

# **SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI CASOS DEL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2004**

## **1.- ABRIL**

### **1.1 SUBROGACIÓN DE FINCA EN HIPOTECA**

Se consulta al registrador sobre la posibilidad de sustituir la finca dada en garantía por otra, de modo que se cancele la hipoteca en la finca primitiva y pase a gravar a la nueva finca.

Una resolución de la DGRN de 20 de octubre de 1998 se pronuncia por la negativa pero sobre la base de entender que no es posible conservar el mismo derecho real de hipoteca con su rango con la mera sustitución del objeto.

Señala la resolución que a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito, en los que la novación modificativa es la regla general, en los derechos reales la sustitución del objeto implicará, por el contrario, el nacimiento de un nuevo derecho con extinción del antiguo.

Sin embargo, la resolución no cuestiona la posibilidad de sustituir la garantía hipotecaria de una obligación de suerte que se

extinga y cancele la hipoteca constituida en su momento y en su lugar se constituya, simultánea o posteriormente, otra nueva sobre una finca diferente.

En el presente caso, al modificar la primitiva hipoteca lo que se pretende es la cancelación de la que grava determinada finca y su sustitución por la hipoteca sobre un nuevo inmueble que se constituye también de nuevo, sin que se plantee cuestión sobre el rango, ya que la nueva hipoteca lo tendrá desde el momento de su constitución por la inscripción del documento en el folio de la nueva finca dada en garantía.

Por tanto, no se ve obstáculo para la inscripción del de la operación consultada, que implicará la cancelación de la hipoteca sobre la primera finca y la constitución de una nueva sobre otra.

## **1.2 EXCESO DE CABIDA EN FINCA DE RESULTADO**

Se trata de una finca de resultado adjudicada en una reparcelación inscrita en el año 2003. Ahora se vende y se declara un exceso de cabida del nueve por ciento de la superficie inscrita, que se pretende hacer constar en el Registro de la propiedad al amparo del art. 298 RH, mediante la aportación del recibo catastral y alegando que la superficie anterior se había consignado erróneamente.

La posibilidad de inscribir rectificaciones de superficie y excesos de cabida se halla condicionada a que el registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca. A modo de ejemplo, el último párrafo del apartado 3 del art. 298 RH señala como supuestos generadores de duda el aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie.

Precisamente la adjudicación en un expediente de reparcelación, en el que, por otra parte, participa el mismo adjudicatario que ahora reclama el exceso de cabida, puede asimilarse a esos

casos de segregación o división de fincas en que la superficie se ha expresado con exactitud.

Por ello, parece claro que no será posible la constancia del exceso de cabida sin que se rectifique, por el órgano de la Administración urbanística correspondiente, el error que se dice haber padecido en la adjudicación de la finca resultante.

### **1.3 RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR**

Sobre una finca se hallan inscritas dos hipotecas con igualdad de rango. En 1994 se ejecuta una de ellas, la que en el registro aparece inscrita en el asiento de fecha anterior. En la certificación de cargas no se advierte de la equiparación en rango de los gravámenes. El rematante de la finca es suegro del deudor.

Se presenta la adjudicación de la finca en el procedimiento ejecutivo con el mandamiento cancelatorio, procediéndose a la inscripción de la finca a favor del rematante pero denegando la cancelación de la hipoteca de igual rango que queda subsistente. En 2004 se plantea la responsabilidad del registrador que en la certificación de cargas omitió la expresión de la igualdad de rango.

La responsabilidad del registrador depende del daño que se haya producido efectivamente, pero también, de la buena fe del que lo sufre. La circunstancia de ser el rematante suegro del deudor indica una proximidad que puede llegar a desvirtuar la buena fe del mismo si resulta ser conocedor con anterioridad al remate de la existencia de la hipoteca subsistente. Las sospechas sobre la buena fe se acrecientan si se tiene constancia de la distancia entre la inscripción de la adquisición y la manifestada producción del daño.

En cualquier caso, los requisitos de transparencia respecto del despacho de documentos introducidos por la reforma del art. 253 LH por la LCGC, aunque disminuidos por la posterior introducida por la L. 24/2001, son de gran importancia a la hora de permitir a los interesados en el despacho de posibles errores.

En efecto, en la actualidad, la nota simple informativa a la que se refiere el párrafo primero “in fine” del art. 19 bis LH habría permitido al usuario del Registro de la propiedad apreciar sin ningún género de dudas las operaciones practicadas y reclamar en caso de que no hubieran respondido a sus expectativas.

Ahora bien, cuando el daño se hubiese producido efectivamente y se debiese a la omisión denunciada en la certificación, el perjudicado tendrá acción para exigir la indemnización correspondiente al registrador que haya cometido la falta, conforme a los arts. 226 y 296.5º LH.

#### **1.4 REGISTRO CIVIL**

El comprador de un inmueble de nacionalidad china, y casado con un cónyuge de su misma nacionalidad, adquiere el mismo manifestando estar casado bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes lo que acredita mediante escritura en la que se pacta dicho régimen pero que no se halla inscrita en el Registro civil correspondiente. A continuación, en compañía de su cónyuge hipoteca ese mismo inmueble. Se plantea si es preciso reclamar certificado del Registro civil chino para acreditar el régimen económico matrimonial.

Al no acreditarse la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro civil correspondiente, la inscripción del bien se practicará, si lo consiente el interesado, a favor del adquirente con sujeción a su régimen matrimonial conforme al art. 92 RH.

Al comparecer los dos cónyuges a la constitución de la hipoteca parece que no puede haber obstáculo para la inscripción de la misma, sin que sea necesaria la aportación de las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro civil chino.

Sólo en el caso de que únicamente compareciera uno de los cónyuges a la constitución de la hipoteca, se consideró por los asistentes, que sería procedente la aportación de las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro civil o certificado del mismo.

## **1.5 EXPROPIACIÓN DE PARTE DE UNA PROPIEDAD HORIZONTAL**

En un expediente de expropiación se persigue la de un trozo de terreno de siete metros cuadrados que es elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Se plantea si es necesaria la notificación a todos y cada uno de los miembros de la comunidad o si basta la notificación al presidente de la comunidad.

En el seminario de 26 de marzo de 2003 se planteó un problema parecido a propósito de una reparcelación. Conforme al art. 3 de la LEF las actuaciones del expediente expropiatorio se tendrán con el propietario, considerándose como tal por la Administración a quien con ese carácter figure en los registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente.

Según esto, una parte de los asistentes entendió que la expropiación habrá de notificarse a todos y cada uno de los titulares registrales de los elementos comunes, que lo son los de los elementos privativos en proporción a sus cuotas. Por otro parte, se requerirá unanimidad en caso de que se opte por el mutuo acuerdo para la determinación del justiprecio.

En ello abundaría el que la expropiación es un acto terminante de privación del dominio por el poder público, por lo que la falta de notificación a los titulares registrales de los elementos privativos puede afectar a la tutela judicial efectiva de los mismos, provocando indefensión.

Finalmente, si no se exigiera la notificación a cada uno de los titulares registrales de la propiedad horizontal el derecho de reversión se atribuiría a todos y cada uno de los titulares registrales sin su consentimiento.

Sin embargo, se entiende que el pago puede realizarse a la Comunidad representada por su Presidente, aunque también será

necesario el acuerdo de la junta autorizándolo. El presidente ostenta la representación de la junta pero lo hace dentro de sus competencias.

Ahora bien, otro sector de los asistentes considera que la expropiación produce unos efectos privativos del dominio por virtud de la ley y de la ley deriva igualmente el derecho de reversión que se atribuye a sus beneficiarios como una consecuencia legal de la expropiación y sin perjuicio de la posibilidad de los interesados para renunciar tal derecho.

La transmisión del dominio se produce en caso de expropiación no de modo voluntario sino forzoso, por lo que se habrá de evitar las posibilidades de que se produzca indefensión, propiciando que los propietarios de los elementos privativos puedan participar en la defensa de los comunes. Ello se conseguirá si la notificación de la expropiación se realiza al Presidente, representante de la comunidad, el cual vendrá obligado a dar cuenta de la misma a los condueños para que aleguen lo que estimen pertinente a su derecho.

No se trata de consentir una enajenación sino de tener oportunidades de defensa frente a la privación del dominio de parte de los elementos comunes por la Administración, tal defensa parece lógico que se articule a través del aparato organizativo creado por la ley y no al margen de él, como si los elementos comunes pertenecieran en comunidad ordinaria a los dueños de los elementos privativos.

En ese sentido, el Tribunal Supremo<sup>1</sup> considera que la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación, arbitró la fórmula de otorgar al Presidente de tales Comunidades, carentes de personalidad jurídica, la representación de ellas en juicio y fuera de él, que lleva implícita la de todos los titulares.

---

<sup>1</sup> Vid. STS de 8 de julio de 2003 (RJ 2003\4612) donde se contiene una amplia jurisprudencia al respecto.

Dicha representación, según la jurisprudencia, no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica, en cuya virtud la voluntad del Presidente vale, frente al exterior, como voluntad de la Comunidad, sin perjuicio, por ello, de las obligaciones del mismo de responder de su gestión, lo que conduce a entender que notificado el Presidente de la expropiación deberá ponerlo en conocimiento de los condueños para que puedan participar, si lo consideran oportuno, en la defensa de los elementos comunes.

## **2.- MAYO**

### **2.1 LEY DE LA SUCESIÓN DEL CAUSANTE Y REENVÍO**

Se trata de la sucesión de un ciudadano inglés que según la escritura de partición tuvo su último domicilio en Inglaterra y a su fallecimiento le sobrevivieron su esposa y dos hijas. En su día otorgó testamento en el que instituyó heredera de todos sus bienes a su esposa.

En la escritura de partición la viuda manifiesta expresamente que el único bien dejado al fallecimiento del causante es una finca sita en la provincia de Almería y que de conformidad con la voluntad del testador procede a adjudicarse.

La registradora, dado que el único inmueble de la sucesión se encuentra en España, y no se rompe el principio de unidad y universalidad de la sucesión, que pasaría a regirse íntegramente por la ley española, acepta el reenvío de la ley inglesa, y suspende la inscripción, ya que, conforme a la ley española, es imprescindible la comparecencia de las dos legitimarias mencionadas en la escritura, a menos que se acredite su no aplicación por la existencia de otros bienes fuera de España.

Los abogados presentantes del título estiman que la registradora no puede exigir a los interesados la prueba sobre la existencia de otros bienes en Inglaterra, que la sucesión ha de regirse

por la ley inglesa y si los legitimarios se sienten perjudicados reclamar judicialmente contra la adjudicación, ya que es ante el juez donde se puede producir la prueba sobre la existencia de otros bienes.

Conforme al principio de universalidad de la herencia se impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999<sup>2</sup>. Además, la moderna doctrina, tanto española como inglesa, ve con criterio restrictivo la aplicación del reenvío de retorno del art. 12.2 CC, que puede contradecir no sólo el principio de universalidad de la herencia, sino también la libertad de testar propia del Derecho inglés, expresión del principio de autonomía de la voluntad.

Por otro lado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2002<sup>3</sup>, al ser la finca de la provincia de Almería el único bien de la herencia, como expresamente se manifiesta en el título, sin que quepa, por tanto, ruptura del principio de unidad y universalidad de la sucesión, de acuerdo con los arts. 9.8 y 12.2 CC, debe aceptarse el reenvío y, en consecuencia, aplicarse la ley española.

En efecto, el Tribunal Supremo entiende en la última sentencia citada que ello es conforme con fallos anteriores que rechazaron el reenvío porque había más bienes en la herencia que los radicados en España. Por otra parte, no es que la registradora pueda exigir la prueba sobre la existencia de bienes en Inglaterra, sino que sólo esa manifestación podría impedir la aceptación del reenvío.

En cuanto a si los registradores están habilitados para apreciar el reenvío, parece que ello es conforme al art. 18 LH, que les obliga a aplicar no ésta o aquélla ley sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

---

<sup>2</sup> RJ 1999\4580.

<sup>3</sup> RJ 2002\8029.



## 2.2 REPARCELACIÓN

Se trata de la reparcelación de dos fincas atravesadas por un río. Se aportan tanto las dos fincas como el río. Las fincas de reemplazo se hallan constituidas por las mismas dos parcelas privadas, el cauce del río de dominio público, y una calle que por medio de un puente atraviesa el cauce, que se adjudica al Ayuntamiento. Se discute si el dominio público del río es inscribible y a quién debe adjudicarse, si al Gobierno Vasco o al Estado. Se plantea el modo de realizar las adjudicaciones.

Se señala, para obviar las dificultades que presenta el caracterizar el derecho de las administraciones el realizar la inscripción parcial del documento, realizando únicamente el correspondiente a las parcelas de dominio privado, lo que dejaría el problema sin resolver.

Conforme al art. 2 b) del Texto refundido de la Ley de aguas, de 20 de julio de 2001<sup>4</sup>, se integran en el dominio público hidráulico del Estado los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas, por lo que el río habrá de ser adjudicado al Estado, sin que exista dificultad para la inscripción del dominio público.

Del mismo modo se inscribirán para el Ayuntamiento, también, como dominio público los viales. Además, parece que el Ayuntamiento ostentará un derecho de paso sobre el cauce. Es la caracterización de ese derecho de paso la que resulta problemática.

A primera vista, parece que debería adoptar la forma de una concesión de paso al Ayuntamiento. Además, no parece que el dominio público hidráulico del Estado y el puente que da continuidad a la calle del Ayuntamiento que atraviesa las fincas y el cauce sean incompatibles, toda vez que la concurrencia del dominio público con otros usos es corriente, piénsese en las aguas subterráneas urbanas que discurren bajo fincas de dominio privado en muchas ciudades. Sin embargo, resultará necesario que en el

---

<sup>4</sup> RCL 2001\1824.

expediente intervenga o sean citados tanto el Ayuntamiento como la Administración del Estado.

Por otro lado, conforme a la resolución de la DGRN de 5 de abril de 2002<sup>5</sup>, la función social de la propiedad delimita intrínsecamente la extensión del derecho de dominio, cuya determinación puede realizarse por medio del planeamiento urbanístico, que como en el presente caso establece un uso diverso para el cauce del río y el puente que pasa sobre el mismo.

El problema aquí estriba en la configuración que se dé a esa diversidad de derechos sobre un mismo suelo. Conforme a la doctrina de la citada resolución, no resultará inadmisibles que se atribuyan los viales al Ayuntamiento como dominio público, determinando, además, su derecho sobre el puente. Parece que ambas administraciones, local y estatal, deberán respetar las determinaciones del planeamiento, que delimitará el derecho de ambas.

En la inscripción de las fincas del dominio público debería hacerse constar la vinculación que media entre ellas. De modo que en el dominio público del Estado se hará constar la existencia del puente atribuido al Ayuntamiento y en la inscripción a favor del Ayuntamiento la circunstancia de pasar el puente sobre el dominio público del cauce.

## **2.3 CERTIFICACIÓN**

Mediante mandamiento expedido en un procedimiento de adquisición preferente por retracto contra quien puede ser el rematante del inmueble, se solicita certificación sobre los siguientes extremos de una finca: (1) Si entre las condiciones de determinada hipoteca se prohibía a la deudora la celebración de contratos de arrendamiento y cualquier contrato de duración superior al vencimiento de la hipoteca. (2) Si la deudora presentó para inscribir después de la hipoteca un contrato de arrendamiento y si se rechazó la inscripción, los motivos y la fecha de la resolución. (3) Se pide

---

<sup>5</sup> RJ 2002\8121.

también copia de los justificantes de los abonos efectuados para el pago del precio por la cesión del remate que obren en el Registro así como la copia de la factura correspondiente que se hubiera emitido por la inscripción del mismo.

Del registro resulta que la hipoteca otorgada en escritura de 18 de noviembre de 1998 se inscribió el 5 de febrero de 1999, mientras que el arrendamiento para uso distinto de vivienda pactado en escritura de 20 de octubre de 1998, se inscribió el 22 de noviembre de 2000.

El arrendamiento es por plazo de dos años prorrogables a instancia de la arrendataria, debiendo la arrendadora asumir forzosamente dicha prórroga unilateral. En la hipoteca se recoge una cláusula por la que se prohíbe a la hipotecante celebrar contratos con prórroga forzosa y por renta que disminuya gravemente el valor de la finca.

Se plantea el régimen del arrendamiento inscrito, si procede su cancelación en la ejecución hipotecaria y si civilmente es posible su subsistencia a los efectos de ejercicio del derecho de retracto.

El arrendamiento se halla constituido correctamente en una escritura pública anterior a la hipoteca, sin que al hipotecante le alcancen las prohibiciones que para el futuro se establecen en orden al arrendamiento de la finca hipotecada. Por otro lado, el acreedor hipotecario puede haber tenido conocimiento del arrendamiento al tiempo de constituir la hipoteca.

Ahora bien, el arrendamiento es por plazo de dos años, sin que en el Registro se hayan hecho constar las prórrogas como un aumento del derecho inscrito, por lo que lo que el registro publica es un arrendamiento en situación equívoca.

En cuanto a la posibilidad, conforme al art. 4.3 LAU vigente, dado que se trata de un arrendamiento para uso distinto de vivienda, de aplicar el art. 1571 CC y entender que el adquirente tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la

venta, lo dispuesto en dicho precepto es salvo pacto en contrario y de lo dispuesto en la LH.

Esta última salvedad se refiere a los arrendamientos inscritos en el Registro de la propiedad, como es el caso. Por virtud de tal inscripción el adquirente en pública subasta habrá tenido conocimiento o posibilidad de conocer el arriendo y habría de pasar por él. Ahora bien, la inscripción del arrendamiento es posterior a la hipoteca de la que procede el derecho del rematante, la cual no aparece gravada con un arrendamiento anterior.

Además, llega al registro una petición de certificación en un procedimiento de retracto antes que el mandamiento cancelatorio del juez de la ejecución, lo que nos deja en la duda de si, conforme establece el art. 661.2 LEC, el ejecutante ha pedido que, antes de anunciarse la subasta, se declare que el ocupante por arrendamiento no tiene derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución. En definitiva, el caso presenta múltiples incertidumbres que habrán de despejarse para poder pronunciarse de manera terminante.

Sin embargo, el problema desde el punto de vista hipotecario parece claro si se atiende a los pronunciamientos terminantes del art. 134 LH que ordena la cancelación de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores posteriores a la hipoteca que se ejecuta.

En efecto, conforme a ese punto de vista habrá que cancelar el arrendamiento si lo ordena el juez con ocasión de la ejecución de la hipoteca anterior, dejando para el procedimiento declarativo correspondiente cualquier reclamación del arrendatario.

Teniendo en cuenta que la cancelación encierra la presunción de extinción del derecho inscrito, conforme al art. 97 LH, se habría resuelto también el problema civil de la vigencia del arrendamiento a los efectos del retracto.

Sin embargo, en este caso, parece que las partes se encuentran empeñadas en resolver primero el problema civil, para

abordar después el hipotecario. Eso es lo que indicaría el haberse iniciado un procedimiento de retracto en el que se ha solicitado la expedición de la certificación mencionada.

## **2.4 EXPROPIACIÓN DE LA DIPUTACIÓN**

La Diputación de Bizkaia en el año 2000, expropia un terreno para la ejecución de una carretera que alcanza no sólo a la parte de la finca necesaria para aquel fin sino a la totalidad de la misma que, sin la expropiación integral, quedaría reducida a un sobrante de explotación antieconómica conforme al art. 23 LEF.

La Diputación solicita que en la inscripción se haga constar que parte de la finca, tres mil metros cuadrados, son de dominio público, mientras que otros dos mil no afectos a los fines de la expropiación, figuren como patrimoniales. La finalidad de dicha distinción es posibilitar la venta como patrimonial del exceso de terreno respecto de los fines de la expropiación. Se plantea la vigencia del derecho de reversión.

Pese a la existencia de acuerdo entre la Administración y el expropiado sobre el carácter antieconómico de la porción inicialmente sobrante y su adquisición por expropiación, el título traslativo a favor de la Diputación es el de expropiación, sin que quepa, rompiendo la unidad del acto traslativo, afirmar que una parte se adquiere por expropiación y otra por compraventa, sin perjuicio, de que no exista dificultad para inscribir una parte como de dominio público y la otra como patrimonial.

En consecuencia, no constando en el acta de expropiación la renuncia a la reversión, dicho derecho a favor del expropiado no puede ser excluido. Ahora bien, el problema se produce en torno a si la venta como patrimonial de la porción no afectada a los fines de la expropiación desencadena el juego del derecho de reversión a favor de la expropiada.

Para que la reversión se produzca es necesario que una vez ejecutada la obra o servicio, quede un sobrante, pero también, que

no se haya previsto en la misma expropiación el destino del mismo, como ocurre en el supuesto del art. 15 LEF para porciones dedicadas a ampliaciones de las obras o de la finalidad de que se trate.

En el presente caso la condición de sobrante de la parte de parcela no afecta a los fines de la expropiación, surge en el instante inicial mismo, ya que el presupuesto de la transferencia se orienta a través del art. 23 LEF, cuyo supuesto de hecho es el de que la porción expropiada en exceso no es necesaria a los fines de la expropiación, por lo que necesariamente habrá de quedar fuera de tales fines como sobrante pero sin que ello, por tanto, pueda desencadenar el juego del derecho de reversión.

Ese derecho dependerá del cumplimiento de los fines expropiatorios respecto de la otra parte de la finca que motivó la expropiación total. Entretanto, ante circunstancias sobrevenidas que revelen potencialidad de aprovechamiento económico respecto de las parcelas sobrantes, no resulta descabellado el interés por su venta de la Diputación, si bien, la parcela segregada y vendida seguirá estando sujeta al derecho de reversión.

## **2.5 REPARCELACIÓN CON VINCULACIONES “OB REM”**

Se plantea si en una reparcelación es posible la preconstitución de un régimen de propiedad horizontal en el que se establecen vinculaciones “ob rem” de evidente interés público.

Se trata de cinco fincas de resultado en las que se van a construir setenta chalets, atribuyéndose a cada una de las futuras construcciones, una setentava parte de las parcelas comunes de viales y jardines, cuyos gastos de mantenimiento serán a cargo de los dueños de los futuros chalets, si bien el uso de los viales y jardines será público. La vinculación se establece de modo que la transmisión o gravamen de cada chalet lleve aparejada, de modo inseparable, los de la cuota sobre los viales y jardines.

Se admite la posibilidad de que en el mismo proyecto de equidistribución pueda constituirse un complejo inmobiliario que

regule las relaciones entre los distintos solares de reemplazo destinados a la edificación, de un lado, y los viales y jardines de otro. Pero para ello es necesario que la constitución del régimen se haga en el propio proyecto y no configurándolo como una obligación futura de los propietarios.

Ahora bien, en el caso de que tanto los solares de reemplazo como los viales y jardines se adjudiquen a un solo propietario, dada la libertad del dominio y el valor de publicidad noticia de la inscripción de las determinaciones urbanísticas, cabría que el propietario único hiciese tabla rasa de las mismas y procediera a la desvinculación entre las fincas contra lo realizado en el proyecto de equidistribución.

Sin embargo, conforme a la función social de la propiedad, la legislación urbanística tiene entre sus objetos, como se aprecia en el vigente art. 2. d) del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976<sup>6</sup>, el de la delimitación de las facultades del propietario relativas al uso del suelo y la edificación.

Entonces, las determinaciones incorporadas al planeamiento vendrían a delimitar tales facultades, de modo un tal acto de desvinculación del propietario único no podría acceder al registro por hallarse el mismo carente de legitimación, a la vista del desarrollo del planeamiento, para modificar el contenido delimitador de su derecho.

## **2.6 CERTIFICACIÓN DEL 206 LH**

En 1983 un Ayuntamiento inscribe por medio de una certificación administrativa de dominio del art. 206 LH una finca de su propiedad de mil setecientos metros cuadrados. Posteriormente segrega una parcela de setecientos, por lo que la primitiva finca queda reducida a mil metros cuadrados.

Ahora quiere inscribir una declaración de obra nueva de un convento antiguo, para lo que pretende elaborar una nueva certi-

---

<sup>6</sup> RCL 1976\1192.

ficación administrativa, manifestando que el resto del terreno matriz tiene una superficie de dos mil ochenta metros cuadrados, dado que anteriormente no se había incluido una huerta, queriendo hacer valer dicha certificación administrativa como título para inscribir el exceso de cabida.

El art. 206 LH no permite utilizar la certificación administrativa para inscribir excesos de cabida. La opción que se le presenta al Ayuntamiento es o bien manifestar que en 1983 cometió un error y que en realidad debió certificar de un terreno mayor, o bien, inmatricular previamente el exceso de cabida, pero no como tal exceso de cabida sino como una inmatriculación independiente de la huerta contigua, si es el caso, para luego agruparla a la finca primitiva.

## **2.7 ARRASTRE DE CARGAS**

Se desafecta un pasillo comunal que se vende a un vecino con la condición de que lo agregue a su piso colindante con el acuerdo unánime de la junta de propietarios. Se plantea la situación de las cargas.

Se trata de un caso que, en apariencia, ya se halla resuelto de modo terminante por la jurisprudencia de la DGRN, pero lo cierto es que las dudas sobre el mismo subsisten. En efecto, para el supuesto de la desafectación de la vivienda del portero y su configuración como elemento independiente con su propia cuota de participación para su venta, se concluye por la DGRN, en resoluciones de 13 de junio de 1998, 28 de febrero de 2000<sup>7</sup>, 11 de octubre de 2001<sup>8</sup> y 4 de junio de 2003<sup>9</sup>, que el acreedor hipotecario no debe prestar su consentimiento para la desafectación, sin embargo, el elemento desafectado quedará gravado por las cargas de los elementos privativos en proporción a sus respectivas cuotas. Además, tales cargas habrán de arrastrarse en el asiento en el que se plasme la desafectación.

---

<sup>7</sup> RJ 2000\1089.

<sup>8</sup> RJ 2002\7291.

<sup>9</sup> RJ 2003\4241.



Según ese punto de vista, la liberación de cargas del nuevo elemento privativo requiere no sólo el consentimiento de los titulares registrales de las mismas, sino de los que lo sean de los elementos independientes gravados, conforme a la resolución de 27 de marzo de 1989<sup>10</sup>, los cuales, de otro modo, podrían verse perjudicados por la liberación, al concentrarse la garantía sobre su piso.

Para alcanzar sus conclusiones la DGRN no parte de una aplicación directa de la ley, pues en ella el caso no está resuelto expresamente, sino que se acude a la interpretación de la misma. Para ello, se apoya en la inseparabilidad del elemento privativo de sus elementos comunes y de que los actos sobre los elementos privativos *se extienden* a los comunes.

Sin embargo, la extensión de las cargas a la parte desafectada no resulta de la naturaleza de la propiedad horizontal sino que sólo es posible equiparando los elementos comunes objeto de desafectación con los privativos o con anejos objeto de segregación o división. Es decir, identificando cosas distintas.

Pero es que tampoco cabe identificar la desafectación con la división material de fincas para aplicar el régimen de las hipotecas solidarias del art. 123 LH. Por otra parte, entre los elementos a los que se extiende la hipoteca, según el art. 110 LH, nada se dice de esos elementos comunes por destino susceptibles de desafectación, sin que, ningún precepto legal determine de modo expreso, cuando se hipoteca una finca inserta en un régimen de propiedad horizontal la extensión del gravamen.

Del régimen legal de la propiedad horizontal, se desprende únicamente, que la hipoteca grava los elementos comunes necesarios para asegurar el aprovechamiento independiente del elemento privativo, siendo, precisamente, esta la razón que justifica la inseparabilidad de sus dos aspectos.

---

<sup>10</sup> RJ 1989\2514.

Esa función la cumplen los elementos comunes *como un todo*, sin que de ahí resulte que determinadas partes de los mismos no puedan dejar de cumplir la misma sin perjudicar el aprovechamiento independiente de los elementos privativos. Esa posibilidad se halla admitida y sirve de base para la distinción entre elementos comunes por destino y por naturaleza.

La propiedad horizontal se halla legalmente sujeta por un conjunto de limitaciones definitorias de su carácter, que la delimitan, entre las que se encuentra el poder de la junta de propietarios, para desafectar mediante acuerdo unánime, elementos comunes por destino y sin que deban verse afectados indiscriminadamente por las cargas que afectan a los elementos privativos.

Además, el derecho a la desafectación de los elementos comunes por destino, mediante acuerdo unánime de la Junta de propietarios, sin más afección que su sujeción al régimen de propiedad horizontal existente al tiempo de su adquisición, es un derecho que, según Botía Valverde<sup>11</sup>, corresponde a los propietarios de los distintos elementos privativos desde la constitución de la misma y que prevalece sobre el posterior derecho del acreedor hipotecario.

Conforme a la naturaleza de la propiedad horizontal, estando la legitimación exclusiva para configurar el régimen de propiedad horizontal en la junta de propietarios, según el art. 12 LPH, si el acuerdo de la misma en orden a la desafectación, libre de cargas, de parte de los elementos comunes asegura el aprovechamiento independiente de los demás elementos privativos, ningún perjuicio puede venirle al acreedor hipotecario “a priori” según el propio concepto legal de la propiedad horizontal.

Tal vez por ello, cabe pedir a la junta que exprese en su acuerdo que la desafectación de parte de los elementos comunes

---

<sup>11</sup> Botía Valverde, A., “Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2003”, Revista jurídica del notariado, nº 49, 2004, p. 289.

no menoscaba en nada el aprovechamiento independiente de los elementos privativos.

Garantizada de ese modo, “a priori”, la indemnidad del acreedor hipotecario, pueden, tal vez, resultarle perjuicios de las circunstancias del caso, pero entonces, su seguridad no está al arbitrio de la junta de propietarios sino que, si se considera perjudicado, puede acudir a la acción de devastación del art. 117 LH.

### **3. JUNIO**

#### **3.1 LIQUIDACIÓN DE ANOTACIÓN PREVENTIVA FUERA DE BIZKAIA**

Se presenta un mandamiento de embargo que se liquida fuera de la provincia sin haber pasado por la Hacienda Foral. Se plantea si es suficiente para entender que se ha acreditado el pago del impuesto.

Hay dos opciones, suspender hasta que se acredite el pago a la Diputación Foral o inscribir y extender la nota de afección correspondiente. La primera opción se apoya en el entendimiento de que el pago del impuesto ha de acreditarse respecto de la Hacienda competente, conforme al art. 122 del Decreto Foral 206/2001 de 5 de junio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuyo precepto se exige que en la nota de afección del inmueble se especifique el número del expediente que le haya atribuido la oficina liquidadora competente<sup>12</sup>.

Sin embargo, desde el otro punto de vista se considera que una vez que el documento se ha presentado en una oficina liquidadora, corresponde a la propia Administración hacerlo llegar a la oficina competente.

---

<sup>12</sup> LPV 2001\329.

Al efecto, pese a la inexistencia de una obligación legal claramente establecida, en el ámbito de la colaboración con la Hacienda Pública de Bizkaia, se viene despachando el documento que se presenta en otras oficinas liquidadoras fuera del territorio con la correspondiente nota de afección y se comunica a la Presidencia Territorial mediante fotocopia para su curso a Hacienda.

### **3.2 COMPRAVENTA A TÉRMINO**

Una compraventa ordinaria contiene el pacto por el que se difieren todos los efectos de la misma por un plazo de seis meses, transcurridos lo cuales, la compraventa se entenderá consumada. El precio se paga de presente y no se pacta reserva de dominio.

Conforme a la STS de 6 febrero 1990<sup>13</sup> “la compraventa en nuestro derecho viene configurada como un contrato consensual, del que surge la obligación de entregar la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, pero debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o ficta de la cosa, que determina la transformación del originario «ius ad rem» en un «ius in re», mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que, cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse como propietario al comprador en tanto esa tradición no se produzca. - Sentencias 14.6.1966 (RJ 1966\3104); 24.5.1980 (RJ 1980\1963); 7.4.1981 (RJ 1981\1526); 27.4.1983 (RJ 1983\2129).”

A su vez, la STS de 23 febrero de 1999<sup>14</sup> señala que “El hecho de inscribir una compraventa no significa que se adquiera la propiedad del inmueble por el hecho de practicar el asiento; sig-

---

<sup>13</sup> RJ 1990\664.

<sup>14</sup> RJ 1999\1851.

nifica que la adquisición deriva del negocio traslativo (venta) documentado suficientemente y que la inscripción cumple el cometido de exteriorizar «erga omnes» que esa transmisión se ha operado válidamente.”

Por su parte la STS de 6 febrero 1990<sup>15</sup> añade que “según establece la propia Sentencia de 3-10-63 (RJ 1963\3964) que cita el recurrente, «el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el perfeccionamiento a que se refiere este artículo, porque tal base contractual únicamente confiere al comprador un «ius ad rem» sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los dos artículos 1461 y siguientes», de forma que el dominio sobre la cosa [...] solo nace [...] cuando concurren título y modo, faltando aquél cuando falta el precio, consumándose el contrato solo con la entrega del mismo y de la cosa.”

Por tanto, la adquisición del derecho real sobre la cosa sólo se produce tras el paso de los seis meses pactados, conforme al art. 1462.II CC, y sólo tras el paso de ese plazo será posible plasmar en el Registro de la propiedad una mutación jurídico-real.

Por el contrario, a favor de la inscripción se argumenta que la escritura recoge un acto válido, lo que supone, sin embargo, confundir consumación y perfección como se acaba de ver. Además, la inscripción daría lugar a una situación equívoca ya que el Registro publicaría una doble titularidad.

### **3.3 USUFRUCTO VIUDAL**

Se presenta la partición de la herencia de un aforado a favor de sus dos hijos pero sin que en el acta de notoriedad se haya reconocido usufructo viudal a favor del cónyuge viudo, el cual se encontraba separado judicialmente del causante.

---

<sup>15</sup> RJ 1990\665.

Conforme al art. 59 del Fuero civil del País Vasco, carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable. Se trata, por tanto, de calificar el acta de notoriedad. En el presente caso, existe la dificultad añadida que la separación pudo haberse decretado judicialmente, conforme al art. 81.1º CC, sin que conste que la misma le sea imputable a un cónyuge en concreto.

Es en el acta de notoriedad, entonces, donde habrán de haberse tenido en cuenta, conforme al art. 209 del Reglamento Notarial, los eventuales derechos sucesorios del cónyuge viudo, de modo que si citado éste en el expediente no hubiere alegado nada ni acreditado la interposición de demanda en juicio declarativo sobre los hechos objeto del mismo, el Notario podrá continuar la tramitación y adoptar la oportuna decisión, según la resolución de la DGRN de 8 de mayo de 1995, la cual, servirá de título para la inscripción.

### **3.4 HIPOTECA DE BIENES SUCESORIOS**

En una escritura de constitución de hipoteca comparecen la viuda y los hijos del causante, hipotecando un bien del mismo sin que medie partición, en garantía de una deuda de uno de los hijos. Se plantea si es necesaria o no la previa partición de la herencia con las consecuentes adjudicaciones.

En principio, salvados los obstáculos fiscales, no parece que exista dificultad para que presentes en la escritura todos cuantos pueden ostentar algún derecho sobre los bienes hereditarios den alguno de estos en hipoteca. Sin duda, conforme a la resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 2003, parece que los comparecientes engloban todos los intereses necesarios para la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia.

Sin embargo, de ahí no cabe deducir que puedan, omitiendo esa partición y tras la previa adjudicación, disponer de su derecho hereditario que es de lo único que disponen hasta que no hagan la partición. En efecto, conforme al art. 46.I LH, el dere-

cho hereditario cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva.

De ahí se desprende que no cabrá la inscripción de la hipoteca sin la previa adjudicación de los bienes. Ahora bien, no debe olvidarse que anotado el derecho hereditario, el mismo puede ser objeto de transmisión, gravamen o anotación.

### **3.5 ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO**

Se presenta un mandamiento de embargo en el Registro de la propiedad contra quien no es titular registral, pero se acompaña del consentimiento del titular registral, no demandado, favorable a que se proceda a la anotación del gravamen sobre la finca de que resulta titular. De las averiguaciones posteriores a la presentación resulta que el titular registral no es dueño de la finca, que le ha sido transmitida al demandado contra el que se dicta el embargo.

Conforme a los arts 629.II LEC y 140.1 RH al no estar la finca embargada a nombre del embargado procederá la suspensión, si como en el presente caso, resulta que el titular registral es causahabiente del mismo. Precisamente, el consentimiento favorable al embargo puede ser indicio de ese enlace entre el embargado y el titular registral que justifique la suspensión de la anotación en lugar de su denegación.

Por otro lado, conforme al art. 658 LEC, el tribunal no habrá ordenado el embargo, una vez vista la certificación registral según la cual resulte que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, a menos que en el procedimiento se haya acreditado que el embargado es causahabiente del titular registral.

### **3.6 CLÁUSULA PENAL EXCESIVA**

Se trata de una hipoteca en garantía de un préstamo de 36.000 € a 3 meses. En caso de vencimiento del plazo sin haber

obtenido el reembolso se pacta una cláusula penal de 12.000 €. Es un contrato por adhesión. La cláusula dice: “Pactan expresamente las partes, que sin perjuicio de lo preceptuado en la estipulación siguiente para los intereses de demora, la parte prestataria hipotecante deudora pagará a título de indemnización o en su caso, como cláusula penal la cantidad de doce mil euros si llegado el vencimiento no fuera reintegrada la suma pactada en su totalidad, consistiendo la parte prestataria hipotecante deudora que la finca hipotecada responda también de la mencionada cantidad como conceptos conexos.”

Al tratarse de un contrato por adhesión su contenido se halla formado por condiciones generales, de modo, que si en el mismo se alega la existencia de alguna cláusula negociada individualmente, es decir, la presencia de un acuerdo singular, la carga de la prueba de la negociación corresponde al predisponente, lo que no se realiza conforme al art. 10 bis 1.III LGDCU.

Encontrándonos, por tanto, ante una condición general y atendidas las circunstancias del caso, a saber, el montante de la deuda, el breve plazo de vencimiento y la importancia de la indemnización por impago resulta a todos luces excesivo el importe de la indemnización, pues la misma se muestra por completo independiente de algún daño efectivo que el acreedor pudiera sufrir como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal o del impago de los intereses, concepto ambos asegurados con la hipoteca. Por las mismas razones tampoco puede ser considerada tal indemnización como un concepto conexo.

Fuera de eso no es posible imaginar sin que el acreedor lo justifique, lo que no hace, qué tipo de perjuicio soporta por el impago distinto de los intereses de demora. Por ello, parece claro que el supuesto incurre en el nº 3 “in fine” de la disposición adicional 1ª LGDCU, es decir, contiene una indemnización excesiva que, además, parece independiente y no accesoria de la obligación principal, lo que conducirá a la denegación de la cláusula, lo cual, sin embargo, no impide la inscripción de la hipoteca sin la referida estipulación.



### **3.7 DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA POR EL CONSTRUCTOR NO PROPIETARIO**

Se declara una obra nueva por un constructor que no es propietario de la finca, pero que pretende, con el consentimiento de los titulares registrales, inscribir la obra nueva a su favor.

Procede la suspensión de la inscripción porque no consta ni la adquisición de lo edificado por los dueños del terreno ni la forma jurídica que permitiría la coexistencia del derecho del constructor y de los titulares del terreno en el folio registral del mismo.

En efecto, constando que la obra se ha realizado por un tercero no es posible su inscripción si no consta la opción del propietario del terreno por la propiedad de lo construido y el previo pago de la obra, conforme al art. 361 CC.

Por otra parte, en el caso de que se quisiera la coexistencia de un derecho separado sobre lo edificado a favor del constructor con el derecho de los dueños del terreno es necesaria la constitución del correspondiente derecho real, tal que el derecho de superficie u otro que los interesados consideren legítimo, conforme al art. 16 RH.

Debe señalarse que el requisito del pago de las obras es de interés, únicamente, para el caso de que el constructor sea una persona distinta a los titulares registrales, porque cuando el que construye es el propio titular registral la cuestión del pago carece de relevancia para la adquisición de la obra, que corresponde al dueño del terreno conforme al art. 359 CC.

### **3.8 EXPROPIACIÓN DE BIEN PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL**

En 1970 el Ayuntamiento de Bilbao promueve expediente expropiatorio de determinada finca que se halla inscrita en el Registro de la propiedad a nombre de quien según la inscripción aparece como casado. Ahora se pretende la inscripción de aquel

expediente expropiatorio, pero como en su tiempo, se entendió únicamente con el marido titular registral, se plantea si es necesario el concurso del otro cónyuge o sus herederos.

En 1970, en el régimen de gananciales, el esposo era el administrador de la sociedad de gananciales. La determinación del justiprecio por mutuo acuerdo, por otro lado, es un acto de administración, por lo que se considera que el expediente, tal como se tramitó en su día, es inscribible, sin que se entienda necesario trámite adicional alguno con el otro cónyuge o sus herederos.

### **3.9 DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE**

En la venta de unas viviendas de un ente municipal a sus inquilinos se quiere limitar su derecho de libre disposición, dado el carácter social de la transacción, dirigida a facilitar el acceso a la propiedad de su vivienda por los arrendatarios.

Para ello, en la compraventa se establece un derecho de adquisición preferente a favor del vendedor por el plazo de diez años por un precio actualizado, al momento de la enajenación, con el IPC más los gastos del art. 1518 CC. El derecho a favor del patronato municipal se constituye para el caso de toda transmisión inter vivos, ya sea voluntaria o forzosa, privada o pública, a título gratuito u oneroso, y no sólo en la primera venta que tenga lugar, sino en cualquiera con posterioridad a la primera que se pueda celebrar.

En el caso de que se tratase de una transmisión voluntaria se establece la obligación del adquirente actual de notificar por acta notarial a la entidad municipal, que dispondrá, a su vez, de un plazo de tres meses desde la notificación para el ejercicio de su derecho.

En el caso de transmisión forzosa, “sin que el impulsor de la transmisión haya cumplido el trámite de notificación mediante acta notarial a VIVIENDAS MUNICIPALES de su propósito de transmisión, y sin que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de notificación para que el Ente pueda ejercitar su derecho

de adquisición preferente, no será inscribible en el Registro de la propiedad la transmisión pretendida.” Se plantea la inscribibilidad de la última cláusula.

No procede reparo alguno respecto de la posibilidad, conforme al art. 1508.II CC, de inscribir el derecho de adquisición preferente a favor del Organismo municipal. Ahora bien, se plantea la duda, de si la falta de notificación de la transmisión a dicho organismo, impide la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad.

El carácter social de la enajenación y la naturaleza pública municipal del vendedor favorecen la admisión del pacto por el que se restringe la inscripción de la adquisición por un tercero. Sin embargo, el mismo ha de sujetarse a los límites legales. Además, dado que la regulación del derecho a inscribir se realiza por normas de Derecho necesario no parece posible limitar el mismo sin una norma expresa que lo autorice, pese a la existencia de las indicadas razones sociales.

### **3.10 LEGADO DE USO Y HABITACIÓN**

Se presenta en el Registro una escritura de “Manifestación, aceptación y adjudicación de herencia”; comparecen al otorgamiento el hijo y la hija de la causante, únicos herederos de la misma. Del testamento que se acompaña resulta un legado a favor de dos hermanos de los herederos, y mientras vivan, del derecho de uso y disfrute de una habitación, a cada uno, en la vivienda propiedad de la testadora, al momento del fallecimiento.

Los herederos, únicos comparecientes, adjudican la vivienda a la hermana heredera, quien acepta el legado del derecho de uso y disfrute de una habitación en la vivienda adjudicada, a favor del hermano legatario, haciendo constar que la otra legataria, ha fallecido con anterioridad.

La heredera adjudicataria no acredita su representación, por lo que la aceptación del legado en nombre de su hermana es nula conforme al art. 1259 CC. Por otra parte, el art. 47 LH

reconoce al legatario de bienes inmuebles determinados el derecho a pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su legado, pero no establece el cierre registral en caso de adjudicación al heredero de tales bienes sin la anotación.

El art. 151 RH para ese caso señala que los herederos podrán inscribir a su favor los *demás* bienes hereditarios en cualquier tiempo, de donde, se desprende, “a sensu contrario”, que no podrán inscribir el bien sobre el que recaen los derechos reales determinados objeto del legado.

Así, aunque no se haya practicado la anotación preventiva, tratándose de un legado de inmuebles determinados, tales bienes, en este caso un derecho de habitación, no pasan a formar parte del caudal hereditario ya que el derecho a los mismos pasa al legatario al tiempo de la muerte del causante. En consecuencia, no cabrá la inscripción de la vivienda sin la aceptación del legado por el legatario.

### **3.11 COMPLEJO INMOBILIARIO**

Un conjunto inmobiliario promovido y construido hace cuarenta años, en tres fases, por la Asociación local del Hogar, se halla formado por tres edificios y diecisiete portales, cada uno de los cuales forma una subcomunidad dentro de la comunidad correspondiente a su finca, si bien, existen servicios comunes a las tres edificaciones –gas, estacionamiento, piscina-, que dan lugar a gastos, también comunes.

Cada fase se inscribió como finca independiente, pero, como se ha dicho, las tres edificaciones forman un conjunto. En su día, la Asociación local del Hogar, promotora del complejo, se reservó la facultad de redactar los estatutos del complejo, en el que cada edificación tiene una cuota. Se plantea si cabe constituir un complejo inmobiliario respecto de las tres fases o edificaciones.

La respuesta parece, sin duda, afirmativa. En efecto, para constituir un complejo inmobiliario, conforme al art. 24 de la Ley

sobre propiedad horizontal, es necesario que se trate de fincas independientes, que principalmente estén destinadas a viviendas o locales, que existan elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios comunes y, finalmente, que el complejo se constituya adecuadamente.

Para ello, en el presente caso pueden acudir a la agrupación de comunidades, para lo que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada será otorgado por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de propietarios.

***Carlos Ballugera Gómez***