácter general que las fotocopias complementen las notas simples expedidas en relación por los Registros.

(2) Dar nota informativa a través de los programas informáticos puede plantear determinados problemas, que pueden ir desde reflejar adecuadamente las cuotas en caso de complejos urbanísticos cuando el elemento tiene dos o más cuotas, hasta el reflejo de la titularidad cuando se trata de denominaciones excesivamente amplias, o en el caso de nombres compuestos separados por guiones.

(3) Si bien es cierto que hay que proteger determinados datos sensibles que se contienen en los asientos registrales, se pueden proteger perfectamente suprimiéndolos de la fotocopia.

(4) Con la fotocopia se cumpliría de manera más adecuada con los principios de exactitud e integridad del Registro a la hora de expedir la publicidad formal.

(5) No hay razón para negarla al interesado si la solicita expresamente. Además, si el Registro es público, por qué ha de quedar a criterio del Registrador qué información suministrar a quien se interesa por el contenido de ese Registro público.

Por su parte, como ARGUMENTOS EN CONTRA de la nota simple informativa a través de fotocopia podemos señalar los siguientes:

(1) El art. 222.5 LH así como el 332.5 RH son claros al decir que la nota simple informativa consiste en un extracto sucinto del contenido de los asientos del Registro.

(2) La tendencia reflejada en instrucciones y circulares de la DGRN ha sido la de restringir el uso de fotocopia. La Instrucción de 5 de febrero de 1987 calificó su empleo de excepcional, en concreto se dice que debe limitarse a los casos en que “la claridad gráfica y de conceptos de folio u hoja, la comprensión del asiento o asientos no planteen dificultad” (haciendo constar que su valor es meramente informativo, numerando las hojas y señalando la fecha de expedición y con el sello del Registro). En este mismo sentido la Circular nº 30 de 19 de septiembre de 1995 del Colegio en la que se acuerda: (I) Propiciar las oportunas reformas normativas para que se prohíba el uso de la “mera fotocopia” –sin extracto o resumen- como nota simple informativa, incluso en los casos excepcionales admitidos. (II) Exigir entre tanto a los Registradores el estricto cumplimiento de la Instrucción de 5 de febrero de 1987 y, por lo tanto, que el uso de la mera fotocopia se limite a casos excepcionales y se atenga a los requisitos formales previstos por la citada Instrucción de 1987.

(3) El registrador debe proteger determinados datos sensibles que puedan afectar a la intimidad de las personas (en este sentido las Instrucciones de 29 de octubre de 1996 y de 17

de febrero de 1998. Recordar aquí el Protocolo que el Colegio de registradores firmó el 3 de noviembre de 1994 con la Agencia de Protección de Datos).

(4) Cada vez es mayor el número de solicitudes de notas informativas, y la expedición de notas informativas a través de fotocopias es con toda seguridad más lenta y dificultosa que expedirla a través de los programas informáticos, más aún cuando hay que quitar determinados datos sensibles. Por tanto razones de organización y agilidad a la hora de cumplir nuestra función de dar a conocer el contenido del Registro nos llevan a rechazar como regla general el uso de la fotocopia.

(5) La utilización de la fotocopia podría perjudicar al particular por la dificultad de interpretación de los asientos registrales, lo que puede dar lugar a la necesidad de tener que acudir a profesionales del derecho, o incluso a solicitar aclaraciones al Registrador, todo ello se evita a través de la nota informativa obtenida a través de medios informáticos, que ofrecen al particular una información clara, sencilla y ordenada del contenido del Registro.

(6) El Registrador debe velar por la conservación del archivo, y tratar de evitar en la medida de lo posible el deterioro de los libros, fotocopiar folios de los tomos, sobre todo si son antiguos, implica un deterioro extra de los tomos que se evita expidiendo notas informativas mediante los programas informáticos.

(7) El Registro de la Propiedad es una institución moderna al servicio de la ciudadanía y de las administraciones, y esa es la imagen que debe dar; no parece muy acorde con esa imagen moderna el expedir notas informativas a través de simples fotocopias, muchas veces con espacios en blanco o tachados por los datos sensibles.

(8) La Comisión Nacional de Informática del Colegio de Registradores alegó como argumentos en contra del uso de la

fotocopia lo siguiente: (I) Es la negación evidente del tratamiento profesional, por parte del Registrador, de la publicidad formal, pues, a menudo, requiere de un intérprete ajeno al Registro para su comprensión; en tal sentido puede afirmarse que es la no publicidad. (II) No justifica el precio de la información. (III) Puede atentar al derecho a la intimidad de las personas. (IV) La propia Dirección General, instauradora de esa forma de publicidad, dio marcha atrás en la Instrucción de febrero de 1987. (V) La Conclusión 6ª de la Comisión 3ª II Asamblea General de Barcelona de 1988 estableció que “la mera fotocopia no debe aceptarse como nota simple”. (VI) Según Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 1994 (ver Lunes 4,30) la expedición de nota simple por fotocopia no es un derecho del solicitante. (VII) La simple fotocopia no parece muy acorde con un tratamiento arancelario como Nota informativa.

Se podría concluir, por tanto, que si bien no hay una prohibición legal en cuanto al uso de la fotocopia, la regla general debe ser el rechazo a la misma, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones especiales, siempre bajo el estricto control del Registrador, pueda plantearse su utilización. En definitiva, la publicidad por fotocopia, es una modalidad excepcional.

Por otro lado, en la información que se da por fotocopia y conforme a la regulación de protección de datos han de excluirse las firmas de los registradores que se han de sombrear. También se menciona a título de ejemplo, que respecto de una inscripción de herencia no se recogerá la desheredación de un legitimario, el reconocimiento de un hijo.

Finalmente, se señala que el Documento Nacional de Identidad y su comunicación mediante la publicidad registral plantea problemas especiales. En efecto, se relata el caso de una queja al Ararteko o Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con ocasión de la emisión de una nota simple manifestando la titularidad de una persona con apellidos

muy comunes pero sin hacer reflejar el DNI, que no constaba en el Registro. Sobre la base de dicha nota la Seguridad Social embarga al titular registral por deudas de una persona del mismo nombre pero que era un individuo distinto al titular embargado, que, en realidad no es deudor.

En ese caso el DNI aparece como un elemento individualizador clave de la persona. Por ello se plantea y se propugna la necesidad de darlo en todo caso como una circunstancia esencialmente individualizadora del titular registral, que de algún modo vendría a formar parte del nombre. Además, en el uso común dicho documento se aporta constantemente en instancias, impresos de hoteles, etc.

Ello no obstante, cuando la solicitud de publicidad se realiza por medios telemáticos, los servidores del Colegio de registradores -FLEI y FLOTI- no facilitan el DNI, si el mismo no se aporta por el solicitante de la publicidad, precisamente porque ese poder individualizador del tal número lo caracteriza como personal e intransferible. Se constata también la práctica de los peticionarios de publicidad que con frecuencia solicitan información de la finca con el propósito principal de obtener el DNI del titular registral.

5. PROPIEDAD HORIZONTAL: INTERCAMBIO DE TRASTEROS. Se plantea una consulta al registrador sobre un caso en el que los propietarios de dos pisos pretenden intercambiarse sus trasteros que son caracterizados en la propiedad horizontal como anejos. Uno de los departamentos está hipotecado, y el apoderado del banco da “su más expreso consentimiento al contenido de la escritura”.

El problema surge porque en aplicación de los arts. 123 LH y 46 RH es necesario un consentimiento del acreedor para cancelar y no arrastrar la hipoteca en el trastero anejo A, y además consentimiento del deudor para que la hipoteca se extienda al nuevo trastero anejo B. Por lo tanto, para que el consentimiento del apoderado del banco tenga sentido es preciso que la escritura recoja con la mayor determinación y claridad,

ambos aspectos, de un lado, que el trastero que hemos llamado A se trasmita o permuta como libre, para lo que la entidad de crédito ha de consentir la cancelación. Por otro lado, será preciso extender por el deudor la hipoteca al trastero que hemos llamado B a lo que alcanzará el consentimiento del Banco en el sentido de aceptar la extensión dicha.

Dicho eso, es indudable que la operación se puede hacer si hay autorización estatutaria o de la Junta de propietarios, sin que sea necesario para la segregación y agregación el consentimiento del acreedor hipotecario. Dicho consentimiento sólo es necesario, como se ha visto, en orden a determinar la situación de cargas de las porciones permutadas, ya que la falta del mismo dará lugar, respecto del que hemos llamado trastero A, la solidaridad del art. 123 LH que es lo que se quiere evitar.

6. CLÁUSULA OBLIGANDO AL HIPOTECANTE-DEUDOR A ASEGURAR LA FINCA HIPOTECADA. Se trae a discusión una cláusula, no por frecuente, menos compleja, en la que la entidad de crédito a cuyo favor se constituye una hipoteca impone al hipotecante una condición general por la que éste se obliga a asegurar contra daños la finca hipotecada, cede la indemnización por un eventual siniestro al acreedor y dispone el vencimiento anticipado de la obligación por el impago de las primas de seguro suplidas por la entidad de crédito. En el hipotecante deudor concurre la condición de consumidor.

Veamos un ejemplo de la cláusula que se somete a discusión: “QUINTA: GASTOS: Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora [...] y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer el BANCO por cuenta de la parte prestataria si ésta no lo hiciere, garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación NOVENA para prestaciones accesorias.

“SEXTA BIS.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA: No obstante el plazo convenido para la duración del presente contrato, el BANCO podrá declarar vencida la obligación y proceder contra la

finca hipotecada y simultáneamente contra la parte prestataria si se incumplieran por la misma cualquiera de las obligaciones contraídas en este documento, y especialmente en los siguientes casos:

b) Impago [...] seguros que sean preferentes a la hipoteca constituida.

e) Cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el BANCO en virtud del presente contrato en relación con el seguro de la finca hipotecada.

“NOVENA.- (CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA). Sin perjuicio de la responsabilidad personal, ilimitada (y solidaria) de la parte prestataria, ésta constituye hipoteca unilateral, en la forma dispuesta en el art. 217 del Reglamento Hipotecario, sobre la finca que a continuación se describe, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del capital del préstamo, en los casos, forma y plazos convenidos, y además:

c) [...] y del pago de los gastos por [...] y primas de seguro correspondientes a la finca hipotecada que fuesen anticipados por el BANCO, limitándose hipotecariamente esta responsabilidad a una cantidad máxima igual al dos por ciento de dicho capital. (En consecuencia, el importe total máximo de responsabilidad por cada uno de estos dos conceptos es de 12.000 euros respectivamente).

[...]

“UNDECIMA.- (Conservación de la garantía). Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada a: [...]

4) A concertar un CONTRATO DE SEGURO contra incendio y daños sobre el inmueble hipotecado en las siguientes condiciones:

4-1) El beneficiario del seguro será el BANCO acreedor, hasta la cantidad igual al principal que quede por amortizar en la fecha del siniestro, y de las cantidades adeudadas en dicha fecha.

4-2) La suma asegurada coincidirá con el valor del seguro que figura en el certificado de tasación.

4-3) El tomador del seguro notificará al asegurador la existencia del crédito que grava el bien asegurado, y la cesión de las indemnizaciones a que pudiera tener derecho como consecuencia de la cobertura del seguro.

4-4) En el contrato de seguro se hará constar que en caso de falta de pago de la prima por el tomador, el asegurador lo notificará al acreedor antes de que haya expirado el plazo de gracia del pago de la prima, estipulándose la concesión al BANCO, por el asegurador un plazo de gracia igual al del asegurado, y que comenzará a correr a partir del momento en que tenga lugar la notificación prevista en este párrafo.

4-5) En el contrato de seguro se pactará que en caso de siniestro el asegurador dará traslado al BANCO de la notificación de siniestro que efectúe el tomador.

4-6) La parte PRESTATARIA autoriza al BANCO a notificar a la Cía. DE Seguros correspondiente la existencia del presente contrato y constitución de la hipoteca sobre la finca descrita en el expositivo I de esta escritura y asimismo le autorizan para que cargue en cualquier cuenta de la parte prestataria en el BANCO el importe de la prima del seguro correspondiente al primer año, y sucesivos si no fueran atendidas por la parte prestataria. El BANCO podrá contratar el seguro de incendio y de daños, por cuenta del adquirente, si éste no lo hiciere.[—]

6) A acreditar, a solicitud del BANCO y por medio de los oportunos recibos, hallarse al corriente en el pago de toda clase de tributos, y gastos de comunidad que corresponda satisfacer por la

finca hipotecada y de cualquier deuda por créditos que puedan resultar preferentes a esta hipoteca, quedando facultado el BANCO para satisfacer esos débitos a los acreedores correspondientes y para cargarlos en cuenta o reclamarlos a la parte prestataria como se establece en la cláusula QUINTA”.

Se rechaza dicha compleja cláusula por los siguientes fundamentos de derecho:

(I) OBLIGACIÓN DE ASEGURAR. El banco puede asegurar su propio interés en la conservación de la garantía, lo que es un coste que debe satisfacer, pero no puede repercutir éste al prestatario sin justificación obligándole a constituir un seguro en beneficio del acreedor al margen de la competencia. El banco se resarce de tales costes con el interés y no puede repercutirlos de nuevo al cliente al margen de la competencia y el mercado, la cual, por otra parte, exige la negociación, ausente por concepto en las meras condiciones generales.

Esa práctica, basada en la explotación programada de la utilidad para el acreedor hipotecario del seguro de la finca contratado por su propietario, es muy perjudicial al sector asegurador ya que, dada la independencia del interés del acreedor hipotecario del interés del propietario de la finca hipotecada, el no aseguramiento del interés del primero, impuesto al mismo, sin embargo, por la normativa del mercado hipotecario, priva al sector mencionado de un volumen de negocio igual a las cantidades de crédito hipotecario concedidas por las entidades de crédito, ya que es previsible que los propietarios sigan asegurando su propio interés en las fincas hipotecadas, si quieren salvaguardar la continuidad de su disfrute del inmueble hipotecado en caso de siniestro, mediante la correspondiente reconstrucción, cuando ello sea posible. Por ello esa obligación es contraria a los arts. 8 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y 30 del Real Decreto 685/1982, de 17 marzo que desarrolla determinados aspectos de Ley 25-3-1981, reguladora del mercado hipotecario.

La condición de consumidora de la prestataria enfrenta, además, a la obligación de asegurar impuesta con la disposición adicional 1ª, apartados 18º y 24º LGDCU, a la que es contraria por implicar sobre-garantía e imponer prestaciones adicionales no solicitadas y no susceptibles de renuncia por separado.

(II) CESIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR SEGURO. Esa cesión no puede concebirse sin que la obligación esté vencida, pero aun hallándose vencida, sin que el deudor se halle en mora o, al menos, haya incumplido. En consecuencia, es contraria a los artículos 1859 CC en relación con los arts. 621 y 634 LEC, 1176, 1877 CC, 205 CCO, 40.2 de la Ley de Contrato de Seguro y 109 y 110.2º de la Ley Hipotecaria. La restricción de las facultades de consignación del adherente-consumidor es contraria al nº 11 “in fine” de la disposición adicional 1ª LGDCU.

(III) GARANTÍA DE LAS PRIMAS ANTICIPADAS. La garantía específica de las primas suplidas por el acreedor hipotecario con una cantidad para gastos adicionales implica sobregarantía contra la disposición adicional 1ª, 18ª LGDCU por razón de la mayor preferencia de las mismas conforme al art. 1923.2º en relación con el art. 1210 CC.

Para centrar la discusión se recuerda la doctrina de la DGRN en resolución DGRN de 22 de marzo de 2001 (RJ 2001\2188), donde se señala que: “CUARTO.- En segundo lugar, debe admitirse también la inscripción de la estipulación por la que se conviene que la falta de pago de la prima de seguro opere como causa de vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo. Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996), cabe inscribir como causas de vencimiento anticipado el impago de aquellas obligaciones que sigan a la cosa y que, como las primas de seguro, en cuanto crédito privilegiado (cfr. artículo 1923.2.º del Código Civil) suponen un riesgo de detrimento potencial del bien hipotecado (cfr. artículo 1129.3.º del mismo Código). Asimismo, respecto de la estipulación que impone la obligación de asegurar la finca hipotecada por

determinada suma, con la facultad del acreedor de atender al pago de las primas del seguro, cabe recordar la doctrina (cfr., por todas, la Resolución de 22 de julio de 1996) según la cual los contratantes pueden extender la garantía hipotecaria a aquellos gastos extrajudiciales que, como las primas del seguro del bien hipotecado, están en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía cuando, como en este caso ha ocurrido, se respeten las exigencias que en aras del principio de especialidad impusieran las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, en el sentido de que han de precisarse los concretos gastos extrajudiciales que se garantizan [...]”.

Se afirma, en primer lugar, que el registrador no puede entrar a valorar tales cláusulas por carecer de facultades de calificación de las mismas, que por otro lado, tienen carácter obligacional. Esta postura se enmarca junto a un amplio sector doctrinal que niega a los registradores la posibilidad de enjuiciar las cláusulas abusivas y se acompaña por la jurisprudencia de la DGRN previa a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación que se manifiesta más contraria que favorable a ese enjuiciamiento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la distinción entre el contenido contractual con carácter obligacional y con contenido real se refiere a una doctrina que posibilita, pese a la indivisibilidad del contrato por negociación, la posibilidad de la inscripción parcial.

En ese sentido, los registradores, históricamente, y a través de esa doctrina, han sido precursores en realizar una revisión del contenido de los documentos inscribibles a la luz del ordenamiento jurídico en su integridad a fin de evitar que los libros del Registro de la propiedad recojan cláusulas de dudosa legalidad y ello, pese a que las partes intervinientes en el contrato no presten su consentimiento a la inscripción parcial, toda vez que lo único que se requiere, en el contrato por negociación, es que preste su consentimiento a la misma el presentante o el interesado, pero no todos los que hubieren intervenido en el mismo.

Por tanto, se halla asentada, sin discusión, la facultad del registrador para revisar el contenido de los documentos que se le someten a inscripción a la luz del ordenamiento jurídico en su integridad. Entonces, lo único que cabría objetar es que los preceptos que se señalan en la nota o acuerdo de calificación no forman parte del ordenamiento jurídico, no se hallan vigentes o carecen de fuerza imperativa.

De lo que no cabe duda es que la facultad, pero también el deber de los registradores de revisar el contenido de los documentos que pretenden la inscripción, revisión a la luz de la Ley, no se olvide, se halla reconocida en el art. 18 de la Ley Hipotecaria de modo expreso y directo.

Si ello es así para el contrato por negociación, reguladas en Derecho español las condiciones generales a partir de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 y culminada ésta con la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998, se viene a admitir la divisibilidad del contrato al menos en el caso de la nulidad parcial del mismo cuando las condiciones generales que integran su contenido sean abusivas, de suerte que por la misma las cláusulas abusivas son expulsadas del mismo, el cual, sin embargo subsiste en cuanto al resto.

Por lo tanto, a la luz de esa normativa parece que, respecto del contrato por adhesión, existen argumentos adicionales respecto de los ya existentes para el contrato por negociación, que no sólo autorizan, sino que obligan al registrador a calificar el contenido del contrato a la luz de la Ley a fin de distinguir entre sus cláusulas aquellas que son conformes a la Ley frente a las que no lo son y que no pueden pretender, en consecuencia, la salvaguardia judicial, lo que en todo caso sería impedido por el art. 33 LH.

Por ello, una cuestión previa a la discusión de la cláusula es el esclarecimiento en los términos indicados del problema que se ha señalado. Abundando en ello, se señalan como argumentos

adicionales, la necesidad de que los registradores mantengamos una posición activa de protección y promoción de la igualdad en la contratación no por un prurito paternalista dejado al prudente arbitrio de éste o aquél, sino por virtud del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 9.2 CE y en relación a la contratación con consumidores el art. 51 de la misma, a cuya luz ha de interpretarse el conjunto del ordenamiento privado.

Dado el planteamiento de esa cuestión previa y su resolución en el sentido indicado, nos limitamos ahora a dejar planteado el problema de la cláusula que contiene la obligación de asegurar. A saber, si cabe, sin negociación ni justificación expresa, en condiciones generales imponer al hipotecante deudor la obligación de asegurar la finca hipotecada, si cabe el vencimiento anticipado de la obligación por el impago de las primas de ese seguro, su aseguramiento accesorio en la hipoteca y si en el pacto citado cabe la cesión de las indemnizaciones al acreedor hipotecario para la amortización de la obligación al margen de que el deudor se halle o no en mora.

7. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: VIVIENDA ADQUIRIDA EN ESTADO DE SOLTEROS QUE SE LIQUIDA COMO GANANCIAL. Se presenta en el Registro una escritura de liquidación de sociedad conyugal y disolución de condominio en la que comparecen los cónyuges, diciendo: (1) que compraron la vivienda en estado civil de solteros financiando el pago de parte del precio de la compraventa con hipoteca, y (2) que una vez que contrajeron matrimonio el préstamo fue satisfecho con dinero de carácter ganancial, de manera que la proporción del 50% de la finca tiene carácter privativo y el 50% tiene carácter ganancial.

La vivienda se adjudica íntegramente a la mujer, indemnizando ésta al marido en una cierta cantidad, de la que el 50% corresponde a la liquidación de la sociedad de gananciales y el otro 50% se entrega en concepto de disolución de condominio.

En el Registro la vivienda aparece inscrita como privativa por mitad y pro indiviso a favor de ambos cónyuges que en el

momento de la adquisición la adquirieron en el estado en el que entonces se encontraban, es decir, en estado de solteros.

Conforme al art. 1357.I CC los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrá siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial, por ello, la totalidad del bien tendrá, por mitades indivisas, carácter privativo de cada uno de los cónyuges respecto de su respectiva mitad indivisa.

Ahora bien, conforme a su apartado segundo se aplicará respecto de la vivienda familiar el art. 1354 CC, por lo que el bien tendrá carácter privativo en la proporción satisfecha con carácter privativo y ganancial el resto. Sin embargo, para que pueda aplicarse dicho precepto es necesario que consideremos que la compra descrita entra dentro de lo que el art. 1357 CC considera como compras a plazos.

Contra ello se alza el hecho de que los compradores pagaron el precio al vendedor al contado, si bien, con cargo al préstamo que al efecto obtuvieron, pero al contado al fin y al cabo. Sólo mediante una aplicación extensiva del art. 1357 podríamos entender que la compra realizada es a plazos. En ello abundaría la afirmación expresa y de mutuo acuerdo de los cónyuges de que parte del precio fue satisfecho con dinero ganancial.

Por tanto, si nos inclináramos por considerar tal adquisición como a plazos, como de modo semejante se realiza en la STS de 23 de marzo de 1992, la constancia en el Registro de la propiedad de la cuota de la finca que se reputa ganancial deberá hacerse por medio de nota marginal en virtud de documento en el que conste el consentimiento de ambos cónyuges a esa constancia, como pudiera ser el que ahora se califica, tal como resulta del art. 91.3 RH.

8. HIPOTECA UNILATERAL. Por un particular, se constituye hipoteca a favor de la sucursal en España de una entidad extranjera que no comparece a aceptar, en garantía de un

préstamo que se declara recibido. Se plantea si deben constar las circunstancias personales de la acreedora, en particular el número de identificación fiscal, su inscripción en el Registro Mercantil y nacionalidad.

Determinadas entidades de crédito, para ahorrar costes, y en el marco de una contratación que en parte se desarrolla a distancia, por la escasez de oficinas bancarias locales que esa mengua de costes acarrea, vienen obteniendo en garantía de los préstamos que conceden, hipoteca que se constituye unilateralmente con el carácter de tal por el prestatario.

En el presente caso se ha omitido por el mismo la expresión de tres circunstancias que conforme al art. 51. 9ª.b RH deben contenerse en la inscripción para identificar a la persona a cuyo favor se practique la inscripción. Si bien es cierto que hasta su aceptación la acreedora no adquirirá su derecho de hipoteca la inscripción se practica a su favor y las circunstancias personales son si cabe, en el presente caso, más relevantes, ya que deberán coincidir con las circunstancias de la entidad aceptante.

9. PRECIO DE TASACIÓN PARA SUBASTA. Se trata de un préstamo para la rehabilitación de una vivienda en el que las partes tasan la finca que se da en garantía de dicho préstamo y que será objeto de la rehabilitación, para que sirva de tipo de la subasta en un millón doscientos mil euros a coste de reposición y en un millón setecientos mil una vez terminadas las obras.

La tasación para subasta de la finca hipotecada es un requisito para que el acreedor hipotecario pueda acudir al procedimiento de ejecución directa con omisión del trámite de avalúo de los bienes, a fin de acelerar el procedimiento de ejecución en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Dicha tasación servirá de valor inicial de la subasta, sobre cuya determinación nada podrá hacer el deudor ejecutado. Resulta entonces del mayor interés el que dicho valor sea fijado con la mayor claridad a fin de evitar disputas sobre el mismo.

La determinación condicional del valor de tasación parece contraria a ese propósito de claridad, ya que para optar por uno u otro de los valores citados habrá que juzgar si la obra se ha terminado o no, lo cual puede dar lugar a divergencias, no ya entre las partes que constituyen la hipoteca, sino incluso con terceros adquirentes que las realizan con posterioridad a su adquisición. Dichas disputas no podrán ser resueltas en el procedimiento de ejecución directa, por lo que será necesario acudir al correspondiente procedimiento declarativo.

De ahí, que una fijación ambivalente del valor de tasación para subasta sea insuficiente para entender cumplido el requisito que establece el art. 682.2.1º LEC de que los interesados determinen en la constitución de hipoteca el precio en el que tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

III.- MARZO

1. DESESTIMACIÓN DE RECURSO GUBERNATIVO POR SILENCIO. Se viene discutiendo sobre la posibilidad de subsanar un documento pendiente de recurso gubernativo que ha sido desestimado por silencio administrativo y los efectos de tal subsanación. Se ha dicho que por encima del derecho del notario al recurso está el del particular a la inscripción, pudiendo éste subsanar pese a la vigencia del plazo de prórroga de un año y un día del asiento de presentación del art. 327 LH, ya que una vez subsanado el defecto y practicado el asiento correspondiente, el asiento de presentación se extingue.

Choca, a primera vista, que en el recurso gubernativo, hallándose pendiente de resolución una cuestión frente al órgano competente, la DGRN, pueda otro órgano inferior, el registrador, tomar una decisión que necesariamente afectará a la resolución del órgano superior.

Cuando este problema se planteó por vez primera, la DGRN en resolución de 16 de setiembre de 1997 resolvió en

contra de que se pudiera subsanar el título mientras su calificación estuviera bajo discusión en el recurso gubernativo, ya que la interposición del recurso es incompatible con la subsanación de los defectos que dieron ocasión al mismo, dado que ambas pretensiones son contradictorias, quedando pendiente la función calificadora del registrador de la decisión que adopte el órgano competente en cuanto al título complementado³.

El fundamento de esa solución se situaba en lugar que la resolución de la DGRN no fuera contradictoria con una eventual inscripción posterior –parcial o total- del título cuya calificación ha sido recurrida. Este punto de vista de la jurisprudencia registral fue acogido por la reforma del RH de 1998 en el párrafo segundo del art. 131 RH, reproduciendo la Exposición de Motivos del Real Decreto de reforma el indicado fundamento, es decir, la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios entre los asientos registrales y las resoluciones dictadas en los recursos gubernativos.

Posteriormente, la STS (sala 3ª) de 22 de mayo de 2000 declaró nulo el citado párrafo del art. 131 RH, declaración que, sin embargo, dejaba en pie la jurisprudencia de la DGRN en ese punto. A su vez, la resolución de DGRN de 15 de noviembre de 2001 venía a reiterar la anterior doctrina, reafirmando la incompatibilidad de la subsanación con la pendencia del recurso a menos que éste quedase reducido a efectos meramente doctrinales ya que “según lo establecido en los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 112, último párrafo, del Reglamento Hipotecario, la interposición del recurso gubernativo es incompatible con la subsanación de los defectos que lo motivaron, excepción hecha del recurso a efectos doctrinales que puede interponer el Notario autorizante.”

Sin embargo, la reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley 24/2001 ha dado un completo giro a la situación, al presuponer el último párrafo del art. 327 LH la subsanación del defecto pese a la pendencia del recurso, cuya tramitación continúa si no se

³ Sobre la citada resolución vid. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, “Anuario”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pp. 1086 y ss.

desiste expresamente de ella, es decir, el legislador, contra la anterior doctrina de la DGRN viene a partir de un presupuesto opuesto, ya que parece considerar que no existe incompatibilidad entre subsanación y continuación del recurso.

De existir incompatibilidad, la misma, conforme a dicho último párrafo del art. 327 LH, se pondrá de manifiesto al tiempo de practicar el asiento, quedando entonces supeditada la inscripción conforme a lo resuelto por la DGRN a la voluntad del titular del derecho inscrito, de suerte que los interesados en la inscripción bajo esa forma deberán afrontar la carga, en caso de voluntad contraria del titular citado, de litigar contra él en defensa del criterio del órgano superior, que de ese modo queda postergado frente a la decisión del registrador plasmada en la inscripción contradictoria.

Es decir, contra la naturaleza del recurso, la resolución de la DGRN lejos de zanjar un problema aparece como el punto de partida de una nueva disputa. Añádase, además, que entretanto, haya podido aparecer un tercero protegido y se tendrá una situación oscura que paradójicamente tiene su origen de un precepto legal cuya misión debería ser no la de crear confusión sino la de evitarla.

2. OBRA NUEVA DE EDIFICIO DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: HONORARIOS. Se trata de determinar los honorarios registrales cuando se practica la nota marginal de finalización de obra en viviendas de protección oficial en el folio de la finca matriz y en los de los elementos independientes, cuando en la escritura de finalización de obra no se da un valor de la misma, ni se dice si coincide o no con el valor que se declaró como de obra nueva en construcción.

La resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España de 16 de febrero de 2005 se plantea un problema parecido, como es “el determinar si son minutables por el nº 3.2 del Arancel las notas marginales extendidas en los folios de los elementos privativos

de una propiedad horizontal para hacer constar la terminación de obra, una vez hecha constar la misma al margen de la inscripción de obra nueva en construcción en el folio de la finca matriz.”

La resolución recuerda “que la constancia registral del fin de obra es una nota marginal de modificación jurídica, minutable conforme al nº 3.1 del Arancel [...] Por dicha nota marginal se hace constar que el derecho inscrito, la obra nueva en construcción, se ha modificado en cuanto que la construcción ha concluido conforme a la licencia que se concedió, implicando el cumplimiento de los deberes urbanísticos inherentes.”

En cuanto a “la forma de minutación por la práctica de la nota marginal en los elementos privativos en los supuestos de propiedad horizontal, ha sido resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de julio de 2003, conforme a la cual “en cada elemento independiente, debe minutarse como nota marginal conforme al 3.2 del Arancel por cada una extendida” [...]”

Por su parte, en cuanto a la base de minutación, la resolución de la DGRN de 23 de junio de 1993 concluye “que la nota marginal acreditativa de la terminación de la construcción de un edificio o, en su caso, conjunto inmobiliario dividido en propiedad horizontal es única, y debe minutarse conforme al nº 3.1 del Arancel, sobre la base de la diferencia de valor existente entre el valor de la obra nueva en construcción y el valor final de dicha obra nueva como tal , no de la suma de los elementos independientes que la integran.”

Añade la mencionada resolución que “como actualmente, en la mayor parte de los casos, las escrituras de declaración de obra nueva hacen referencia al valor de la obra conforme al proyecto presentado y no al valor parcial de la obra en construcción, resultaría que aquella nota marginal sería gratuita al ser su baso cero. Por ello, cuando la inscripción de la construcción se minutó por todo su valor, la nota marginal que constata su terminación se minutará conforme al nº 3.2 del Arancel.”

En cuanto a la concurrencia de reducciones la resolución de la DGRN de 13 de marzo de 2003 señala que “las reducciones previstas en materia de viviendas de protección oficial excluyen las reducciones generales arancelarias, siendo aquéllas más beneficiosas para el interesado, obligado al pago”, por lo que cabrá aplicar una única reducción del cincuenta por ciento a la minutación por el nº 3.1 del Arancel, conforme al art. 8.1 de la Ley 41/1980, de 15 de julio.

Por otra parte, parece que la reducción no es aplicable para la nota marginal de finalización de la obra por el nº 3.2, ya que conforme a la resolución de 19 de octubre de 1998 “los beneficios arancelarios están siempre referidos a la escala básica del arancel y no a otros conceptos o cantidades fijas relativas a operaciones distintas, como es el asiento de presentación y las afecciones fiscales (cfr número 2 punto 5 del Real Decreto 1427/1989 que al mantener en vigor las bonificaciones en materia de VPO lo establece únicamente dentro del concepto de “inscripciones” o número 2, sin afectar al número 1 “presentación”, ni al 3 Notas Marginales).” También la Resolución-Acuerdo de 3 de mayo de 2000.

3. CANCELACIÓN DE RETRACTO A FAVOR DEL AYUNTAMIENTO. Se trata cancelar un derecho de retracto a favor del Ayuntamiento que grava una finca, un aparcamiento, y que hoy en día ha caducado, pues se constituyó en abril de 1999 con un plazo de duración de cinco años. Se presentó un contrato de compraventa en la que los otorgantes manifiestan que el derecho de retracto está caducado y solicitan su cancelación. La escritura fue inscrita en cuanto a la compraventa, pero suspendida en cuanto a la cancelación en base al art. 82 LH.

Posteriormente se presenta -para lograr la cancelación- una certificación expedida por la Secretaria del Ayuntamiento con el visto bueno del Alcalde expresiva de resolución de éste, en la que, tras el correspondiente relato de antecedentes, finaliza indicando lo siguiente: *“resultando del título por el que se constituyó este derecho su caducidad a los cinco años desde la*

fecha del otorgamiento de la escritura, se entiende procedente su cancelación registral en virtud de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 2º, de la Ley Hipotecaria. No obstante, lo anterior, se ha requerido manifestación expresa del consentimiento municipal para la cancelación de tal derecho Por lo anterior, HE RESUELTO: Declarar el consentimiento municipal para la cancelación registral del derecho de adquisición preferente establecido sobre la plaza de garaje número ... del sótano 3º del parking de ... (finca registral...), transmitida en su día por este Ayuntamiento a Dª ... para su sociedad de gananciales y posteriormente adquirida por D. ... y Dª ... La presente resolución pone fin a la vía administrativa...”

Se plantea, teniendo en cuenta las dificultades que implicaría tratar de lograr el consentimiento municipal manifestado en una escritura pública, si es posible despachar la cancelación en base a esta certificación administrativa, y cómo justificar la práctica de la cancelación, pues el artículo 82.II LH no parece aplicable ya que la extinción del derecho no resulta del título constitutivo, sino en todo caso de su caducidad por falta de ejercicio acreditada mediante certificación municipal. Se plantea también si puede resultar de aplicación extensiva el art. 206 LH.

Caben al respecto dos opiniones. Para una primera, se descarta que el fundamento de la cancelación haya de buscarse en el párrafo segundo del art. 82 LH, y se apunta más bien hacia el párrafo primero según el que “las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por... documento auténtico”. En el presente caso, nos encontramos con una certificación administrativa en la que el titular registral, reconoce que el derecho ha caducado por no haber sido ejercitado en plazo y presta su consentimiento para la cancelación registral.

Esa certificación administrativa no hay duda de que es, al amparo de los artículos 3 LH y 34 RH, “documento auténtico”, pues se puede afirmar la regularidad tanto de su origen, dado que la certificación ha sido expedida por quien se halla facultado para ello, como de su forma dado que se ha expedido con las formas y

solemnidades prescritas por las leyes (arts. 53 y 55 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), haciendo fe –además– de su contenido.

En pro de esa opinión, también se aduce la doctrina de la DGRN en resoluciones de 26 de noviembre de 2002, de 5, 6, 7, 8 y 10 de marzo de 2003, que recogen la posibilidad de cancelar hipotecas constituidas a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en base a documento administrativo.

Según una segunda opinión, otorgada la escritura de compraventa con posterioridad al plazo de cinco años puede entenderse que nos hallamos ante un caso de caducidad automática del art. 82.II LH, ya que la extinción del derecho resulta por el simple paso del tiempo y no hay constancia de la existencia de una compraventa anterior que hubiera podido dar lugar al ejercicio del derecho por el Ayuntamiento.

En cuanto a la cuestión de si puede resultar de aplicación extensiva el artículo 206 LH, si nos atenemos a esa segunda opinión, no parece necesario, si bien es cierto que el “documento administrativo” cobra cada día mayor fuerza en el ámbito registral, como ha quedado demostrado con la introducción del párrafo 2 del art. 206 LH por el art. 144 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y, por tanto, si la certificación administrativa es título inscribible a los efectos de inmatriculaciones, obras nuevas, mejoras, divisiones horizontales, agrupaciones, divisiones, agregaciones y segregaciones de fincas, parece que no hay razón para negar su admisibilidad a la hora de cancelar una carga ya caducada a favor de la Administración.

Desde otro punto de vista, se considera que la cancelación podría practicarse con una simple instancia del Ayuntamiento en la que quien pudo ejercitar el retracto, el Ayuntamiento, por medio de su secretario, pone de manifiesto el hecho de no haberlo hecho en plazo.

4. SEGURO DECENAL, CONCEPTO DE REHABILITACIÓN.

Se trata de la rehabilitación de un edificio en el casco histórico, habiéndose impuesto al promotor el respeto “en todo lo posible” a la estructura del inmueble. Las vigas del edificio son de madera, y por su antigüedad y mal estado han de ser sustituidas. El arquitecto se niega a certificar que se ha mantenido totalmente la estructura, porque no es verdad. Las empresas de seguros tampoco aceptan asegurar el riesgo de defecto en la estructura que exige la Ley de Ordenación de la Edificación.

El casco histórico esta en su totalidad calificado de monumental, lo que implica que sólo puede ser objeto de obras de rehabilitación. El promotor alega que no es necesario el seguro puesto que se trata de obras de rehabilitación, excluidas en la Disposición Adicional 2ª LOE. El arquitecto, sin embargo, está dispuesto a certificar que se trata de obras de rehabilitación conforme a la definición y clasificación de dicha operación por la normativa autonómica vasca. Sin embargo el Registrador se cuestiona si la definición de la normativa urbanística autonómica es aplicable a los efectos de la LOE, que no precisa con detalle qué se entiende por obras de rehabilitación.

Una variante del caso sería el del supuesto de que el promotor tenga intención de levantar uno o más pisos en la casa, lo que se halla permitido por el plan. En ese caso habría una evidente modificación de la estructura que, sin embargo, sigue encajando en el concepto autonómico de “rehabilitación”.

Se mantuvieron dos criterios, (1) el de quienes entienden que cuando la disposición adicional 2ª LOE dice “para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”, se refiere a obras de edificios cuya licencia de nueva construcción, no de rehabilitación, se solicitó con anterioridad a entrada en vigor de la LOE, y (2) el de quienes entienden que dicha disposición adicional 2ª se refiere a exclusivamente a rehabilitaciones cuya licencia se haya solicitado con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, en cuyo caso,

sería necesario el seguro decenal para todos los supuestos en que la licencia de rehabilitación se hubiera solicitado con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE.

Ateniéndonos a lo que se señaló en el Dictamen de la Comisión de Criterios de Calificación de 24 de febrero de 2003 (Ponente Carmen de Grado Sanz), “Es evidente que el proyecto a que alude es el de construcción de nueva planta del edificio en que se ha realizado ahora la obra de rehabilitación, distinción entre nueva construcción y rehabilitación claramente recogida en el art. 2º.2 de la LOE, y no a la licencia para el proyecto de rehabilitación del edificio, porque, como ya vimos, la no sujeción de cualquier obra en edificio ya existente cuando la licencia se ha solicitado con anterioridad al 6 de Mayo de 2002 ya se declaraba en la Disposición Transitoria Primera de la LOE.”

En cuanto a que debemos entender por obras de rehabilitación, señala la citada comisión, que el registrador, al tratarse de una cuestión urbanística y técnica, habrá de atenerse a la calificación de la obra que se establezca en la licencia de edificación. Sólo en caso de duda, el registrador deberá reclamar certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la LOE establece como de rehabilitación. Ello se debe a que el registrador carece de conocimientos, tanto técnicos como de hecho, respecto de las obras.

Sin perjuicio, de ello, para fijar un criterio de distinción, es preciso acudir a la confrontación legal entre las obras de rehabilitación y aquellas otras de reforma, modificación o ampliación de edificios ya existentes. De ese modo según el criterio de la mencionada comisión, se consideran obras de rehabilitación aquellas “dirigidas a cumplir los requisitos básicos que a toda edificación obliga el artículo 3º.1 de la LOE, relativos a funcionalidad, seguridad y habitabilidad del edificio, más la posibilidad expresamente incluida en el artículo 31 del Real Decreto sobre financiación del Plan 2002-2005 de la ampliación del espacio habitable.”

Por el contrario, las obras de reforma, ampliación o modificación del edificio serían aquellas, que por no venir exigidas por el deterioro del edificio, pueden considerarse de mejora, es decir “las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios (art. 16 .1 LOE).”

De ese modo quedarían excluidas de la obligación de asegurar las obras de rehabilitación, pero no las de reforma, ampliación o modificación, con lo que respondemos a la cuestión que plantea la construcción de nuevas plantas, en el sentido de exigir, para, su inscripción el correspondiente seguro.

5. EXPROPIACIÓN: ACTAS DE OCUPACIÓN Y PAGO. El Ayuntamiento consulta en el Registro cómo inscribir varias actas de ocupación y pago relativas a la expropiación de algunas fincas por el Ayuntamiento para la construcción de una carretera. En su día no se pidió certificación del Registro de la Propiedad, y por ende no se hizo constar por nota al margen de las fincas la existencia de una expropiación en trámites. Las fincas no existen físicamente dado que la construcción de la carretera ya se ha llevado a cabo, las actas de pago y ocupación se firmaron hace cinco años, la descripción de las fincas que consta en las actas de ocupación y pago en muchas ocasiones difiere de la que se refleja en los Libros del Registro. Hay varios problemas.

(1) Problemas de descripciones de las porciones de finca que son objeto de expropiación parcial: en algunas de esas actas simplemente se dice que lo que se expropia es parte de una finca identificada por su número registral, pero sin señalar cuántos metros se expropian de dicha finca, ni la descripción de la parcela resultante de la expropiación.

(2) Problemas de identificación de los titulares de las fincas expropiadas: se señala en algunas actas que los titulares registrales comparecen representados por una determinada persona, haciendo constar detalladamente los datos del representante y de la escritura de poder, pero sin especificar en el acta quienes son

esos titulares representados, si bien se pueden deducir de las escrituras de poder, de las que acompañan simples fotocopias.

(3) Problemas de falta de coincidencia de la superficie que se expropia con lo que resulta del Registro: se expropia una determinada finca pero cuando se describe su superficie en el acta de pago y ocupación, dicha superficie es muy inferior a la que resulta de los Libros del Registro. (4) Problemas de falta de títulos: el acta de ocupación y pago se firma con los herederos del titular registral, pero a pesar de que se detallan los datos personales de tales personas, no se hace referencia a los títulos sucesorios, ni se acompañan al acta de ocupación y pago.

El Ayuntamiento propone, a los efectos de evitar los obstáculos que puedan surgir en el Registro de la propiedad, presentar actas complementarias, firmadas por la entidad expropiante, pero sin la comparecencia de los titulares de las fincas, y se justifican alegando que “han pasado ya muchos años y que dado que los titulares afectados recibieron las indemnizaciones, ya no quieren saber nada de esa expropiación y va a ser imposible que comparezcan para firmar esas actas complementarias.”

La solución propuesta por el Ayuntamiento es inadmisibles. El Ayuntamiento debió de haber solicitado en su día la certificación correspondiente y haber tenido en cuenta los datos y situación jurídica de las fincas según el Registro, que en base al art. 1 LH cuenta con la salvaguarda de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no sea declarada su inexactitud.

El art. 3 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 exige que el expediente de expropiación se entienda con el propietario de cosa objeto de expropiación. Prescindir de su consentimiento mediante rectificaciones de las actas de pago y ocupación hechas unilateralmente por el Ayuntamiento, supondría un incumplimiento flagrante de ese art. 3 LEF, y dejaría a esos titulares en la más absoluta indefensión, especialmente, cuando, como ocurre en varios casos, las

rectificaciones consisten en expropiar más metros de los que inicialmente se señalaron en las actas de pago y ocupación, teniendo en cuenta que el justiprecio viene determinado, entre otras cosas por la superficie de la parcela expropiada. Parece claro, por tanto, que es necesario el consentimiento de los titulares registrales, o en su caso de sus causahabientes. Pero se plantea el problema de la negativa o el silencio de dichos titulares ante la solicitud de su comparecencia para la firma de las actas de rectificación.

En general, se está de acuerdo en la necesidad de contar para las modificaciones que se han especificado con el consentimiento de los titulares afectados, o en su caso de sus herederos o representantes legítimos, y de no ser así será necesaria la correspondiente resolución judicial.

Sin embargo, conforme a la resolución de 17 de diciembre de 1999, no pueden descartarse otras posibilidades como (1) comunicar dicha rectificación con acuse de recibo al Ministerio Fiscal (dado que lograr la comparecencia del Ministerio fiscal parece también bastante difícil); es la solución que pretende el Ayuntamiento al amparo de los arts. 5 LEF y 51 del Reglamento. (2) Citar a los interesados para la firma de dichas actas complementarias, y en caso de no comparecencia solicitar del Ministerio fiscal un informe o certificado de no oposición a la firma de dichas actas; que si bien no implica la comparecencia del Ministerio Fiscal a la firma, al menos asegura que se ha tenido conocimiento del supuesto y que no hay oposición al acta por entenderse que no se lesionan los derechos de los titulares; a lo que se podría añadir el argumento de que los titulares han sido notificados y no han comparecido para oponerse, ni han entablado acciones legales en defensa de sus derechos.

Además, tratándose de rectificación de simples descripciones que no puedan afectar a los derechos de los titulares registrales, quizás se debiera mantener un criterio más flexible y admitir la rectificación unilateral por parte del Ayuntamiento.

6. OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA FINCA HIPOTECADA. Se vuelve a examinar la extensa cláusula sobre el seguro de la finca hipotecada que se estudió en la sesión anterior. De un lado, la estipulación por la que el hipotecante deudor se obliga a asegurar la finca hipotecada, con cesión de la indemnización a favor del acreedor, la que establece el vencimiento anticipado de la obligación por el impago de las primas de seguro y la que asegura con garantía específica las primas suplidas por la entidad de crédito que hubieran sido insatisfechas por el deudor.

En principio, se señala que la obligación de asegurar contra daños la finca hipotecada no tiene carácter real por lo que el registrador no entrará, por lo general a valorarla, dado, además, que la declaración de abusividad de la misma corresponde a los jueces. Lo mismo puede decirse de la cláusula que establece la cesión de las indemnizaciones, a menos, que el acreedor haya garantizado las cantidades pagadas por el deudor con cargo a una garantía específica. En concreto, dicha cláusula se considera justificada porque añade seguridad en la posición del acreedor, ya que de otro modo, en caso de siniestro perdería la garantía, sin que la sobregarantía se considere excesivamente perjudicial para el deudor.

Frente a ese punto de vista, sin embargo, se adujo que no puede darse el argumento general de la falta de carácter obligacional de la cláusula, ya que pese a la competencia exclusiva de los jueces para declarar la abusividad de las cláusulas de los contratos por adhesión, la calificación del registrador se limita a lo relativo a la inscripción del título y sus efectos.

Dichos efectos, si bien son limitados y se refieren, fundamentalmente a la ejecución directa de la hipoteca, son de la mayor relevancia, dado que la misma se realiza sobre la base de lo inscrito en el Registro de la propiedad, conforme al art. 130 LH. Al privar al acreedor hipotecario de la inscripción de la cláusula leonina no se le priva de garantías sino que se le induce a justificar adecuadamente la validez de la misma si quiere gozar de la

protección ejecutiva del registro. Ello es más aceptable que dejar el problema en la penumbra bajo la rúbrica de la falta de eficacia real de la cláusula o que inscribir lo que aparece como beneficioso únicamente para el predisponente. Obsérvese que lo que se rechaza es una cláusula que beneficia exclusivamente a la parte que, previamente, se había arrogado la formulación del contenido contractual, no una cláusula beneficiosa para el deudor, ni siquiera una cláusula neutra.

Por otra parte, el vencimiento anticipado de la obligación por la falta de pago de las primas del seguro depende de lo que se resuelva sobre el punto anterior. Precisamente, la falta de consideración de la cláusula por medio del argumento de la naturaleza obligacional de la misma –lo que nos lleva a una cierta indeterminación, ya que, a primera vista, toda cláusula del contrato, conforme al art. 1257 CC, es obligacional- facilita el vencimiento anticipado de la obligación, al considerar que la violación por el deudor de su obligación de pagar de las primas del seguro, a lo que se halla sujeto frente al acreedor hipotecario, por medio de la citada estipulación, sirve de pretexto para entender que, conforme al art. 1129.3º CC, el deudor disminuye las garantías a las que se halla comprometido si impaga las primas del seguro de la finca hipotecada.

Sin embargo, no puede entenderse que el deudor hipotecario se ha comprometido a otorgar al acreedor hipotecario la garantía del seguro por medio de la condición general que se estudia ahora, y que deja de prestar la garantía si impaga alguna prima del seguro.

En general, debemos de tener en cuenta que el deudor sólo está obligado a soportar los riesgos fortuitos de la relación contractual –*perpetuatio obligationis*-, cuando se ha constituido en mora, lo que es inconcebible sin un previo incumplimiento.

Por su parte, el acreedor hipotecario no puede anticipar la *perpetuatio obligationis* por medio de una condición general en la que se estipula una obligación accesoria cualquiera, como la de

asegurar la finca hipotecada por el deudor en beneficio del acreedor sin una justificación suficiente, que debe resultar de la cláusula misma, lo que, en el caso estudiado, que es paradigmático, no sucede.

El efecto vejatorio de dicha cláusula se revela con claridad por el hecho de que sujeta al deudor de buena fe, cumplidor puntual, a los mismos efectos, *que sin dicha cláusula*, sólo se impondrían –mediante moderación judicial– al deudor constituido en mora –es decir, se equipara al deudor honrado con su “alter ego” más torpe–, por lo que de ese modo el acreedor trata a su deudor y cliente ordinario como moroso, lo que resulta, a todas luces, inadmisibile.

Por otro lado, la cesión de las indemnizaciones al acreedor hipotecario se aparta, en perjuicio del deudor asegurado, de preceptos que, como establece el art. 2 de la Ley de Contrato de Seguro son imperativos, como son los arts. 40 a 42 de la misma. Además, como ya se indica en la nota de despacho referida en la anterior sesión la garantía específica de las primas suplidas por el acreedor hipotecario implica sobregarantía, lo cual, por otro lado, no produce beneficio alguno adicional al mismo.

7. ESCAPARATE COMO ELEMENTO PRIVATIVO. Se pretende inscribir una propiedad horizontal en la que en la fachada del edificio se crea un escaparate o expositor a los efectos de colocar anuncios publicitarios. Se plantea en primer lugar si ese pequeño espacio destinado a escaparate puede configurarse como un elemento privativo con su propia cuota. Y en segundo lugar si se puede inscribir teniendo en cuenta que en la licencia de obra nueva no se hace referencia alguna a la posibilidad de instalación de escaparates en la fachada.

Se mantuvieron dos posturas. Una contraria a admitir que cualquier espacio, con independencia de su tamaño, pueda ser considerado como elemento privativo en una propiedad horizontal; ello en base fundamentalmente a entender que sólo deberían considerarse como elementos privativos en la propiedad

horizontal aquellos que pueda configurarse como elementos susceptibles de ser utilizado independientemente como vivienda o como local.

Otra mayoritaria según la que debería admitirse considerar como elemento privativo todo aquello que pueda ser utilizado independientemente con salida o acceso desde la vía pública o desde los elementos comunes, y con asignación de cuota de participación en dichos elementos comunes, sin que parezca necesario que la licencia de construcción especifique que la misma se extiende al escaparate, lo cual, por otro lado, es un problema que se plantearía a la hora de inscribir la declaración de obra nueva pero no la de la propiedad horizontal.

Por lo demás, en pro de la constitución del escaparate como elemento independiente se aduce una practica consolidada que admite la venta e hipoteca de tales elementos, que obviamente, para ello, han de preexistir como elementos independientes.

8. INFRASEGURO DE EDIFICACIÓN A LOS EFECTOS DE INSCRIPCIÓN DE SU OBRA NUEVA. Se trata de una obra nueva inscrita en construcción para la que se ha declarado un determinado valor. Ahora se presenta acta de terminación de obra y en el seguro decenal preceptivo consta un capital asegurado inferior al que se declaró inicialmente. El problema consiste en que no se puede despachar la terminación de obra toda vez que el valor declarado de la obra es superior al capital asegurado.

Para solucionar el problema se presentó una escritura de rectificación del valor declarado de la obra nueva en construcción, compareciendo la titular registral, esto es la entidad mercantil constructora, con lo que se dejó vía libre para, tras el despacho del documento de rectificación, despachar el acta de terminación de obra.

En general, la Ley de Contrato de Seguro admite el infraseguro, con la consecuencia establecida en la llamada regla

proporcional del art. 30 LCS, según la cual, “Si en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción en la que aquélla cubre el interés asegurado.” Ahora bien, como la LOE establece el seguro decenal con carácter obligatorio y en beneficio de los adquirentes de vivienda, se ha considerado oportuno no admitir un seguro por debajo del valor del interés asegurado.

En efecto, según la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2000, la acreditación ante Notarios y Registradores de la Propiedad al autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obras nuevas terminadas y actas de finalización de obras, de la constitución y la vigencia de las garantías a que se refiere el art. 19 y 20.1 de la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre de Ordenación de la Edificación, se realizará mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor; mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o mediante suplemento de la entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato. Y entre las circunstancias relativas al seguro que se tienen que hacer constar en la póliza, se incluye la del capital asegurado, que como mínimo debe ser igual al coste final de ejecución.

9. PAREJAS DE HECHO. Se plantea como ha de inscribirse la adquisición que realizan quienes manifiestan hallarse conviviendo como pareja de hecho y adquirir para su sociedad de gananciales, a cuyo efecto presentan certificación del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que consta hallarse vigente entre ellos dicho régimen.

La postura favorable a la inscripción de la adquisición pasa por ignorar la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi para regular la materia en su integridad, en particular respecto del territorio de Guipúzcoa y de parte de Álava y Vizcaya; pasa también, por no tener en cuenta que la

constitución del régimen económico de convivencia se hace por medio de documento privado a diferencia de lo que ocurre para el matrimonio, donde se exige capitulaciones matrimoniales.

Fuera de ello, la manifestación de los adquirentes de que lo hacen para su régimen económico de convivencia según las reglas del Código civil para el régimen de la sociedad de gananciales, acompañado de la certificación del Registro autonómico de parejas de hecho, en la que conste que la pareja se rige por las reglas de los gananciales, parece suficiente para la inscripción de la misma.

Ahora bien, como quiera que la inscripción no convalida la falta de efectos de los actos, conforme al art. 33 LH, pese a que se coloca a la adquisición en la forma declarada bajo la salvaguardia de los Tribunales, no ciega, por las razones dichas, las fuentes que alimentan la inseguridad jurídica, la cual únicamente puede ser eliminada mediante la correspondiente regulación del legislador estatal.

10. HIPOTECABILIDAD DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. Se plantea si es posible dar en hipoteca el aprovechamiento urbanístico inscrito.

El art. 307.5 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992 considera que serán inscribibles en el Registro de la propiedad los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, a su vez, el art. 3.1 del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario considera inscribibles en el Registro de la propiedad los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, incluso como cuando den lugar a un derecho separado del suelo, mediante la apertura de folio independiente. Además, la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de suelo y urbanismo de Euskadi regula en su disposición adicional 2ª las transferencias de aprovechamientos en actuaciones asistemáticas en suelo urbano. Por todo ello, parece indudable la posibilidad de hipotecar dicho derecho

11. DESAFECTACIÓN DE UNA PORCIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES. Se presenta en el Registro una escritura en la que comparece el presidente de una Comunidad de Propietarios que cuenta con más de ochenta elementos independientes, junto con un miembro de la comunidad, que adquiere y agrega a su vivienda una porción de los elementos comunes que, segregada previamente, se le transmite por el presidente. Se testimonia el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios por la que se autoriza la desafectación de la indicada porción y su segregación y venta para su agregación a la vivienda del copropietario compareciente, sin que haya alteración de cuotas de comunidad. Se plantea el régimen del arrastre de cargas.

A primera vista, las cargas que gravitan sobre todos y cada uno de los elementos privativos alcanzan a sus elementos comunes, por lo que, en apariencia, según un criterio lógico, la desafectación y segregación de una porción de ellos arrastrará, de modo automático, todas las cargas de todos y cada uno de los elementos independientes, sobre esa porción tal como viene a declarar la resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2000.

Y ello, pese a que en el caso resuelto, la porción objeto de desafectación no era estrictamente necesaria para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos y, por lo tanto, su detracción de los elementos comunes no tuvo porque disminuir el valor de los elementos privativos sino que pudo incluso, al crearse un nuevo elemento independiente, suponer una disminución de las cargas comunes.

Una cuestión idéntica se discutió en la sesión de 18 de mayo de 2004. Abundando en lo que entonces se dijo, cabe plantearse ahora, cómo puede llevar la lógica, a una situación de complejidad semejante, la cual no resulta de inmediato, sino que exige el escrutinio meticuloso de cada folio independiente de la propiedad horizontal, tenga ésta pocos o muchos elementos.

Es decir, la situación de cargas de la porción desafectada no resulta de inmediato de la desafectación, sino que debe

construirse tras una investigación cuidadosa de las cargas de todos y cada uno de los elementos independientes de la propiedad horizontal, lo que dará lugar a un prolijo arrastre de cargas en pugna con la brevedad que predica del mismo el art. 51.7^a RH.

Por ello, parece que existen fuertes razones para admitir a la desafectación como libre de cargas de una porción de los elementos comunes. Finalmente, si alguno de los acreedores hipotecarios se considerase perjudicado o menoscabada su garantía conservará la vía de los arts. 117 LH y 1129 CC para defender su derecho.

Carlos Ballugera Gómez
Javier Regúlez Luzardo