

Casos prácticos. Seminario de Derecho Registral de Euskadi. Curso 2007-2008

CARLOS BALLUGUERA GÓMEZ

Registrador de la Propiedad y Doctor en Derecho

JAVIER REGÚLEZ LUZARDO

Registrador de la Propiedad

I. OCTUBRE, 2007

1. OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO EN EL PAÍS VASCO

Se plantea al Decanato del País Vasco por diversos promotores cuales serán las exigencias notariales y registrales referentes al Libro del Edificio destinado a Vivienda y las exigencias derivadas de la Legislación del suelo a la luz de la Resolución-Circular de la DGRN de 26 de julio de 2007.

En particular interesa esa disposición en relación con la legislación vigente en la Comunidad Autónoma del País Vasco, a saber, la LSUE y el Decreto 250/2003 del 21 de octubre, sobre el Libro del Edificio destinado a Vivienda de la Consejería de Vivienda y Asuntos Sociales, donde no se requiere ni la protocolización notarial del libro para el otorgamiento de la escritura, ni cualquier tipo de actuación física o documental respecto a la inscripción registral.

El art. 7 de la Ley 38/1999, de Ordenación a la Edificación obliga a la constitución del Libro del Edificio, disponiendo en su párrafo tercero que “toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio.”

La resolución-circular de la DGRN de 26 de julio de 2007 dispone que el mismo debe ser objeto de depósito ante cualquier notario, quién “deberá hacer constar en la correspondiente escritura, la existencia del Libro del Edificio y su disponibilidad para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios del edificio”.

En el País Vasco, el Libro del Edificio fue objeto de regulación por medio del indicado Decreto 250/2003, que vino a regular la materia en orden a asegurar los derechos de los usuarios finales de las viviendas.

En el Libro del Edificio de Euskadi, no sólo se contendrá la documentación relativa a las características físicas y técnicas del edificio, sino también las circunstancias relativas a su régimen jurídico, de modo que en el Cuaderno de registro del Libro en su capítulo de datos iniciales habrán de contenerse datos relativos a la inscripción de la declaración de obra nueva y, en su caso, de la inscripción del régimen de propiedad horizontal con la cuota de participación de los elementos independientes.

Por su parte el art. 9 del indicado Decreto, dispone que los manuales de la vivienda se entregarán de forma individualizada e independientemente en el momento de la entrega de las llaves de cada vivienda y de la firma de escrituras.

Caso de que la transmisión del edificio se realice en bloque en el acto de la transmisión el promotor deberá entregar el Libro al adquirente. En caso de propiedad horizontal, cuando se constituya la misma el promotor entregará el libro al administrador.

Se indica también que en todo caso deberá quedar constancia de la existencia del Libro en el cuerpo de la escritura de compraventa. Además, el art. 13 establece que el citado Libro se ubicará en un armario anclado a elementos fijos del edificio, en una zona o espacio común de fácil accesibilidad.

A la vista de ello, una parte de los asistentes consideró que la vigencia en el País Vasco del Decreto 250/2003 de 21 de octubre, sobre el Libro

del Edificio Destinado a Vivienda choca con el pronunciamiento de la DGRN sobre su depósito notarial previo, por distintas razones. Vamos a examinarlas a continuación.

En primer lugar, como se ha dicho, en el libro edificio han de constar los datos de la escritura de obra nueva (art. 4.3 b y c y 8.1) y, en su caso, los de división horizontal e inscripción en el Registro.

Dicha constancia habrá de realizarse en el capítulo de datos iniciales del Cuaderno de registro del Libro, mientras que las incidencias que se presenten con posterioridad en el edificio se harán constar de forma sucesiva, en el capítulo del Registro de incidencias.

De ambas circunstancias se desprende que la inscripción de la declaración de obra nueva y de la constitución del régimen de propiedad horizontal son anteriores y no posteriores a la constitución del Libro.

En segundo lugar, el art. 10 obliga al promotor a entregar el libro al administrador y no al notario, a quien la norma encomienda su llevanza. Finalmente, el Libro del Edificio deberá estar guardado en el armario regulado en el artículo 13 y no en la Notaría.

De otro lado, parece más lógica, en cuanto a la ubicación del Libro, la solución del Decreto que el depósito notarial, teniendo en cuenta que el autorizante de la escritura de obra nueva puede no ser el mismo que el de las escrituras de compraventa posteriores.

Esa divergencia dificultaría o incluso impediría el cumplimiento por el notario de su obligación de entregar el libro a los usuarios, pues no se adivina en virtud de qué podría el Notario facilitar copias del libro a personas ajenas al otorgamiento del acta de depósito.

Como hemos visto, el art. 10.2 del Decreto indica que “en todo caso deberá quedar constancia de su existencia [del libro] en el cuerpo de la escritura de compraventa.” Aunque la falta de tal constancia, por sí sola, difícilmente será causa de nulidad o anulabilidad del contrato ni de sus-

pensión de la inscripción, se considera que la expresión de la misma no plantea dificultades, supuesta la existencia del Libro.

En definitiva, la interpretación de la exigencia del art. 19 LS de acreditación documental, para la inscripción de la declaración de obra nueva, del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios, ha servido de fundamento a la Instrucción de la DGRN, pero se trata de un fundamento problemático.

Por una parte, el depósito se halla en contradicción con la legislación autonómica aplicable, por otra, la exigencia del cumplimiento de requisitos necesarios para la entrega de la edificación a sus usuarios es temporalmente incoherente, ya que se trae al momento de la declaración de obra nueva requisitos pertinentes para la entrega de la edificación a sus usuarios.

Ambas circunstancias desembocan en un círculo vicioso ya que la legislación autonómica exige la inscripción de la declaración de obra nueva antes de la constitución del Libro del edificio y la Instrucción el depósito del mismo antes de la declaración de obra nueva.

2. CONSTANCIA REGISTRAL DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS EN LÍNEAS FERROVIARIAS

La Entidad pública Euskal Trenbide Sarea–Red Ferroviaria Vasca (ETS) plantea lo siguiente: La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, impone a los promotores de actuaciones en las zonas de protección de dominio ferroviario, la obligación de costear las obras necesarias para salvaguardar paisajes o construcciones y limitar el ruido provocado por el tránsito en las líneas ferroviarias.

Dicha obligación se hace constar en la correspondiente licencia de construcción de nuevas edificaciones, sin embargo, no se traslada a los

sucesivos adquirentes de las edificaciones, que luego reclaman a la Administración la realización de tales obras.

Se plantea si habría alguna fórmula registral para trasladar estas obligaciones a los sucesivos adquirentes. En concreto plantean la posibilidad de hacerlo constar por nota marginal de duración indefinida al amparo del art. 74 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, que determina la posibilidad de que las condiciones impuestas por las leyes o los planes en una autorización administrativa puedan hacerse constar por nota marginal.

Esta materia se halla regulada por los arts. 12 y ss. de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario y 24 y ss. de su Reglamento aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 20 de diciembre.

En tales normas se distingue entre una zona de dominio público, otra de protección y una de límite de la edificación, indicándose en el art. 24.2 de la Ley que el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá ejercer, en cualquier momento, respecto de los bienes de dominio público de su titularidad o de aquellos cuya gestión le haya sido atribuida por el Estado, las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación posesoria que otorga a la Administración General del Estado el texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, que al haber sido derogado por la Ley 33/2003, de 3 noviembre 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP en adelante), se entenderá sustituido por ésta.

Por su parte, el art. 41.7 del Reglamento indica que el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá ejercer, en cualquier momento, respecto de los bienes de dominio público de su titularidad o de aquellos cuya gestión le haya sido atribuida por el Estado, las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación poseso-

ria, pudiendo realizar las certificaciones administrativas de dominio previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, para su presentación en los registros públicos, en orden a regularizar la situación catastral y registral de dichos bienes.

Además, debe tenerse en cuenta (1) la obligación de la Administración de inscribir en los registros correspondientes, conforme al art. 36 LPAP, sus bienes o derechos susceptibles de inscripción; (2) el carácter de servidumbres legales de las limitaciones dispuestas por la Ley en la zona de protección y límite de la edificación; y (3) la desaparición, tras la reforma del RH de 1998, de la excepción a la inscripción de las servidumbres legales.

De ello, cabe, entonces, concluir que el administrador de infraestructuras ferroviarias se halla obligado a inscribir tales limitaciones sobre las respectivas zonas mediante el acto por el que se delimiten las mismas. A ese efecto dicho Administrador deberá realizar el correspondiente deslinde e inscribirlo conforme al art. 50 y ss. de la LPAP.

Por otra parte, conforme al art. 15.4 de la Ley del sector ferroviario, en las construcciones e instalaciones ya existentes podrán realizarse, exclusivamente, obras de reparación y mejora, siempre que no supongan aumento de volumen de la construcción y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios.

En definitiva, al margen de la indudable eficacia administrativa de las obligaciones de los promotores de costear las obras de salvaguardia de paisajes, construcciones o de limitación de ruidos, la inscripción de la servidumbre sobre los terrenos que se hallen dentro de la zona de protección o de límite de la edificación, desde el momento en que se practique, producirá efectos frente a tercero, conforme al art. 13.I LH.

3. EXPROPIACIÓN FORZOSA

En el folio de la finca consta nota de expedición de una certificación de cargas al amparo del art. 32 RH con más de tres años de antigüedad pero sin que se haya presentado el correspondiente título expropiatorio.

Desde la Notaría se indica que la expropiación ha tenido lugar y que afectando a parte de la finca, los titulares registrales ahora se proponen vender y se plantean el modo de formalizar dicha venta de la parte no expropiada.

La operación que anuncia la nota marginal de expedición de certificación de cargas es la de segregación y transmisión por causa de expropiación, la cual, sin embargo, no ha llegado al Registro.

En ese caso, lo que procede, conforme al art. 47.III RH es realizar una operación sobre el resto, para lo que bastará que en la escritura se indique esa circunstancia. De ese modo la compraventa se inscribirá en el folio de la matriz haciéndose constar en la inscripción la superficie a la que se refiera la compraventa y reflejando al margen de la inscripción de propiedad precedente la inscripción de la operación sobre el resto y la superficie pendiente de segregación.

4. COMUNICACIÓN DE LA ACEPTACIÓN AL DONANTE

En escritura de 14 de setiembre de 1967 un viudo dona dos fincas a su hija en usufructo y a dos nietos en nuda propiedad. La hija acepta en la misma escritura. En representación de los nietos, menores de edad, acepta su padre en escritura de 19 de junio de 1968.

Tales títulos fueron presentados en reiteradas ocasiones en el Registro. Por notas al pie del documento se comunicó la suspensión de la inscripción en relación con la nuda propiedad por no acreditarse la correcta

notificación de la donación al tutor del donante, la aceptación por éste de dicho cargo y la inscripción del mismo en el Registro de Tutelas, entre otros defectos que no interesan al caso por haber sido subsanados.

Obran en el historial de la finca dos anotaciones de suspensión por defecto subsanable hoy canceladas en cuanto a la nuda propiedad de las fincas y convertidas en inscripción en cuanto al usufructo.

La explicación de lo anterior reside en que a la fecha de aceptación de la donación por el padre en representación de los donatarios de la nuda propiedad, menores de edad, el donante ya había sido incapacitado, según resulta de las anotaciones de suspensión en su día practicadas y, hoy, ya canceladas. En la escritura de aceptación también se hace referencia a la notificación al tutor.

La doctrina debate si la aceptación hecha en vida del donante pero que no llega a su conocimiento produce o no efectos. Un sector y la jurisprudencia tradicional entienden que si la aceptación no llega a conocimiento del donante no surte efecto por faltar el concurso de voluntades. Ejemplos de esta corriente son MANRESA y MARÍN CASTÁN.

Para la doctrina y jurisprudencia modernas, en primer lugar, es necesario salvar cierta contradicción existente entre los arts. 623 y 629 del CC en el sentido de que desde la aceptación la donación se perfecciona si bien puede ser revocada por el donante antes de que llegue a su conocimiento dicha aceptación, cesando con el fallecimiento la posibilidad de revocación, ya que la misma es personalísima y no se transmite a los herederos.

Por tanto, conforme a la interpretación del art. 623.II CC sostenida por esa última corriente, de la que son muestras la STS de 17 de abril de 1998 y autores como ALBALADEJO, LACRUZ y ZURILLA CARIÑANA, lo indispensable es que la aceptación se haga en vida del donante aunque no llegue a su conocimiento.

En el presente caso, atendiendo a que la aceptación se hizo tras la declaración de incapacidad del donante, se plantea si esa circunstancia temporal afecta a la eficacia de la aceptación.

El incapaz, mientras viva puede recuperar su capacidad, por lo que para la mayoría no cabe asimilar la declaración de incapacidad con la muerte, de donde, a su vez, resulta que en el presente caso la notificación al donante es admisible, en la persona de su tutor o representante legal.

5. NÚMERO DE CUENTA EN LA AMPLIACIÓN DE HIPOTECA

Plantea cierta gestoría si en las ampliaciones de hipoteca tienen que hacer constar el número de cuenta, ya que en unos Registros se pide y en otros no.

En algunos casos se emplean cláusulas como la que sigue: “Don XXX, confiesa recibir con fecha valor del día de hoy del Banco XXX, la cantidad de XXX, importe a que asciende la referida ampliación del préstamo, la cual se entrega por el Banco mediante abono en la cuenta nº XXX que tienen los prestatarios abierta a su nombre en la Sucursal del Banco en XXX.” También se plantea si, en su caso, dicho número se debe reflejar en el asiento registral.

Con la referencia a un número de cuenta se intenta determinar el modo en que se ha hecho entrega del dinero al prestatario, circunstancias cuya constancia exige cierto detalle dada la naturaleza real de muchas de las operaciones crediticias.

Por eso si el número consta en la escritura lo ordinario es hacerlo constar en la inscripción, pero no se aprecia que exista una obligación de que la entrega se haya de realizar mediante abono en cuenta con indicación de su número, ni en la operación de crédito inicial ni en la ampliación posterior con aumento de la garantía.

6. LIQUIDACIÓN TELEMÁTICA, ASIENTO CADUCADO

Se presenta una escritura telemáticamente y al poco tiempo se presenta, también telemáticamente, la liquidación.

La escritura se califica con defectos y al no subsanarse a tiempo caduca el asiento de presentación. Plantean los interesados si pueden ahora presentarla físicamente o si están obligados a volver a tramitarla telemáticamente.

Además, dado que la copia física no tiene sello de liquidación, plantean si tienen que volver a pasarla por Hacienda o si basta con la liquidación telemática que se presentó en su día.

Conforme art. art. 6.2 a) de la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, estos tienen el derecho a elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas.

Además, el art. 27.1 de dicha Ley, permite al usuario la elección del medio de comunicación con las Oficinas Públicas, de suerte que la opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido.

De ello se desprende, que se encuentra en la disponibilidad del interesado el elegir si la presentación la hace de modo telemático o presencial. Además, se consideró que también queda a su alcance en el procedimiento iniciado con la presentación telemática la opción de continuarlo en papel, terminándolo por medio de una certificación registral en papel o electrónica, o en ambas formas, a elección, también del interesado.

Por otra parte, dado que la liquidación telemática ha quedado incorporada al archivo electrónico del registrador, no se ve dificultad, una vez

comprobada la identidad entre dicha liquidación y el documento que se presenta, en el sentido de ser el acto contenido en tal documento el que fuera objeto de pago telemático, no se vio dificultad en admitirla como justificante sin reclamación de nuevos trámites.

Ahora bien, conforme al art. 6.2.b de la indicada Ley de acceso electrónico, tal vez fuera necesario respecto de datos de carácter personal, que se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

7. CADUCIDAD DE COPIAS ELECTRÓNICAS

Se plantea si estando vigente el asiento de presentación puede despacharse una copia electrónica para la que ha transcurrido el plazo reglamentario de validez de la misma.

El art. 224.4.III RN dispone que las copias autorizadas electrónicas una vez expedidas tendrán un plazo de validez de sesenta días a contar desde la fecha de su expedición.

Desde una interpretación literal del precepto se estimó por parte de los asistentes que transcurrido sin despachar el mencionado plazo no puede procederse al despacho de la copia sino que es precisa la expedición de una nueva.

Ahora bien, la resolución de la DGRN de 4 de junio de 2007 indica que el registrador se deberá limitar a calificar que entre la expedición de la copia electrónica y su remisión no ha transcurrido dicho plazo, pues en caso de que lo haya hecho la validez de la copia decae, por lo que una vez ingresada la copia en el Registro sin haber caducado, vale para el procedimiento registral sin una nueva consideración del plazo.

8. PROPIEDAD HORIZONTAL: EXCESO DE CABIDA AL TRANSFORMAR UN LOCAL EN VIVIENDA

Se presenta una escritura de transformación de local en vivienda con la correspondiente licencia municipal. En el Registro se describe el local señalando que tiene cincuenta y tres metros cuadrados de superficie construida, sin hacer referencia a sus linderos.

En la descripción que se da en la escritura tras la transformación se señala que ocupa actualmente una superficie construida de cincuenta y nueve metros cuadrados y útil de cuarenta y siete.

Se plantea si debe tener acceso al Registro pero suspendiendo en cuanto al exceso por no quedar acreditado, o si debe acceder al mismo con la superficie registral, pero añadiendo lo que ocupa según el título, o incluso si debe hacerse constar sin más la nueva superficie descrita por considerarse como una rectificación de error en la descripción. En caso de exigirse la acreditación de la identidad del exceso se plantea que medios de acreditación debería admitir el Registro.

No es posible para la constatación de la nueva superficie acudir a algunas de las vías que se contemplan en el art. 298.3 RH ya que, respecto de su párrafo primero la inmatriculación se ha producido con otra cabida menor, respecto del segundo y cuarto el exceso es mayor de la vigésima parte.

Sin embargo, quedaría entonces abierta la vía del párrafo cuarto, es decir, por medio de expediente de dominio o en virtud de acta de presencia y notoriedad recogida en el apartado décimo del art. 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

En todo caso, será necesario que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca, para lo cual cabe acompañar certificación del arquitecto expresiva de que no ha variado entre una y otra inscripción la línea perimetral de la finca.

9. TRASTERO VINCULADO *OB REMA* PISO DE OTRO EDIFICIO

Se plantea si es posible vincular *ob rem* un trastero de un edificio a una vivienda de otro que se encuentra separado del primero por varias calles.

La DGRN admite vincular *ob rem* la titularidad de un local, con la de otro situado en un edificio *contiguo*, exigiendo sólo que entre las dos fincas exista, como causa económica y a la vez jurídica que justifique esta conexión, una cierta relación de destino, dependencia, accesoriedad e incluso de servicio. Da además gran importancia al principio de autonomía de la voluntad.

Las vinculaciones *ob rem* deben interpretarse de forma estricta por la limitación del dominio que suponen, sin embargo con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad y en que el poder de disposición corresponde en exclusiva al propietario, puede admitirse una vinculación *ob rem* entre el trastero y el piso de otro edificio con justificación en una relación de destino o causa económica entre uno y otro elemento.

No parece que afectase tal operación al título constitutivo, al tratarse de una operación meramente formal y no material, con lo que no sería necesario acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios.

Además, es frecuente que se establezcan estas vinculaciones entre distintas fincas, no colindantes, por ejemplo, para ligar una zona de recreo a determinados pisos o viviendas.

Sin embargo, dicha vinculación se consideró como limitación dominical en cuanto que se vincula la disposición de un elemento a la de otro, la cual, para su establecimiento, requiere una causa que la justifique.

Así, mientras que en las urbanizaciones citadas, con zona de recreo vinculada a las viviendas, existe una clara relación de servicio que justifica la vinculación, en el presente caso, la falta de colindancia no se halla contrapesada por esa relación de servicio ni por causa alguna que justifique, más allá de la voluntad del propietario único, dicha vinculación.

II. NOVIEMBRE, 2007

1. MÁS SOBRE EL LIBRO DEL EDIFICIO EN EL PAÍS VASCO

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución Circular de 26 de julio de 2007 resolviendo la consulta planteada por la Asociación de Promotores Constructores de España, ha interpretado que cuando el artículo 19 de la Ley del Suelo utiliza la frase “*los requisitos documentales exigidos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a los usuarios*”, se está refiriendo al Libro del Edificio que según el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación será entregado a los usuarios finales.

Por ello, señala la Dirección, no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada, o actas de finalización de obra, sin que se les acredite la existencia y depósito del Libro del Edificio.

Añade además que el promotor deberá depositar ante cualquier Notario un ejemplar del Libro del Edificio, acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra, acreditativo de que ése es el libro correspondiente a la misma y que le ha sido entregado tal libro al promotor; dicho depósito deberá ser objeto de la correspondiente acta de depósito; el Notario deberá hacer constar en la correspondiente escritura, la existencia del Libro del Edificio y su disponibilidad para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios de la edificación.

A la hora de trasladar esta regulación a la práctica diaria en las oficinas registrales del País Vasco, se plantean importantes interrogantes y problemas que no parece que tengan fácil solución, como ya vimos en la sesión anterior.

La materia de vivienda y urbanismo presenta una gran complejidad que en el plano jurídico se expresa en la diversidad de regulaciones que

confluyen sobre la misma, ya sean de índole civil, consumerista, urbanística, etc.

Sin embargo, hay que partir recordando que en esa materia, tanto la Constitución en su art. 148.1.3, como el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su art. 10.31 reconocen a la misma competencia exclusiva, lo que es corroborado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997.

Por ello, con el fin de que los usuarios tengan la documentación e información suficiente y necesaria para llevar a cabo un uso y mantenimiento adecuados de los edificios, corresponde a la Comunidad Autónoma la facultad para regular y desarrollar los aspectos relativos al Libro del Edificio destinado a viviendas.

En ejercicio de estas competencias la Comunidad Autónoma del País Vasco ha procedido a regular el Libro del Edificio a través del Decreto 250/2003, de 21 de octubre, sobre el Libro del Edificio destinado a vivienda, complementado con la Orden de 22 de octubre de 2003 por la que se aprueban los modelos de documentos que conforman el Libro del Edificio destinado a vivienda.

La regulación que se hace en este Decreto del Libro del Edificio es muy detallada y exhaustiva, pero ni la regulación autonómica ni la estatal, recogen la obligación por parte del promotor de depositar el Libro del Edificio ante Notario, ni tampoco que el cumplimiento de esta obligación de depósito deba exigirse por el Notario para autorizar escrituras públicas de obra nueva, y por el Registrador para dar acceso a la misma a los Libros del Registro.

Lo cierto es que la regulación contenida en el mencionado Decreto autonómico parece que choca frontalmente con las pautas fijadas por la Dirección, y a modo de ejemplo se pueden recordar una serie de puntos concretos:

(1) La custodia del Libro se encarga al Administrador, no al Notario. En efecto, en el caso de propiedad horizontal, el Libro del Edificio se entregará al Administrador, que será el encargado de llevarlo al día y firmar las incorporaciones que al mismo se produzcan (art. 10).

(2) El Libro debe depositarse en un armario situado en el edificio, no en la Notaría. La regulación es minuciosa, indicando que debe ubicarse en un armario anclado a elementos fijos del edificio, en un espacio común; además este armario debe tener unas dimensiones determinadas, debe estar hecho de materiales ignífugos, antihumedad y debe tener puertas dotadas de cerradura (art. 13).

(3) El Libro del Edificio es un registro vivo. A él se le incorporará cualquier documento relativo a obras o transformaciones posteriores a la edificación (art. 10). Más que un libro es un auténtico registro de documentos relativos al edificio que se irá completando durante toda la vida de éste. Por tanto las actualizaciones de este Libro del Edificio, de naturaleza esencialmente cambiante, se verían muy dificultadas en caso de su ubicación en la Notaría.

(4) Ha de estar próximo a los usuarios. El Libro del Edificio debe estar a disposición de todos los propietarios, así como de otros usuarios del edificio (art. 11). Parece que el legislador autonómico pretende facilitar el acceso de los propietarios al Libro del Edificio, de tal manera que de un modo sencillo puedan tener información suficiente sobre el uso y mantenimiento del edificio, lo que no parece que concilie muy bien con las dificultades de acceso que podría suponer el hecho de que estuviera ubicado en una Notaría, que podría ser incluso cualquier Notaría del territorio nacional.

(5) El Libro del Edificio ha de estar a disposición de la Administración competente. El Libro del Edificio debe estar a disposición de los representantes del Gobierno Vasco para que éste pueda realizar las oportunas inspecciones, debiendo de contener un espacio dedicado a la constancia

documental de las mismas (arts. 11 y 14). Sin embargo, el depósito notarial del libro plantearía las mismas dificultades señaladas en el punto anterior.

(6) Constitución del libro posterior a la inscripción de la obra nueva. Finalmente, una de las partes del Libro del Edificio, el “Cuaderno del Edificio”, en el capítulo destinado a “datos iniciales” deben hacerse constar el nombre del Notario que ha otorgado la escritura de declaración de obra nueva, el número de protocolo y la fecha, así como los datos de inscripción en el Registro de la escritura de declaración de obra nueva (art. 4).

Ello puede llevar a pensar que esos datos de la escritura y de la inscripción deben ser previos a la confección del libro; si bien esto puede matizarse dado que, como se ha apuntado, el Libro del Edificio se concibe como algo vivo y cambiante, de constitución paulatina, y por tanto cuenta con la posibilidad de ir incorporando actos relativos a la vida del edificio a lo largo del tiempo y conforme se vayan produciendo.

En definitiva la regulación autonómica vasca parece incompatible con la interpretación que hace la Dirección en la Resolución Circular, y esto lleva a los Registradores y otros operadores jurídicos a una situación de cierta confusión.

De lo que no parece que haya dudas es de que la Dirección ha dictado una serie de “normas” que escapan a la competencia del Estado, cruzando así una línea competencial que no quiso cruzar el legislador estatal al remitirse en el confuso art. 19 de la Ley del Suelo a la normativa autonómica reguladora de la edificación y en el art. 7 de la Ley de Ordenación de la edificación, referido al Libro del Edificio, a la normativa que le sea de aplicación, es decir, a la autonómica. Aparecen así ante las registradoras y registradores del País Vasco dos opciones.

Primera. Aplicar la Resolución Circular, en lo compatible con la normativa autonómica, en concreto, en cuanto a la exigencia de que se acre-

dite documentalmente a Notarios y Registradores la existencia del Libro del Edificio, según la configuración, ubicación y demás aspectos fijados por la normativa autonómica, sin que quepa exigir su depósito ante Notario.

Esta posición que la mantienen algunos Notarios del País Vasco que ya han presentado en los Registros escrituras de obra nueva en las que con relación al Libro del Edificio se señala:

“Asimismo, deberá acompañarse certificación expedida por el Arquitecto Director de la obra que acredite que se ha entregado al Promotor el Libro del Edificio correspondiente a la obra nueva cuya finalización se declara en el presente, y que cumple los requisitos que legalmente se exigen para dicho Libro”.

“Respecto del depósito notarial del Libro del Edificio a que se refiere la Resolución-Circular de la DGRN de fecha 26 de julio de 2007, en consulta sobre el artículo 19 de la Ley 8/2007, de 27 de mayo, de Suelo, no puede efectuarse dicho depósito por cuanto ello impediría al promotor cumplir las disposiciones contenidas en el Decreto del Gobierno Vasco 250/2003, de 21 de octubre sobre el Libro del Edificio destinado a vivienda”.

“Dichas certificaciones, en su caso quedarán incorporadas a la presente mediante diligencia a continuación, o bien protocolizadas en acta separada de la que dejaré constancia en la presente”.

Segunda. Entender que la Resolución Circular no puede ser en ningún caso de aplicación por parte de Notarios y Registradores. Ello se apoya en varias razones. En primer lugar por su contradicción con la regulación autonómica vasca, la aplicación de la Circular supondría dar cabida a una injerencia en las competencias propias de las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, en que establece una regulación de carácter sustantivo “extra-*legem*” que no tiene apoyo legislativo, puesto que no hay

ninguna norma autonómica ni estatal que establezcan la obligación de depósito ante Notario del Libro del Edificio.

En tercer lugar, porque la Circular no ha sido publicada en el B. O. E. y se trata, por tanto, de una mera contestación privada de la Dirección a la Asociación de Promotores y Constructores de España que no tiene por qué vincular a Notarios y Registradores.

No obstante, las dudas permanecen. Así, se tienen noticias de Notarios que han empezado a admitir depósitos del Libro del Edificio, con posturas diversas, así, hay quienes aceptan el depósito por diez años, por entender que no cabe a perpetuidad.

Por su parte, algunas Comunidades Autónomas disponen el depósito del Libro en el Registro de la propiedad. También genera perplejidad el que el usuario de la edificación deba dirigirse a la Notaría para obtener información sobre el libro.

Sin embargo, quedó claro entre los asistentes la necesidad de reclamar en la escritura de declaración de obra nueva la afirmación de existencia del Libro del Edificio, debiendo extender en caso contrario acuerdo de calificación suspensivo de la inscripción fundamentado tanto en el art. 19 LS como en la correspondiente normativa autonómica.

2. REDIVISIÓN DE COMUNIDAD DE GARAJES

En un régimen de propiedad horizontal existe un elemento destinado a garajes en el que se forma una comunidad de sesenta elementos de los que diez ya han sido vendidos.

En el folio del elemento destinado a garajes se han descrito todos y cada uno de los mismos, pero no los elementos comunes, sin que se expresen, en el asiento, reglas de comunidad.

Ahora el propietario inicial y promotor del garaje, dadas las dificultades del mercado se propone redividir las cuotas y zonas que están en su poder para lo que la notaría plantea si se exige el consentimiento de la junta de propietarios.

Un caso semejante ya se trató en la sesión de 27 de marzo, donde se concluyó que dada la asignación de zonas a cada cuota indivisa, no era posible subdividir las zonas ni reasignarlas sin el acuerdo de la junta de la comunidad de garajes. Pueden verse en aquel lugar con más detalle los argumentos que se esgrimieron entonces.

3. CLÁUSULA HIPOTECARIA: LOS INTERESES ORDINARIOS ENGLOBALAN LOS MORATORIOS

Se plantea en la Lista Libre la inscribibilidad de una cláusula de intereses por la que se garantizan dos años de intereses ordinarios al quince por ciento y dos años de moratorios al veinte, añadiendo que los intereses moratorios engloban a los ordinarios, de manera que el límite total es de dos años al veinte por ciento.

Entiende el proponente que la cláusula no es sólo contraria al principio de especialidad sino también a la doctrina de la DGRN. Sin embargo, parece que en muchos Registros simplemente se quita la coletilla y se deja como una hipoteca normal.

No obstante, el problema se plantea al entender que el quitar la coletilla implica admitir por la inscripción de una responsabilidad mayor, la resultante de sumar intereses moratorios y de demora, un pago del impuesto por una cantidad menor, sólo dos años al veinte por ciento.

En ese sentido, también se propone denegar la inscripción de la cláusula en virtud del vigente principio de especialidad o determinación que exige la distribución de las cantidades garantizadas entre los conceptos

respectivos, conforme a los arts. 12 y 132.3º LH y 692.1.I LEC, mientras que el establecimiento de un límite único de responsabilidad por intereses remuneratorios y de demora se considera confuso.

Desde otro punto de vista se indica que lo que quiere decir la coletilla es que en ningún caso se podrán reclamar por intereses más de dos años al veinte por ciento, dentro de las cifras máximas antes definidas.

Esto es, se podrán reclamar intereses ordinarios y de demora dentro de los límites y topes establecidos, pero la reclamación por concepto de intereses no podrá exceder de dos años al veinte por ciento.

Otras opiniones están de acuerdo con esta última interpretación y señalan que no se debe suprimir la coletilla, ya que fija el límite de responsabilidad por el concepto de intereses, ya se reclamen conjunta o individualmente. Por su parte, en el Seminario de Madrid mayoritariamente se ha acordado la inscribibilidad de tal cláusula.

Los presentes comparten la postura del Seminario de Madrid favorable a la inscribibilidad de la cláusula. En ese sentido se considera de interés la resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2002 que en su apartado segundo indica que la doctrina del Centro Directivo contenida en las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, precisada por la resolución de 18 de diciembre de 1999, ratificada por otras posteriores, no pretende afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, mas, respetada esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar que todos los intereses sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria dentro de los máximos legales, aun cuando se reclamasen intereses remuneratorios de los últimos cinco años e intereses moratorios, también, de las cinco últimos años, si así se procediera por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros y por

tanto, a ambos puede extenderse la garantía hipotecaria dentro de los límites dichos.

4. AMPLIACIÓN DE EMBARGO Y CARGAS INTERMEDIAS

Se presenta un mandamiento ordenando ampliar una anotación de embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin embargo hay cargas intermedias. Las obligaciones por las que se pretende la ampliación se refieren a cuotas por cotizaciones devengadas con posterioridad a la primitiva anotación preventiva.

Se plantea si se puede ampliar el embargo a través de una nota marginal como si se tratase de un embargo ordenado por autoridad judicial, o si debe ser objeto de una nueva anotación con su propia prioridad.

Esta cuestión ya se resolvió en un sentido negativo a la ampliación con conservación de la prioridad en la sesión de 21 de marzo de 2006. En aquella ocasión se concluyó que, por el carácter exclusivamente administrativo del procedimiento, por la remisión al Reglamento General de Recaudación y por tratarse de embargos por nuevas cuotas, no es posible la aplicación del art. 613 LEC y la ampliación del embargo conservando la prioridad de la primera anotación.

Ahora se replantea la cuestión y se concluye que no parece que pueda entenderse aplicable el art. 613.4 a los embargos de la TGSS puesto que este precepto se refiere a intereses provenientes de la misma obligación, mientras que las cantidades devengadas a la TGSS provienen de impagos de cotización distintos, esto es, de deudas u obligaciones diferentes. Además el art. 104.1 RGSS establece una regla general, que no es aplicable en supuestos excepcionales como el del art. 613.4.

Sin embargo, sobre esta materia de ampliaciones de embargos conviene tener en cuenta los criterios de la Comisión de Criterios de

Calificación de 20 de junio de 2005 en la consulta 1/2005 planteada por el Centro de Estudios Registrales de Madrid.

5. CANCELACIÓN DE HIPOTECA A FAVOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA

Se presenta en el Registro una certificación expedida por el Subdirector General de Ayudas a la Vivienda de la Dirección General de Arquitectura y Política de Vivienda del Ministerio de Vivienda, por la que se afirma que a una determinada hipoteca inscrita sobre una finca del Registro le es aplicable la Disposición Adicional Cuadragésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006.

Se plantea si se deben acreditar, a través de la comprobación de su constancia en los asientos registrales, la extinción de la hipoteca por tratarse del supuesto amparado por esa Disposición Adicional; esto es, si debe constar en el Registro la legislación que amparó la concesión, ya sea la Ley de Viviendas Protegidas de 19 de abril de 1939 o la Ley de Vivienda de Renta Limitada de 15 de junio de 1954, que la cuota trimestral era igual o inferior a treinta euros y que se trata de VPO de promoción privada.

Se plantea, también, si es necesario presentar una solicitud de cancelación por el titular con firma legitimada notarialmente o bien ante el propio Registrador, acompañando a la certificación ahora presentada.

Esta cuestión se estudió con carácter general en la sesión del pasado 27 de febrero, de donde resulta que es necesaria solicitud en los términos del art. 353.3 RH, lo que en el presente caso hace al menos necesaria instancia solicitando una certificación a la que se acompañe la del Instituto.

También será admisible la solicitud en ese sentido del titular registral, ahora bien, dada la posibilidad de cancelar mediante solicitud de certifi-

cación no parece plausible que vaya a acudir a esa segunda vía que, en todo caso, exigiría una identificación auténtica del solicitante.

Por otro lado, es preciso, pese a la afirmación de la Administración de que a la hipoteca le es aplicable la caducidad establecida en la Ley, que el registrador compruebe que la hipoteca sea de las que caducan por imperativo del precepto mencionado.

6. OBRA NUEVA PARA DESTINAR TODA LA PLANTA DE UN EDIFICIO A VIVIENDAS: SEGURO DECENAL

Se presenta una escritura de obra nueva por la que toda la planta de un edificio, que estaba constituida por locales, se reforma para su configuración como viviendas; se cuenta con licencia municipal para la obra y con autorización de la Junta de Propietarios. Se plantea si es necesario el seguro decenal.

Sobre esta materia señala RENTERÍA AROCENA que es claro que la prohibición de inscripción de escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada de edificaciones sin que se acredite la constitución del seguro decenal de daños, no afecta “a los títulos de conversión de locales en viviendas que pretendan su acceso al Registro de la Propiedad, por cuanto no contienen éstos necesariamente una declaración de obra nueva y porque, además, la declaración de obra nueva a que alude la Ley 38/1999 tiene por objeto una edificación completa y no unas actuaciones de reforma interior de la misma¹.”

No obstante, pese a que dicha conversión, cuando afecta a una planta completa del edificio, puede encerrar tanto una alteración del destino

¹Vid. al respecto su ponencia “La conversión de local en vivienda” de 2 de mayo de 2007.

principal del inmueble como un ánimo fraudulento respecto al indicado seguro, el registrador debe limitar su calificación al momento de intentar la publicidad de la terminación de la obra nueva del edificio en su totalidad.

Si como se indica, se sospecha de la existencia de fraude, corresponde a los interesados, conforme al art. 6.4 CC, instar judicialmente la aplicación de la norma defraudada con nulidad del acto fraudulento. Por unanimidad, los asistentes se adhirieron a dichas opiniones.

7. INSTANCIA SOLICITANDO RECTIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN

Se presenta en el Registro una instancia sin firma legitimada por la que se solicita certificación de una finca y la modificación de sus linderos. A efectos del plazo, se plantea si se trata de una solicitud de certificación o de asiento.

En la solicitud se contienen ambas peticiones, por lo que cada una de ellas habrá de sujetarse a su régimen propio. En particular la rectificación de los asientos habrá de sujetarse al plazo de calificación que con carácter general establece el art. 18 LH.

8. DERECHO DE SUPERFICIE Y OBRA NUEVA DECLARADA POR EL DUEÑO DE LA MITAD DE LA FINCA

Dos hermanos son dueños de una finca en proindiviso por título de donación; uno de ellos es soltero, el otro casado en régimen de comunicación foral.

Ahora se presenta una escritura en la que compareciendo todos manifiestan que el soltero ha construido sobre la finca una vivienda unifami-

liar y para regularizar la situación el casado, con el consentimiento de su esposa constituye un derecho de superficie a favor del otro titular, que lo adquiere y procede a su vez a declarar la obra nueva contando con la correspondiente licencia municipal y certificado de técnico competente. Se plantea si hay algún problema para su inscripción.

En la sesión de 15 de junio de 2004 se trató de un caso semejante, poniendo de manifiesto la necesidad de que para mantener la propiedad separada se constituyera algún tipo de derecho real, como el de superficie.

Parece que ese es el caso. Al constituirse el derecho de superficie se mantiene separada la propiedad de lo construido de la del terreno, sin embargo, dado que ésta pertenece en proindiviso a los hermanos, será preciso que en el título se especifique la causa de la atribución de la propiedad superficiaria en exclusiva al constructor, conforme a los arts 1274 y ss. CC.

Adicionalmente, ello exige a los interesados aportar una descripción coherente de la operación económica que ha tenido lugar, con concreción de los desplazamientos patrimoniales gratuitos u onerosos que han dado lugar a la situación jurídica que se pretende inscribir y que deberá ser objeto de calificación tras la liquidación de impuestos que, en su caso, proceda.

9. REHABILITACIÓN DE VIVIENDA A FAVOR DEL HEREDERO DEL TITULAR REGISTRAL

Se presenta en el Registro una Resolución del Delegado Territorial de Vivienda y Asuntos Sociales en Vizcaya sobre concesión de ayudas financieras para la rehabilitación protegida aislada en la que se resuelve declarar determinadas obras de rehabilitación como actuaciones protegidas, concediendo al solicitante determinadas ayudas económicas directas. El destinatario de dichas ayudas se dice que es el heredero del titular registral sin que se acredite esta circunstancia.

Se plantea si para el acceso al Registro de la correspondiente limitación de las facultades dispositivas, es decir, limitación de disposición voluntaria *inter vivos* en un plazo de cinco años desde la certificación de final de obra sin la previa acreditación de la devolución de las ayudas percibidas, será necesaria la previa inscripción de la adjudicación por herencia a favor del destinatario de las ayudas.

Con carácter general, se observa que para la inscripción de la limitación dispositiva es preciso que la finca se halle a nombre el destinatario de las ayudas, por lo que será necesaria la inscripción de su correspondiente título, en éste caso la herencia.

En el presente caso y por razones sociales, cabría admitir, a juicio y bajo la responsabilidad del registrador, como un supuesto de tracto abreviado, la manifestación de la Administración de la condición de heredero único del destinatario de las ayudas, con indicación de la fecha de fallecimiento de su causante y del último testamento o declaración de herederos de que tal circunstancia resulta.

10. MEDIOS DE PAGO: METÁLICO SUPERIOR A CIEN MIL EUROS EN VARIOS PAGOS

Se presenta en el Registro una escritura en la que se hace constar que se han pagado determinadas cantidades mediante cheque bancario nominativo, y además los siguientes pagos en metálico: 35.000 € el día 1 de marzo de 2007 cuyo pago no puede justificarse documentalmente por el tiempo transcurrido, y 70.000 € en el propio acto. Se plantea si debe hacerse comunicación al servicio de prevención del fraude.

El art. 3.9 de la Ley 19/1993 por la que se establecen determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, dispone que los suje-

tos mencionados en el artículo precedente quedarán sometidos a la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos en los supuestos señalados en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley, en la forma y con las excepciones que reglamentariamente se determinen.

Por su parte, la Orden EHA/1439/2006, de 3 mayo 2006, sobre declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, dispone la obligación de declaración el movimiento por territorio nacional de medios de pago por importe superior a 100.000 €.

Dicha Orden, exige que su apartado octavo que toda autoridad o funcionario, incluidos los de arancel, se cerciorará del cumplimiento de la presente Orden, lo que incluye a los registradores, conforme, además con el art. 254 LH en relación con el 24 de la Ley del Notariado e Instrucción de la DGRN de 28 de noviembre de 2006.

Ahora bien, en el presente caso no resulta exigible el modelo S-1 pues no se da el caso de un solo movimiento superior a los cien mil euros sino que nos encontramos ante dos movimientos para el pago de una obligación, ninguno de los cuales supera en su consideración singular el indicado límite.

III. DICIEMBRE, 2007

1. EMBARGO PROCEDENTE DE OTRO TERRITORIO HISTÓRICO

Se presenta un mandamiento de la diputación Foral de Alava/Araba en el que se pretende el embargo de un bien sito en el Territorio Histórico de Vizcaya/Bizkaia. Se plantea su inscribibilidad.

Un caso semejante fue objeto de estudio en la sesión de 27 de junio de 2006. Entonces se tuvieron en cuenta, por una parte, el art. 8.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo de 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y, por otra, el art. 8.3 de la Norma Foral 9/2005, de 16 de diciembre².

Ahora, procede traer a colación la disposición adicional quinta de la Ley 12/2002, de 23 de mayo por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y el art. 1.2 del Decreto Foral 215/2005, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Bizkaia³.

La Diputación de Alava aparece como embargante por razón de tener cedida por los municipios alaveses, de pequeño tamaño, las competencias recaudatorias. Por otro lado, si bien no existe en Alava un precepto seme-

² Art. 8.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004: Las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la respectiva entidad local en relación con los ingresos de derecho público propios de ésta, serán practicadas por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del presidente de la corporación.

Art. 8.3 Norma Foral 9/2005: Las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio del municipio en relación con los ingresos de Derecho Público propios de éste, serán practicadas por la entidad local en el ámbito del Territorio Histórico de Bizkaia y, en los restantes supuestos, de acuerdo con las fórmulas de colaboración establecidas o que se establezcan, según lo previsto en la legislación aplicable.

³ Art. 1.2 del Decreto Foral 215/2005: La Diputación Foral ejercerá sus competencias en materia de recaudación en todo el territorio del Estado, conforme a lo dispuesto en el Concierto Económico.

Disposición adicional quinta de la Ley 12/2002: Para la gestión, inspección, revisión y recaudación de los tributos concertados, las instituciones competentes de los Territorios Históricos ostentarán las mismas facultades y prerrogativas que tiene reconocida la Hacienda Pública del Estado.

jante al indicado art. 1.2 del Reglamento de Recaudación de Vizcaya/Bizkaia, parece que la decisión debe ir en el sentido de favorecer la anotación del mandamiento.

En efecto, dado que conforme a la disposición adicional quinta del Concierto los órganos de recaudación de los tributos concertados ostentarán las mismas facultades y prerrogativas que tiene reconocida la Hacienda Pública del Estado, y dado que en la Comunidad Autónoma Vasca la competencia fiscal corresponde a las Diputaciones sin que exista un organismo autonómico con competencias hacendísticas, el mandamiento de la Diputación de Alava será directamente inscribible en Vizcaya/Bizkaia, siempre que el embargo lo sea en razón de una deuda fundada en alguno de los tributos cedidos.

2. RETIRADA DE DOCUMENTO PRESENTADO TELEMÁTICAMENTE

Se plantea el modo de proceder cuando se solicita la retirada o la devolución del documento que ha sido presentado telemáticamente.

Una sobresaliente peculiaridad del documento electrónico es su posibilidad de ser copiado o replicado cuantas veces sea necesario. Esa posibilidad abre un horizonte completamente nuevo en el procedimiento registral, de modo que podemos hallarnos en trance de pasar de la copia al original múltiple⁴.

La sustitución de la copia por dicho original requiere un medio técnico de comprobación de la identidad entre la matriz y su réplica con

⁴Vid. al respecto DE ANGULO RODRÍGUEZ, J., “El Registro electrónico”, en *Ponencias y comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Fundación Registral, Madrid, 2007, pp. 77-78.

un algoritmo *hash* y, además, que la presunción de exactitud de la copia sea suplida por el mandato legal de realizar dicha comprobación.

Entretanto, el problema se plantea al abrirse posibilidades nuevas, que se centran en la alternativa de admitir la devolución o retirada del documento con supresión o borrado de la copia obrante en el Registro o, por el contrario, admitir la devolución o retirada conservando la copia electrónica en el Registro.

La primera posibilidad plantea, a su vez, una casuística variada. Si quien solicita la retirada es el Juez, Autoridad o Notario presentantes, éstos deberán presentar de nuevo el documento telemáticamente o dejar caducar el asiento, sin que se halle prevista en la regulación actual la indicada devolución de la copia electrónica.

Si la retirada la solicita el presentante, deberá extenderse certificación electrónica del documento electrónico presentado, ya sea en formato electrónico o de papel o en ambos, a solicitud del mismo, con borrado del obrante en el Registro, lo que tampoco se halla previsto en nuestra regulación.

Ahora bien, si se repara en la segunda posibilidad alternativa y se conserva la copia electrónica del documento público en el Registro, se repite la casuística anterior. Pero dado que la copia continúa en el Registro se plantea, adicionalmente, si debe entenderse o no suspendido el plazo de calificación.

Partiendo de que el art. 427 RH permite al presentante o interesado retirar el documento sin más nota que la de su presentación con el indicado efecto suspensivo de la calificación, siempre que la misma no se haya producido al momento de tal solicitud, parece lógico entender que el presentante o el interesado podrán pedir, alternativamente, lo contrario, a saber, que se extienda nota sobre la copia electrónica existente en el Registro pese a que el mismo haya solicitado su devolución o retirada.

da. Para ello bastará que presentante o interesado así lo soliciten, haciéndolo constar en su solicitud o al margen del asiento de presentación.

Pero en el caso de que presentante o interesado soliciten la devolución o retirada sin más nota que la indicada en el art. 427 RH, cabe proceder al igual que en el caso de los documentos de papel, pero mediante la expedición de la correspondiente certificación del documento presentado, que quedará en el archivo del Registrador, haciendo constar mediante nota al margen del asiento de presentación, firmada por presentante o interesado, la retirada o devolución, que implicará la suspensión del plazo de calificación.

Finalmente, dado que incluso en el caso de que el interesado desistiese del asiento de presentación el Registrador o Registradora conservarán en su archivo la copia remitida telemáticamente, parece que en el caso menos drástico de una simple retirada del documento con mantenimiento de la vigencia del asiento de presentación, la opción más acorde con las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el estado actual de la regulación, es el de la conservación de la copia electrónica en el legajo de documentos públicos del Registro.

3. AGRUPACIÓN Y OBRA NUEVA DE DOS FINCAS

En el Registro figura, por una parte, un edificio de dos plantas y sótano y, por otra, un solar que su descripción denomina patio.

Ahora se presenta una escritura en la que se declara que se ha cubierto el patio y que se remata con una terraza con acceso al edificio colindante, agrupándose los bajos de dicho edificio con lo construido sobre dicho patio. Se acompaña licencia municipal de 1968 para cubrir el patio.

Se plantea si la misma es suficiente o si hay que acompañar algún documento más y si la existencia de una terraza implica la existencia de una planta no autorizada en la licencia.

Dada la presumible antigüedad de la edificación declarada parece que se quiere recurrir al procedimiento de inscripción de obras nuevas del art. 52 AURH. El apartado a) de dicho precepto exige que se acredite la terminación de la obra en una fecha determinada y su coincidencia con la descripción del título.

Por tanto, la licencia de obra no bastará sino que deberá aportarse certificación del Catastro o del Ayuntamiento, certificación técnica o acta notarial, procediendo la notificación al Ayuntamiento en los dos últimos casos.

Por otra parte, la existencia de la terraza comunicada no parece que deba considerarse como una planta adicional, máxime cuando la aportación de cualquiera de los documentos del art. 52 citado, hacen irrelevante la de la licencia, sin que, por tanto, resulte necesario comprobar la correspondencia entre licencia y obra ejecutada.

4. LEY DE REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO

Se inicia el examen de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25-3-1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

En la presente sesión se abordó fundamentalmente el nuevo tratamiento que se da a las cláusulas personales y a la ejecución de la hipoteca en los arts. 12 y 130 LH, respectivamente, pasando tangencialmente por el resto de temas.

1.- Calificación de cláusulas reales y personales.

Desde el punto de vista teórico, llama la atención la reforma del art. 12 LH, cuya interpretación no es fácil y que deja lugar para considerar

que la crisis de la doctrina sobre la diferencia entre lo personal y lo real, ha tomado carta de naturaleza legislativa, abriendo paso a una considerable confusión⁵.

No obstante, resulta de interés por su intento de clarificación del panorama la Circular nº 7 del Decano del Colegio de Registradores, que sostiene la necesidad de calificar el conjunto del préstamo o crédito.

Se parte de la indicación contenida en la Exposición de Motivos según la cual la reforma del art. 12 LH dirigida a precisar el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, tiene que evitar “calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”.

Esta manifestación de la Exposición de Motivos es especialmente cuestionable, ya que pasa por alto la naturaleza del mercado estandarizado. ¿Cómo es posible pretender uniformidad en un terreno caracterizado por la novedad de las formulaciones contractuales contenidas en las escrituras y que por tal novedad y por su oscuridad se prestan a las interpretaciones más variadas?

Con la pretensión de uniformidad se puede acabar dando cobertura legal a tácticas agresivas de mercado y a desplazamientos subrepticios y coyunturales de costes de las empresas del sector.

Ello hace prevalecer el fortalecimiento de la cuenta de resultados del predisponente por encima de todo criterio jurídico, con lo que se obtie-

⁵ Pueden verse muestras doctrinales de esa crisis en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “LAS CLÁUSULAS NO INSCRIBIBLES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO (Ponencia en el Seminario Derecho Inmobiliario Registral Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)”, Madrid, 2006, pp. 4 y 5; CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., “Las cláusulas de la hipoteca”, Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, pp. 22-24, 32-33 y 137; y DÍAZ FRAILE, J. M., “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria”, Diario La Ley, Nº 6727, (2007), 21 págs.

ne el indeseado efecto de equiparar el poder de formulación unilateral de las entidades de crédito con el valor del contrato que brota de la autonomía de la voluntad.

Sin duda, esa pretensión puede ser grata a los gestores de las acreedoras, pero perjudica a la gran masa de consumidores uniformizados bajo el peso de un gravamen insostenible y despojados de la tutela que a sus intereses les debe todo el aparato administrativo, en el que se encuadran los registradores.

Concebida la calificación como un diálogo entre el título y el registro, un mismo mensaje dirigido a una pluralidad de interlocutores producirá, por necesidad, respuestas diversas.

La uniformidad de las respuestas requiere de un órgano al efecto, instituido como interlocutor único del título estandarizado y cuyas decisiones sean vinculantes para todos los que intervengan en la génesis del título ejecutivo.

Para que la actividad de ese órgano sea vinculante es preciso que sea pública, transparente y neutral, sin olvidar, sin embargo, que dicha neutralidad se funda imperativamente, en el principio constitucional de protección de los consumidores.

Dejando apuntado ese serio problema de fondo, nos quedamos con el llamamiento del Decano de los Registradores para que tales funcionarios colaboremos en el impulso del mercado hipotecario y con ello en la estabilidad económica, lo que, sin perjuicio de la independencia en la calificación, a su juicio, pasa por intentar aproximar los criterios de la misma.

En la Circular del Decano destaca la referencia de que el art. 12.II LH ha supuesto una modificación de los arts. 1 y 98 LH y 51.6 RH en cuanto se harán constar en el Registro cláusulas sin trascendencia real, pero sólo en el caso de que el acreedor sea una entidad de crédito.

Por cláusulas financieras habrá de entenderse las del anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, cuyo ámbito de aplicación, por otra parte, parece que debe entenderse modificado por el último punto del art. 48, apartado 2, letra a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, en cuanto indica que la “información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos”.

2.- Certificación en la ejecución directa.

Respecto al nuevo art. 130 LH queda de manifiesto la naturaleza constitutiva de la inscripción de hipoteca y la necesidad, en el procedimiento directo de ejecución, de fundarse en los pronunciamientos del Registro.

Con ello cobra el mayor relieve el último párrafo del art. 685.4 LEC, que pese a limitar su ámbito a las hipotecas de las entidades de crédito, comprende el núcleo central de la actividad hipotecaria española y que lejos de ser una excepción se convierte en la regla general en la materia.

Del mismo modo que el profesor A. BERCOVITZ indicaba que la regulación sectorial de los consumidores se ha convertido en el Derecho civil y mercantil común, para dejar el contrato por negociación como una modalidad de la contratación contemporánea, la ejecución de la hipoteca por las entidades de crédito ha pasado a constituirse en el supuesto común de ejecución hipotecaria, respecto del que los demás quedan como modalidades.

Basta al respecto recordar el tenor de dicho precepto: “Para la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscrip-

ción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se completará con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución.”

Ello apunta a la necesidad de expedir certificaciones literales en el procedimiento de ejecución directa de tan fuertes efectos, especialmente, tras la entrada en vigor de la nueva LEC. Sin embargo, ello contrasta con cierta práctica, al parecer bastante extendida, de expedir certificaciones en relación en dicho procedimiento.

Se aduce que la complejidad de las hipotecas y de sus estipulaciones aconseja seguir ese camino abreviado en el que la certificación se completa por el título acompañado por el banco y por las liquidaciones de la deuda realizadas por el mismo.

Sin embargo, se insiste, en que tras la reforma de la LEC con la supresión de la fase declarativa del procedimiento ejecutivo, sin la posibilidad de alegar la nulidad de la obligación, el deudor hipotecario queda especialmente expuesto a los abusos, por lo que el filtro de la calificación, plasmado en la certificación, parece necesario para promover los intereses del ejecutado, ordinariamente en situación de dificultad y necesidad y merecedor, por tanto, de la ayuda de la Administración, tanto de la judicial como de la dependiente del ejecutivo.

3.- Hipoteca recargable.

Respecto de las subrogaciones modificativas y la hipoteca recargable se señaló que la ampliación de capital sin pérdida de rango sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas a partir de la vigencia de la reforma sin que, empero, sea preciso pacto expreso que prevea la eventual ampliación.

Por medio de esta hipoteca, se equipara al préstamo, en cuanto a la garantía, al contrato de apertura de crédito, en el que la sujeción del prestatario nace reforzada sin que, paralelamente, la acreedora deba de conceder crédito de presente.

Por el contrario, la concesión de crédito es una facultad libre de la entidad de crédito, a la que por este medio la Ley dota de un poder que de otro modo le estaría vetado por el art. 1256 CC.

Se recuerda que la figura goza de importantes beneficios arancelarios, tal vez, para que la amargura para el consumidor de quedar tan firmemente sujeto a su entidad de crédito le sea menos gravosa. También se recuerda que el asiento a practicar en caso de novación modificativa por ampliación de capital o plazo, pese a sus importantes efectos, es el de nota marginal.

4.- Otros.

Sobre la hipoteca inversa se indicó sumariamente que la creación de nuevas figuras y la flexibilización del mercado viene impulsada por la Comisión Europea, tal como se señala el Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la UE de 19 de julio de 2005⁶. La reforma trata aspectos fiscales y de honorarios.

No debe olvidarse que, pese a ello, se trata de una figura cara pues parece que los intereses se capitalizarán y se deberán durante toda la vida de la relación. Pero lo es aún más si va acompañada de un seguro de sobrevivencia cuya abultada prima se carga al inicio del contrato.

En cuanto a la titulización de préstamos y créditos hipotecarios se reparó en que la misma sigue requiriendo entre sus requisitos la tasación de la finca, que se trate de primera hipoteca, que la finca esté libre de otras cargas y que no exceda de determinada cuantía respecto de la tasación. También en este ámbito se ha tratado de flexibilizar la refinanciación de las entidades de crédito y asegurar la independencia de las entidades de tasación.

⁶ Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0327:-FIN:ES:PDF>

Por lo que se refiere a la Hipoteca global se repara en el efecto indicado por un reciente trabajo de Joaquín Delgado, en el que se señala que la cancelación para el deudor no será posible, pese a no existir deuda hasta que pase el plazo pactado.

Sin embargo, se matizó esta opinión desde el punto de vista de la protección de los consumidores, ya que un plazo muy prolongado para el consumidor que le impidiera desligarse del contrato podría dar lugar a la abusividad de la cláusula conforme a la ley de mejora de la protección de los consumidores de 2006, que modifica el art. 12.3 LGDCU, actual art. 62.3 del Texto refundido de la misma.

5. CADUCIDAD DE HIPOTECA

Se plantea la caducidad de las hipotecas del Instituto Nacional de la Vivienda cuando la misma se ha constituido sobre un edificio de viviendas sin distribución entre ellas.

Hemos tratado ya sobre la Disposición Adicional Cuadragésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, en sesiones anteriores.

La exigencia de dicho precepto de que la obligación caducada tenga una cuota de amortización igual o inferior a 30 € levanta un límite insalvable para cancelar la hipoteca de la que tratamos.

Ahora bien, ello no quiere decir que, fundados en el tenor literal de la propia disposición deban quedar gravadas las viviendas independientes cuya cuota de amortización sea inferior a los mencionados 30 €, declaradas caducadas expresamente por dicha disposición. Además, ello sin perjuicio de la subsistencia de la hipoteca unitaria sobre el edificio hasta su cancelación ordinaria.

Admitido esto, la solicitud del titular registral de una vivienda, acompañada de su manifestación de que la cuota de su obligación gravitante sobre la misma es igual o inferior a esa cantidad, acompañada de algún recibo bancario en ese sentido, pudiera servir para practicar la cancelación solicitada.

IV. ENERO, 2008

1. COMPRA POR SOCIEDAD CIVIL SIN ESPECIFICAR SU OBJETO

Se presenta una escritura de compraventa en la que comparecen los dos únicos socios de una sociedad civil que adquieren un inmueble en nombre de la misma.

No se manifiesta el objeto de la sociedad, con lo cual no se sabe si tiene objeto mercantil o civil, literalmente dice el Notario autorizante: “comparecen como únicos componentes de la Sociedad civil que se denomina comercial y físicamente X, SC, con NIF _____, domicilio _____, constituida por tiempo indefinido mediante escritura otorgada en _____, copia autorizada de la cual tuve a la vista de la que resulta que la dirección de la empresa es incumbencia de todos los socios. En virtud de su condición de únicos socios de dicha sociedad civil ostentan, a mi juicio, facultades suficientes para comprar inmuebles”. Se plantea si basta el juicio de suficiencia del Notario o es necesario pedir aclaración acerca del objeto social.

La falta de manifestación del objeto de la sociedad deja en la sombra si, para el caso de que fuera mercantil, se ha cumplido con el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil

Dicho requisito, que se refiere al cumplimiento del art. 1669 CC sobre la publicidad de los pactos de la sociedad, no se halla cubierto por

el juicio de suficiencia notarial, por lo que lo adecuado es reclamar dicha manifestación a fin de poder obrar en consecuencia en la calificación y poder asegurar, en su caso, que se ha producido la previa inscripción en el Registro Mercantil.

2. ASIENTO DE PRESENTACIÓN EN REGISTRO DEMARCADO

Se plantea el procedimiento a seguir para el caso de que, una vez que haya sido creado un Registro por demarcación, como consecuencia del despacho en el nuevo Registro de documentos presentados en el Registro de origen, deban firmarse notas al margen del asiento de presentación correspondiente.

En concreto, se plantea si la nota de despacho se expedirá en el libro Diario del Registro de origen o será necesario algún tipo de traslado del asiento de presentación a la nueva Oficina en donde practicar la correspondiente nota.

En efecto, parece que los traslados de asientos que figuren en libros que no hayan sido entregados, como es el caso del Diario, se harán mediante certificaciones a medida que las operaciones del Registro lo exijan. Al respecto, hay que tener en cuenta la OM de 8 de abril del 1975, que aunque se refiere a los libros de inscripciones puede servir de referencia en el presente supuesto.

El acta de posesión del Registro indicará los asientos de presentación vigentes que corresponden al Registro creado por la Demarcación. Dado el limitado número de asientos de presentación vigentes en el Registro de origen que pasarán al demarcado, también cabría en ese momento, entregar por el Registrador de origen una certificación literal de todos los asiento de presentación vigentes al tiempo de la toma de posesión, con sus correspondientes notas marginales, pudiendo expedirse las notas de calificación o de despacho a continuación de dicha certificación.

Respecto a la tramitación telemática de los documentos objeto de tal presentación que se hallen vigentes a la toma de posesión, parece preciso que se habilite algún procedimiento electrónico para que las notificaciones telemáticas que procedan a causa del despacho en el nuevo Registro puedan realizarse desde el ordenador del mismo.

3. AMPLIACIÓN DE HIPOTECA

Se halla inscrita una hipoteca de máximo en garantía de tres préstamos y se pretende modificar para que garantice otro préstamo más, pero sin variar la responsabilidad hipotecaria. Desde una notaría, se plantea si es posible aplicarle el régimen de la hipoteca recargable.

Conforme a la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario, no puede admitirse el supuesto más que para hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la nueva norma.

En efecto, dicha Disposición Transitoria, previene que las ampliaciones de capital sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita sólo se aplique a hipotecas nuevas.

En el presente caso, aunque no se amplíe la responsabilidad hipotecaria, hay una ampliación de capital mediante el otorgamiento de un nuevo préstamo, por lo que le es de aplicación la citada Disposición Transitoria.

4. PROPIEDAD HORIZONTAL: RESERVA DEL PROMOTOR DEL DERECHO A FIJAR CARTELES EN LA AZOTEA INDEFINIDAMENTE

El promotor de una propiedad horizontal quiere reservarse la facultad de fijar carteles con carácter indefinido y el notario configura la propie-

dad horizontal, señalando en los estatutos, que el promotor se reserva expresamente la facultad de fijar carteles con carácter exclusivo, sin que ninguno de los copropietarios pueda hacer otro tanto.

Para ello, el último de los elementos independientes se describe como derecho de vuelo sobre el edificio en su conjunto que se concreta en la facultad de fijar carteles. Se especifican superficie, linderos y cuota del derecho de vuelo. Se plantea la inscribibilidad del derecho.

Según resolución de 24 de noviembre de 2003 el promotor no puede reservarse estatutariamente el derecho a fijar carteles indefinidamente por atentar contra el principio de determinación ya que no se establece plazo, ni se especifica si el resto de los copropietarios tienen igual derecho.

Tal vez por eso, el propósito del notario sea conseguir que el promotor aparezca como uno más de los copropietarios del edificio, con los mismos derechos y obligaciones y por tanto, sin que la facultad de fijar carteles se sujete a plazo.

Ello se completa con una reserva estatutaria, de modo que pueda ser conocido por todos los copropietarios, al tiempo que se hace constar que la facultad es exclusiva del promotor.

Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que admiten la posibilidad de que la cubierta, por ser elemento común por destino, pueda configurarse en el título constitutivo como elemento privativo.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1999 se dice textualmente que “Indudablemente, la terraza general o cubierta de un inmueble está configurada como un elemento común del mismo, como así se infiere del art. 396 CC, pero no es menos indudable que no representa un elemento común de naturaleza esencial, como sería el del suelo o la cimentación, lo que significa que sobre su configuración cabe la existencia de pacto en contrario y, en cuanto tal, su desafectación, la

cual, puede ser llevada a cabo en el título constitutivo o en los estatutos comunitarios”.

También se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la naturaleza de derecho real, en Sentencia de 25 de noviembre de 1992 señalando que el derecho a instalar carteles en la terraza cuando es constituido como derecho real autónomo tiene por sí la consideración de bien inmueble.

Y debe finalmente señalarse la doctrina resultante de otras sentencias del Tribunal Supremo que admite la propiedad horizontal funcional, es decir, que no es imprescindible ser titular de una vivienda o local sino que es posible que las normas de la propiedad horizontal rijan entre titulares de distintos aprovechamientos económicos.

Basándonos en lo anterior podemos entender que el elemento independiente que da derecho a la utilización de la cubierta para fijar carteles supone el dominio sobre la cubierta, si bien, con las facultades de uso y disfrute limitadas a la facultad de fijar carteles y anuncios. Dicho derecho es susceptible de abrir folio como elemento independiente.

También es posible que el aprovechamiento para fijar carteles en la azotea de un edificio pueda configurarse como elemento privativo con cuota de participación en el edificio en su conjunto, según una interpretación conforme a la realidad socio-económica actual de los arts. 396 CC y 3 LPH.

Tales interpretaciones apuntan a la posibilidad de inscribir el mentado derecho de vuelo. Si bien, dado el carácter restringido del uso se advierte la proximidad de la figura a un derecho real sobre el inmueble, por lo que, desde ese punto de vista, debería inscribirse en el folio de la finca matriz y arrastrarse como carga en cada piso o local.

La proximidad de la figura a una carga es acusada, ya que su contenido se limita a un conjunto de restricciones sobre la comunidad con el exclusivo objeto de asegurar el limitado aprovechamiento descrito.

Además, se podría objetar que la calificación del derecho como de vuelo no se ajusta al contenido de tal derecho, que comprende la edificación sobre lo construido.

Sin embargo, la resolución de 25 de noviembre de 1992 indica que el derecho a instalar carteles en la terraza cuando es constituido como derecho real autónomo tiene por sí la consideración de bien inmueble (cfr. art. 334.10 CC), por lo que debe concluirse en aceptar su inscribibilidad en el presente caso.

5. PROPIEDAD HORIZONTAL: AGRUPACIÓN DE LOCALES

Se presenta una escritura por la que los dueños de tres locales los agrupan y los transforman en vivienda. Cuentan con la correspondiente licencia del Ayuntamiento para la transformación en vivienda.

Los estatutos se limitan a decir que “Todo condueño podrá realizar obras y mejoras dentro de su parte privativa, siempre que no afecten al resto del inmueble ni a los servicios o elementos comunes. Los propietarios de los locales de lonjas podrán, sin necesidad de autorización ni del consentimiento de los restantes copropietarios, dividir dichos locales asignando a las partes resultantes de la división la cuota que les corresponda en los elementos comunes del edificio”. La cuestión es si deben acreditar acuerdo por unanimidad de la Junta de Propietarios.

El art. 8 de la Ley de Propiedad Horizontal señala: “Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte. En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos

reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo quinto, sin alteración de las cuotas de los restantes”. Este artículo se entiende también aplicable a los supuestos de agrupación.

La doctrina de la Dirección General, por ejemplo en resolución de 7 de abril de 2006, ha interpretado que la exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones:

1º.- MATERIAL: que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes o afectar al uso de servicios generales, esto es, suponer modificaciones materiales de la estructura del edificio.

2º.- JURÍDICA, relativa al funcionamiento orgánico del edificio: que además de lo anterior, aquellas operaciones puedan suponer una alteración de las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas de participación en la comunidad de propietarios, esto es, que puedan suponer una modificación en el quórum necesario para la adopción de acuerdos de la junta.

En el supuesto planteado no parece que se dé ninguna de estas dos situaciones puesto que la agrupación que se pretende no supone una modificación material o estructural del edificio; y por otra parte no va a producir alteración alguna en el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos.

En este punto hay que recordar que según la resolución de 30 de septiembre de 2005, las segregaciones y agrupaciones de elementos no implican necesariamente la reforma del edificio.

La propiedad sobre los elementos independientes es absoluta, de tal manera que sólo puede tener los límites establecidos por los estatutos o los correspondientes a la propia naturaleza del objeto. Esos posibles límites deben ser además establecidos con claridad y precisión, y deben ser objeto de interpretación estricta por parte del registrador.

En definitiva, al no implicar alteración jurídica ni material relativa a la estructura del edificio, la operación planteada queda con un alcance puramente librario, de modo que con la inscripción el Registro vendría a recoger una situación que se da lícitamente en la realidad, no viéndose, por tanto, obstáculo a su inscripción.

6. INMATRICULACIÓN CON INFORME CATASTRAL

Se pretende inmatricular una finca, presentando junto con el título inmatriculador, en lugar de certificación catastral descriptiva y gráfica, un “informe catastral”. Se plantea la admisibilidad del mismo. Se alega que la Administración Catastral no emite certificaciones.

No puede ser objeto de inscripción puesto que se ha de presentar certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en el título, de conformidad con los arts. 18, 199 y 205 LH en concordancia con el artículo 298 del RH y, en particular, el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

7. ENAJENACIÓN POR ADMINISTRADOR DE BIENES

En el Registro consta inscrita una finca, en cuanto a una mitad indivisa, a favor de un don XXX, y a favor sus tres sobrinos la otra mitad indivisa por terceras iguales partes, quedando además sujeta esta mitad a un fideicomiso de residuo.

Figura además inscrita la siguiente restricción a las facultades de administración y disposición de los tres sobrinos: “Para la mejor defensa y guarda de los bienes que los mismos hereden, la testadora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del Código Civil, dispone que los

bienes heredados por los tres nietos, quedan –con total exclusión del padre de aquellos– bajo la administración del hijo de la causante Don XXX [que es el dueño de la otra mitad indivisa de la finca], quien compareció a la escritura que se registra, a los efectos de aceptar el cargo de administrador encomendado por su madre Doña YYY, en la cláusula 5ª de su testamento. La administración de los bienes legados a los tres nietos de la testadora tendrá su término hasta que el menor de sus nietos alcance la edad de VEINTICINCO AÑOS. Igualmente corresponde a la persona citada, en la forma que se ha dicho, todas las facultades de enajenación y gravamen de los bienes legados, aplicándose el mismo régimen de administración, enajenación y gravamen señalado respecto de los frutos, intereses, ampliaciones y mejoras de los bienes heredados, así como aquellos que de los mimos procedan por derivación, canje, aportación a sociedad, permuta o cualquier otro supuesto de subrogación real. En cuanto a los cupones o derechos de suscripción preferente la persona que ejerza la administración determinará sobre su ejercicio o enajenación, en todo o en parte”.

Ahora se presenta una escritura de venta en la que comparece el dueño de la mitad de la finca por sí, y como administrador con facultades de enajenación y gravamen de la parte correspondiente a los sobrinos y vende la finca a un tercero.

Se dice que el precio lo recibe el compareciente para sí, y por sus representados mediante un cheque nominativo a su favor. ¿Debe exigirse que se justifique que el menor de los nietos no tiene en el momento de la venta los 25 años con los que terminarían las facultades de administración, enajenación y gravamen? ¿Deben exigirse mayores garantías de que el precio va finalmente para los sobrinos? También se plantea si se tiene que hacer constar expresamente en el asiento que queda cancelado el fideicomiso de residuo.

No se entiende como el administrador pueda tener a la vez la condición de fiduciario, cuando los bienes se atribuyen a los sobrinos y las facultades de enajenación de aquel sólo alcanzan hasta la edad de veinticinco años de los titulares.

Parece que más que ante un fideicomiso nos encontramos ante un supuesto de atribución a un tercero de las facultades de administración, conforme al art. 164 CC, que es el precepto que se cita en la propia disposición testamentaria.

En cualquier caso, debe tenerse presente la edad de los sobrinos, ya que si fuesen menores de edad todos o alguno de ellos, operarían para los menores las limitaciones del art. 166 CC, que requieren autorización judicial para la enajenación de inmuebles, conforme a la resolución de la DGRN de 1 de abril de 1993, que aplica por analogía el art. 271.2 CC, relativo a los tutores, al administrador que no es padre sino tercero.

La autorización judicial no cabe aplicarla a los mayores de edad, ni tampoco cabría aplicar a los mismos las limitaciones que en cuanto a los menores establece el art. 163 CC para el caso de oposición de intereses, por otro lado, dado que la enajenación se realiza por el administrador en virtud de la disposición testamentaria, no cabe contemplar la figura de la autocontratación por no haber representación.

El mismo documento por el que se instrumenta la transmisión a favor de un tercero de la cuota de los sobrinos acredita el cumplimiento de la disposición testamentaria limitativa de las facultades dispositivas de los sobrinos, por lo que la misma podrá cancelarse por el registrador.

8. OBRA NUEVA: LICENCIA PROVISIONAL

Se presenta una escritura de obra nueva terminada, división horizontal y determinación de titulares. La licencia urbanística que se incorpo-

ra se dice que tiene carácter “provisional” como se desprende de su propio contenido.

En principio, no puede ser objeto de inscripción, puesto que la licencia debe ser definitiva conforme a los arts. 18 LH y 98 RH en concordancia con el principio de especialidad, art. 22 de la Ley del suelo 6/1998, de 13 de abril, art. 19 de la Ley 8/2007, y arts. 44 a 55 AURH.

Sin embargo, el art. 13.3 a) de la vigente Ley del suelo 8/2007, de 28 de mayo, dispone que desde que los terrenos queden incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización, únicamente podrán realizarse en ellos, con carácter excepcional, usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos por la legislación territorial y urbanística o la sectorial. Estos usos y obras deberán cesar y, en todo caso, ser demolidas las obras, sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo acuerde la Administración urbanística. La eficacia de las autorizaciones correspondientes, bajo las indicadas condiciones expresamente aceptadas por sus destinatarios, quedará supeditada a su constancia en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria.

Por su parte el art. 37 LSUE regula la autorización de usos provisionales. Dicho precepto dispone lo siguiente: “1. El otorgamiento de licencia municipal para cualquier uso provisional previsto en esta sección requiere:

“a) La aportación, junto con la solicitud y el proyecto técnico que proceda, de compromiso escrito en que los propietarios del suelo y, en su caso, de las construcciones, edificaciones o instalaciones, así como los titulares de cualquier derecho real o de uso de todo o parte de éstas, asuman:

“1) El cese en los usos para los que se solicite licencia y demolición de las obras y desmontaje de las instalaciones cuya autorización se pretenda, a su costa y cuando lo requiera el ayuntamiento y sin derecho a percibir indemnización alguna.

“2) El traslado de los compromisos anteriores a los adquirentes, por cualquier título, de cualquier derecho sobre las obras, los trabajos y las instalaciones y actividades autorizadas.

“b) La prestación de garantía suficiente, como mínimo en las condiciones y la cuantía requerida para la ejecución de obras en la legislación de contratación administrativa, para asegurar la ejecución, en su momento, de las obras y los trabajos de demolición y desmontaje correspondientes.

“c) La celebración de trámite de información pública por plazo mínimo de veinte días.

“2. La licencia de usos provisionales se entenderá otorgada en precario, y perderá su eficacia, sin necesidad de trámite alguno ni audiencia previa, cuando el ayuntamiento requiera el cese de los usos autorizados, la demolición de las obras y el desmontaje de las instalaciones.

“Igualmente, perderá su eficacia, previa audiencia de los interesados, cuando se produzca la declaración del incumplimiento de cualquiera de los compromisos a que se refiere la letra a) del número anterior.

“3. Los terceros adquirentes de cualquier derecho de los titulares de la licencia municipal no tendrán derecho a indemnización alguna por razón del requerimiento municipal o la declaración del incumplimiento de las condiciones de la licencia y sus efectos, ni podrán interrumpir ni dificultar la ejecución del planeamiento urbanístico, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que pudiera proceder contra los transmitentes de la licencia.

“4. La licencia de usos provisionales se entenderá otorgada bajo la condición suspensiva de su eficacia hasta que se inscriban los compromisos, a que refiere la letra a) del apartado 1 en el Registro de la Propiedad, en aquellos supuestos en que el ayuntamiento así lo requiera.”

Por tanto, si se da el caso, pero no en el supuesto de que se pretenda la inscripción de obras definitivas al amparo de una licencia provisional,

podrán realizarse e inscribirse tales obras con las limitaciones que en dichos preceptos se acaban de indicar.

V. FEBRERO, 2008

1. CALIFICACIÓN UNITARIA DE HIPOTECAS

Se plantea en primer lugar la cuestión de la calificación unitaria de las hipotecas con motivo de los llamamientos que a la misma se realizan en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de regulación del mercado hipotecario.

Se señala en la misma que con la nueva regulación se pretende evitar la existencia de calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.

Sin embargo, la regulación de la hipoteca en la nueva Ley hace tabla rasa de la distinción establecida y regula en el art. 12 LH, con carácter uniforme, sin distinguir entre contrato por negociación y por adhesión, entre contratación individualizada y masiva, el derecho real de hipoteca y las circunstancias de su inscripción.

Por ello parece que la reforma ha acertado en poner el dedo en la llaga o en las llagas que deja en el ordenamiento jurídico la irrupción de la contratación masiva, pero no parece que haya acertado con la solución.

En efecto, se reconoce como uno de los problemas que plantea la contratación masiva el de la existencia de calificaciones discordantes, pero para evitarlas no se regula la contratación masiva sino el contrato de hipoteca en general, con lo que se da una solución genérica para un problema particular.

Ello explica, tal vez, las interpretaciones contrarias a que ha dado lugar el precepto. Por una parte, el Colegio de registradores considera que la Ley impone la inscripción de todas las cláusulas financieras, sean o no de naturaleza real, previa calificación de su validez, mientras que la DGRN, en su resolución de 21 de diciembre de 2007, entiende que la Ley limita la calificación a las cláusulas de trascendencia real, obligando a la inscripción de las cláusulas financieras directamente y sin calificación, como si se tratara de un depósito de las mismas y dando lugar a una mera publicidad noticia.

De esa polémica, de la que por ahora sólo podemos dejar constancia, interesa resaltar que la propia Ley ha venido a acoger algo que ya se encontraba en la doctrina, como es la disolución en el seno de la contratación masiva de la distinción tradicional entre lo real y lo personal.

Si este criterio se ha mostrado útil para no recargar en exceso los libros del Registro en el ámbito de la contratación por negociación, parece que el mismo deja de tener eficacia en el de la contratación masiva. La propia Ley lo reconoce al admitir la inscripción de las cláusulas financieras, al margen y sin consideración de su sedicente naturaleza real o personal.

Como se ve, los problemas que evidencia la reforma, en el seno del contrato de hipoteca son de gran calado y abren un período de debate y esclarecimiento que procuraremos continuar en los próximos Seminarios.

2. MODIFICACIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Un edificio se encuentra dividido horizontalmente con todos los pisos a nombre de la promotora. Sobre los mismos consta una hipoteca.

Se presenta rectificación de la obra nueva y propiedad horizontal, de forma que se mantiene el mismo número de pisos pero se describen de manera distinta, conservando el número anterior de finca para cada piso.

Al cambiarse la descripción de los pisos surge la duda de que la tasación no se corresponda con los nuevos pisos. Se plantea si es necesario el consentimiento del banco a la modificación.

A primera vista cabe el despacho del título de modificación de la propiedad horizontal sin el consentimiento del acreedor. Sin embargo, la discordancia de la tasación con los nuevos pisos resultantes de la modificación plantea la necesidad de una nueva distribución.

Si la misma no se realizara, la ejecución presentaría dificultades adicionales, por lo que resulta aconsejable adaptar la distribución de la misma a la nueva realidad con el consentimiento del banco.

Si no se hiciera así, en caso de ejecución, lo probable es que el banco proceda a la misma sobre la base de la anterior descripción de los pisos hipotecados, con lo que habrá lugar, tras la adjudicación, a la cancelación de las inscripciones posteriores a la hipoteca.

Conforme al art. 134 LH, si se produce la ejecución de la hipoteca procederá la cancelación de todas las inscripciones posteriores, incluida, por tanto, la modificación de la obra nueva y propiedad horizontal.

La única excepción que contempla la LH a estas cancelaciones es la de las declaraciones de obra nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones, lo que no parece ser el caso.

Por tanto, cabe despachar el título pero resulta aconsejable la realización de una nueva distribución para evitar problemas con la efectividad de la hipoteca en caso de ejecución.

3. DERECHO DE RETRACTO SIN PLAZO CONVENCIONAL

Se presenta a inscripción la constitución de un derecho de retracto

convencional en el que no se expresa plazo de duración del derecho. Se plantea su inscribibilidad.

Conforme al art. 1508 CC el retracto convencional durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato. Sin embargo, de acuerdo con el principio de especialidad, la duración es una circunstancia que debe constar expresamente, sin que pueda exceder del máximo de diez años fijado por el mismo artículo.

4. CONSERVACIÓN DE SOLICITUDES VARIAS

Se plantea cuál es el plazo de conservación de distintos tipos de solicitudes de operaciones registrales, tales como el fax de publicidad de los Notarios o las instancias de solicitud de legalización de libros de propiedades horizontales.

El apartado sexto de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 dispone que las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años.

Sin embargo, el art. 414.II y III RH indica que los legajos de documentos públicos y privados y aquellos otros documentos que a juicio del Registrador puedan tener algún interés histórico, podrán trasladarse a los archivos que corresponda, previa autorización de la Dirección General, pasados veinte años de permanencia en la oficina del Registro; debiendo dejar referencia en el inventario de la inutilización de legajos o traslado de libros o documentos.

Por ello parece que, con carácter general, hay que acogerse, en cuanto a la conservación al plazo de veinte años que se establece en el RH.

Sin embargo, para las solicitudes de publicidad formal, entre las que se encuentran los faxes notariales bastará el plazo menor de tres años recogido en la Instrucción.

5. MODO DE ACREDITAR EL PAGO DEL IMPUESTO EN VIZCAYA/BIZKAIA

Se presenta telemáticamente una escritura acompañada de testimonio del modelo 600 para acreditar el pago del impuesto, por entender desde la notaría que de la diligencia notarial de pago sólo debe quedar constancia en la matriz. Se plantea si ello es suficiente a efectos del los arts. 254 y 256 LH.

El modelo 600 ya venga con autenticación mecánica de la Oficina Liquidadora o sea resultado del pago notarial e indique el Número de Referencia Completo plantea dudas sobre la autenticidad de su origen.

Es por ello que la Diputación Foral ha habilitado un procedimiento que permite comprobar dicho origen mediante acceso a su web, por lo que a efectos de la justificación del pago del impuesto y archivo de la carta de pago bastará con la obtención de la misma de la web de la Diputación Foral, siendo indiferente a esos efectos la justificación notarial.

6. DIVISIÓN DE LOCALES

Se plantea, a efectos de la inscripción de una división en dos de un local en un régimen de propiedad horizontal, si es necesaria la licencia municipal en la que se autorice dicha división.

Conforme al art. 53.a) AURH quedan exceptuados de nueva licencia, expresamente, la creación de nuevos locales dentro de la propiedad hori-

zontal salvo que de la licencia resulte que su número constituye condición esencial de su concesión.

Se considera que la nueva licencia a la que se refiere el precepto es la de obras, mientras que el carácter esencial del número de locales debería constar en el Registro por medio de la licencia digamos que *vieja* por la que se inscribió la declaración de obra nueva que ahora se modifica.

El acto de división pudiera entrañar algún peligro en el supuesto de que una vez producida ésta se pretendiera la transformación del local en vivienda, pero en ese caso sí que será exigible la licencia conforme al art. 207.1.r) LSUE tal como vimos en la sesión de 28 de noviembre de 2006.

VI. ABRIL, 2008

CALIFICACIÓN UNITARIA DE HIPOTECAS

Se plantea de nuevo el tema ya visto en el Seminario anterior y en la sesión de 18 de diciembre pasado, sobre la calificación unitaria de hipotecas, cuestión que surge al calor de la reforma de la regulación del mercado hipotecario realizada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Como se ha señalado en esas sesiones y como se verá, las dificultades que plantea la reforma, no pueden, sin embargo, soslayar algunas decisiones en la práctica diaria de los Registros, por lo que primeramente se abordaron las cuestiones eminentemente prácticas.

Alguno de los asistentes apunta a que lo deseable sería contar para el despacho de los distintos contratos de crédito y préstamo hipotecario con un modelo, de modo que hubiera tantos modelos como modalidades de hipoteca de la correspondiente entidad de crédito.

Sin embargo, lo cierto es que los productos bancarios y de las cajas de ahorro, adoptan una amplia pluralidad de formas, desde la hipoteca uni-

lateral al crédito abierto pasando por las más variadas modalidades de entrega del capital.

La preparación de modelos para todas esas modalidades de hipoteca exige un trabajo considerable, que, sin duda, puede realizarse por cada uno en su despacho, pero que más sensatamente, aconseja, a riesgo de no hacerse del primer modo, el establecimiento de alguna oficina a cargo del Centro de Estudios que pudiera realizar esa labor en beneficio de los compañeros.

Se señala también que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCGC en adelante) podría ser un medio útil de filtrar el contenido de los formularios bancarios, mediante la exigencia de inscripción previa de los mismos en el dicho Registro.

Como es sabido el art. 11.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC en adelante) prevé la posibilidad de que el Gobierno disponga la obligatoriedad de inscripción en ese Registro de los formularios de sectores específicos, como el financiero o de seguros, pero al día de la fecha nada se ha establecido al respecto.

En la disposición del Gobierno o mediante la correspondiente reforma legal se podría arbitrar alguna regla que permitiera que la inscripción mostrase únicamente aquellas condiciones generales de la contratación que se hallaren libres de cláusulas abusivas.

Un control de legalidad preventivo del RCGC puede ser una fórmula ágil para facilitar no ya la inscripción de los contratos de financiación inmobiliaria sino para asegurar su regularidad material de modo satisfactorio.

Sin embargo, esa es una perspectiva que puede debilitar la cuenta de resultados de las grandes entidades, que han tenido en las cláusulas abusivas un insumo nada desdeñable.

Recuérdese que conforme al art. 315 CCO se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor y que unos tipos de interés altos como los actuales, representan un momento propicio para no inflarlos más mediante comisiones y gastos que se incorporan al contrato por medio de cláusulas abusivas.

En otras palabras, que las circunstancias se muestran favorables para instrumentar un control preventivo como el apuntado que frene a proliferación de cláusulas abusivas.

En cualquier caso, a la hora de establecer los modelos de despacho dichos, la opción está en señalar si se incluye o no en el asiento todo el contenido contractual, si se excluyen, al menos, algunas cláusulas de vencimiento anticipado claramente ilícitas o si se realiza una calificación conforme al art. 18 LH.

La solución a adoptar oscila entre el encasillado y la transcripción. A propiciar esta última anima el hecho de que la exclusión de alguna cláusula complica el despacho, ya que habrá de procederse a la notificación del defecto y a la prórroga del asiento de presentación.

Sin embargo, la transcripción produce la proliferación del contenido del folio registral, que finca a finca, repite y reitera el contenido ya presente en otros folios registrales, hecho que arranca, a su vez, de que por medio de las condiciones generales la escritura y el protocolo notarial se llenan de páginas y páginas que dicen lo mismo una y otra vez.

Quien promueve dicha hipertrofia son las entidades de crédito que imponen a sus clientes esos contenidos prolijos en sus contratos. Ello determina el aumento de coste de la escritura sin repercusión en la eficacia del tráfico, pero la entidad de crédito no soporta ese coste sino que se lo traslada al cliente.

La posibilidad de que para evitarlo el adherente exija que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en

las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo, prevista en el art. 5.2 LCGC, no se aplica, seguramente porque el adherente ni conoce su derecho ni se le informa de la existencia del mismo, ya que lo contrario, a saber, la voluntad del adherente de pagar más por pagar más no parece lógica.

El recurso a la técnica de las inscripciones concisas y extensas en el caso de prolijidad y reiteración de cláusulas, puede parecer práctico, pero por otra parte exige una gran vigilancia, ya que aunque los contratos incluyen condiciones generales de la contratación, también tienen condiciones particulares privativas de un solo o de unos pocos contratos y que hay que reflejar en el asiento.

Por ello, la necesidad de cotejar la inscripción extensa sobrevendrá con cada documento sólo por la necesidad de recoger las condiciones particulares en el asiento. Dicho cotejo, desde el punto de vista del tiempo de despacho necesario para el mismo puede dejar en nada el ahorro que se conseguiría con la remisión a una inscripción extensa.

Los partidarios de este modo de operar por remisión, señalaron, además, la conveniencia de que hubiera una inscripción extensa por cada modalidad de hipoteca, en cada pueblo o sección para facilitar la consulta a la hora del despacho de otros títulos.

También se propuso una tercera fórmula de despacho, consistente en recoger un esquema de la escritura en la inscripción con remisión en cuanto al resto a la propia escritura.

Ello plantea la necesidad, dado el carácter registral del procedimiento directo de ejecución, de que se archive copia de la escritura en el legajo correspondiente, lo que a día de hoy sólo ocurre con los supuestos de presentación telemática.

Con esa fórmula se da lugar a una especie de sistema mixto ya que en el folio constará un esquema del título y se archivará el resto en el lega-

jo, de modo que la certificación de cargas habrá de completarse en su día con lo que resulte del archivo.

Se considera por sus defensores que ésta es la solución más segura, ya que se da entrada en el Registro a todo con excepción de las cláusulas declaradas no inscribibles por la DGRN, como ocurre con el vencimiento anticipado por causa de concurso de acreedores.

En la nota de despacho se expresa únicamente lo que se hace es decir lo que se inscribe dejando fuera lo que carece de trascendencia real conforme a la resolución de 28 de febrero de 2008. Dicha resolución, como la de 21 diciembre de 2007 indica que los pactos obligacionales se excluyen sin que deba decirse nada en la nota en cuanto a ello.

Con la tercera fórmula se propone la siguiente nota de despacho: “El Registrador de la Propiedad que suscribe, acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 254 de la Ley Hipotecaria, previa la calificación favorable del precedente documento, ha inscrito el derecho real de hipoteca, a favor de... en cuanto a su contenido de trascendencia real ejecutable en perjuicio de tercero (art. 9 del Reglamento Hipotecario), con constancia de las cláusulas de vencimiento anticipado y de las cláusulas financieras, en sus términos esenciales, de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, según la escritura de formalización, de acuerdo con los arts. 12, 27, y 222.4 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51.6ª del Reglamento Hipotecario, y RDGRN de 28 de febrero de 2008 referente a que “las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real... no han de detallarse individualmente en la nota de calificación... no son susceptibles de inscripción”, por lo que, sin que ello implique inscripción parcial, se inscribe la hipoteca con el contenido y condiciones que constan en el asiento de inscripción extendido en el Libro... de Bilbao... Folio... Finca inscripción..., cuyo contenido, que se presume exacto e íntegro, se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales.” Continúan las demás circunstancias de la nota, a saber, afecciones fiscales, referencia catastral, cancelaciones, protección de datos, fecha y firma.

Desde un punto de vista más general, ya habíamos señalado en las anteriores sesiones en las que nos ocupamos de esta materia que la regulación introducida por la reforma de los arts. 12 y 130 LH adolece de una primera imprecisión, consistente en tratar de modo uniforme situaciones diferentes.

Las realidades a afrontar son, de un lado, el contrato por negociación, de otro el contrato por adhesión. Ambas son situaciones distintas que reciben un tratamiento unitario en la Ley, en particular en el nuevo art. 12 LH.

Curiosamente el legislador se sitúa al redactar el nuevo art. 12 en el punto de vista del CC, como si España fuera un país agrícola que no hubiese oído hablar de la letra pequeña de los contratos y regula el contrato de crédito y préstamo hipotecario, pero parece entender por tal únicamente el contrato por negociación de crédito y préstamo hipotecario.

Como ya dijimos, esta posición de partida dificulta en extremo la aplicación de la norma. Por un lado, esa aplicación es más fácil respecto del contrato por negociación, cuyo contenido se halla amparado por la autonomía de la voluntad, pero, por otro, es extremadamente difícil en el contrato por adhesión, sujeto a reglas propias⁷.

Esa dificultad, probablemente, ha dado lugar a la diferencia de criterios entre DGRN y Colegio de Registradores. Sin embargo, las necesidades de la práctica, nos plantean una y otra vez el problema.

⁷ No decimos reglas especiales, porque en opinión del redactor de estas líneas, las reglas que disciplinan el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación constituyen el nuevo Derecho civil y mercantil común del contrato, frente al que el CC, en cuanto disciplina el contrato por negociación, es una ley especial más.

Esta concepción es manifiesta en LANDO, O. y H. BEALE (editors), "Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised", Prepared by The Commission of European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 561 págs.

Este surge a la hora de calificar la validez de una cláusula contractual incluida en un contrato de préstamo o crédito hipotecario con condiciones generales de la contratación.

La calificación del registrador debe determinar si la cláusula es o no inscribible. Visto el sistema español en conjunto vemos como múltiples registradores han de calificar una misma cláusula inserta en múltiples contratos.

Sería increíble que no hubiera tantas calificaciones distintas, al menos, como escuelas doctrinales. Y ese es el problema. Sin embargo, los registradores creemos ser nada más que mensajeros del problema, que a lo que se ve, sólo aparece cuando se rechaza la inscripción de una cláusula por ilícita.

Si se logra callar a los registradores, piensan algunos, si así se vuelve a la oscuridad que reina en el mercado, desaparecerá el problema, cuya realidad es que los contratos de crédito y préstamo hipotecario contienen cláusulas que no son conformes al ordenamiento jurídico. Es manifiesto, por otra parte, que esa *pequeñez* no podrá verse en unos Tribunales sobrecargados de trabajo.

Volviendo al problema, resultado de la inclusión, falta de transparencia, de cláusulas abusivas o ilícitas en los contratos por adhesión con condiciones generales de la contratación, este se presenta como el tratamiento diverso o divergente por varios registradores de un mismo contenido contractual.

Que haya muchas cláusulas abusivas no quiere decir que no haya muchas más condiciones generales de la contratación lícitas, pero lo cierto es que hay muchas cláusulas abusivas.

Esas cláusulas surgen en medio de una contratación prolija en extremo en cuanto a sus contenidos, en un marco legal, que pese a la gran fertilidad legislativa no dispone de derecho dispositivo para los contratos

bancarios, regulados en normas reglamentarias, en leyes sectoriales y en lugares, sólo al alcance de iniciados.

El legislador se ha propuesto limitar esas calificaciones divergentes, por lo que al registrador le queda averiguar los medios de que dispone para ello en una actividad de control de la legalidad que está ella misma sujeta a la Ley.

El problema sometido al registrador individual y que comparte con sus compañeros en cuanto califican cláusulas idénticas consiste en valorar jurídicamente la cláusula a la luz del art. 18 LH. Repetimos, se trata de valorar solamente cláusulas.

Parece una cuestión sencilla: determinar si la cláusula está o no amparada por el ordenamiento jurídico, para en caso de que lo esté darle el amparo que se pide al registrador: su inscripción en el folio de la finca o finca correspondiente.

Nada más que lo estampado en la escritura debe ser objeto del juicio del registrador, ya que otra cosa la impide la limitación de medios de la calificación que proclama el propio art. 18 LH.

Surge aquí la primera cuestión: ¿puede el registrador calificar la validez de la cláusula o por esa limitación de medios debe contraer su actuación a depositarla en el Registro para que cobre apariencia de legalidad?

La respuesta parece indudable: el registrador o registradora inscribirá la cláusula sólo si es lícita, por tanto, si formulada al amparo del principio de autonomía de la voluntad no es contraria a norma imperativa o prohibitiva (arts. 6 y 1255 CC y 8 LCGC).

En ese sentido GARCÍA-ESCÁRZAGA ha señalado que la limitación de medios de calificación no empece el análisis de la abusividad de las condiciones generales de la contratación, ya que lo que califica el registrador o lo que enjuicia el juez a la hora de determinar la validez de una

condición general de la contratación es lo mismo, la cláusula o estipulación contractual⁸.

Distinta es sin embargo, la consecuencia jurídica de la actividad del juez o de la del registrador, ya que el juicio del registrador es exclusivamente a efectos de la inscripción, es decir, a efectos de dar amparo registral a la cláusula.

Ese amparo no es baladí: significa presunción de legalidad, salvaguardia judicial y fuerza ejecutiva en el procedimiento directo de ejecución: es decir, amparo del Estado al contenido contractual del acreedor, frente al que el deudor o el consumidor no tiene defensa dentro de la ejecución.

Dicho procedimiento no ha caído en la inconstitucionalidad precisamente porque el registrador, por medio de su calificación, ha depurado el título de todo contenido ilícito. El registrador defiende al deudor antes de la ejecución, por eso el deudor tiene limitada las causas de defensa en la misma.

Dado que los consumidores se hallan, en todo caso, libres de cláusulas abusivas, el amparo del Registro a las cláusulas abusivas es contrario a nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente.

Además, el acuerdo denegatorio del registrador no produce efectos de cosa juzgada y puede ser impugnado sin merma de los derechos del pre-disponente. La situación que de ello resulta para el profesional financiero no es de indefensión, ya que si estima que su elaborado producto jurídico, y dentro de él, la cláusula denegada por abusiva o ilícita, es valioso y debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, tiene la posibilidad de acudir al recurso gubernativo o judicial y obtener la inscripción pretendida.

⁸ Vid. GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por notarios y registradores de la propiedad”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, pp. 378-379 y 381.

Sin embargo, frente a lo que hemos visto que es la actividad del registrador, la decisión del juez determina la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, también con eficacia entre partes, inscripción de la sentencia en el RCGC y obligación del predisponente de eliminar de sus contratos ya existentes las condiciones generales declaradas nulas.

Además, desde el punto de vista del Registro, la inscripción de la declaración de nulidad en el RCGC determina que las cláusulas inscritas declaradas nulas han quedado fuera de la salvaguardia judicial y deberán ser canceladas. Finalmente, en los nuevos contratos que se presenten al Registro conteniendo esas cláusulas inscritas declaradas nulas, deberá denegarse la inscripción de las mismas.

Es así como el ordenamiento jurídico protege a la parte más débil sin menoscabo de su contraparte. El único efecto, que respecto de las cláusulas abusivas, se produce por la interposición del Registro, coherente con la función de seguridad jurídica preventiva del mismo, fundado en el art. 9.3 CE, es el desplazamiento de la carga de mantener un proceso o un procedimiento en defensa de sus derechos, que pasa del consumidor o adherente al predisponente, que, por otra parte, ha creado el problema y se encuentra con medios y posibilidades para hacerle frente. Sin embargo, se hace efectivo de ese modo, el postulado del mercado interior según el cual el consumidor europeo se debe ver libre de cláusulas abusivas.

En contraste con ello, la DGRN ha plasmado, para un contrato celebrado con anterioridad a la Ley 41/2007, en la resolución de 21 de diciembre de 2007 una interpretación de la reforma que comentamos que se articula en torno a lo que sigue.

En dicha resolución, se enjuician determinadas cláusulas, una de las cuáles, reguladora del tipo de interés, tratada en el fundamento jurídico décimo, se considera personal u obligacional.

Indica la DGRN que el registrador no puede calificar, según resolución de 19 de abril de 2006, las cláusulas obligacionales, lo que también resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007.

Siguiendo el hilo de la DGRN el registrador sólo puede calificar las cláusulas que tengan trascendencia real y que exclusivamente son el importe del principal de la deuda, los intereses pactados y el máximo de responsabilidad hipotecaria con identificación de las obligaciones garantizadas cualquiera que sea su naturaleza y su duración.

Como excepción se permite la inscripción de las cláusulas financieras sin contenido real cuando el acreedor es una entidad de crédito, lo que está justificado por su especialidad y generalidad. Además, dicha inscripción depende de que las cláusulas reales sean válidas.

Resulta extraña la aplicación retroactiva de una norma a un contrato celebrado con anterioridad cuando ni siquiera existe una doctrina previa que venga a ser confirmada por esa norma. Ese proceder hace de muy difícil inteligencia la doctrina de la DGRN, al menos a la hora de precisar su eficacia.

Así lo ha entendido la doctrina científica, para la que la resolución citada ha merecido el calificativo de voluntarista, por diversas razones, pero destacadamente porque la pretensión de incluir en el Registro todas las cláusulas financieras, reales o personales, incluso las ilícitas se opone al principio de legalidad⁹.

⁹ AZOFRA VEGAS, E, "La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas", *Diario La Ley*, nº 6908-6910, (2008), p. 8 de 13.

VII. MAYO, 2008**1. COMPRAVENTA DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL**

El Boletín Oficial del País Vasco de ayer publica la Orden del Consejo de Vivienda y Asuntos del Gobierno Vasco de 16 de abril de 2008, sobre procedimientos de adjudicación de viviendas de protección oficial.

El Título II de dicha norma se refiere a dichos procedimientos cuando son impulsados por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales o sus sociedades públicas participadas, directa o indirectamente, en régimen de compra y alquiler para primeras transmisiones.

Al respecto en el art. 17.4, 5, 6 y 7 dispone: “4.– Practicada la recepción provisional de las obras y siempre que las viviendas fueran susceptibles de ocupación, la Delegación Territorial del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, procederá a formalizar la adjudicación otorgando las correspondientes escrituras públicas, en caso de adjudicación en régimen de compra o derecho de superficie, o el correspondiente contrato, en caso de régimen de arrendamiento.

“5.– La eficacia de la transmisión quedará expresamente sometida a la condición suspensiva de ocupar las viviendas adjudicadas en el plazo de tres meses a contar desde la entrega de las llaves. El incumplimiento de este condición determinará la adjudicación de la vivienda de que se trate a quien corresponda de las lista de espera, previa audiencia del adjudicatario inicial y resolución del contrato suscrito con él.

“6.– La inscripción de la vivienda a favor del adjudicatario en el Registro de la Propiedad quedará en suspenso hasta tanto no se haya cumplido la condición suspensiva antedicha. No obstante el interesado podrá practicar anotación preventiva mediante la presentación del título de adjudicatario. Esta anotación se convertirá en inscripción cuando se acredite el cumplimiento de la condición suspensiva mediante certificación extendida al efecto por el Delegado Territorial correspondiente.

“7.— La no presentación de documentación, la falta de los pagos a que se refiere el número anterior, la no suscripción del contrato en el plazo señalado o la falta de localización del adjudicatario, agotados los métodos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se entenderá como renuncia a la vivienda asignada y facultará al Delegado Territorial correspondiente a señalar un nuevo seleccionado para la vivienda vacante, siguiendo el orden de la lista correspondiente.”

Se contienen, por tanto, en dicho precepto las siguientes disposiciones: (1) la necesidad de formalizar las adjudicaciones administrativas en escritura pública. (2) El sometimiento de la transmisión documentada a una condición suspensiva cuyo incumplimiento dará lugar a la *resolución* del contrato. (3) La suspensión de la inscripción en el Registro de la propiedad hasta el cumplimiento de la condición. (4) La posibilidad de anotar preventivamente la escritura antes de ese momento. (5) La conversión en inscripción de la anotación cuando se acredite el cumplimiento de la condición. Pasamos a estudiar la norma transcrita.

El artículo 17 objeto de estudio, como vemos, se refiere sólo a la selección de adjudicatarios de viviendas en primera transmisión procedentes del Gobierno Vasco o de Sociedades participadas y afecta a transmisiones posteriores al día de hoy, 13 de mayo.

Se establece una condición suspensiva y se crea una anotación preventiva especial, que no es por defecto subsanable. La terminología que se emplea resulta paradójica pues, según la Orden, el incumplimiento de la condición suspensiva determina la *resolución* del contrato.

Si nos interrogamos por las finalidades de la disposición, parece que se trata de asegurar que el adjudicatario vaya a ocupar efectivamente la vivienda de protección oficial para su residencia habitual antes de que transcurran tres meses desde la entrega de las llaves.

Con ello se quieren proteger los intereses públicos y evitar el fraude consistente en obtener viviendas de protección oficial en las que no se va a residir de manera efectiva.

Además, con el establecimiento de una anotación preventiva parece que se busca que pasados los cuatros años desde la anotación la finca quede a nombre de Gobierno Vasco o sociedades participadas, sin que para ello sea necesaria ninguna actuación adicional ante el Registro por parte de los titulares, de modo que se pueda pasar a una nueva adjudicación.

Esta última finalidad, sin embargo encuentra dificultades por la falta de homogeneidad de los plazos, ya que transcurridos los tres meses sin ocupación efectiva de la vivienda se incumple la condición suspensiva, la vivienda queda en la titularidad de la entidad pública, pero a la anotación todavía le quedan cuatro años menos tres meses para su caducidad, por lo que si se quiere formalizar la nueva adquisición sin cargas, habrá que obtener previamente la cancelación de la anotación preventiva.

El estudio realizado en el Seminario siguió poniendo de manifiesto las dificultades que de todo tipo plantea la regulación objeto de consideración. La Orden plantea dificultades en cuanto a que su rango no es capaz de incidir en materias para cuya regulación carece de competencia la Consejería y que desde el punto de vista registral, dado el carácter de “*numerus clausus*” de las anotaciones preventivas que se desprende del art. 42.10 LH, así como de la resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2000, requiere de norma con rango de Ley para la creación de nuevas anotaciones.

Se repitió en numerosas ocasiones y por la práctica totalidad de los asistentes que no parece que la Orden sea suficiente para imponer una determinada modalidad de inscripción que tampoco se ha previsto en el Decreto 39/2008, de 4 de marzo, sobre régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, que en su art. 12 y en la disposición final primera habilita a la Consejería a desarrollar el procedimiento de adjudicación de las viviendas.

Por otro lado, la adjudicación se produce por un documento administrativo. Tal vez hubiera sido más coherente haber permitido la práctica de una anotación preventiva de ese documento administrativo. Pero no ha sido esa la solución adoptada.

También plantea dudas la naturaleza de los derechos del adquirente. Al quedar sometidos a condición suspensiva y pese a que la tradición puede haberse cumplido con la entrega de las llaves, los derechos del comprador son meramente personales y no susceptibles de hipoteca.

Ello dificulta seriamente la viabilidad registral de la figura, ya que el acreedor hipotecario raramente se prestará a financiar la adquisición si no puede obtener una garantía real. Al adquirente sólo se le deja la vía del crédito personal con la consiguiente carestía.

También surgen dudas por la terminología que utiliza la Orden. Hay que tener presente que la falta de ocupación de la vivienda no es un defecto que impida el acceso de la adjudicación al Registro, por ello tal vez se hubiera podido dar cauce a los propósitos de la Consejería por medio de la autonomía de la voluntad, indicando en la Orden el contenido de la escritura, en particular, que la transmisión del dominio quedará supeditada a la ocupación efectiva del inmueble en el plazo correspondiente.

Otras dificultades que se pudieron de manifiesto giran en torno a si se ha desvirtuado o no la presunción de entrega del art. 1462 CC o de si cabe admitir, tras el reconocimiento por la LEC de la hipoteca de los derechos del rematante, la de los derechos sujetos a condición suspensiva.

Por un lado los registradores no podemos apreciar la legalidad de la Orden sino que habremos de enfrentar el cumplimiento de la misma. Por otro, la figura tiene muchas dificultades y una viabilidad muy dudosa cuya génesis se verá también dificultada por impedir o dificultar la financiación, dada la naturaleza personal de los derechos del adquirente.

La práctica de la anotación preventiva y la conversión en inscripción parecen procedimientos de escasa viabilidad y generadores de costes adicionales, que además dificultan la financiación del adquirente.

Por tanto, parece que el “modus operandi” más sencillo y el más recomendable pasa por reclamar junto con la escritura pública de compraventa la certificación del Delegado Territorial acreditativa de la ocupación efectiva de la vivienda por el adquirente dentro del plazo de tres meses siguientes a la entrega de las llaves.

2. CESIÓN GRATUITA DE USO

Por un Ayuntamiento se cede gratuitamente a su Diputación, al amparo del art. 109.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, el uso de un local por veinticinco años para ser dedicado a centro de día en el municipio, con determinadas condiciones y sujeto a resolución si no se destina a las finalidades convenidas. El local es bien patrimonial. Una resolución de 4 de octubre de 1989 niega la inscripción de la cesión del uso.

Para la indicada resolución la cesión gratuita del uso “por lo dispuesto, en el artículo 80 de la Ley de Bases del Régimen Local y el p. 2 del art. 344 del Código Civil debe enjuiciarse por las normas del Derecho privado, y según éstas los contratos de cesión del mero uso no dan lugar a enajenación de derecho real alguno, rigiendo, en su caso, las reglas del comodato. Para entender que el acto era gravamen del inmueble y que lo cedido era un derecho real habría sido preciso que resultara de modo patente la voluntad de las partes de constituir un derecho de esta naturaleza, dada la presunción de libertad de dominio (cfr. art. 348 del Código Civil). No habiendo derecho real, el contrato no es de los que puede ser inscrito por impedirlo los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 del Reglamento Hipotecario.”

Ahora, tras la publicación de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su art. 145.3 se dispone que la cesión pueda tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. Por su parte, el art. 151 de la norma indica que si la cesión tuviere por objeto bienes inmuebles se practicará el correspondiente asiento en el Registro de la propiedad. Tras el indicado cambio legislativo, se plantea si el régimen descrito en la resolución citada ha cambiado y si el cambio permite la inscripción de la cesión.

Se trata de una cesión del uso que por cumplimiento de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley de Bases de Régimen Local y del indicado art. 145 de la Ley 33/2003, se regirá por las normas del Derecho privado.

A la luz de dichas normas, se plantea, en orden a la inscribibilidad de la cesión si el derecho que se cede se configura con carácter real o personal. El carácter real pudiera resultar de que la cesión se hace con expresa remisión al art. 109 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que regula la cesión del dominio, es decir, de un derecho real.

Además, la cesión se realiza por plazo de veinticinco años y para un uso determinado. Por otra parte, se presenta la escritura para su inscripción en el Registro de la propiedad, por lo que con tal presentación se estaría dando carácter real a la cesión.

Todo ello apunta a una cesión de un derecho de naturaleza real y, por ello, inscribible, en los términos del art. 151 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. A una conclusión semejante se llegó en la sesión de 4 de marzo de 2003.

Sin embargo, la mayoría no lo entendió así, ya que la existencia de un plazo y una obligación de destino caben también en un arrendamiento sin renta. El uso es una facultad del dominio pero el derecho que cubre esa facultad puede ser real o personal.

Conforme a las reglas de Derecho privado es preciso averiguar si el derecho cedido reúne los contornos estructurales que exige el Derecho privado para la constitución de un derecho real, a saber, inmediatez y eficacia “erga omnes”.

En el presente caso no se trata del derecho de uso a que se refieren los arts. 523 y ss. CC. Tampoco queda claro si pese a la cesión cabe todavía embargar el dominio ni cuál es el régimen de respuesta a las perturbaciones de hecho del uso, en particular, a quién corresponde repeler jurídicamente una ocupación ilegal del bien.

En definitiva, los contratos de cesión del uso, por sí mismos, no dan lugar a derecho real alguno. El carácter real debe resultar de modo patente, por lo que es necesario que los interesados manifiesten expresamente que el derecho se constituye con carácter real, en caso contrario, el dominio permanece libre.

No basta para entender que se da carácter real a la cesión la mera presentación de la escritura en el Registro, ya que el presentante no suele representar a todos los interesados, sino sólo al adquirente o al acreedor hipotecario, etc.

La subsanación podría realizarse mediante instancia suscrita por los interesados siempre que se subsane un defecto de expresión en la escritura. También se indicó que en este caso resultaría admisible la subsanación por la vía del art. 153 RN, ante el propio Notario a la vista de los documentos que ha tenido para preparar la escritura, en el supuesto de que omisión de la expresión del carácter real del derecho constituido se hubiera debido a un error.

3. IDENTIFICACIÓN DEL SOLICITANTE DE LA PUBLICIDAD FORMAL

Se plantea si el solicitante de una nota simple debe rellenar el impreso de solicitud que se le ofrece en el Registro o si puede negarse a ello, realizando una petición verbal, previa la correspondiente identificación y manifestación del interés legítimo.

Debe recordarse que el procedimiento registral, hasta la L. 24/2001, tenía un acusado carácter verbal, coherente con las necesidades de celeridad del tráfico. De acuerdo con ese carácter, muchas de las solicitudes de publicidad formal se venían realizando verbalmente.

No obstante, con el desarrollo de la informática se da un proceso paralelo de documentación de las solicitudes de publicidad formal. Así, la Resolución-Circular de 5 de febrero de 1987, reiterando lo dispuesto en las 12 de junio de 1985 y 8 de abril de 1983, dispuso que los Registradores, cuando las circunstancias lo aconsejen, establecerán el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples de su contenido.

Por tanto, es responsabilidad del registrador decidir si exige o no que la solicitud de publicidad formal tome o no forma escrita. También parece lógico, como frecuentemente sucede, que el registrador facilite el correspondiente impreso o formulario de solicitud de la publicidad.

Abunda en la conveniencia de documentar la solicitud la regla sexta de la indicada Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998, la cual dispone que las solicitudes de publicidad formal quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante un período de tres años. En efecto, dicha instrucción, en

cuanto dispone la conservación de las solicitudes de publicidad formal está presuponiendo el carácter escrito de las mismas.

4. EMBARGO POR IMPAGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES

Se presenta en el registro un mandamiento de embargo de 21 de febrero de 2008 contra el heredero de una mitad indivisa adquirida por herencia causada el 4 de marzo de 2005 e inscrita el 13 de junio con afección fiscal por tres años.

Se vende la finca, en su totalidad, el 26 de julio de 2006, lo que se inscribe el 7 de setiembre. La finca tiene dos hipotecas más inscritas el mismo 7 de setiembre y el 17 de mayo de 2007. El embargo está notificado al titular de la finca y al acreedor hipotecario. Se plantea su inscribibilidad.

Nos encontramos en un caso en que el titular registral de la finca afectada al pago del impuesto es una persona distinta del sujeto pasivo, por lo que para hacer efectiva la responsabilidad de la finca es preciso, conforme al art. 41.5 LGT en relación con el 81 LGT la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria, cabiendo, entretanto el embargo preventivo.

En Vizcaya/Bizkaia, la afección de la finca al pago del impuesto resulta de art. 113.3 del Reglamento del Impuesto Sucesiones (LPV 2001\330). Los adquirentes de los bienes son responsables subsidiarios, conforme al art. 79 LGT y 80.1 de la Norma Foral General Tributaria de Vizcaya/Bizkaia¹⁰.

¹⁰ Artículo 80. Afección de bienes.

1. Los adquirentes de bienes afectos por disposición legal al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga. (LPV 2005\112).

La derivación de la acción de responsabilidad del responsable subsidiario requiere previa declaración de fallido (art. 40.6 Norma Foral), conforme al procedimiento de los arts. 180 y 181 de la indicada Norma Foral. Por lo tanto, no basta para practicar el embargo con la simple notificación al nuevo titular registral ni a los acreedores hipotecarios.

5. DONACIÓN POR EL PADRE

Se presenta una herencia a la que son llamados el viudo y los tres hijos de la causante, de los cuales, dos son mayores de edad y el tercero, que también comparece, tiene diecisiete años.

Se realiza la partición y se adjudican los bienes conforme al testamento, pero acto seguido el padre en representación del menor de edad, dona para sí la parte que al mismo se le había adjudicado en determinado inmueble, a lo que el menor consiente. Se plantea si es necesario el nombramiento de defensor judicial.

A primera vista, dado que comparecen los tres hijos, se tiende a pensar que no hay necesidad de nombrar defensor judicial. Pero la cosa cambia si se reflexiona sobre ello con un poco más de detenimiento.

El art. 162.II CC dispone que los padres que ostentan la patria potestad de los hijos quedan exceptuados de su representación legal cuando exista con el hijo un conflicto de intereses. En ese caso, conforme al art. 163 CC habrá de nombrarse al hijo un defensor judicial.

El conflicto de intereses equivale a interés opuesto u oposición de intereses. El que los intereses de los padres sean distintos a los de los hijos no quiere decir que siempre sean opuestos, pero en el presente caso lo resultan claramente pues el acto consiste directamente en la atribución del bien al padre y, simultáneamente, en la pérdida del mismo por el hijo.

En efecto, la STS de 17 de mayo de 2004 dice que siendo “deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (artículo 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquella para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin.”

Si por la donación, el hijo se desprende del bien en beneficio de su padre, no puede éste interponer su representación legal para realizar una donación que en nada beneficia al hijo.

Además, esa falta de todo beneficio para el hijo nos permite decir que, en el presente caso, la representación legal del padre sería contraria también al art. 154 CC, que impone al representante legal ejercitar su patria potestad en beneficio del hijo.

Por otro lado, el consentimiento del hijo mayor de 17 años no es óbice para que su capacidad deba ser suplida por el representante legal ni tampoco elimina la existencia del conflicto de intereses.

6. SUBROGACIÓN CON TRANSFORMACIÓN DE CRÉDITO EN PRÉSTAMO

Por los servicios jurídicos de una caja de ahorros se somete a consideración del Decanato, minuta de una operación que consiste en la subrogación del adquirente en el crédito concedido al promotor, con determinadas características.

Se afirma que las partes pretenden acogerse a la posibilidad de subrogación de la L. 2/1994, para lo que (1) la caja ha notificado fehacientemente a la acreedora subrogada la oferta vinculante del art. 2 de la citada Ley y (2) la subrogada ha remitido el correspondiente certificado de débito.

Se afirma también (3) que transcurrido el plazo de 15 días naturales desde la notificación del requerimiento no se ha producido acuerdo entre la prestataria y la subrogada enervando la posibilidad de subrogación de acreedores.

(4) Que la subrogación de acreedor se produce exclusivamente en la deuda (capital dispuesto) del crédito hipotecario, la cual queda consolidada y configurada a todos los efectos como préstamo hipotecario, quedando agrupadas todas las disposiciones en una única y no pudiendo la prestataria realizar nuevas disposiciones. Las cantidades amortizadas no podrán ser nuevamente dispuestas.

(5) Que para realizar lo anterior el deudor toma el dinero prestado de la caja por importe igual al capital dispuesto pendiente de vencimiento, los intereses devengados y la comisión por amortización anticipada.

El problema de la transformación de crédito a préstamo y su garantía se ha abordado en las sesiones de 26 de noviembre de 2002, de 27 de noviembre de 2001 y de 8 de febrero de 2000.

No se cuestionó sino que se admitió entonces la posibilidad de la figura sin pensar que el cambio de modalidad crediticia debiera desencadenar necesariamente la extinción de la hipoteca.

En la actualidad, tras la aprobación de la Ley 41/2007 de modificación del mercado hipotecario, una mayoría de asistentes consideró que la variación del crédito a préstamo es una posibilidad que se halla amparada por la autonomía de la voluntad de las partes, pero que queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/1994 sobre subrogación de préstamos hipotecarios y no puede acogerse a ninguna de las ventajas dispuestas por la misma.

Esa opinión se basa en considerar que el cambio de crédito a préstamo es una novación extintiva porque se trata de un supuesto de cambio

de objeto de la obligación en que la antigua y la nueva son por completo incompatibles conforme al art. 1204 CC.

Ello arrastraría como consecuencia la extinción de la primitiva hipoteca que habría que cancelar y su sustitución por una nueva. Sin embargo, se consideró que esa era una consecuencia demasiado drástica que no podía ser aceptada.

El desarrollo del mercado hipotecario aleja el régimen de las obligaciones radicalmente de sus antecedentes romanos. La consecuencia extintiva del art. 1207 CC deberá ser al menos mitigada.

Por otro lado, la propia reforma del mercado hipotecario admite la llamada hipoteca recargable sin pérdida de rango, por ello la fórmula que ahora se estudia tal vez pudiera encajarse en el art. 4.2 ii y iv de la L. 2/94.

En efecto si contemplamos la operación propuesta como una operación compleja compuesta de otras operaciones más simples podemos considerar que la misma encierra, por un lado una subrogación en el crédito, admisible según la nueva ley y también admitida por la DGRN en resolución de 29 de febrero de 2008.

Por otro lado, nos encontraríamos ante un cierre de la cuenta y una renuncia a la realización de nuevas disposiciones, también admisible e incardinable en la misma Ley y susceptible de acogerse a sus beneficios. Finalmente, cabría realizar una nueva regulación del plazo y del método de amortización, que también cae bajo la L. 2/94.

Considerando la operación en conjunto nos hallaremos ante una subrogación acompañada de una novación modificativa. Dicha operación deberá ir acompañada de las cautelas previstas para el supuesto de que, existiendo acreedores intermedios, se amplíe el capital y el plazo.

A saber, sería necesario el consentimiento de los acreedores intermedios para que la hipoteca conservara el rango, siendo de aplicación úni-

camente a las hipotecas que se constituyan con posterioridad a la entrada en vigor de la L. 41/2007.

7. CLÁUSULAS DE DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Se plantea la inscribibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado, de una parte por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato de préstamo hipotecario y, de otra, por el impago de una de las amortizaciones por capital, intereses ordinarios o de demora.

Las dos cuestiones que se suscitan ahora fueron tratadas en la sesión de 3 de diciembre de 2002. Con relación a la primera de ellas, ya se ha indicado que no basta cualquier incumplimiento para provocar el vencimiento de la obligación.

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las obligaciones recíprocas es preciso que el incumplimiento sea de cierta entidad y, además, deliberadamente rebelde.

En el caso del préstamo, donde las obligaciones sólo caen del lado del deudor, debe tenerse presente al menos que el incumplimiento debe revestir cierta entidad y hallarse en conexión con la garantía.

Por otra parte, esa cláusula suele aparecer oculta o al menos disimulada entre la prolija regulación contractual de la hipoteca, que suele tomar en estos casos la forma de un contrato por adhesión, por lo que la doctrina mayoritaria la considera falta de transparencia y, por tanto, inhábil para incorporarse al contrato.

El vencimiento anticipado de toda la obligación es una consecuencia extrema que priva al deudor de su derecho a utilizar el plazo y que, por tanto, debe sujetarse al imperio del art. 1129 CC, que sólo contempla esa posibilidad cuando se disminuye la garantía y no se repone, poniendo en

riesgo la subsistencia y rango de la hipoteca, pero no cuando, hallándose íntegra la misma se incumplen obligaciones accesorias de escasa entidad¹¹.

Adicionalmente, debe tenerse presente que conforme a las reglas prudenciales del Banco de España, que mientras el préstamo o crédito hipotecario siga siendo pagado a su vencimiento parcial no se podrá provisionar el riesgo por el acreedor, precisamente por inexistencia de un peligro cuantificable¹².

En consecuencia, el vencimiento anticipado por el incumplimiento de cualquier obligación del contrato no es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y de Bienes Muebles, y ello, también, conforme al nuevo art. 12 LH.

Los fundamentos que se acaban de poner de manifiesto con la concomitante ineficacia de la cláusula y no la casualidad, son precisamente los que explican el hecho, tan ampliamente admitido, de que rara vez, por no decir nunca, se produce el vencimiento de la deuda y su ejecución por una causa distinta del impago.

En cuanto a que el impago de una cuota pueda dar lugar al vencimiento anticipado de todo el préstamo, no podemos considerar que la cuestión venga resuelta por una norma adjetiva como es el art. 693.2 y 3 LEC.

Dicho precepto únicamente indica que en algún caso es concebible que el impago de una cuota dé lugar al vencimiento de toda la deuda, pero, para decidir eso con carácter general es preciso atender a otras consideraciones.

¹¹ Vid. en ese sentido la resolución de la DGRN de 2 de octubre de 2006.

¹² Vid. apartado 22 del Anejo IX, de la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre.

La propia norma se aparta del automatismo de esa posibilidad al permitir al acreedor que pueda conceder al deudor la posibilidad de parar la ejecución mediante el pago de las cantidades vencidas.

Sin embargo, es muy criticable que esa posibilidad del deudor de librarse de la ejecución aparezca como un derecho del acreedor, ya que como veremos, debe considerarse abusiva la tolerancia del acreedor a la mora del deudor contra el tenor de la cláusula que impone el vencimiento anticipado por el impago de una sólo cuota.

La posibilidad de terminar la ejecución pagando lo vencido es un derecho del prestatario cuando se trata de deuda garantizada con hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor.

Ese derecho que en la redacción de la LEC de 2000 sólo se le concedía por una vez, ahora se le reconoce cada cinco años y no sólo al deudor que garantiza la deuda con su vivienda habitual, sino que conforme a una interpretación pro adherente y respetuosa con la sistemática del art. 693.3 LEC, ese derecho se atribuye a todo deudor de un contrato de hipoteca por adhesión.

Se aprecia, por tanto, una tendencia a la ampliación de los derechos que se reconocen a los deudores adherentes en detrimento de la sedicente facultad del acreedor de optar por el vencimiento total de la obligación por el impago de una cuota.

Por otro lado, esa residual que no omnímoda facultad del acreedor no puede ejercitarse de modo arbitrario sino que, por el contrario, debe tener en cuenta la terminante prohibición del art. 1256 CC, que impide que la validez y cumplimiento del contrato queden al arbitrio de una parte.

En ese sentido, las normas prudenciales del Banco de España pueden servir de referencia a la hora de aportar argumentos en pro del vencimiento de la total deuda. En primer lugar, debe tenerse presente que el incumplimiento de un crédito o préstamo hipotecario sobre viviendas

terminadas no da lugar, según las reglas del Banco de España, a su clasificación como dudoso sino pasados tres meses desde el incumplimiento¹³.

La provisión por el mismo, siempre que su riesgo vivo sea igual o inferior al 80% del valor de tasación de la vivienda, es, únicamente del 2% de su importe, salvo que se haya iniciado la ejecución –se entiende que por las cuotas impagadas no por la totalidad del préstamo–, en cuyo caso es del 3,8%, no pasando al 25% sino hasta que hayan transcurrido tres años desde el primer impago¹⁴.

De ello se desprende que el daño por incumplimiento, tal como lo valora la entidad de crédito, conforme a las reglas del Banco de España, dista mucho de estimarse en la totalidad de la deuda, por lo que para provocar el vencimiento total y actuar la garantía en su integridad, creemos que la entidad de crédito deberá aportar y justificar en el propio título constitutivo de la garantía, alguna razón adicional, sin la cual, no nos parece posible dotar a la previsión de su privilegiada fuerza ejecutiva mediante su inscripción en el Registro.

Por otra parte, el vencimiento anticipado de toda la deuda por el impago de una cuota es una consecuencia extrema, ya que el préstamo se halla garantizado con hipoteca, por una parte, y el incumplimiento de un plazo mensual no suele empujar a la entidad de crédito a la ejecución por la totalidad, sino que, en la práctica, la entidad espera, entre tres meses y un año, antes de ir a la ejecución por la totalidad.

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, reformó el concepto de cláusula abusiva para incluir dentro del mismo las prácticas abusivas o prácticas no con-

¹³Vid. apartado 7.c del Anejo IX, de la Circular del Banco de España 4/2004.

¹⁴Vid. apartado 17.b i y ii del Anejo IX, de la Circular del Banco de España 4/2004.

sentidas expresamente, recogidas actualmente en el art. 82.1 del Texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias¹⁵.

A la luz de ese nuevo concepto, es abusiva y debe considerarse como tal la práctica consistente en, por una parte, pactar en la escritura de hipoteca el vencimiento total de la deuda por el impago de una sólo cuota y, al mismo tiempo y por otra parte, permitir al cliente, contra el tenor de la cláusula, ponerse al día del préstamo o crédito tras haber tolerado arbitrariamente el impago de una o varias cuotas, sin acudir a la ejecución ni de parte ni de toda la deuda.

En efecto, dicha práctica es abusiva ya que incluye en el contrato una cláusula que no se tiene intención de ejecutar sino que se utiliza de modo discriminatorio para intimidar al cliente, pese a la existencia de la garantía hipotecaria.

Ello significa no que la entidad de crédito no pueda ni deba tolerar la mora de su deudor más allá del incumplimiento de una cuota sino que debe eliminar del contrato de hipoteca la cláusula de vencimiento anticipado de toda la deuda por impago de una sólo cuota.

La cláusula, ya hemos visto, que es intimidatoria en el peor de los casos, pero su inclusión sin intención de utilizarla es, también, humillante. Ese carácter priva a dicha cláusula de cualquier título para obtener la protección del Estado, ya sea en su vertiente judicial o administrativa, y debe llevar a excluir la estipulación de la inscripción en los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles, conforme al nuevo art. 12.II LH.

¹⁵ Sobre el concepto de práctica abusiva vid. mi trabajo “Prácticas abusivas, información e integración contractual y regla «contra proferentem»”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 14, 2007, pp. 17 a 37.

VIII. JUNIO, 2008**1. HIPOTECA GLOBAL**

Se constituye hipoteca de máximo a favor de una Caja en garantía de las siguientes operaciones que el hipotecante viene realizando y va a seguir realizando:

“- Créditos en forma de cuenta corriente

- Préstamos dinerarios

- Auales, fianzas, créditos documentarios y cualesquiera otras formas de garantía

- descuento, anticipo o negociación de letras de cambio, efectos de comercio, facturas, documentos de cualquier clase, así como descuentos o anticipos realizados bajo el sistema de soporte magnético u otro tipo de soportes

- Descubiertos en cuentas corrientes o de ahorro que la parte hipotecante pudiera originar en sus operaciones con la Entidad

- Operaciones de arrendamiento financiero

- Afianzamientos a prestar por la acreditada a terceras personas, a favor de la entidad”

En el formulario se indica que la Caja abre a la acreditada una cuenta especial hipotecaria de acuerdo con el art. 245 RH, con el fin de asegurar con la hipoteca las cantidades que la Caja tenga derecho a exigir a la hipotecante en virtud de las operaciones realizadas previstas.

Continúa el formulario señalando que “cuando se produzca el impago de cualquiera de las obligaciones garantizadas, si se opta por ejecutar la garantía hipotecaria, se anotarán por la Caja los saldos deudores en dicha cuenta especial, sometida a las exigencias del art. 246 RH, los saldos adeudados, dejándose ya constancia en la escritura de que los apun-

tes en la cuenta tienen carácter novatorio respecto de la operación bancaria de la que procede, que se abre en este momento a nombre de la acreditada-hipotecante y el saldo total que a cargo de la misma resulte es considerado ya como saldo jurídico.

“Dicha cuenta recogerá los adeudos que se hayan producido o se produzcan por el impago de cualesquiera operaciones garantizadas, abonándose las cantidades que para pago de la deuda abone la deudora, una vez aplicados los intereses de mora que se consignen en ese documento.

“De este modo se confeccionará la certificación del saldo deudor que servirá de base para notificar fehacientemente al deudor, en caso de ejecución.”

Se establece un saldo máximo de la cuenta, cuya duración será la misma que el plazo máximo de la hipoteca, que también se establece y se indica que “a efectos del art. 572.2 LEC, se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la cantidad ejecutivamente reclamable se practicará por la Caja, la cual expedirá la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta especial el día de su cierre. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva o hipotecaria la presentación de la copia autorizada de esta escritura en la forma prevista en el de la LEC y del acta notarial que incorpore el certificado expedido por la Caja, del saldo que resulte a favor de la misma, en la que conste que la liquidación de la cuenta se ha practicado en la forma pactada en esta cláusula por las partes contratantes y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta a nombre de la hipotecante.”

En general, los asistentes entendieron inscribible la hipoteca global, de la que el presente caso es una muestra, tras la introducción del art. 153 bis LH por la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario, que admite la hipoteca en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, siempre que, entre otros requisitos, se

especifique su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

También se dijo que con tal regulación bastaría para la identificación de la obligación indicar que la hipoteca se establece en garantía de “cualquier operación derivada de un acto de comercio”.

Sin embargo, respecto de las obligaciones futuras debe constar la descripción general de los actos básicos, lo cual, deja un margen al intérprete para apreciar si se ha dado o no la identificación de la obligación u obligaciones garantizadas.

No debe olvidarse que el de crédito o préstamo hipotecario es un contrato y los contratos han de tener un objeto cierto, de modo que la sujeción de los bienes de un deudor a obligaciones que el acreedor pueda seleccionar a su arbitrio es una servidumbre que se compadece mal con los valores imperantes en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, a cuyo amparo sigue vigente el favor del deudor y la libertad del dominio.

También debe tenerse en cuenta lo ya dicho en la sesión de 18 de diciembre de 2007 sobre la dificultad de cancelación de la hipoteca global y la sujeción del consumidor a un contrato de larga duración.

En resumen se indicaba entonces que los obstáculos a la cancelación de la hipoteca, en un contrato de prestación de servicios como el de préstamo o crédito hipotecario, pueden dar lugar a una conducta contraria al art. 62.3 TRLGDCU cuando el contrato imponga al consumidor plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen su derecho a poner fin al contrato.

En relación con esta materia parece aconsejable que, conforme al art. 63.4 TRLGDCU se contemple expresamente una cláusula que determine el procedimiento pueda ejercer su derecho a poner fin al contrato.

Si bien no se considera obstáculo a la inscripción ya que conforme al art. 65 TRLGDCU los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

2. PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN HIPOTECA GLOBAL

En la mismo formulario estudiado en el caso anterior se añade que “Además de los supuestos de vencimiento pactados en cada una de las operaciones que se efectúen al amparo de la línea de financiación indicada en el expositivo primero, garantizada por la hipoteca que aquí se constituye, y no obstante el plazo fijado de validez de la misma, la Caja podrá resolver el presente contrato, declarando vencido el mismo y exigir el pago de la totalidad de la deuda garantizada por principal más intereses, comisiones y recargos pactados, sin necesidad de requerimiento ni resolución judicial, en los siguientes casos:

[...]

“b) cuando la hipotecante no se halle al corriente en los pagos establecidos en cualquiera de las operaciones efectuadas indicadas en el exponiendo primero de esta escritura.”

La redacción de la cláusula es bastante confusa ya que alude a una eventual concesión de crédito que no se ve confirmada por el resto del formulario. Ello puede deberse a que éste viene a ser un trasplante a la realidad actual de operaciones conformes a la regulación anterior a la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario.

Dejando a un lado esa cuestión, lo que ahora se plantea es la eficacia del vencimiento anticipado de una deuda por falta de pago de otra. Que

una condición de esa naturaleza puede establecerse al amparo de la autonomía de la voluntad no nos ofrece duda, pero su establecimiento requiere una determinación que no se contiene en el formulario estudiado.

Esa falta de determinación de la condición la convierte en oscura e impide su incorporación al contrato conforme a los arts. 1129, 1256, 1273 y 1283 CC y 5 y 7 LCGC, por lo que habrá de ser tenida por no puesta.

3. SUBROGACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR

Se plantea en varios Registros la virtualidad de la enervación de la subrogación que algunas entidades de crédito vienen realizando. La duda surge porque puede ocurrir que una vez manifestada la voluntad de enervar de la acreedora no se formalice la novación modificativa del préstamo en perjuicio del deudor.

Por ello el problema concreto que se plantea es si la manifestación ante el notario, por sí sola, dentro del plazo de quince días desde el requerimiento y ante el notario del mismo, de igualar o mejorar la oferta de la entidad que pretende la subrogación bloquea ésta.

Dado que el art. 2 de la Ley 2/1994 ha sido objeto de nueva redacción por la Ley 41/2007, J. S. SERRANO considera que la entrega de la certificación no es necesaria para que nazca el derecho a enervar. Además considera no sólo que el mismo existirá al margen de dicha certificación sino también de la formalización de la novación modificativa.

SERRANO llega a esa conclusión pese al tenor literal del párrafo cuarto de dicho artículo, quedando en ese caso al deudor sólo el derecho a beneficiarse de las nuevas condiciones previa reclamación judicial.

Esa, sin embargo, pese a lo fundamentado del trabajo que se cita, es una solución criticable que, precisamente al reforzar y garantizar el dere-

cho de la entidad acreedora, reduce el poder del deudor en el plano de la negociación y aboca al consumidor a un pleito para obtener el reconocimiento de su derecho.

El fundamento que se esgrime para salir de la duda que se plantea, a saber, el reforzamiento de la posición de la acreedora que soporta la subrogación, entraña una interpretación contra consumidor que no es posible por vulnerar el art. 51.1 CE que consagra un principio de interpretación “pro consumatore” de las leyes.

Además, para llegar a esa conclusión es necesario hacer tabla rasa de la duda que plantea el art. 2.IV de la Ley 2/1994 al presuponer entrega de la certificación al momento de ejercitar el derecho a enervar.

También se muestra favorable a la enervación el Seminario Carlos Hernández Crespo de Madrid, basándose en el cambio de la redacción legal, que ahora permite a la entidad acreedora que manifieste “con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que igualen o mejoren la oferta vinculante” en lugar de exigir que se “formalizare con el deudor la novación del préstamo hipotecario”.

Sin embargo, la diferencia es más aparente que real. El carácter vinculante de la manifestación del acreedor no será tal si no manifiesta con concreción suficiente que iguala o mejora la oferta vinculante y, en el supuesto de mejora, deberá concretar las condiciones de la misma.

Parece claro que la certificación puede expedirse con carácter simultáneo a la enervación pero, dada la exigencia legal de que la misma se expida en el plazo de siete días, transcurrido dicho plazo sin certificación no cabrá enervación posterior.

En definitiva la manifestación de enervación ha de ser concreta para que sea vinculante, conforme al art. 1273 CC, de suerte que la misma no se pueda utilizar por el acreedor para bloquear la subrogación.

Por otro lado, una actitud como la descrita en orden a utilizar la enervación para retrasar la subrogación en perjuicio del consumidor y de la competencia en el mercado, siempre que se adopte de modo expreso, puede ser considerada una práctica abusiva conforme al art. 89.6 TRLGDCU por constituir una negativa al cumplimiento de obligaciones con reenvío automático a procedimientos judiciales de reclamación. La remisión a un momento ulterior de la determinación y realización de las condiciones de la novación modificativa puede ser también contraria a los arts. 85.7, 8 y 10 y 87.6 TRLGDCU.

4. VENCIMIENTO ANTICIPADO POR CUALQUIER CAUSA Y EJECUCIÓN

Al hilo de las cláusulas de vencimiento anticipado, con tanta frecuencia examinadas en el Seminario, se trae a colación la reciente resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2008, que en idéntica línea con la de 21 de diciembre de 2007 y otras, enjuicia el defecto consistente en la denegación de la inscripción de una cláusula que prevé el reembolso anticipado de la totalidad del préstamo para el caso de incumplimiento de alguna obligación.

El comentario de algunos aspectos de la misma relacionados con el vencimiento anticipado, merece cierta detención. El acuerdo denegatorio del registrador se expresaba así “Esta previsión [la de vencimiento anticipado de la obligación por incumplimiento de cualquier obligación], contenida en el la Cláusula Financiera 2.^a es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. El vencimiento de la totalidad del préstamo, automático y apreciado únicamente por el acreedor, es contrario al art. 1256 del Código Civil. Además, tales cláusulas tampoco pueden inscribirse por

contrariar el art. 1129.3.º del mismo Código. No se puede establecer el vencimiento anticipado por el incumplimiento de obligaciones sin relación estrecha con la principal de devolver el capital y los intereses o marginales respecto de la misma y por comportamientos ajenos a la voluntad del deudor. La resolución por incumplimiento que implica el vencimiento anticipado tal como se configura en el contrato, ha de deberse a una causa seria y grave, con peso suficiente en la relación entre las partes, sin que quepa la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias de pequeña importancia o la falta de pago de cualquier parte de la obligación por pequeña que sea. De lo contrario, ello sería opuesto a la aplicación del principio general propio del moderno Derecho de la contratación según el cual sólo un incumplimiento esencial puede ser causa de resolución del contrato, lo que para las obligaciones recíprocas se recoge en el artículo 1124 del Código Civil y en su interpretación jurisprudencial. En definitiva, se establecen obligaciones accesorias cuyo incumplimiento, sin embargo, podría propiciar un vencimiento anticipado de la hipoteca lo que contraría también el art. 693.2 LEC, que exige para el total importe de la hipoteca no sólo que se haya dejado de pagar alguna cantidad por amortización o intereses, sino que el convenio se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, la indeterminación de las obligaciones cuyo incumplimiento da lugar al vencimiento es contraria a los arts. 7, 10.1 a), 10.3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios; y 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.”

El fundamento del fallo revocatorio de la nota por la DGRN indica que “Además entiende que la previsión contenida en la Cláusula Financiera 2.ª sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9.2 y 51.6 del Reglamento Hipotecario.”

Al respecto se señala en la resolución que “Nos encontramos pues con una obligación contraída de presente, cuya duración o vencimiento para su devolución depende de unos hechos futuros, unos ciertos en su acaecimiento, aunque inciertos en el cuando (la muerte del último prestatario) y otros inciertos también en su existencia como son la venta de la casa, el incumplimiento del contenido de la escritura o la falta de residencia por el último prestatario, circunstancias estas dos últimas que, para la plena efectividad de la hipoteca, requerirán en el momento de su eventual ejecución, la prueba extrarregistral de la concurrencia de la causa que hace exigible la devolución de la cantidad prestada, pero que en modo alguno impide la inscripción de la obligación garantizada tal y como está configurada, por cuanto el principio de determinación registral debe predicarse sólo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de aquel principio, los aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía.”

Esta resolución, que sigue a otras semejantes, en cuanto al tema cuya discusión ha quedado acotada, resulta ya característica al no enfrentar ni cuestionar en detalle los argumentos de la nota. Se limita a transcribirlos para luego ignorarlos en sus fundamentos jurídicos.

¿Cómo puede revocarse algo sin refutación? ¿Deberá admitirse entonces que la interpretación legal que realiza el registrador no ha sido cuestionada en ningún caso y bajo ningún aspecto por la decisión revocatoria?

El olvido o al menos la falta de contradicción de los argumentos de la nota por la resolución deja la autoridad de ésta fundada no en la claridad de sus propios fundamentos jurídicos sino en un voluntarismo que se acompasa mal con los valores constitucionales.

Pero la resolución, al no exhibir un argumento que funde el derecho del acreedor, lo deja en una posición de debilidad, librado a la incertidumbre de lo que habrá de suceder en el caso de una eventual ejecución.

¿Qué sucederá entonces? Incumplida una cualquiera de las obligaciones contenidas en el negocio, según el supuesto en discusión, la resolución nos indica que será necesaria, además, para que se produzca el vencimiento anticipado de toda la deuda “la prueba extrarregistral de la concurrencia de la causa que hace exigible la devolución de la cantidad prestada”.

No siendo posible dicha prueba en el marco del procedimiento directo de ejecución, el acreedor hipotecario habrá quedado expulsado del mismo conforme al art. 551.1 LEC. Deberá entonces dirigirse al deudor para que vuelva a consentir en dicho vencimiento u obtener, en caso contrario, resolución judicial en procedimiento declarativo¹⁶.

5. CERTIFICACIÓN DE CARGAS

Se solicita una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución cuyo mandamiento de embargo no ha sido objeto de previa anotación, se plantea si debe expedirse o no la publicidad y, en general, el modo de proceder en ese caso.

Al hilo de ese supuesto se plantea también, ante la solicitud de certificación, el de que lo que conste en el Registro sea no la anotación preventiva del embargo ejecutivo sino únicamente del embargo preventivo en procedimiento social.

A la vista del caso, también se pone de relieve, en el procedimiento directo de ejecución hipotecaria, la dificultad que plantea la identificación insuficiente de la hipoteca que se ejecuta en las solicitudes que comentamos.

¹⁶ Ya lo apuntaba así ÁVILA NAVARRO, P., “La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 215.

Inicialmente se consideró que cuando falta la anotación preventiva de embargo, salvo disposición expresa de la Ley o que se autorice en el mandamiento que sólo se expedirá la certificación sin la nota, lo más prudente es denegar la expedición de la certificación.

En pro de ese punto de vista se indicó que el art. 143.3 exige que la nota se haga al margen de la anotación preventiva de embargo, por lo que si no hay embargo no se puede poner la nota.

El art. 353.1 RH dispone que habrá de consignarse en la nota de despacho el estado de la ejecución según resulte del Registro, ya que, la nota de expedición de la certificación implica una especie de notificación de la existencia del procedimiento a terceros posteriores.

En coherencia con lo dicho también se consideró que si el proceso de ejecución no consta en el Registro no tiene virtualidad o, cuando menos, ha de tener una virtualidad menor.

No debe expedirse certificación sin nota ya que se crea la apariencia de regularidad y, finalmente, no cabe el despacho parcial de documentos judiciales, sobre la base de que se considera despacho parcial el expedir la certificación y no la nota. También se sostuvo un criterio restrictivo en cuanto a la posibilidad de poner nota al margen de la anotación del embargo preventivo sin previa conversión del mismo.

Sin embargo, una consideración detenida de los supuestos, lleva a una posición contraria en ambos casos. Los arts. 656.2 LEC, 19 bis LH y 143.2 RH no ligan la expedición de la certificación a la previa constancia del embargo. Tampoco lo hace el art. 54.2 del Reglamento de Recaudación de Vizcaya/Bizkaia, aprobado por Decreto Foral 215/2005, de 27 de diciembre.

Lo que las distintas normas ligan y condicionan es la anotación y la nota de expedición de la certificación pero la misma expedición de la certificación, que se rige por sus propios criterios, a saber, los que regulan la expedición de la publicidad formal.

En ese sentido, parece apropiado dirigirse al Juzgado manifestándole las dudas, de suerte que si el mismo apercibido del problema insiste en la petición de la certificación habrá de expedirse, si bien, no cabrá la práctica de la nota al margen por no constar previamente anotado el embargo.

También parece procedente, advertir en la propia certificación que no se ha hecho constar la circunstancia de la expedición de la certificación al margen de la anotación del embargo por no haberse practicado previamente la misma.

Respecto al supuesto de los embargos cautelares ya en la sesión de 9 de mayo de 2006 se admitió que pudiera expedirse certificación de cargas en tales casos. Respecto de la constancia de la certificación por nota al margen de la anotación, los requerimientos citados más arriba no condicionan la expedición a la posibilidad de practicarse la nota sino a la previa anotación registral del embargo, por lo que no se ve obstáculo que impida la expedición de la certificación, como se ha dicho y con las cautelas vistas respecto del juzgado.

Sin embargo, si seguimos, con carácter general, el criterio que para Vizcaya/Bizkaia se establece en el art. 54.2.II del Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico, dado que las notificaciones en el procedimiento de ejecución no se harán hasta la conversión de la medida cautelar en definitiva, en tanto que no conste esa conversión no procederá la practica de la nota marginal.

6. HERENCIA

Se trata de la herencia de una persona a la que concurren su viuda y las cuatro hijas. El único bien inventariado es una vivienda. La viuda se adjudica su mitad de gananciales y el usufructo de la otra mitad por herencia, las hijas la mitad de la nuda propiedad por cuartas partes.

A continuación extinguen el condominio y se adjudica la finca una de las hijas, pero sin decir expresamente que lo hace en pleno dominio, por lo que al registrador se le plantea la duda de si se extingue el usufructo, a lo que el presentante responde verbalmente que la viuda renuncia y que no quería nada. El registrador se inclina por aceptar esa manifestación.

Poco se pudo decir en este caso. Cuando se han agotado por completo los medios de interpretación y subsisten las dudas el art. 1289 CC se inclina en los contratos gratuitos por la menor transmisión de intereses.

Además, rigiendo en el Registro de la propiedad el principio de especialidad conviene que los pronunciamientos que publica el Registro gocen de la mayor claridad.

Ambas razones abonan la conveniencia de pedir un pronunciamiento expreso de la viuda sobre la extinción del usufructo.

Sin embargo, el hecho de que la mitad en pleno dominio de la viuda haya pasado a la hija por la extinción del condominio, unido a la manifestación verbal indicada pueden, además de revelar la voluntad de la madre de desprenderse del inmueble, justificar la decisión del registrador de inscribir la finca a favor de la adjudicataria en pleno dominio.

7. DIVISIÓN HORIZONTAL DE DOS EDIFICIOS

Una de las tres fincas resultantes en una reparcelación tiene dos edificios de tres viviendas cada uno, sobre los que se constituye una propiedad horizontal.

Se da a cada edificio una cuota del cien por cien, que se reparte entre las viviendas de cada uno de ellos, pero no se da a cada edificio una participación en el total inmueble o conjunto inmobiliario, alegándose al efecto una resolución de 2004.

Al parecer se adoptan las indicadas cuotas porque el constituyente del régimen quiere que cada edificio participe únicamente en el arreglo de los deterioros de su tejado pero no en los del otro. Se plantea si es necesario señalar cuota, ya sea de los edificios o de los pisos, en el terreno.

Aparece en primer lugar la incongruencia de que los edificios que integran la propiedad horizontal tienen cuotas que suman un doscientos por cien. Esa incongruencia tiene que aclararse ya que conforme a la LPH las cuotas de participación se establecerán con referencia a centésimas en el valor del inmueble.

En la resolución aludida, que parece ser la de 14 de junio de 2004, se discute la necesidad o no de licencia de parcelación para lo que se distingue entre el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal ordinaria.

La única especialidad del complejo inmobiliario, según dicha resolución, “es que sus titulares participen, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan sólo servicios. Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes.”

En el presente caso no se da, como vemos por dicha resolución, un complejo inmobiliario sino una propiedad horizontal ordinaria, cuyo primer elemento esencial es una copropiedad sobre el suelo.

Por tanto, es necesario, de un lado, que se articule el propósito del constituyente de que cada uno de los edificios contribuya a la reparación del tejado en proporción a su cuota de participación, sin que los pisos de un edificio contribuyan a las reparaciones del tejado del otro, lo que se puede hacer por medio de la correspondiente cláusula estatutaria.

Por otro lado, será necesario establecer la cuota de participación de cada uno de los pisos en la propiedad horizontal conjunta, la cual ha de referirse a centésimas del total valor del inmueble, conforme al art. 3.b) II LPH.

8. PARTICIÓN PARCIAL

Una viuda vizcaína, junto a uno de sus tres hijos ejercita el poder testatorio del difunto y se adjudica un inmueble, pero no se realiza el apartamiento expreso de los demás hijos. Se plantea su inscribibilidad.

Aunque no haya apartamiento expreso, el mismo tiene lugar conforme al art. 54.II del Fuero civil, “los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión”.

Sin embargo, en el presente caso parece que no hay siquiera designación de heredero ni beneficiario de la sucesión, lo cual es previo al apartamiento. El designado luego podrá renunciar a favor de la viuda o realizar una donación, para ello será necesario que se realice la atribución de los bienes al beneficiario y que luego el mismo renuncie o done a la comisaria. Sólo en esas condiciones podrá hacerse la inscripción.

Pese a que la donación se halle exenta puede aparecer una dificultad adicional si el beneficiario por la atribución que luego renuncia o dona está casado en comunicación foral, pues en ese caso la transmisión a la comisaria requiere del consentimiento del cónyuge del beneficiario.

9. CONTADOR-PARTIDOR

Un registrador ha sido designado contador partidador en un juicio de testamentaría. En 1944 el matrimonio de cuya sucesión se trata compra

un caserío con ocho pertenecidos y dieciséis fincas más, dando lugar a diecisiete fincas registrales.

Todas las fincas están en la misma zona y término, pero no se aprecia con claridad si el conjunto forma o no una unidad de explotación.

Los cónyuges habían otorgado capitulaciones matrimoniales con poder testatorio, por toda la vida, en 1904. La mujer en su testamento deja el caserío con sus pertenecidos a dos hijos, los cultivadores; a otro, previa segregación, le deja otro pertenecido y el resto de los bienes se atribuyen en pro indiviso a los cuatro hermanos que quedan al fallecimiento.

La madre falleció bajo ese testamento. El viudo en documento privativo particional y de pago de los impuestos de la sucesión deja ver que todas las indicadas fincas formaban una unidad orgánica. En un testamento posterior reitera que deja la total explotación a los dos hijos cultivadores. Muere en 1956, sin haber usado el poder testatorio. Se trata de interpretar la voluntad de la viuda sobre el destino de las dieciséis fincas inscritas en folio independiente en el sentido de si deben ir a los cultivadores o a los cuatro hijos.

La duda está en si se considera caserío a la unidad de la casa y la explotación agraria o sólo consideramos tal a la que así aparece configurada en el Registro. Por tanto, la duda arranca de la idea actual de prevalencia de la inscripción sobre la realidad civil en tanto que no se coordinen ambas realidades, sobre la base del principio de legitimación.

Sin embargo, no hay que olvidar que la materia se rige por el Fuero de Vizcaya, vigente con anterioridad a la Compilación de 1959 y que lo que se trata de averiguar que es lo que comprendía el caserío como unidad de explotación.

Conforme a la antigua legislación, en las Leyes 12 y 13 del Fuero Nuevo, la constitución del caserío como unidad se deja a la voluntad del dueño. En ese sentido se pronuncia la resolución de la DGRN de 10 de febrero de 1928.

Dicho esto, la inscripción de 1944, en la que se daba folio independiente de un lado al caserío con sus pertenecidos y de otro a cada una de las restantes dieciséis fincas, no resulta concluyente en cuanto a la voluntad de los dueños respecto a la configuración unitaria de la explotación.

En el acto particional el viudo trata el conjunto de fincas, tanto las independientes como las inscritas en el folio de la casa, como una unidad orgánica. Su voluntad respecto a esa circunstancia se ve ratificada por el posterior testamento en el que vuelve a dejar el caserío a sus cultivadores.

Todo ello inclinó a la mayoría de los asistentes por entender que pese a la inscripción separada de dieciséis fincas, las mismas en realidad eran pertenecidos ligados al caserío, debiendo quedar para los cultivadores conforme a la voluntad de los causantes.

De ello se sigue que los otros dos hijos han quedado apartados de los inmuebles. Dada la antigüedad del caso queda la duda si ello es posible sin un apartamiento formal con algo de tierra, pero ya JADO entendía que no se puede extremar el formalismo, bastando para que tenga lugar el apartamiento con dejar a los demás herederos algunos bienes, como ocurre en el presente caso.