

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI. CASOS DEL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2005

IV. CASOS EXAMINADOS EN ABRIL

1. Facultades del liquidador de una sociedad

Determinada persona física actúa como liquidador y administrador, respectivamente, de dos sociedades distintas, adjudicando bienes en pago de una deuda. Esta persona comparece como liquidador de “A, S.A.” y como administrador único de “B, S.A.” y manifiesta, que la sociedad A suscribió un convenio con la Hacienda Foral comprometiéndose a pagar una serie de deudas, entre ellas parte correspondiente a la sociedad B. Por medio del pago que A hace a la Hacienda Foral surge la deuda de B frente a la primera. Ahora en la escritura que se presenta la sociedad B adjudica una finca a la sociedad A en pago de esa deuda. En dicha escritura se incorpora certificación del acuerdo de la Junta General de las sociedad A acordando la aceptación de la adjudicación. Se plantea, primero, si puede un liquidador adjudicar un bien en pago de deuda, segundo, si es necesaria la ratificación de las Juntas Generales de las sociedades representadas, en particular de la sociedad B, al darse un posible supuesto de autocontratación y conflicto de intereses.

Respecto de la primera cuestión, los liquidadores están autorizados incondicionalmente para realizar *enajenaciones* [arts. 272 d) LSA y 116 d) LSRL], y sólo para la venta, tratándose de sociedades anónimas, se impone a los liquidadores la subasta o la autorización de la Junta dispensándoles.

En este punto se mantuvieron dos posturas: (1) La de quienes sostuvieron que una adjudicación en pago de una deuda es asimilable al supuesto de la venta, y por tanto sería necesaria subasta pública –este supuesto se daría si el acreedor resultase adjudicatario de dicha subasta– o, en su caso, autorización de la Junta dispensando de la necesidad de la subasta. (2) La otra postura considera que la adjudicación en pago de una deuda es, en este caso, una operación liquidatoria para la que no es necesaria la subasta pública. Puede entenderse como una operación liquidatoria tendente a la extinción de las relaciones jurídicas de la sociedad, pues la adjudicación en pago de una deuda puede ser un procedimiento más efectivo que enajenar el inmueble y con el dinero pagar la deuda.

Respecto de la segunda cuestión, parece claro que hay autocontratación ya que una misma persona está actuando en nombre y representación de dos sociedades distintas, como liquidador de una y administrador de otra. Y parece claro también el conflicto de intereses, pues las recíprocas posiciones de las partes se hallan en una situación de contraste, ya que una de las personas jurídicas es acreedora y la otra deudora. Parece obvio que a una empresa le interesa que el bien se valore al alza y a la otra a la baja.

Al ser la misma persona física la que actúa en representación de las dos sociedades no se asegura que en la formación de las voluntades respectivas –adjudicar en pago y aceptar– haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio afectado. Por tanto, es necesaria la ratificación, ante la extralimitación del representante, de los máximos órganos de las sociedades afectadas, salvando así la colisión.

2. Sociedad civil: inscripción a su favor

En una compraventa se afirma que los dos compradores “compran *por mitad y pro indiviso*, como únicos socios de la sociedad civil privada X”; del título resulta por manifestación de los mismos compradores que son ellos dos los únicos socios de la sociedad civil, y que compran *por mitad y pro indiviso* en su calidad de socios. Además la parte compradora al dirigirse al Liquidador para solicitar los correspondientes beneficios fiscales manifiesta que es una empresa que incorpora la vivienda objeto de la compra a su activo circulante con la finalidad de venderla a un particular para su uso como vivienda, y que su actividad principal es la construcción de edificios, la promoción inmobiliaria o la compraventa de bienes inmuebles por cuenta propia.

Por otra parte no se acompaña documento del que resulte la constitución de la sociedad civil, de modo que no puede calificarse el objeto social, la válida constitución de la entidad, el régimen de administración y demás pactos reguladores de la sociedad, así como el carácter de únicos socios de los comparecientes. El problema que se plantea al Registrador es el de a quién corresponde la titularidad del bien adquirido, si a la sociedad como persona jurídica o a los comparecientes *por mitad y pro indiviso*, con independencia de su cualidad de socios.

Desde un primer punto de vista, cabe entender que no queda claro a favor de quien se pretende realizar la inscripción, y con fundamento en el principio de especialidad, lo que procede es suspender el documento hasta la aclaración. Entonces, la compraventa se suspenderá por no resultar con claridad del título si la finca se adquiere por los comparecientes, *por mitad y pro indiviso*, con independencia de su cualidad de socios, o por la sociedad civil.

Otra postura se muestra favorable a inscribir el documento como una compraventa ordinaria a favor de dos personas *por mitad y pro indiviso*, sobre la base de entender que las referencias de los comparecientes a que adquieren como socios de la sociedad civil privada X, se hacen únicamente a efectos fiscales, ya que si la

adquisición se realizó para la sociedad se debió decir expresamente y de la comparecencia debía resultar que los compradores actuaban en realidad como administradores de la sociedad civil.

Dentro de esta postura, a su vez, caben dos modalidades de actuación: (1) advertir en la nota de despacho que la inscripción que ha practicado a favor de las dos personas, por mitad y pro indiviso, y no a favor de la sociedad civil, conforme al art. 434.VI RH, (2) no hacer ninguna referencia especial en la nota de despacho. El hecho de haberse planteado el problema abona decantarse por la primera de las modalidades, ya que con ese proceder se advertirá, con la mayor claridad a los interesados, del asiento que realmente se ha practicado.

3. Elevación a público de sólo parte de un documento privado

Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de elevación a público de parte de un documento privado en el que una persona vendía a otras dos que compraban por mitad y pro indiviso. En efecto, al otorgamiento de la escritura pública sólo comparecen el vendedor y uno de los compradores, a efectos de que se inscriba en el Registro la compra de su mitad indivisa de la finca.

Se plantea si para la elevación a publico de un documento privado es esencial que dicha elevación sea del documento en su integridad, debiendo exigirse por tanto en el caso planteado la comparecencia del otro comprador, o si puede admitirse la elevación a público del documento privado en relación exclusivamente a la cuota del compareciente, al concurrir los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa), siendo la forma en este caso un simple medio de prueba (carácter *ad probationem*).

En primer lugar, se pone de manifiesto que quien podría resultar perjudicado por esta elevación parcial a público del documento, el vendedor, comparece y presta su consentimiento,

por lo que no cabrá objetar nada, desde ese punto de vista, al acto de elevación a público que se considera.

Después, se plantea que más que entender que estamos ante una “elevación a público” de un documento privado, nos encontramos ante una especie de “novación del contrato con cambio de objeto”, pues el vendedor presta de nuevo su consentimiento, pero ahora lo que se vende es sólo una parte de la finca, no la totalidad. Y no parece que deban ponerse obstáculos desde el punto de vista del Registro, aunque no se inscribiría el contrato como ha sido calificado, “elevación parcial a público”, sino como una venta de una mitad indivisa de la finca, advirtiéndolo en la nota de despacho.

También hubo quien planteaba ciertas dudas a la hora de admitir la operación, puesto que el contrato ha sido celebrado por dos partes para vender la totalidad de la finca, por mitades a dos personas; y si el contrato se configuró así inicialmente, para alterarlo sería necesaria la concurrencia de todos los que intervinieron inicialmente. En ese punto cabe traer a colación la resolución de 28 de noviembre de 2000, que afirma que no puede alterarse el contenido contractual del documento privado que se pretende elevar a público sin el consentimiento de todas las personas afectadas.

En definitiva, la postura mayoritaria se decantó por inscribir, sobre la base de que el vendedor no queda perjudicado al prestar su consentimiento, y siempre teniendo en cuenta los principios de economía y flexibilidad del sistema, que deben llevar a los Registradores, siempre dentro de los límites de ese mismo sistema, a procurar en todo lo posible el ingreso en los Libros de los títulos, para que gocen de protección y garantías, puedan ser objeto de operaciones de tráfico y permitan a su titular el máximo rendimiento económico-jurídico (resolución de la DGRN de 7 de enero de 1994).

4. Conflicto de intereses en actuación de emancipado

Se pretende hipotecar una vivienda que pertenece por cuotas al padre viudo y a sus dos hijos, uno de los cuales es menor y se halla emancipado.

Según el art. 323 CC, el emancipado no puede tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. Por tanto, es su padre quien tiene que prestar el consentimiento, pero como el padre es también propietario de una cuota, se plantea si hay “conflicto de intereses”, dado que por una parte presta su propio consentimiento y, por otra parte, complementa el consentimiento del emancipado.

A favor de la operación se puede decir:

1.- No parece que los intereses sean contrapuestos, sino más bien correlativos o concurrentes, dado que lo que se pretende es obtener un préstamo para financiar la adquisición de la vivienda familiar.

2.- El consentimiento no lo está prestando el padre en lugar del hijo, sino el hijo emancipado complementado con la autorización del padre. (3) Si para el caso del menor de edad, el art. 166 CC exime al padre de la autorización judicial para realizar actos de disposición si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, con mayor razón debe entenderse esto mismo en el caso del emancipado. (4) La resolución de 6 de julio de 1917 sobre la constitución de hipoteca por un padre, por sí, y en representación de sus hijos menores, señala que no existía oposición alguna de intereses entre el padre y los hijos a quienes el mismo representa, antes bien, se advierte identidad de aspiraciones para ofrecer con el patrimonio común, una garantía real que asegure al Banco la efectividad de sus derechos, y les permita a ellos obtener a su vez las ventajas buscadas con el préstamo.

5. Subrogación de acreedor hipotecario

Se plantea si se produce la misma a favor de la entidad subrogada, conforme a la ley de 1994 en el caso de que la misma en lugar de pagar el préstamo al acreedor entregue su importe a los prestatarios, los cuales, a su vez, prometen pagar.

A diferencia de lo que ocurre en el art. 1211 CC en el que la iniciativa en la subrogación corresponde al deudor, que toma el dinero a préstamo de otro acreedor en escritura pública y paga a su acreedor, sin cuyo pago, por otra parte, no es posible la subrogación; en la Ley 2/1994, de 30 de enero, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, esa iniciativa corresponde a la entidad subrogada, que es la que paga al acreedor primitivo.

Por otra parte, el art. 2.III de la citada ley declara que para que la subrogación surta sus efectos basta declaración de la subrogada de haber efectuado el pago, justificado con resguardo de la operación bancaria, mientras que para el caso del apartado IV exige que se deposite la suma ante Notario a disposición de la entidad acreedora. Por todo ello, no es posible admitir que se haya producido la subrogación con la mera promesa de los prestatarios.

6. Mandamiento de embargo

En un mandamiento de embargo se traslada la diligencia de ordenación por la que se ordena la expedición del mismo a propósito de una traba realiza en fecha anterior que se indica, pero sin especificar el tipo de resolución en la que se adoptó. Se plantea si basta la traslación de la citada diligencia de ordenación para la práctica del embargo.

Conforme al art. 165 RH, toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme.

Con arreglo al art. 206.2.2ª LEC, dicha resolución es el auto ordenando la anotación, resolución procedente cuando se resuelve sobre anotaciones e inscripción registrales; además, el auto habrá de insertarse, como hemos visto, literalmente. Por lo tanto, pese a lo prevenido en el segundo párrafo del art. 545.4 LEC, no es posible aceptar que la resolución que se inserta literalmente sea la diligencia de ordenación.

7. Casas prefabricadas

Se plantea si es necesaria licencia de obra para la inscripción de una declaración de obra nueva de una casa prefabricada.

La casa prefabricada, conforme al art. 334 CC, sería bien inmueble, una de dos, o por destino o por incorporación. En el primer caso, alcanzaría tal condición por la decisión de su propietario de destinarla al servicio del solar, cuya vida jurídica seguirá en adelante, mientras que por incorporación lo sería si fueran necesarias algunas obras para fijarla al terreno, de modo que no se pudiera separar de él sin menoscabo.

En el primer caso, la declaración de obra nueva vendría a expresar la decisión del propietario de destinar la casa al servicio del inmueble, mientras que en el segundo, manifestaría la realización de obras de unión de la construcción prefabricada al suelo. Parece que en ambos casos es necesaria la licencia urbanística a fin de comprobar que el proyecto de instalación de la casa es conforme con el planeamiento.

Otra cosa muy diferente, en el caso de que no haya obras de anclaje o adhesión al terreno, es que no quepa la certificación del técnico de la finalización de la obra conforme al proyecto. Sin embargo, tratándose de un solar, parece imprescindible un mínimo de obras para dar al conjunto prefabricado suministro y evacuación de aguas y energía eléctrica, por lo que la intervención del técnico resulta igualmente necesaria.

8. Ley de costas

En el Registro de la propiedad consta inscrito un grupo de viviendas sujeto al régimen de propiedad horizontal pero que se hallan construidas sobre el dominio público marítimo-terrestre en virtud de una concesión administrativa otorgada en 1965 conforme a la Ley de Puertos de 1928, y en cuyas condiciones se expresa que la concesión es a título de precario, sin plazo, a salvo el derecho de propiedad y sin cesión del dominio público. Igualmente consta inscrita el acta de recibimiento de obras pero no

hay referencia alguna a que sea necesaria autorización administrativa para la transmisión de su derecho por los particulares. Los concesionarios se hallan obligados a satisfacer un canon anual por la concesión. Se plantea la inscribibilidad de las transmisiones de las viviendas y de los actos de gravamen a la luz de la vigente Ley de Costas.

El art. 70.2 de la Ley de Costas de 1988 prohíbe la transmisión de las concesiones por actos inter vivos, además, la que se acaba de describir parece que choca con el carácter temporal que se atribuye a las concesiones por la vigente ley. No obstante para precisar su régimen es preciso acudir a las disposiciones transitorias.

Así, la cuarta previene la demolición de las obras construidas con anterioridad pero sin concesión sólo si no procede su legalización. Respecto de las construcciones realizadas conforme a concesión anterior a la entrada en vigor de la Ley serán demolidas únicamente al extinguirse la concesión. Sin embargo, en el presente caso la concesión no tiene señalado plazo, por lo que sólo cabrá su extinción por otras causas, cuya producción parece que no consta en el Registro.

Por su parte, la disposición transitoria quinta, en su apartado segundo previene que en el plazo de dos años y previamente a la inscripción, en su caso, en el correspondiente Registro, la Administración del Estado revisará las características y el cumplimiento de las condiciones de las reservas, adscripciones y concesiones vigentes a la promulgación de la Ley de Costas, pudiendo las concesiones ser revocadas, total o parcialmente, además de por las causas previstas en el título correspondiente, cuando resulten incompatibles con los criterios de ocupación del dominio público establecidos en la Ley. Añadiendo que la indemnización se determinará, en su caso, por aplicación de lo previsto en las cláusulas de la concesión o, en su defecto, en la legislación en cuya virtud se otorgó aquélla.

En consecuencia, en tanto que la concesión no sea objeto de extinción o de revocación por la Administración competente, lo que no consta en el Registro, seguirán vigentes las otorgadas con

anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas, como es el caso de la que ahora se estudia.

9. Concentración de responsabilidad

Existen varias fincas pertenecientes al mismo titular registral, gravadas cada una de ellas con una primera hipoteca a favor de un mismo acreedor. Posteriormente, esas fincas se integran en un procedimiento de equidistribución, adjudicándose al aportante, titular registral de esas fincas, una nueva y única parcela, que arrastraría las cargas anteriores. Se plantea si es posible que en lugar de trasladar las tres hipotecas, de suerte que cada una grave únicamente el porcentaje que a la finca aportada corresponde en la de resultado, se proceda a la refundición de las mismas y se garantice el importe total de ellas con una sola, en atención a que acreedor, deudor e inmueble son los mismos. También se plantea, en el caso de que sea posible la refundición, cual sería el trámite a seguir.

Caso de que se trate de una misma hipoteca distribuida entre tres fincas iniciales no parece, que por la vía del art. 11.8 del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario, haya dificultad para que por medio de acuerdo de los interesados en el expediente se proceda a la refundición de la responsabilidad de suerte que la finca resultante quede gravada por una sólo hipoteca, tal como vimos en la sesión de 6 de octubre pasado.

Ahora bien, si se trata de hipotecas distintas será preciso para realizar esa refundición proceder a la armonización de su régimen –plazo, tipo de interés, etc.-, armonización novatoria, que por otro lado, únicamente producirá efectos a partir de la inscripción del expediente de equidistribución, conforme a los arts. 144 LH y 240 RH.

V. CASOS EXAMINADOS EN MAYO

1. Expropiación de servidumbre para itinerario ecológico

Consulta sobre la naturaleza jurídica y reflejo registral de acuerdos con propietarios afectados por la próxima construcción

de itinerario ecológico en varios municipios de Bizkaia. Una Mancomunidad vizcaína de municipios pretende llevar a cabo una actuación en materia de turismo y medio ambiente dirigida a implantar un camino ecológico para el tránsito exclusivo de peatones y cicloturistas que discurriría por las orillas de un río atravesando cinco municipios.

Se pretende que sea la Mancomunidad la encargada de gestionar el proyecto por medio de una sociedad pública. A lo largo del camino, unos veinte kilómetros en total, nos encontramos tanto con tramos de caminos públicos que serán aprovechados como con tramos que deben ejecutarse y que transcurrirán por propiedades privadas, aunque el camino que transcurra estas últimas debe, de alguna manera, pasar a ser de titularidad de los ayuntamientos.

Tratándose de un emplazamiento rural tradicional la “expropiación forzosa” del dominio se estima como una intervención jurídica agresiva, excesiva en una población habitualmente colaboradora y sensible con las iniciativas públicas, e innecesaria por cuanto que, en términos estrictos, la ejecución del proyecto, el paso por propiedades privadas, no hace precisa la privación de la titularidad dominical bastando con una autorización o, en su caso, con la imposición de una carga ya sea real, ya sea personal, que permita la constancia registral a efectos de evitar problemas con terceros, futuros adquirentes.

Sin embargo, cuando se ha planteado la cuestión, han surgido dudas en torno a si tal carga puede o no conceptualizarse como “servidumbre real” en beneficio de la colectividad en general y, por lo tanto, sobre la posibilidad de acceso al registro de la misma. La importancia de la iniciativa (medio-ambientalmente sostenible y de inmenso valor, en todos los campos, para un valle vizcaíno deprimido) que va a hacer posible incluso la evitación de los innumerables riesgos debidos al actual trayecto angosto por la carretera general (el nuevo itinerario sería peatonal y discurriría en paralelo a la misma), y el hecho generalizado de la inscripción registral de las “servidumbres públicas” debidas o impuestas al planeamiento urbanístico, debería tener acomodo en la legislación hipotecaria.

Éste sería, por ello, el *quid* de la consulta. ¿Qué tipo de negocio y qué calificación jurídico hipotecaria habría de tener el acuerdo con los propietarios afectados en los términos ya señalados? ¿Cómo habría de articularse el mismo para que tuviera el pertinente reflejo registral?

La agresividad de la intervención parece que se refiere a la necesidad de evitar la expropiación del *dominio*, no al hecho de que el modo de gestión deba ser el de expropiación. Actuar sobre un ámbito tan extenso exclusivamente por medio de acuerdos con los propietarios del suelo puede ser largo y costoso, amén de ser de gestión imposible.

Si los particulares se encuentran dispuestos a colaborar, lo lógico parece acudir a la expropiación de la servidumbre y alcanzar, con aquellos propietarios dispuestos, los correspondientes acuerdos sobre el justiprecio. Además, lo más adecuado al fin que se pretende es la vía expropiatoria, pues precisamente la naturaleza e importancia del mismo fin son las que justifican la correspondiente declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los terrenos, con que se inicia la intervención expropiatoria del derecho de paso.

La servidumbre al afectar, en hipótesis, a una parcela mayor, pese a que se extienda a una superficie determinada de suelo, no agota el dominio del predio sirviente, que se supone una finca de mayor cabida, por lo que únicamente se expropia un aprovechamiento parcial y no el dominio de la parcela total, sin que sea necesario realizar segregación alguna con motivo de la actuación.

La expropiación de la servidumbre es inscribible conforme al vigente en Euskadi, art. 211.3 del Texto refundido de 1992 de la Ley del suelo. Sin embargo, no parece posible que se practique una inscripción de la servidumbre a favor de la colectividad, a menos que se pretenda declarar la misma de dominio público.

Al no haber predio dominante, la servidumbre debe constituirse con carácter personal e indefinido a favor de la sociedad pública encargada de la gestión del proyecto, beneficiaria

de la expropiación, debiendo tenerse en cuenta que en aquellos casos en que el terreno sea colindante con el cauce del río la servidumbre se solapará con la servidumbre legal del art. 553 CC que afecta a la zona de tres metros de la ribera de los ríos y con la que no parece incompatible.

Por otra parte, la servidumbre personal viene admitida por el art. 531 CC, puede establecerse a favor de una persona jurídica y con carácter indefinido, ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947 (RJ 1947\760) señala que es insostenible la hipótesis de la temporalidad forzosa de las servidumbres personales.

Dada la exigua reglamentación de las servidumbres personales, contenida en el Código civil, se considera que en lo que no resulte incompatible por su naturaleza diversa, se regirán en cuanto a su constitución, modificación y protección por las reglas de las servidumbres prediales.

El Tribunal Supremo admite, como hemos dicho el que se establezcan con carácter indefinido, y con objeto de diferenciarlas de los derechos de crédito, considera necesario que se fije concretamente el contenido del gravamen que debe soportar el predio sirviente, así como una acción <<erga omnes>> que autorice a dirigirse contra cuantos obstaculicen la facultad de goce del aprovechamiento parcial que constituya el contenido de la servidumbre (STS de 4 de junio de 1964, RJ 1964\3097).

2. Herencia, interpretación: institución de heredero bajo condición o carga

Una viuda, con poder testatorio de su marido, instituye herederos de su herencia y de la de su marido a sus doce hijos con la siguiente carga o condición: “Todos los bienes de ambas herencias permanecerán sin partir hasta que el menor de los hijos de la testadora cumpla la edad de veinticinco años. Durante dicha indivisión todos los frutos y rentas se destinarán a prestar alimentos a los hijos menores de veinticinco años hasta que cumplan dicha edad; y dejarán de ser beneficiarios de esta carga no solo los hijos

que cumplan dicha edad, sino también los que antes de cumplirla contrajeran matrimonio o dejaran de necesitarlo”. Además, nombra administradores para la situación de indivisión.

En la escritura de partición de herencia comparece una hija, mayor de edad pero menor de veinticinco, que manifiesta que no necesita seguir recibiendo los frutos, por lo que autoriza a que se proceda a hacer la aceptación y partición.

La cuestión que se plantea es si se entiende que se trata de una institución condicional y, por lo tanto, habrá que esperar a que la condición se cumpla para que opere totalmente la institución de heredero o, simplemente, si nos hallamos ante una institución modal.

El caso cobra sentido, únicamente, si se parte del supuesto de que la hija en cuestión es la única menor de veinticinco años. Sobre esa base, y atendiendo al tenor literal de la disposición, la misma establece una carga (vid. art. 797 CC).

Desde ese punto de vista, y dado que la institución modal no afecta al llamamiento a la herencia, ni es necesario que los herederos cumplan previamente la carga, podrán adjudicarse los bienes sin necesidad de posponer la partición hasta que el menor de los hijos alcance los veinticinco años. Por su parte, los bienes podrán inscribirse a nombre de cada uno de los herederos con la carga.

Si según el tenor de la disposición testamentaria se exige que los frutos se destinen a los hijos que tengan necesidad, los que no la tengan no sólo podrán renunciar sino que no tendrán derecho a los mismos, por lo que la simple manifestación de la falta de necesidad será suficiente para que no se le apliquen los frutos. Ahora bien, ello no quiere decir que en caso de que renazca la necesidad de tales hijos, no renazca el derecho de los menores de veinticinco años.

Sin embargo, nada se opone a que la beneficiada por dicha carga puede renunciar a la misma, siendo como es mayor de edad y plenamente capaz. Abunda en la posibilidad de renuncia el

hecho de que el hijo beneficiario de los frutos pierda su derecho a ellos si realiza un acto voluntario como es el matrimonio, con mayor razón los perderá si lo que pone de manifiesto es su voluntad de no percibirlos.

En cuanto a la cancelación de la carga será necesario que se acredite al Registrador o bien la renuncia de todos los coherederos menores de veinticinco años, o el matrimonio de los mismos, o el cumplimiento de esa edad por el menor de los hijos. En los dos primeros casos será necesario acreditar, además, que los demás hijos han cumplido la citada edad.

3. Subsistencia del poder

En una escritura de préstamo hipotecario comparece el marido en su nombre y en representación de su mujer hipotecando una finca inscrita a nombre del primero para la sociedad conyugal de gananciales. El Notario da todos los datos del poder diciendo que los toma de la matriz ya que fue él quien autorizó dicho poder. Se plantea la cuestión de la subsistencia del poder.

Tratándose de un poder de un particular en el que no cabe acreditar la subsistencia por la inscripción en el Registro Mercantil, la única manera de acreditarla es la exhibición al Notario de copia autorizada de la escritura o su aportación posterior al Registro, dado que lo que demuestra que dicho poder sigue existiendo y no ha sido revocado es la posesión por el apoderado de la copia autorizada, teniendo en cuenta la revocación real del artículo 1733 CC.

El único supuesto en el que se permitiría acreditar la subsistencia del poder sin necesidad de exhibición tendría lugar si entre las facultades del apoderado se encontrase la de solicitar copias, pues a efectos prácticos esa autorización equivale a la concesión del poder con carácter irrevocable. En esa línea se pronuncia la DGRN en su resolución de 17 febrero 2000 que exige como requisitos para la acreditación de la representación voluntaria “que el apoderado haya actuado mediante exhibición al Notario, o en su defecto, mediante su aportación al Registro,

en virtud de copia autorizada del poder, o que acredite, mediante otro documento público (v. gr.: certificación del Registro Mercantil) la subsistencia de dicho poder en la fecha del otorgamiento.”

4. Propiedad horizontal: apertura de folio, cancelación parcial de hipoteca y distribución de responsabilidad

Se trata de un edificio en régimen de propiedad horizontal en el que en su día, y a petición de la promotora propietaria del edificio, no se procedió a abrir folio independiente a cada uno de los elementos privativos.

Sobre el solar, antes de la declaración de obra nueva y de la división horizontal, se constituyó una hipoteca, y tras esa división horizontal algunos de los pisos se vendieron y ya se han inscrito las ventas en su correspondiente folio.

Ahora se presentan dos documentos:

1.- Una escritura pública de cancelación parcial de hipoteca con liberación de algunos de los elementos independientes

2.- Una instancia de distribución de responsabilidad hipotecaria entre los pisos que no han quedado liberados por la cancelación parcial anterior, firmada, con fecha anterior a las ventas ya inscritas, por el representante de la promotora y por el representante de la entidad de crédito.

Hay que añadir que en su día en las escrituras de venta se reconocía esa distribución de responsabilidad hipotecaria, pero señalando simplemente, en el apartado de cargas de la escritura, lo siguiente: “No obstante lo anterior, y respecto de la hipoteca constituida a favor de XXX mediante escritura autorizada por el Notario de Bilbao XXX, se ha formalizado con fecha XXX, número XXX de protocolo del citado Notario de Bilbao XXX, carta de pago parcial, habiéndose distribuido por instancia dirigida al Registro de la Propiedad, de fecha XXX, la responsabilidad hipotecaria, asignando al elemento objeto de la presente escritura, la cantidad de XXX de principal”. No se dice

nada de intereses ordinarios, ni de demora, ni el domicilio a efectos de notificaciones, ni el precio de tasación para subasta.

Cuestiones que se plantean:

1.- Respecto a la cancelación parcial, se plantea si es posible la de la hipoteca liberando alguno de los elementos privativos sin el consentimiento de los propietarios cuyos pisos van a seguir gravados. Todo ello teniendo en cuenta, además, la distribución de responsabilidad que lleva implícita la operación, y a la que no se hace referencia en el documento.

2.- La instancia plantea, entre otros problemas de menor calado, los siguientes: (I) No comparecen los propietarios de los pisos ya vendidos e inscritos y respecto de los cuales se pretende distribuir la responsabilidad hipotecaria. (II) No se fija el precio de tasación para subasta individualizado para cada uno de los pisos, sino que simplemente se señala que se tasan a los efectos de subasta en el mismo importe de responsabilidad por principal, esto es, por la suma de XXX. (III) No se fija el domicilio de los deudores a efectos de notificaciones.

3.- Se plantea la cuestión de si para los pisos sobre los que se va a distribuir la responsabilidad –los que siguen siendo propiedad de la promotora- es necesario abrir folio independiente, o bien pueden seguir en la finca matriz, teniendo en cuenta la voluntad de la promotora de que no se saquen a folio separado.

4.- También se plantea la cuestión de si es necesario que consientan o no los propietarios de los pisos cuyas ventas ya se han inscrito, en base a asientos de presentación anteriores a los de la escritura de cancelación parcial de hipoteca y de la instancia de distribución de responsabilidad hipotecaria: (I) para cancelar parcialmente la hipoteca respecto de otros pisos, quedando los suyos gravados; y (II) para hacer constar la distribución de responsabilidad hipotecaria -que afecta a su piso- a través de un documento privado presentado en el Registro después de estar inscrita ya su venta, y a cuya firma, del documento privado, no han comparecido.

5.- Por último está el problema de que se siguen presentado en el Registro documentos de compraventa, planteándose la cuestión de si debe quedar cerrado el Registro para esas ventas cuya presentación se ha hecho después de los asientos de presentación de la escritura de cancelación parcial y de la instancia de distribución.

Es evidente que la cancelación parcial empeora la posición de los pisos que permanecen gravados, por lo que no parece que pueda cancelarse la hipoteca respecto de algunos de los pisos y no respecto de otros. Ello, por otra parte, supondría una distribución de la responsabilidad hipotecaria que no podría tener lugar sin el consentimiento de los propietarios de los pisos que van a seguir gravados.

Así resulta del artículo 123 LH y de diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a saber, de 17 de marzo de 1969, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 15 de junio de 1993 y 16 de marzo de 1999, entre otras. Ahora bien, si con carácter previo se inscribe la distribución de responsabilidad hipotecaria, sí cabría la cancelación parcial.

A la misma conclusión se ha de llegar, por tanto, en cuanto a la distribución de responsabilidad hipotecaria. Será necesario el consentimiento de todos los propietarios afectados por esa distribución, es decir, aquellos cuyo asiento de presentación sea previo al del documento de distribución de responsabilidad hipotecaria.

Respecto de la falta de designación de domicilio para notificaciones, esa falta, únicamente impide acudir al procedimiento de ejecución directa de la LEC, lo que no obsta, sin embargo, la inscripción de la hipoteca o su distribución. En efecto, la resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2001 señala que la omisión o el posible defecto en cuanto a la designación del domicilio, no produce ni la ineficacia de la hipoteca ni impide su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino que lo único que provoca es la imposibilidad de utilizar los procedimientos potestativos de ejecución, pues la hipoteca

puede ejecutarse por el procedimiento ejecutivo ordinario o por el declarativo.

La apertura de folio independiente es una cuestión de orden registral. Por tanto, en cuanto a la solicitud de la promotora en ese sentido, según las resoluciones de 2 de febrero de 1973 y de 19 y 21 de julio de 1966, hay dos posibilidades de actuación que quedan a criterio del Registrador.

1.- Dar preferencia al principio de rogación y a la voluntad de la promotora de que no se abra folio independiente para distribuir la responsabilidad. A favor de esta posibilidad está el hecho de que no parece que los principios de claridad y ordenación del Registro se vean gravemente violentados por reflejar la distribución de responsabilidad hipotecaria en un asiento en el folio de la finca matriz, teniendo en cuenta que la apertura de folio independiente se va a producir a medida que los diferentes pisos vayan siendo vendidos. Con esta solución se cumple con la voluntad de la promotora, y no se incurre en falta de claridad y ordenación del Registro, pues la apertura de folio independiente se producirá con las ventas de los pisos.

2.- Dar preferencia a los principios de especialidad y a los de claridad y ordenación del Registro, y optar por abrir folio independiente a cada una de las fincas, primando así esos principios antes que la voluntad de la promotora. De ese modo, se abriría folio independiente a cada uno de los pisos para distribuir la responsabilidad, con base en los arts. 8.4 y 243 LH y 66. VII RH.

En la comunicación del Censor-Interventor de 17 marzo de 2003 se inclina por esa segunda opción ya que considera que “la apertura de folio es obligatoria cuando se realice cualquier acto o negocio sobre las mismas (venta, hipoteca, etc.), mientras tanto puede el promotor solicitar que no se verifique tal apertura.”

La distribución previa en documento privado puede valer pese a que no consten los accesorios, al haber sido reconocida por el propietario gravado en la escritura de su compraventa. Finalmente, respecto al cierre del Registro a las ventas posteriores a la cancelación

y distribución parciales, el mismo se producirá hasta que se solucione el problema de esos títulos y puedan ser objeto de inscripción, o hasta que caduque el asiento de presentación.

5. Hipoteca por heredero

Se adquiere un bien por herencia, y luego se hipoteca. Manifiesta la entidad de crédito su sorpresa por el hecho de que ni en la nota simple previa a la hipoteca, ni en la nota de despacho de la misma se haga referencia a la limitación durante dos años de los efectos de la fe pública del art. 28 LH.

Conforme a dicho precepto “Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.”

El fundamento del mismo se halla en la posibilidad de aparición de un heredero que revele el carácter de aparente del titular registral, en ese caso, y habiéndose producido una enajenación onerosa por ese titular registral dentro de los dos años siguientes al fallecimiento del causante, la pérdida de su derecho por el heredero aparente frente al heredero real perjudica al tercero.

Se trata de una causa de anulación establecida en la Ley y que goza de la publicidad de la misma, lo que explica que no se haga mención de esa limitación ni en la publicidad formal ni en la nota de despacho, máxime cuando, a diferencia de lo que ocurre con la limitación del art. 207 LH, no hay un precepto, ni legal ni reglamentario –como el apartado segundo del nº 2 del art. 298 RH-, que obligue a recoger la limitación de la fe pública como una circunstancia más del asiento.

6. Rehabilitación protegida en Bizkaia

Se presenta en el Registro una certificación del Gobierno Vasco firmada por el Jefe del Departamento de Vivienda y Asuntos

Sociales en la que se dice: (1) Que por resolución administrativa de fecha X y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado, se acordó declarar las actuaciones de rehabilitación a ejecutar en la finca registral X como de rehabilitación protegida, reconociéndose, asimismo, las medidas financieras correspondientes al titular, en virtud de lo dispuesto en la Orden de 30 de diciembre de 2002, del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre medidas financieras para la rehabilitación de vivienda. (2) Que de acuerdo con la resolución, lo manifestado por el interesado y las oportunas comprobaciones efectuadas al respecto, resulta que han finalizado las obras de rehabilitación, siendo su presupuesto protegible sin inclusión del IVA, de 7.747,52 euros, pudiendo el titular disponer de las ayudas que a continuación se indican: préstamo: 6.758,52; subvención a fondo perdido: 989,00 euros.

Se acompaña asimismo la correspondiente resolución del Gobierno Vasco declarando las actuaciones de rehabilitación como actuaciones protegidas con un presupuesto protegible de 7.747,52 euros; señalándose en el apartado cuarto de la resolución que “el beneficiario de las ayudas económicas directas, una vez recibida la certificación de obra, deberá presentar la Resolución administrativa inicial o la que la sustituya, de su concesión ante el Registro de la Propiedad correspondiente, en el que se practicará, a la vista de dicho documento administrativo, el asiento registral de limitación dispositiva del dominio que sea procedente conforme a la legislación hipotecaria.” Se plantea la cuestión de cuando comienza la limitación dispositiva, si desde la fecha de la resolución, o bien desde la fecha de la registración.

Hay que tener en cuenta que el art. 21 del Decreto de 25 de Noviembre de 2003 del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco introduce una nueva disposición adicional –la sexta- al Decreto 315/2002, de 30 de Diciembre, sobre Régimen de Viviendas de Protección Oficial y Medidas Financieras en Materia de Vivienda y Suelo en la que se señala que en el Registro de la Propiedad se practicará, a la vista de la resolución administrativa de concesión de las ayudas económicas

directas, el asiento registral de limitación dispositiva de dominio que sea procedente conforme a la legislación hipotecaria.

A la vista de ello, la primera cuestión que se plantea es la de la clase de asiento registral a practicar, ya que conforme a la legislación hipotecaria tanto podría acudirse a una anotación preventiva como a una nota marginal.

Al respecto, según acuerdo del Decanato de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles del País Vasco de 14 de febrero de 2004, se recomienda acudir a la nota marginal, para hacer constar la limitación dispositiva recogida en esa Disposición Adicional Sexta del D 315/2002 por medio de la Resolución administrativa de la concesión de la subvención.

En cuanto a lo honorarios registrales, según el acuerdo antes mencionado de graduarán tomando como base el cincuenta por ciento del importe de la subvención, a lo que deberá añadirse el asiento de presentación y la expedición de nota informativa.

Ahora bien, debe tenerse presente que el Decreto del Gobierno Vasco no prejuzga el tipo de asiento a practicar y que el art. 26.2º LH dispone que las prohibiciones de disponer que deban su origen inmediato a alguna resolución administrativa serán objeto de anotación preventiva.

La ventaja de dicho asiento con relación a la nota marginal es que podrá ser cancelado por el transcurso de cuatro años desde su fecha sin necesidad de requisitos especiales conforme al art. 353 RH y ello sin perjuicio de que la Administración pueda prorrogarlo si lo estima conveniente. Al efecto, resultará conveniente destacar en la nota de despacho el hecho de haberse tomado anotación preventiva y su caducidad futura en cuatro años.

Frente a la practica anterior, en la que se reclamaba instancia del interesado para practicar el asiento, en la actualidad parece suficiente la mera resolución administrativa, si bien, es preciso tener cuidado con el tracto sucesivo, ya que es frecuente que la resolución administrativa se siga con uno de los cónyuges y la finca

sea ganancial. En ese supuesto, para la práctica del asiento conteniendo la limitación dispositiva, será necesaria al menos instancia consintiendo la resolución por el titular registral que no haya intervenido en el expediente de concesión.

En cuanto a la fecha de efectos de la limitación dispositiva, para los casos de ayudas a la adquisición, según la disposición adicional sexta citada será desde la escritura de compraventa, o para los casos de rehabilitación, desde la fecha de la certificación de obra.

Cuestión distinta es la de la vigencia del asiento y las modalidades de su cancelación. Desde ese punto de vista parece que habría de prevalecer la fecha de la constancia registral de la limitación. Ahora bien, si la limitación se hace constar por medio de nota marginal el asiento es indefinido y no parece que quepa su cancelación por caducidad, sino que habrá de acreditarse al Registrador, la extinción de la limitación. Por el contrario, tratándose de una anotación preventiva la misma podrá cancelarse por caducidad.

7. Aceptación de hipoteca unilateral

Se presenta una escritura de aceptación de hipoteca unilateral que no ha sido liquidada del impuesto. Y se plantea la cuestión de si es inscribible o debe exigirse que pase previamente por Hacienda.

Dado que la constitución de la hipoteca unilateral ya habrá tributado y que la aceptación se considera parte de la hipoteca, se debe considerar a la aceptación como no sujeta. Ahora bien, frente a ello cabe plantearse si el Registrador puede apreciarlo o no. En ese último caso el art. 254 LH impediría su inscripción.

Apreciada la sujeción por el Registrador, según la resolución de la DGRN de 1 de setiembre de 1998, “no puede practicarse la inscripción sin que se acredite su pago o, en su caso, la exención o no sujeción declarada por funcionario competente para la liquidación” del impuesto.

Ahora bien, cuando resulta claro que el acto que se presenta a inscripción no está sujeto, conforme a la resolución de la DGRN

de 21 de diciembre de 1987 “tendrá aplicación la regla según la cual no será necesaria la previa presentación en las Oficinas liquidadoras de las resoluciones [entiéndase aceptaciones de hipotecas] para que éstas puedan surtir efecto en el Registro de la Propiedad.”

En efecto, según la última resolución citada “El artículo 254 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732), exige para la práctica de los asientos en el Registro de la Propiedad la previa justificación del pago de los impuestos que graviten sobre el acto o contrato cuya inscripción se pretenda. La adecuada interpretación de este precepto implica que el Registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no sólo ha de calificar su validez y licitud sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal pues no le corresponde en cuanto tal la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos, sin embargo será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquél consideró aplicable. Entender el precepto debatido de otro modo, esto es, afirmar que el Registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, no puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, supondrá una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral, toda vez que habría de suspenderse el despacho de cualquier documento principal o complementario, en tanto no apareciese debidamente justificado el pago, la exención, prescripción o no sujeción respecto de todos y cada uno de los Impuestos existentes en el sistema tributario y vigente.”

8. Hipoteca: remisión a las cláusulas inscritas en otro registro

En su día se constituyó una hipoteca sobre la finca de otro Registro, y ahora se pretende ampliarla extendiéndola además sobre la finca del Registro donde se plantea el supuesto.

Anteriormente, se había presentado escritura de ampliación en el Registro que fue objeto de nota negativa, suspendiéndose la inscripción solicitada por el defecto subsanable de “no acompañarse el título en cuya virtud se constituyó la hipoteca que se amplía por el documento calificado siendo así insuficiente la documentación presentada para proceder a la completa calificación del préstamo hipotecario (arts. 3, 18 y 21 LH).”

Se señaló como posible medio de subsanación, la presentación de copia autorizada de la escritura en cuya virtud se constituyó la hipoteca que ahora se amplía.

Plantean ahora los interesados si es posible inscribir la hipoteca con la escritura de ampliación, y con una certificación de la inscripción que se ha practicado en el otro Registro. Alegan grandes dificultades a la hora de obtener la copia autorizada.

La respuesta debe ser necesariamente negativa, para que la calificación pueda hacerse de manera independiente el Registrador necesita tener a la vista la copia auténtica de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, no una certificación de la inscripción de esa misma hipoteca en otro Registro.

9. Convenio Ayuntamiento-Diputación

Se trata de una propuesta de Convenio entre un Ayuntamiento vizcaíno de 14.500 habitantes y su Diputación, que suscrito por los representantes de ambas corporaciones y aprobado por el Pleno del municipio, tiene por objeto la construcción y apertura de una residencia para personas con discapacidad física en un solar edificable del Ayuntamiento, de dominio público, sujeto a la afección al uso público con el carácter de sistema local de equipamiento social previsto en el planeamiento urbanístico, previéndose su uso como equipamiento asistencial.

La Diputación se obliga a construir el edificio, urbanizar el solar y conservar ambos, así como a gestionar la residencia. El problema que se plantea es el tipo de acto a realizar para que el bien quede a disposición de la Diputación, dado que la misma no quiere hacer nada sin titularidad a modo de propiedad patrimonial

y el Ayuntamiento quiere asegurarse, con carácter real, el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Diputación.

En particular, el Ayuntamiento no quiere que los derechos que la Diputación adquiriera sobre el solar puedan ser transmitidos a tercero, así como que no pueda cambiar el destino del solar sin su consentimiento. A tal fin se establece en la cláusula VI del convenio que “En garantía del cumplimiento de la obligación real de construir, así como de la prohibición de modificar el uso acordado, y a los fines de posibilitar su inscripción registral conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 37 de la Ley Hipotecaria y 51.6º del Reglamento Hipotecario, las partes intervinientes acuerdan someter dicha obligación a condición resolutoria, de tal forma que su incumplimiento producirá de pleno derecho la resolución de la transmisión a favor del Ayuntamiento.”

Todo ello pretende realizarse mediante un expediente administrativo de mutación demanial tramitado por el Ayuntamiento, conforme al procedimiento previsto en el art. 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, acompañado de una escritura pública de cesión del terreno a la Diputación.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en sus arts. 25.2.k) y 26.1.c), atribuye la competencia en materia de prestación de los servicios sociales para el presente caso, en que se trata de un municipio de menos de veinte mil habitantes, a la Diputación Foral.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, regula en sus arts. 71 y siguientes regula las mutaciones demaniales, considerándose como tales tanto los supuestos de modificación del destino o vinculación de los bienes de dominio público (mutación objetiva), como los supuestos de modificación de la situación jurídica de la titularidad sin que se produzca alteración de la afectación demanial (mutación subjetiva); a cuyos efectos deberá tramitarse el procedimiento establecido.

Sin embargo, la figura de la mutación demanial, se refiere a bienes de la Administración General del Estado o de los

organismos públicos vinculados o dependientes de ella, pero no a los entes locales, conforme a la disposición final segunda de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con su art. 2.2.

Ahora bien, una vez admitida la inscripción de los bienes de dominio público por el art. 5 RH, conforme a su legislación especial; siempre que el acto inscribible, en este caso el convenio, fuera conforme con esa legislación, podría ser inscrito, viniendo, de ese modo a gravar el bien, que no podría liberarse de su afección a las obligaciones dimanantes del convenio sin el previo acuerdo de quienes lo suscribieron.

De ese modo los bienes seguirían a nombre del Ayuntamiento pero sujetos al convenio y, por tanto, a disposición de la Diputación, pero en todo caso como bienes de dominio público. De ese modo, en el Registro de la propiedad ni el Ayuntamiento podría desafectar los bienes sin el concurso de la Diputación, ni ésta podría transmitirlos sin el consentimiento del Ayuntamiento. La única dificultad, y no pequeña, que subsiste es la de distinguir entre los aspectos personales y reales del convenio en orden a plasmar en el Registro de la propiedad únicamente los últimos.

Un último recurso, no exento de complejidad se hallaría en la cesión gratuita, de los arts. 109 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, el cual requerirá la previa desafectación al dominio público del solar municipal, tras la que se produciría la cesión gratuita a la Diputación, quedando el bien afecto a la reversión para el caso de que el adquirente no cumpla los fines de la misma. Por su parte, la Diputación deberá, tras la adquisición, afectar el bien, de nuevo, al dominio público.

VI. CASOS EXAMINADOS EN JUNIO

1. Ampliación de hipoteca

Se plantea el régimen de la ampliación de hipoteca a la vista de la resolución de la DGRN de 17 de enero de 2002 y de su

interpretación por el Dictamen de la Comisión de Criterios de Calificación de 4 de setiembre de 2003.

La DGRN, en su resolución de 17 de enero de 2002, venía admitiendo la ampliación de hipoteca como consecuencia de la ampliación de la obligación, si bien, no podía perjudicar a terceros, considerando, sin embargo, que aunque “sea conceptualmente imposible distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas [...] ha de concluirse que la denominada por el propio legislador ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva [...] Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas [...]”

Recoge la doctrina de la DGRN una formulación contradictoria, se trata de una hipoteca pero a efectos de tercero funciona como dos, lo cual llevará a un análisis casuístico de su régimen, ya se trate de atender al caso de situaciones concursales como al de la ejecución de cargas intermedias.

Ahora, partiendo de su admisibilidad consagrada por la DGRN, sólo cabe decir que la unidad de la hipoteca doble se producirá en mayor medida en el caso de que la segunda sea homogénea respecto de la primera en cuanto a plazo de la obligación, tipo de interés, gastos, valor de tasación para subasta, etc.

2. Interpretación del testamento: parte de libre disposición en Vizcaya

Una viuda manifiesta en su testamento poseer la condición de vizcaína aforada, lega a su nieto el tercio de libre disposición e instituye herederos a sus hijos por partes iguales.

En la partición los hijos dicen que como su madre murió con vecindad civil foral, en realidad la parte de libre disposición no es un tercio, sino un quinto y adjudican al nieto bienes en pago de ese legado de la quinta parte. El nieto, legatario, no comparece. Se plantea la cuestión de a quién le corresponde la interpretación del testamento y qué es lo que se ha legado.

Según el art. 9.8 CC la ley sucesoria será la ley nacional en el momento del fallecimiento, y el art. 14 CC señala que la sujeción al derecho común o especial foral vendrá determinada por la vecindad civil.

En Vizcaya la legítima son las cuatro quintas partes de todos los bienes del testador, que éste puede distribuir desigualmente entre los descendientes, con lo cual podría perfectamente el nieto recibir bienes que importen la tercera parte de la herencia sin perjudicar la legítima de los hijos.

Se plantea si lo que quiso legar la viuda fue un tercio de la herencia, lo que puede hacer según lo dicho, o la parte de libre disposición, que como hemos visto es en derecho foral de un quinto.

En el presente caso, lo más prudente es solicitar el consentimiento del legatario, dado que en el testamento no queda claro que es lo que se está legando. Además, no puede olvidarse que, conforme a la STS de 22 de febrero de 1997 (RJ 1997\1191), la intervención en la partición del legatario de parte alícuota deviene necesaria dada la semejanza a estos efectos entre dicho legatario y los herederos.

3. Hipoteca: apoderado complementando su poder con certificación

Es frecuente en las hipotecas de cierta caja de ahorros que comparezca un apoderado con poder que limita su intervención a operaciones iguales o inferiores a determinada cuantía, si bien se matiza en el sentido de que si cuenta con el consentimiento del Director General o del Subdirector podrá intervenir en documentos que plasmen operaciones por un importe superior. A tal efecto, se suele acompañar la correspondiente certificación expedida por el Director, pero sin acreditar su cargo, y como mucho puede, aunque no es lo habitual, que la certificación se presente con la firma legitimada notarialmente.

No deja de sorprender que se admita habitualmente esta práctica, toda vez que la carencia de facultades del representante en

principio no debería poder solventarse mediante una mera instancia o certificación suscrita por otros apoderados de la entidad.

En efecto, por exigencias derivadas del principio hipotecario de legalidad, la ratificación realizada por persona u órgano con facultades suficientes, al igual que el propio consentimiento que a través de la misma se sufre, debe ser hacerse constar en escritura pública o documento auténtico (arts. 1259 y 1280 CC, 3 LH, resoluciones de 13 de mayo de 1976 y 26 de octubre de 1982). Siendo, en todo caso, necesario acreditar la representación alegada por los representantes de la entidad que firman aquella certificación.

La resolución de 3 de marzo de 2000 admite poder en que el apoderado necesita autorización del poderdante, lo único que dice es que es necesaria forma pública para esta participación del “dominus negotii” en cuanto integra de manera decisiva la voluntad negocial de una de las partes.

Señala esa resolución que “la exigencia de documentación pública ha de extenderse a todos los elementos esenciales del concreto negocio realizado y especialmente, a las declaraciones de voluntad de los otorgantes; el apoderado carece de facultades para decidir por sí solo y con plena eficacia la celebración del contrato; la voluntad negocial ha de ser el resultado de la actuación combinada del “dominus negotii” y del apoderado, correspondiendo, en el caso debatido, a aquél la elección del comprador y la fijación de las condiciones esenciales de la compraventa.”

“Las consideraciones anteriores obligan a concluir que esta participación del “dominus negotii”, en cuanto integra necesariamente y de manera tan decisiva la voluntad negocial de una de las partes del contrato, ha de revestir la fe pública que le confiere su documentación pública (cfr. arts. 1280.5 CC y 3 LH), sin que sea suficiente el mero documento privado con firmas legitimadas, por más que así haya sido admitido por el poderdante, toda vez que se está incidiendo en una materia, cual la relativa a la organización y funcionamiento del Registro de la

Propiedad, de “ius cogens”, sustraída, por tanto, a la autonomía de la voluntad.”

Dicho lo cual, cuando se trata de contratación con consumidores es preciso, además, tener en cuenta que la disposición contractual que ordene la exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o que supedita sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades es abusiva, conforme al apartado 6º de la disposición adicional 1ª de la vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

A “sensu contrario”, y dado el carácter semiimperativo de la indicada norma, en la contratación con consumidores resulta que, acreditada la condición como apoderado de una entidad de crédito de cierta persona, no es posible, en perjuicio del consumidor, reclamar para la inscripción de la hipoteca, formalidades adicionales, por lo que a los efectos de tal inscripción en beneficio del deudor, es irrelevante la circunstancia de que conste o no la referida certificación, sin perjuicio, de que la entidad de crédito deba acreditar adecuadamente su aceptación si quiere ejecutar su hipoteca.

En consecuencia, a la hora de certificar sobre tal hipoteca será preciso poner de manifiesto que la inscripción se ha practicado exclusivamente en beneficio del consumidor, sin que, ello no obstante, conste en el Registro de la propiedad que el acreedor haya inscrito su aceptación, sin cuyo requisito no podrá ser la misma ejecutada.

4. Sucesiones: declaración de herederos abintestato y adopción

El Notario se plante el otorgamiento de las declaraciones de herederos abintestato del matrimonio constituido por D. Felipe G., fallecido en 1968, y de D.^a Jesusa B., fallecida en 1997, así como la de la hija de ambos D.^a María Carmen G. B., fallecida en el 2004.

Ese matrimonio tuvo dos hijos, D. Felipe G. B. que vive, y por tanto, es heredero y D.^a María Carmen G. B fallecida, como se ha dicho, en el año 2004, que se casó con D. José Miguel G., quién falleció, a su vez, en 1984.

Ese último matrimonio tuvo dos hijas, D.^a Ainhoa G. G., que vive, y D.^a María Carmen G. G., que falleció en el año 1998, y por tanto premurió a su madre. Además, sabemos que D.^a María Carmen G. G. ha tenido dos hijos y que dichos hijos fueron dados en adopción por dicha D.^a María Carmen en el año 1994.

El Notario cree no poder acreditar documentalmente dicha adopción, puesto que teme que el Registro Civil no proporcione a sus clientes las correspondientes certificaciones. Existen varios testigos que manifiestan que les consta dicha adopción.

Tratándose de hijos que han sido adoptados por personas ajenas a la sucesión que se estudia, han quedado totalmente desvinculados de su familia biológica o por naturaleza, lo que lleva a una total inexistencia de cualquier derecho sucesorio, con las excepciones del art. 178.2 CC.

Ahora bien, para que dicha ausencia de derechos sucesorios sea operativa es preciso acreditar que los hijos de D.^a María Carmen G. G. fueron adoptados, lo cual puede realizarse mediante certificación del Registro civil, hallándose legitimados para pedirla tanto don F. G. B. como doña A. G. G., en cuanto que, conforme a la resolución de la DGRN de 24 de setiembre de 1996 (RJ 1997\1429), su mismo derecho a la herencia, dependerá del eventual llamamiento a los adoptados.

5. Hipoteca en garantía de deuda ajena por el Consejero Delegado

Se trata de una hipoteca en garantía de una deuda ajena otorgada por el Consejero Delegado de una sociedad. Se replantea el Registrador las tesis de las resoluciones de 12 y 16 de mayo de 1989 que llevarían al Consejero Delegado a poder realizar esta operación sin necesidad de autorización de la Junta.

Varias resoluciones de la DGRN tratan del caso, sin que debatido de nuevo se vieran motivos que desvirtuasen tales decisiones. Así, la resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1989, la de 16 de mayo de 1989, y la de 17 de noviembre de 1998, admiten la hipoteca garantía de deuda ajena llevada a cabo por el órgano de administración, con el argumento de que éste órgano no ve restringido su campo de actuación a los actos de ejecución y desarrollo del objeto social, sino que también puede realizar actos “neutros y polivalentes”, considerándose como tales todos aquellos que no sean claramente contrarios al objeto social.

6. Usufructo: cancelación por muerte del titular sobreviviendo el otro cónyuge

Se trata de un derecho de usufructo que en el Registro de la Propiedad aparece adquirido por compra por uno de los cónyuges con carácter presuntivamente ganancial; ahora muere el cónyuge adquirente sobreviviéndole la mujer, y la nudo propietaria pretende la cancelación del usufructo presentando un certificado de defunción del usufructuario.

La conclusión es que, en efecto debe accederse a la cancelación, pese a que hipotéticamente, quepa imaginar que si el otro cónyuge no acudió a la notaría, fue, tal vez, por un motivo baladí, fiado en que el derecho, cobraría, en todo caso, naturaleza ganancial.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el usufructo se adquirió a título oneroso con carácter vitalicio, es decir, su duración viene referida a la vida del que lo compra, no de su cónyuge, a pesar de que durante la vida del adquirente su contenido sea ganancial.

Por tanto si fallece el cónyuge adquirente del usufructo, a cuya vida está unida la existencia de tal derecho, quedará el mismo totalmente extinguido, siendo nulo su valor a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal.

Otra cosa sería si el que fallece es el cónyuge no titular del usufructo ganancial o presuntivamente ganancial, el derecho

quedaría sujeto a liquidación y adjudicación en el proceso consiguiente a la disolución de la sociedad conyugal como resulta de la resolución de la DGRN de 31 de enero de 1979. Sobre esta materia cabe verse también las resoluciones de 10 de julio de 1975, la de 21 de enero de 1991 y la de 25 de febrero de 1993.

7. Presentación por fax de documento judicial después de 24 horas

Se solicita por fax la presentación de un mandamiento judicial ordenando practicar anotación preventiva de embargo. La fecha del mandamiento es anterior en más de tres días a la solicitud por fax. A la luz de los arts. 248 LH y 418 RH el Registrador se plantea si darle presentación.

En el caso de las escrituras públicas hay que tener en cuenta la Instrucción de 2 de diciembre de 1996 sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad, para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que en su artículo 3 dice “Plazo de remisión de la comunicación: Cuando el Notario por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, remita al Registrador la comunicación a que se refiere el artículo 249 del Reglamento Notarial, deberá hacerlo el mismo día del otorgamiento o, al menos y sin perjuicio de la responsabilidad civil o disciplinaria en que pudiera incurrir, dentro de las veinticuatro horas siguientes. En otro caso, el Registrador denegará la práctica del asiento de presentación y archivará el documento, comunicándoselo al Notario solicitante.” Se puede plantear si cuando se dice que el “Registrador denegará la práctica del asiento” se está diciendo con carácter imperativo, o bien puede el Registrador practicar el asiento a pesar de lo dicho.

Pero para los documentos judiciales, dice GARCÍA GARCÍA en sus comentarios al art. 248 LH que “parece que carece de trascendencia registral, a efectos del asiento de presentación, el plazo de remisión dentro del mismo día hábil o dentro de las 24 horas, según los casos, a que se refiere el art. 249 del Reglamento Notarial y el artículo 418.5 del Reglamento Hipotecario, para comunicaciones judiciales y administrativas, pues dicho plazo de remisión es una mera obligación

del funcionario público autorizante que tiene efectos en el marco de las relaciones entre el mismo y el particular interesado, a efectos de la responsabilidad de aquél, si se produjera algún perjuicio antes de la presentación en el Registro, una vez transcurrido el plazo obligatorio citado, pero sin que impida la práctica del asiento de presentación por remisión tardía”.

Si bien una postura rigurosa del Registrador podría llevarle a negar la presentación por fax, al haber quedado incumplido el plazo de remisión, parece más aconsejable apartarse de esta interpretación rigurosa del articulado y optar por un criterio más flexible en aras a permitir y promover el acceso de la documentación a los libros del Registro, protegiendo el interés en este caso de quienes se pueden ver perjudicados por el retraso en la remisión por fax al Registro de la solicitud de presentación.

En la actualidad, el art. 629.1 LEC establece imperativamente la remisión por fax al Registro de la propiedad del mandamiento, el mismo día de su expedición, fecha que no tiene que coincidir con la del mandamiento mismo.

8. Representación: administrador de sociedad; el cargo resulta de certificación

En una escritura de ampliación de capital social con aportación de local, comparece el matrimonio dueño del local, en su propio nombre y, además, el marido, llamado Rafael, en representación de la sociedad, sin expresar en virtud de que cargo actúa, ni acreditarlo.

Tan sólo se señala que “sus facultades para este acto se desprenden de la certificación de acuerdos de la Junta General, expedida por el mismo Rafael, en su calidad de Administrador Solidario”. En la certificación se dice que se faculta a Rafael para elevar a público el acuerdo y la escritura de ampliación de capital está inscrita en el Registro Mercantil.

Como a los efectos del Registro de la Propiedad la aportación debe ser aceptada por la sociedad a través de sus

representantes, se plantea la duda de si es necesario acreditar el cargo de Administrador mediante la escritura en la que fue nombrado con los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, o basta que se haya dicho en la certificación, que se le faculta para elevar a público, y que de esa certificación resulte que se acepta la aportación.

Si de la certificación resulta la manifestación de voluntad de la sociedad para adquirir el local parece suficiente con la simple facultad de elevar a público el acuerdo, sin que sea necesario acreditar cargo alguno, ya que el consentimiento por el que la sociedad adquiere no debe producirse necesariamente con posterioridad a la manifestación de voluntad de los dueños del local por la que lo entregan a la sociedad en cumplimiento del acuerdo de ampliación de capital.

Por otro lado no existe conflicto de intereses entre el representante y la sociedad ya que su actuación es de mera ejecución del acuerdo de la junta.

9. Régimen y arancel de la nota marginal de calificación definitiva

Se presenta en el Registro de la Propiedad una cédula de calificación definitiva de vivienda de protección oficial de parte de los pisos de un edificio de reciente construcción, todos ellos de más de noventa metros cuadrados útiles. Se plantea como hacer constar dicha calificación definitiva en los Libros del Registro y como aplicar el arancel.

En particular se plantea la duda de si además de aplicar la reducción del cincuenta por ciento del nº 3.1 del arancel para las notas marginales, se debe aplicar la reducción de otro cincuenta por ciento, con lo que al final se cobraría el veinticinco por ciento, por tratarse de VPO. En definitiva la duda planteada es si la reducción del cincuenta por ciento, por tratarse de VPO y determinada por el art. 8.1 de la Ley 41/80 de 5 de julio, y en el art. 37 del RDL 6/2000, se aplica a los supuestos del nº 3 del arancel.

A pesar de que la calificación definitiva de VPO se refiere solo a parte de los elementos privativos del edificio, pues también hay locales, la manera de proceder a su reflejo registral, conforme a la resolución-consulta de 26 de abril de 2000, es la de practicar una nota al margen en el folio de la finca matriz y notas de referencia en cada uno de los folios abiertos a los elementos independientes calificados como VPO.

Por otra parte, en comunicación colegial de 17 de marzo de 2003 firmada por Jesús María del Campo se señala: “La obtención de calificación definitiva de VPO origina un asiento registral (nota marginal), que es minutable conforme al nº 3.1 (50% del nº 2.1), por cuanto es una nota marginal que produce modificación de los derechos inscritos. La base sobre la que aplicar el Arancel vendrá determinada por la suma del precio máximo de las viviendas calificadas, fijado en la propia cédula de calificación, y si que pueden ser tenidos en cuenta los locales y demás elementos ajenos a la calificación de VPO (Resolución de 14 de Noviembre de 1996).”

En cuanto a la manera de cobrar dicha nota, no plantea dudas por tanto el hecho de que deba aplicarse el nº 3.1 del arancel –cobrar por tanto el cincuenta por ciento– utilizando como base la suma de los precios máximos de venta de los pisos que figuran en la propia cédula de calificación definitiva.

A favor de la no aplicación de la reducción a los supuestos del nº 3 se podría esgrimir que los beneficios arancelarios están siempre referidos a la escala básica del arancel, y no a otros conceptos o cantidades fijas relativas a operaciones distintas, como es el asiento de presentación y las afecciones fiscales (cfr. Número 2 punto 5 del Real Decreto 1427/1989 que al mantener en vigor las bonificaciones en materia de VPO lo establece únicamente dentro del concepto Inscripciones o nº 2, sin afectar al nº 1 Presentación, ni al nº 3 Notas marginales. En este mismo sentido las resoluciones de 27 de octubre de 1999, 8 de noviembre de 1999, 21 de marzo de 2000, 20 de julio de 2000 y 2 de enero de 2001.

Además es reiterada la doctrina de la Dirección y del Tribunal Supremo en materia tanto tributaria como arancelaria en

el sentido de que las exenciones, reducciones y bonificaciones, por su carácter excepcional, sólo pueden admitirse cuando están clara y expresamente contempladas en las disposiciones que las establecen, sin que, en ningún caso, puedan ser objeto de interpretación o aplicación extensiva o analógica, sino por el contrario, han de serlo de forma absolutamente rigurosa y restrictiva (STS 23 de enero de 1973 y 23 de julio de 1986 y RRDGRN de 13 de enero de 1982, 27 de marzo de 1996, 24 de mayo de 1996 y 13 de diciembre de 1999).

Ahora bien, también hay que tener en cuenta que la afirmación de que los beneficios arancelarios no se aplican a otros números del arancel que no sean los de la escala básica, reflejada en reiterada doctrina de la Dirección, se refiere más bien a números del arancel que establecen cantidades fijas (asiento de presentación, notas simples o certificaciones, notas de afección fiscal, etc.) o en general a supuestos en que las normas arancelarias imponen una cantidad fija (por ejemplo la primera transmisión de VPO de menos de noventa metros cuadrados útiles).

También hay que tener en cuenta que la calificación definitiva de una VPO, a pesar de hacerse constar por nota marginal, no deja de ser una modificación jurídico-real inmobiliaria, a propósito de la que el art. 8.1 de la Ley 41/80 dispone que “Uno. Los honorarios de Notarios y Registradores de la Propiedad tendrán una reducción de un 50% de los derechos... Se entenderán incluidos entre dichos actos la adquisición del solar, las modificaciones hipotecarias de fincas... y, en general, todos los actos o negocios jurídicos necesarios para que las viviendas queden disponibles para su primera transmisión o adjudicación.”

La calificación definitiva de VPO supone el reflejo registral de un acto que ha sido definido por la doctrina más autorizada, como la resolución administrativa por la que se declara que las obras se ajustan al proyecto aprobado, se conceden de forma definitiva los beneficios, y se sujeta al promotor y sucesivos titulares al régimen de uso, conservación y dominio de las VPO.

Es decir, supone dar publicidad a la consolidación de un especial contenido del derecho de propiedad inscrito, respecto de

las viviendas a las que se ha concedido la calificación definitiva de VPO, en definitiva dar publicidad a una modificación jurídico-real inmobiliaria. Por tanto, se considera que la aplicación de la reducción por VPO da lugar a cobrar la mitad del cincuenta por ciento que resulta de la aplicación del nº 3.1 del arancel.

En cuanto al régimen aplicable, las normas que lo conforman son el Real Decreto-Ley 31/1978 de 31 de octubre, y demás disposiciones de desarrollo, así como de la Ley del Parlamento Vasco 7/1988 de 15 de abril y los Decretos 315/2002 de 30 de diciembre y 290/2003 de 25 de noviembre.

10. Donación de vivienda de protección oficial

Se plantea la necesidad del visado de la Administración para inscribir la donación de las mismas.

Según una opinión minoritaria, la exigencia del visado, conforme al tenor literal del art. 26 del D. 315/2002, de 30 de diciembre del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, debe limitarse a los casos de transmisión de la propiedad por medio de compraventa y también para los casos de elevación a público del contrato de arrendamiento, habiendo incluso quien opina que debe limitarse a ese último caso.

En efecto, los párrafos tercero y cuarto del art. 26.2 citado disponen: “Junto con los documentos señalados, los transmitentes y arrendadores de viviendas deberán presentar, juntamente con el contrato de compraventa o arrendamiento, o documento privado de cesión previo a la constitución de derecho real, para su correspondiente visado, la documentación acreditativa de que el adquirente o arrendatario de la vivienda reúne las condiciones exigidas para acceder a este tipo de viviendas. Se exceptúa de esta obligación el supuesto de permuta entre dos viviendas de protección oficial, ya que si bien es necesario el visado del correspondiente contrato, no se exigirá la acreditación del cumplimiento de los requisitos para acceder a una vivienda de protección oficial en el momento de la permuta.”

“Si se comprobara que no se cumplen los requisitos exigidos para el acceso a este tipo de viviendas, se denegará el visado, emitiéndose la oportuna resolución que será debidamente notificada con el régimen de recursos que proceda. Para la elevación a escritura pública de los contratos de compraventa o arrendamiento, los Notarios deberán comprobar que han obtenido el correspondiente visado. Sin dicho visado, las adjudicaciones no se podrán elevar a escritura pública, ni inscribirse en el Registro de la Propiedad.”

Para la opinión mayoritaria, sin embargo, el art. 26 exige la presentación de la comunicación de la transmisión de la propiedad de viviendas de protección oficial también en los casos de transmisión “inter vivos”, lo que incluye a la donación, pero no a la extinción de condominio, dada la naturaleza especificativa del título en ese último caso.

11. Cláusula de préstamo hipotecario

Se plantea la inscribibilidad de la cláusula que en una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente señala la posibilidad de cargar en la cuenta cualquier obligación a favor de la entidad de crédito prestamista que la misma ostente contra su cliente.

La previa concesión de crédito por la entidad financiera hasta una cantidad máxima desplaza a segundo plano la cuestión sobre la determinación de las obligaciones que la misma podrá cargar en la cuenta, las cuáles podrán determinarse de modo genérico.

Caso distinto es que el acreditado sólo pudiera disponer de su crédito mediante dichos cargos, en cuyo caso la determinación de las líneas fundamentales de las obligaciones que pueden ser cargadas pasa a ser esencial, a fin de eliminar la arbitrariedad del Banco sobre esa determinación.

Por tanto, sólo en el primer caso cabe pronunciarse por el acceso al Registro de la propiedad de la cláusula.

Carlos Ballugera y Javier Regúlez