

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI. CASOS DEL CURSO 2006-2007: SEGUNDO TRIMESTRE

1. CASOS DE ENERO DE 2007

1.1. Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal

Se plantea el modo de comprobar el cumplimiento de las disposiciones sobre constancia del medio de pago en los casos de la hipoteca de financiación de la vivienda posterior a la compraventa de la misma y en el caso de la carta de pago de cancelación de hipoteca.

Respecto del primer caso se plantea la posibilidad de que exista una inconsecuencia entre la manifestación en la escritura de compraventa de que el precio se paga en parte con el importe del préstamo que se concede en la escritura posterior y el hecho de que el préstamo se conceda después de consumada la compraventa.

Respecto del caso de la cancelación de hipoteca se plantea la dificultad de detallar el modo de pago de obligaciones que se han ido amortizando a lo largo de períodos de tiempo muy prolongados.

En cuanto al primer caso, se considera que la manifestación de que todo o parte del dinero del precio proviene del préstamo, que se plasma en la escritura del siguiente número de protocolo, otorgada en el mismo día es suficiente.

En realidad nos hallamos ante un negocio complejo que se formaliza en un mismo acto pero que se documenta en títulos separados por razones comprensibles, como son el que el comprador desee tener su título de adquisición con independencia del título del

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI. CASOS DEL CURSO 2006-2007: SEGUNDO TRIMESTRE

1. CASOS DE ENERO DE 2007

1.1. Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal

Se plantea el modo de comprobar el cumplimiento de las disposiciones sobre constancia del medio de pago en los casos de la hipoteca de financiación de la vivienda posterior a la compraventa de la misma y en el caso de la carta de pago de cancelación de hipoteca.

Respecto del primer caso se plantea la posibilidad de que exista una inconsecuencia entre la manifestación en la escritura de compraventa de que el precio se paga en parte con el importe del préstamo que se concede en la escritura posterior y el hecho de que el préstamo se conceda después de consumada la compraventa.

Respecto del caso de la cancelación de hipoteca se plantea la dificultad de detallar el modo de pago de obligaciones que se han ido amortizando a lo largo de períodos de tiempo muy prolongados.

En cuanto al primer caso, se considera que la manifestación de que todo o parte del dinero del precio proviene del préstamo, que se plasma en la escritura del siguiente número de protocolo, otorgada en el mismo día es suficiente.

En realidad nos hallamos ante un negocio complejo que se formaliza en un mismo acto pero que se documenta en títulos separados por razones comprensibles, como son el que el comprador desee tener su título de adquisición con independencia del título del

acreedor, a quien le es necesario, también, disponer del mismo a efectos de una eventual ejecución.

Respecto a la constancia del medio de pago en el caso de cancelación de hipotecas, el Servicio de Estudios Registrales ha señalado su procedencia en los casos en los que el documento tenga trascendencia tributaria.

Ello reduce considerablemente el ámbito de aplicación de la exigencia en Vizcaya/Bizkaia, dada la exención existente en materia de Actos Jurídicos Documentados, conforme al nº 29 del art. 90 del Reglamento del ITPyAJD respecto a la cancelación de hipotecas en garantía de préstamos que se destinan a la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual.

Sin embargo, la opinión mayoritaria se inclinó por no exigir la constancia del medio pago en la extinción del préstamo o crédito por entender que no había en ello elemento alguno de onerosidad que afectase al derecho real de hipoteca que se cancela.

Sin embargo, se señaló también, que sólo cabría reclamar la constancia del medio de pago en los supuestos de cancelación anticipada del crédito o préstamo, dado que es en esos casos donde puede surgir con más probabilidad algún tipo de fraude.

1.2. Ordenanza de cambio de destino de locales a vivienda

Se presenta para su estudio la siguiente “Ordenanza reguladora de las condiciones que permiten el uso de plantas bajas como vivienda”. Se transcriben aquellos particulares de la misma de interés para el Registro de la propiedad.

Artículo 1.- Objeto:

1. Es objeto de la presente Ordenanza la regulación de las condiciones exigibles para el otorgamiento de las licencias municipales que autorizan el uso como vivienda de locales originariamente destinados a otros usos. [...]

Artículo 2.- Ámbito de aplicación:

1. El cambio de uso regulado en la presente Ordenanza será admisible en los locales en planta baja situados en suelo urbano consolidado del municipio, con las siguientes excepciones:

a) No será admisible en los locales ubicados en las calles ... (las de vocación comercial).

b) Tampoco será admisible en locales ubicados en unidades de ejecución desarrolladas durante la vigencia de las actuales Normas Subsidiarias del planeamiento municipal.

2. No se autorizará el cambio de uso en los locales en planta de sótano o semisótano.

3. A este efecto se entiende por planta baja aquella que en más de un cincuenta por ciento de la superficie edificada es coincidente con la cota de referencia del edificio.

Artículo 3.- Condiciones mínimas de habitabilidad:[...]

Artículo 4.- Condiciones estéticas:[...]

Artículo 5.- Condiciones de accesibilidad:[...]

Artículo 6.- Procedimiento para la obtención de licencias.

1.- Licencia de cambio de uso:

1. La solicitud de licencia cambio de uso deberá ir acompañada de los documentos siguientes:[...]

3. Si el local reúne los requisitos exigidos y cuenta con informe técnico favorable, el Alcalde-Presidente otorgará la licencia de cambio de uso y expresará en el mismo acuerdo el importe al que asciendan las cargas urbanísticas correspondientes a la actuación.

4. La licencia podrá contener condiciones sobre plazos, modificaciones a introducir en el proyecto, urbanización o intervención complementaria, cesiones, composición y estética de la edificación, cierres, arbolado y otros aspectos propios que estime la corporación municipal siempre que, mediante las mismas, pueda evitarse la denegación de la licencia, por garantizar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el cambio de uso e integración en el suelo urbano.

5. El cambio de uso se formalizará en un Convenio que suscribirán el propietario y el Alcalde-Presidente y que, como mínimo, establecerá:

a) El importe de las cargas urbanísticas derivadas del cambio de uso que se autoriza y cuyo pago corresponde al solicitante.

b) *El derecho de preferente adquisición a favor del Ayuntamiento que, con carácter de derecho real oponible erga omnes, se regula en el art. 11.*

c) *Las garantías que se establezcan para la eficacia frente a terceros del referido derecho de adquisición preferente, que se regulan en el mismo artículo.*

6. El Convenio suscrito de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior se incorporará a la escritura de declaración de obra nueva que contenga el cambio de uso autorizado, para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las determinaciones con trascendencia real del mismo. A tal efecto, el Ayuntamiento, por medio de su representación legal, concurrirá al otorgamiento de dicha escritura.

2.- Licencia de obras.

1. A la solicitud de licencia de obras, el interesado habrá de acompañar Proyecto técnico de las mismas, suscrito por técnico competente y visado por el Colegio profesional correspondiente.

2. Concedida la licencia de obras, el solicitante dispondrá de un plazo de tres meses para el inicio de las mismas. Excepcionalmente y de manera justificada se podrá conceder una prórroga de tres meses.

3. El titular de la licencia de obras podrá transmitirla notificando este extremo al Ayuntamiento, el cual adoptará el acuerdo correspondiente, entendiéndose que con ella se transmiten conjuntamente los derechos adquiridos por la licencia de cambio de uso y por el Convenio. Dicha notificación deberá estar suscrita, conjuntamente, por el transmisor y por el adquirente.

3.- Licencia de primera utilización.

1. Una vez finalizada la obra, deberá solicitarse licencia de primera utilización, siendo requisito indispensable para su concesión que se haya efectuado la conexión efectiva de la nueva vivienda a las redes de servicios urbanos: abastecimiento de agua, saneamiento, suministro de energía eléctrica y, en su caso, suministro de gas. Así mismo junto con la solicitud deberán aportarse los siguientes documentos:

- a) Fin de obra visado.*
- b) Planos definitivos de distribución.*
- c) Fotografías de las fachadas.*
- d) Copia de la escritura de declaración de obra nueva con la diligencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho preferente de adquisición a favor del Ayuntamiento [...] así como de las garantías reales de dicho derecho real contenidas en el Convenio.*
- e) Acreditación de haberse cumplimentado la documentación precisa para la modificación catastral a que dé lugar el cambio de uso.*
- f) Certificados de todas las instalaciones realizadas.*

2. Otorgada la licencia de primera ocupación, la vivienda habrá de ser habitada en el plazo de un año. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la revocación de la licencia en cuyo supuesto, el interesado únicamente tendrá derecho al reintegro del 50% de la suma abonada en concepto de cargas urbanísticas.

Artículo 7.- Cargas urbanísticas.[...]

Artículo 8.- Registro de locales convertidos a vivienda.[...]

Artículo 9.- Emisión de certificaciones.[...]

Artículo 10.- Comunicación al catastro.[...]

Artículo 11.- Derecho de adquisición preferente en caso de venta de las nuevas viviendas.

1. En caso de venta de las nuevas viviendas habilitadas al amparo de esta Ordenanza, se establece un derecho real de adquisición preferente a favor del Ayuntamiento, por un periodo de diez años, a contar de la fecha de inscripción del cambio de uso en el Registro de la Propiedad y por el precio señalado en el apartado siguiente.

Este derecho únicamente tendrá lugar en la primera transmisión de la finca.

2.- El precio al que el Ayuntamiento podrá adquirir preferentemente la finca será el resultante de multiplicar por 1,5 veces el precio de venta para viviendas de protección oficial establecido para el municipio [...] por el organismo competente y vigente en el momento en que se verifique la transmisión.

3. El propietario que se proponga la venta de la vivienda, deberá notificar al Ayuntamiento su decisión para que, durante los sesenta días naturales siguientes al en que dicha notificación hubiera tenido lugar, pueda el Ayuntamiento ejercer su derecho de preferente adquisición.

Si el Ayuntamiento, en el plazo señalado, comunicara al propietario su decisión de adquirir la finca, la escritura pública de compraventa se otorgaría en la notaría [...] en el plazo máximo de un mes desde la notificación, en cuyo momento se abonaría al contado el precio.

Los gastos e impuestos que se devenguen como consecuencia de la venta serán de cargo del comprador, excepto los que por disposición legal correspondan al comprador.

4. A fin de dar trascendencia real al derecho de adquisición preferente establecido a favor del Ayuntamiento, las determinaciones relativas al mismo, con-

tenidas en el convenio urbanístico e incorporadas a la escritura de declaración de obra nueva, serán inscritas en el Registro de la Propiedad.

En caso de que no se realizara la notificación prevista en el apartado anterior, el Ayuntamiento podrá ejercitar su derecho de preferente adquisición contra todo adquirente que traiga su derecho de la persona que obtuvo la licencia para el cambio de uso.

De la ordenanza extractada resulta que la misma se dicta con el objeto de regular, desde el plano urbanístico, la licencia de cambio de destino de local a vivienda, que el cambio de uso constará por medio de convenio, que dicho convenio contendrá el derecho de preferente adquisición a favor del Ayuntamiento que, con carácter de derecho real oponible erga omnes, se regula en el art. 11. En dicho artículo se regula el derecho de adquisición preferente a favor del Ayuntamiento. Se plantea, por tanto, la viabilidad del régimen de cambio de destino proyectado y la del derecho de adquisición preferente.

Las ordenanzas son instrumentos complementarios de ordenación urbanística (arts. 60 y 75 LSUE) que pueden abordar la regulación del cambio de destino. Al respecto, en la sesión de 28 de noviembre de 2006 se estudió el régimen del cambio de destino de local a vivienda, así como la delimitación de ámbitos a efectos del establecimiento y ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en la nueva LSUE.

En síntesis se consideró que la licencia es necesaria para la inscripción de la modificación, conforme al art. 53 a) AURH. En el presente caso, se establecen varias licencias, pero una específica de cambio de uso, que parece, que será la única que resultará exigible a efectos registrales.

La ordenanza tiene la especialidad que exige la celebración de un convenio entre el Ayuntamiento y el particular en el que se pacte el derecho de adquisición preferente a favor del Ayuntamiento.

También dispone la ordenanza la necesidad de inscribir dicho derecho, respecto del cual llama la atención que se admita su

ejercicio durante el plazo de diez años a que se refiere el art. 1508.II CC, en divergencia con los ocho años de plazo máximo que establece el art. 125.2 de la nueva LSUE.

Creemos que pese a que el plazo de diez años está amparado en el Código civil, la coherencia de la Ordenanza con la legislación urbanística de Euskadi, aconseja señalar un plazo máximo de ocho años.

Al margen de la necesidad o no de contar con el consentimiento de la Junta de propietarios, que ahora dejamos a un lado, parece que el documento inscribible puede ser aquel, por ejemplo, en el que con ocasión de una transmisión de la finca se modifica su descripción, por lo que no siempre será necesaria una escritura de declaración de obra nueva, como resulta del art. 6.1.6 de la Ordenanza.

Al documento inscribible, conforme al art. 53 a) AURH, es preciso acompañar la correspondiente licencia, en este caso la licencia de cambio de destino que se prevé expresamente en la ordenanza, para la constancia del mismo en el Registro de la propiedad.

No se considera necesario que se aporten las demás licencias que se regulan en la Ordenanza, sin perjuicio, de que el particular deba, en su caso, obtenerlas. En efecto, la licencia que ha de aportarse es aquella de la que resulta que se autoriza, en el concreto edificio, un mayor número de viviendas.

Creemos que dicha licencia es la que autoriza el cambio de destino, lo que se halla en concordancia con el carácter de intervención mínima que debe de jugar el Registro de la propiedad en relación con la situación urbanística de las fincas registrales.

En cuanto a la inscripción del mencionado derecho de adquisición preferente a favor del Ayuntamiento, parece que la LSUE lo admite, pero siempre que no exceda de ocho años, por lo

que parece oportuno, como se ha dicho antes, que la Ordenanza se adapte a la recién aprobada LSUE en este punto.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de que la figura se instrumente a través de convenio, parece fuera de toda duda que el recurso al mismo es admisible conforme a la disposición adicional séptima LSUE.

Su inscribibilidad resulta también en plena conformidad con el art. 21.1 de la Ley del Suelo de 1998, que dispone “La transmisión de fincas no modificará la situación del titular de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real”.

Por otro lado, parece que una cosa es la inscripción del cambio de destino, que tendrá lugar por medio del documento en el que se formalice y que no parece necesario que sea siempre una declaración de obra nueva, y otra cosa, es la inscripción del derecho de adquisición preferente, que tendrá lugar en virtud de la correspondiente certificación administrativa donde se recoja el convenio, conforme al nº 9 de la disposición adicional séptima LSUE.

Sin embargo, del tenor de la Ordenanza se deduce que el convenio se incorpore a la escritura de declaración de obra nueva que contenga el cambio de uso autorizado, para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las determinaciones con trascendencia real del mismo. A tal efecto, el Ayuntamiento, por medio de su representación legal, concurrirá al otorgamiento de dicha escritura.

Ello no obstante, se considera que la inscripción de ambos actos es autónoma, aunque lo lógico es que se inscriba primero el

derecho de adquisición preferente y luego el cambio de destino. No parece que sea necesario, se insiste, el otorgamiento de escritura de declaración de obra nueva en todo caso.

1.3. Cancelación del régimen de protección oficial

Se plantea el modo de cancelar las afecciones del régimen de viviendas de protección oficial de un piso calificado como tal por plazo de veinte años en 1986.

En particular, se plantea si dicho régimen puede cancelarse con ocasión de la venta que se hace ahora del piso, una vez que ha transcurrido el plazo de duración del régimen.

El art. 146 del Reglamento de 24 de julio de 1968 dispone: “El mero transcurso del plazo de cincuenta años, contados desde la calificación definitiva de «Viviendas de Protección Oficial», determinará, sin necesidad de declaración especial, la extinción de cuantas limitaciones impone este régimen legal y, en consecuencia, la aplicación a las viviendas de que se trate de las prescripciones ordinarias de la legislación común, cancelándose de oficio en el Registro de la Propiedad las afecciones que se hubieren producido como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 99 de este Reglamento”.

Por tanto, teniendo en cuenta que el régimen en cuestión tiene una duración de veinte años, según la cédula de calificación definitiva, la respuesta debe ser afirmativa, de modo que una vez que se han extinguido las limitaciones inherentes al régimen de viviendas de protección oficial, las mismas pueden cancelarse por la vía del art. 353.3 RH.

1.4. Donación: Falta de notificación de la aceptación al donante

Se presenta una escritura de donación en la que comparecen los padres, donantes, por sí y en representación, como mandatarios verbales, de sus dos hijos como donatarios.

Se señala en la escritura que los padres donan pura y simplemente a los hijos que aceptan y adquieren. En escritura posterior otorgada exclusivamente por

los hijos donatarios, éstos ratifican la escritura de donación, aceptándola y cesando en la proindivisión.

Se plantea la cuestión de si para inscribir es necesario que haya notificación de la aceptación a los donantes, y en caso de que no sea exigible, si debe hacerse constar en el Registro que no ha habido notificación de la aceptación.

Se deben tener en cuenta en esta materia los arts. 623, 629 y 633.II y III CC . Además, la Resolución de 1 de julio de 2003, y en su misma línea la de 17 de mayo de 2006, vienen a señalar, que la doctrina y la jurisprudencia más reciente –SSTS de 6 de abril de 1979 y 17 de abril de 1998- entienden que basta la aceptación para que la donación quede perfeccionada; y si la aceptación no llega a conocimiento del donante, subsiste durante la vida de éste la posibilidad de revocación, pues la facultad revocatoria no se transmite a sus herederos, pero, falleciendo el repetido donante sin haber revocado, la donación queda no sólo perfecta, sino definitivamente consolidada, alcanzando total firmeza.

En consecuencia debe entenderse que para inscribir la donación, basta con acreditar que la aceptación se produjo durante la vida del donante, ya que nos hallamos ante una donación revocable pero perfecta.

La cuestión de cómo puede el donatario acreditar ante el Registro que la aceptación se ha producido en vida del donante puede resolverse mediante la aportación de acta de notoriedad o mediante fe de vida.

También se plantea si esa falta de notificación debe hacerse constar en el Registro para que pueda ser conocida por terceros. Por la afirmativa se inclina la necesidad de claridad de los asientos, que en este caso tiene apoyo en la moderna tendencia jurisprudencial citada.

Ahora bien, el presente supuesto tiene la peculiaridad de que la cuestión de la notificación se plantea en el seno de un acto en el que los donantes actuaban como mandatarios verbales de los donatarios, lo cual queda afianzado por la ratificación de éstos.

De ese modo la ratificación pone de manifiesto la realidad de las afirmaciones de los donantes como representantes verbales de los donatarios. Tales afirmaciones, al parecer, no fueron otras que la aceptación de la donación, la cual, resulta, por tanto, conocida por los donantes. De ese modo, la ratificación únicamente viene a llenar los requisitos del art. 1259 CC en orden a la eficacia del acto en el que se incluye una aceptación ya realizada y conocida.

Este punto de vista se apoyaría en que, según la doctrina mayoritaria y pese al tenor del art. 1280.5º CC, el poder puede ser conferido incluso en una forma distinta de la legalmente exigida para dicho acto y en el hecho de que la ratificación puede ser tácita conforme al art. 1727.II CC .

1.5. Exceso de cabida en propiedad horizontal

La primera inscripción en el Registro de un local, de 4 de junio de 1973, señala que éste tiene 350,70 m2. La inscripción 6ª se inicia en un tomo nuevo mecanizado, se trata de una inscripción de hipoteca de 27 marzo 1986, y en ella se describe el local señalando también que tiene la misma superficie.

Posteriormente tiene lugar una segregación de parte del local, y ésta se hace constar por nota al margen de aquella primera inscripción de dominio, en el tomo antiguo; la nota marginal de segregación es de 15 de febrero de 1988 y dice: “Segregados 47’58 m2 y una cuota de 1,18 % denominados Nº 8: lonja comercial en planta baja, letra A, que ha pasado a formar la finca XXX, al folio XXX del libro XXX, inscripción 1ª, quedando un resto de 303,12 m2, y según el título que se inscribe 321,71 m2 y una cuota de 9,19% con los mismos linderos excepto por el Norte, que lo hace con el local segregado”.

La inscripción 8ª, de 15 de marzo de 1988, es de compraventa, en la que al describir la finca se limita a decir: “descrita en la inscripción 6ª” sin referencia alguna a la nota de segregación al margen de la inscripción 1ª.

La escritura que causó la inscripción 8ª describía el local con una superficie de 321,71 m2 (recordemos que según el Registro tras la segregación habían quedado 303,12 m2); pero en el Registro simplemente se hizo constar que el local se describía en la inscripción 6ª, y en la nota de despacho o de calificación del documento no se advirtió que se inscribía con los 303,12 m2 que resultan del Registro tras la segregación.

Ahora, el titular de la finca, confiando en que su local tiene una medida de 321,71 m2 ya que nada se le advirtió en el momento de la compra, lleva a cabo

una nueva segregación de 124,12 m², quedando un resto, siempre según título, de 197,59 m² que vende a un tercero.

Se pretende inscribir en el Registro esa segregación de 124,12 m², y la venta del resto de 197,59 m², sin embargo según el Registro el local sigue midiendo 303,12 m² con lo que una segregación de 124,12 m² daría lugar a un resto de 179 m², es decir, casi 19 m² menos de lo que el tercero cree que ha adquirido.

Se plantea como sería posible regularizar la situación, pues los particulares entienden que la superficie del Registro no se ajusta a la realidad, y proponen para acreditarlo, un informe técnico, que tratarían que fuera del mismo arquitecto encargado de la obra nueva, una escritura en la que comparezca el presidente de la comunidad del edificio donde preste su conformidad a que se hagan constar esos metros de más, o un certificado del Ayuntamiento. Alegan que un acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios es de todo punto inviable.

Las divergencias de superficie en los elementos independientes de una propiedad horizontal se venían despreciando en el mercado por razón de que los mismos se transmitían como cuerpo cierto sobre la base de que la fe pública registral no alcanza a los datos físicos del inmueble.

Sin embargo, la creciente financiación de la adquisición de la vivienda por medio de créditos y préstamos hipotecarios da lugar a que el tasador realice su valoración conforme a la superficie registral con preferencia a la real.

A su vez, esa valoración sirve para determinar el volumen de crédito que será concedido para el negocio de adquisición. Resulta patente entonces el interés de los particulares porque en el Registro conste la verdadera superficie de los elementos, por lo menos, en el caso de que la superficie real sea superior a la registral.

En cuanto al modo de hacer constar el exceso de cabida en el Registro de la propiedad, “Existen dos medios posibles que son el acta notarial de notoriedad complementaria tramitada conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial a que se refiere el artículo 298 número 2 del Reglamento Hipotecario o el acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore plano e informe técnico tramitada conforme al artículo 203 de la Ley Hipotecaria a que se refiere el artículo 53 número 10 de la Ley 13/1996 ”.

Conforme a la resolución de 2 de marzo de 2001, cuando no existan dudas sobre la identidad de la finca, por no haberse modificado los linderos y no se modifique el título constitutivo de la propiedad horizontal, sino que se trate de un supuesto de rectificación de una errónea descripción, cabe acudir también al expediente de dominio.

Debe tenerse presente, además, que para rechazar el documento por dudas sobre la identidad de la finca es el registrador quién debe aportar los fundamentos y justificaciones en los que se base dicha duda, sin que el interesado deba acreditar la identidad, lo que implica una inversión en la carga de dicha acreditación.

1.6. Ayuntamiento: cesión de parte de una finca

El Ayuntamiento aprueba un proyecto de urbanización de un Paseo y se hace preciso para ensancharlo ocupar una porción de finca del vecino A.

El Ayuntamiento y el vecino A llegan a un acuerdo que consiste en que el vecino A le cede el trozo que necesita y a cambio, el Ayuntamiento le va a reconstruir una cochera que tiene que demoler para llevar a cabo las obras de ensanche del paseo.

Este acuerdo se recoge en una escritura que ahora se presenta en el Registro y por la que se declara la obra nueva por la que se reconstruye la cochera, compareciendo el Alcalde en representación del Ayuntamiento y el vecino A, pero sin que se formalice en dicha escritura la segregación de la parte cedida, con lo que de la escritura resulta que la finca del vecino A, que según el Registro mide 300 m², ahora según la escritura mide sólo 100 m². Parece que se ha pretendido eludir el escriturar la segregación y cesión de la porción de finca cedida al Ayuntamiento.

La Registradora entiende que tiene que exigir la previa inscripción de la segregación de la porción cedida, pues en otro caso se estaría admitiendo una desinscripción de esa parte y se plantea suspender la escritura presentada en base a que la operación formalizada en la escritura supone una desinscripción de una porción de una finca inscrita, desinscripción no admitida en nuestro ordenamiento, pues una vez inscrita una finca nace a la vida registral, siéndole de aplicación las presunciones y efectos previstos en la legislación hipotecaria. Para subsanar el defecto será necesario segregar la parte de terreno que ha de cederse al Ayuntamiento y su posterior cesión formal al mismo.

En principio lo correcto parece la inscripción registral de la segregación, que por le demás, para el Ayuntamiento le resulta

obligatoria conforme al art. 36.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986. Sin embargo, esa es una cuestión de responsabilidad del Ayuntamiento y que depende del mismo.

Por ello, lo que en rigor se plantea es la inscribibilidad del documento referido, lo cual resulta admisible si se acude a la vía del art. 47.III RH que permite realizar una operación sobre el resto de una finca cuando no hayan accedido al Registro todas las segregaciones escrituradas.

De ese modo, no hay obstáculo para la operación descrita siempre que en la misma conste la superficie de la finca sobre que recae, en cuyo caso, se hará constar al margen de la inscripción de propiedad precedente nota indicativa de la inscripción del resto y de la superficie pendiente de segregación.

1.7. Cancelación de anotación de demanda

Se solicita nota informativa de una finca con el siguiente historial:

(1) Inscripción 14ª de venta de la mitad indivisa de una finca a favor de "A", que ya era dueña de la otra mitad. (2) Inscripción 15ª de cancelación de una hipoteca. (3) Inscripción 16ª de hipoteca. (4) Anotación de demanda de nulidad del contrato de compraventa que generó la inscripción 14ª: Un Juzgado de lo penal tramita procedimiento abreviado por alzamiento de bienes contra "A" y contra la persona que le vendió la mitad indivisa de la finca. La fecha de la anotación es agosto de 2005. (5) Inscripción 17ª de nulidad de la inscripción 14ª; en esta inscripción se arrastra como carga la anotación de demanda mencionada, que el anterior Registrador titular decidió no cancelar al practicar inscripción, cuya fecha es de marzo de 2006.

La razón de no cancelar la anotación de demanda fue que en el mandamiento judicial simplemente se ordenaba inscribir la nulidad del contrato de compraventa, sin que se ordenara expresamente la cancelación de la anotación de demanda. Ahora, se plantea si ha de hacerse constar la anotación en la publicidad y cuáles son las posibilidades para realizar su cancelación.

Dado que la anotación no está cancelada formalmente, la misma se hará constar en la nota simple informativa, aunque deberá advertirse ese extremo. En cuanto a la forma de cancelación, conforme a la resolución de 25 de setiembre de 1972 la anotación

continuará subsistente pese a otras cancelaciones provocadas por la sentencia firme recaída en el procedimiento ya que la misma puede seguir cumpliendo su función cautelar durante el período de ejecución de sentencia.

Ahora bien, si se estima que la anotación debió cancelarse con la ejecutoria, conforme al art. 198.III RH, bastará su nueva presentación para cancelarla, o cancelar de oficio por el registrador, o también, a instancia de cualquier interesado conforme al art. 210 RH.

1.8. Ejecución por deudas contra la masa

Se presenta un mandamiento de la Tesorería General de la Seguridad Social junto con una copia de sentencia recaída en un incidente ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de la que resulta a favor de la Tesorería que la deuda de la Seguridad Social es contra la masa. También se acompaña copia del auto que abre la fase de liquidación del concurso. En el Registro consta la inscripción de la declaración del concurso el 20 de setiembre de 2005. Se plantea la inscribibilidad del mandamiento.

Conforme al art. 8.3º y 4º de la Ley Concursal (LC en adelante) la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado y en toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º del citado art. 8.

Incluso en el caso de que se admita que el embargo por deudas contra la masa a favor de la Tesorería sea acordado por ella misma, una vez que ha transcurrido el año al que se refiere el art. 154.2 LC, se considera, conforme al art. 8.3 y 4 LC que el mandamiento de ejecución, al menos, ha de ser expedido por el juez del concurso, de acuerdo con la citada competencia exclusiva del mismo.

En concordancia con lo que se mantiene, el art. 24.4 LC dispone que practicada la anotación preventiva, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secues-

tros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del art. 55 LC.

1.9. Cancelación de la anotación de concurso por venta

En el Registro figura una anotación de concurso, y ahora se presenta una escritura de venta por la que los administradores del concurso, con autorización judicial, venden la finca. La cuestión que se plantea es si al inscribir la venta se debe cancelar la anotación de concurso o si se ha de solicitar un mandamiento que lo pida expresamente.

El concurso no es una carga de la finca sino una situación que afecta a la capacidad del concursado. Por ello, parecería lógica la cancelación de la anotación del concurso con la venta realizada por los administradores.

Sin embargo, se exige mandamiento judicial para cancelar los asientos que deben extinguirse como consecuencia de la venta, si bien, dado que la situación del concurso sólo afecta al concursado, una vez que el mismo haya dejado de ser titular registral, el concurso dejará de afectar a la finca, sin que quepa arrastrar como carga la anotación de la declaración del concurso ni darla como tal carga en la publicidad de la finca.

1.10. Seguro en autopromoción

Se plantea si es exigible para su inscripción el seguro del edificio tratándose de la declaración de obra nueva de tres viviendas auto promovidas y divididas horizontalmente según el modo de la llamada comunidad valenciana.

En dicha comunidad, conforme a las resoluciones de la DGRN de 18 de abril de 1988 y 17 de julio de 1998, se pacta entre los comuneros que cada uno de ellos construirá individualmente su vivienda individualizada y cuya propiedad pertenecerá desde un principio al respectivo constructor.

Parece evidente, acogiéndose a esta figura, la posibilidad de fraude a las exigencias de la Ley de Ordenación de la Edificación, lo cual, sin embargo, no puede ser apreciado por el registrador.

Ahora bien, si interpretamos de modo estricto la exigencia que impone el párrafo segundo del apartado uno de la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación, para excluir la obligación de asegurar, según la cual, debe de tratarse de “autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio”, parece claro que quien promueve en un régimen de comunidad no es un autopromotor individual.

Ello unido a que no se ve diferencia entre la construcción de un edificio por una sociedad y la que realizan los comuneros de la comunidad valenciana, y a que en caso de que se enajene alguna vivienda con posterioridad, dada la existencia de elementos comunes, será difícil obtener un seguro en exclusiva para esa vivienda; se considera que la obligación de asegurar es exigible también en el caso tratado.

2. CASOS DE FEBRERO DE 2007

2.1. Disolución de convivencia de hecho

Se presenta una sentencia firme por la que se concede la disolución de la convivencia de hecho de una pareja y se aprueba el convenio regulador propuesto de mutuo acuerdo por la misma. La pareja de hecho no se hallaba inscrita.

En dicho convenio se adoptan medidas paterno-filiales en relación a la hija común habida de la convivencia, se disuelve la comunidad de bienes existente entre ellos, se inventaría como activo de la misma una vivienda valorada en trece millones de pesetas y como pasivo un crédito hipotecario que grava la vivienda por importe de doce millones ochocientos mil pesetas y un crédito personal por importe de ochocientos mil pesetas.

Uno de los convivientes se adjudica tanto la deuda como la vivienda, por lo que el otro lleva un exceso de adjudicación de trescientas mil pesetas que compensará al primero.

En el Registro la vivienda consta inscrita a favor del conviviente no adjudicatario, como soltero y con carácter privativo, fruto de su adquisición durante la vigencia de la convivencia de hecho. Se plantea si es inscribible el documento.

En principio se aprecian como defectos, una falta de tracto, ya que la vivienda no consta como bien de la comunidad sino

como privativo de uno de los convivientes y que el convenio por sí sólo no es causa de atribución patrimonial al otro conviviente del bien privativo de su pareja.

Estos defectos parecen confirmados por la resolución de la DGRN de 3 de junio de 2006, que indica para un caso en que se atribuye a un cónyuge en pago de su haber en la disolución de la sociedad conyugal un bien privativo del otro, que hay una falta de tracto ya que dicho principio “exige la inscripción de los distintos actos o negocios traslativos que enlazan la titularidad registral actual y la que ahora se pretende inscribir, debiendo existir identidad entre el derecho tal como se configura en el Registro y como se hace en el título que ahora se pretende inscribir”.

También considera, entre otros argumentos, que para liquidar la situación de comunidad son posibles transmisiones adicionales de bienes entre los ex-cónyuges si bien “no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio”.

Por todo ello, parece que es necesaria la correspondiente aportación a la comunidad que se liquida de la vivienda privativa.

Se consideró también que dicha aportación en casos de ruptura de la convivencia es un serio obstáculo. En ese sentido, tal vez, quepa considerar que la aportación a la comunidad va de suyo en la inclusión de la vivienda en el activo de la comunidad.

Por lo demás, podemos considerar al convenio como una transacción judicial que encerraría un título suficiente para realizar esa aportación. El carácter de transacción se aprecia en este caso dado que el adjudicatario de la vivienda se atribuye también las deudas en importe superior a su precio.

No obstante, la opinión mayoritaria, consideró necesaria, en concordancia con la resolución indicada, la adecuada documen-

tación de la aportación, conforme, también con el principio de especialidad.

2.2. Plazo de conservación de las peticiones por fax

Se plantea por cuanto tiempo han de conservarse las peticiones de publicidad de los Notarios por fax y, también, las de particulares.

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

Por tanto, se considera mínimo ese plazo, sin perjuicio, que en orden a salvar su responsabilidad, el registrador opte por guardar la solicitud por más tiempo conforme al art. 311 LH.

2.3. Notificación del embargo a cotitulares

Para los embargos ordenados por la Tesorería General de la Seguridad Social y por Hacienda se exige, en caso de cotitularidad sobre la finca, notificación al cotitular. Se plantea si para la anotación del mismo se ha de exigir que se identifique a este cotitular con nombre y apellidos.

Entre las circunstancias que debe contener la diligencia de embargo por la Tesorería General de la Seguridad Social no se cuentan el nombre y apellidos del condómino notificado, sin embargo, el mandamiento debe contener, conforme al art. 104.2 b) de su Reglamento de Recaudación, la indicación de a quiénes y en qué concepto se notificó el embargo.

Esa indicación, por tanto, comprende tanto el concepto, condómino, como la identificación de la persona, la cual, cuando es física, conforme al art. 53 de la Ley de Registro Civil, es designada por su nombre y apellidos.

Otro tanto cabe afirmar cuando se trate de apremios realizados conforme al Reglamento General de Recaudación, que en su

art. 58 a) se pronuncia en términos similares a los del indicado precepto de la Seguridad Social.

2.4. Seguro decenal en obra declarada por sociedad uni personal municipal

Se plantea si una sociedad mercantil municipal, constituida bajo la forma de sociedad anónima unipersonal, está obligada a concertar seguro decenal de edificación.

Se trata de una sociedad de socio único, el Ayuntamiento, que tiene un gerente, y los cargos de su órgano de administración son los concejales; el Alcalde es el Presidente; y la Secretaria del Ayuntamiento es la Secretaria del Consejo.

Hay que advertir que la Sociedad municipal está tramitando el seguro decenal, que de hecho quiere concertar. El problema es que, los técnicos del seguro están tardando en comprobar determinadas circunstancias. Las ventas están hechas, y la Notaria se plantea si sería obligatorio aduciendo los argumentos que veremos.

Los argumentos que se esgrimen desde la Notaría para sostener la inaplicabilidad de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, para el caso de esta sociedad unipersonal son los siguientes:

1- La ley 38/1999 dispensa en su artículo 1.3 de la constitución de las garantías de suscripción obligatoria a las administraciones públicas, organismo y entidades sujetos a la legislación de contratos de Administraciones Públicas.

2- El art. 85.A d) de la Ley de Bases de Régimen Local permite a las Corporaciones Locales la constitución de sociedades mercantiles. A su vez, el artículo 85 bis establece que las entidades mercantiles locales se rigen por lo dispuesto en los arts. 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; cuyo artículo 57 establece que el régimen de contratación de las entidades públicas empresariales se rige por las previsiones contenidas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Ello resulta confirmado por el artículo 85.ter de la Ley de Bases de Régimen Local, que establece que las sociedades mercantiles locales, se regirán íntegramente cualquiera que sea su forma jurídica, por el orden jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero (...) y de contratación.

E igualmente por el art. 2 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas RD 2/2000, de 16 de junio; que declara su aplicación a

las sociedades mercantiles que se refieren los párrafos c y d del apartado 1 del art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En otra ocasión se trató la cuestión de la obligatoriedad del seguro decenal cuando el que construía era el Gobierno Vasco, esto es la Comunidad Autónoma, y se llegó a la conclusión de que estaba exceptuado.

Sin embargo, respecto del presente caso cabe exponer algunos argumentos contrarios a la excepción de la suscripción del seguro.

Cuando la Ley de Bases de Régimen Local, dice expresamente que las sociedades mercantiles locales se regirán, cualquiera que sea su forma jurídica, por el orden privado, está sentando la regla general, y la Ley de Ordenación de la Edificación pertenece al orden jurídico privado.

La Ley de Contratos del Estado, se aplica, como excepción en determinadas materias, que son las que se citan textualmente: normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

En este último caso la ley se refiere a la contratación de obras y servicios, para cuya ejecución ha de formalizar contratos con los adjudicatarios de tales obras o servicios, cumpliendo los principios de publicidad y concurrencia, y con arreglo a la legislación de contratos del Estado. No se está refiriendo a la concertación de un seguro decenal, que se enmarca, como hemos visto, dentro del orden jurídico privado.

La Ley de Ordenación de la Edificación establece en su art. 1.3 que “cuando las Administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en lo no contemplado

en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria”.

Por su parte, el art. 53 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Organización General del Estado contiene la definición de lo que es una entidad pública empresarial: “1. Las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”.

“2. Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”.

Los arts. 61 y ss. del mismo texto contienen las normas de creación y constitución de los organismos y entidades públicas empresariales, que no tienen nada que ver con las normas de constitución de una sociedad mercantil, a saber, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Así, las sociedades mercantiles que la Corporación local puede constituir, al amparo del art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, no son las entidades u organismos públicos a que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación, además habla expresamente de sociedades mercantiles, como tales sujetas al Código de Comercio, Reglamento del Registro Mercantil y legislación específica.

A la vista de tales argumentos, se consideró ajustada al ordenamiento jurídico la postura de la registradora de pedir la constitución del seguro decenal para la obra nueva declarada por la citada entidad municipal.

2.5. Renuncia a poder testatorio en fraude de posibles herederos

Se plantea el siguiente supuesto: D. Pedro, casado con D^a María, fallece en 1999. El padre del causante, D. Blas, le ha premuerto, mientras que su madre, D^a Balbina, le sobrevivió, si bien hoy en día ya ha fallecido.

En el testamento de D. Pedro, otorgado en 1999, se señalan entre otras cosas lo siguiente:

Cláusula 1^a. Que la sucesión se regirá por el Derecho civil foral de Vizcaya, en razón de su vecindad y continuada residencia en territorio aforado desde su nacimiento.

Cláusula 2^a. Lega a su citado cónyuge, el usufructo universal y vitalicio de todos los bienes que integran su herencia, relevándole de hacer inventario y de prestar fianza y facultándole para tomar por sí mismo posesión de este legado, con el cual quedará el cónyuge viudo satisfecho de sus derechos legitimarios.

Cláusula 3^a. Que confiere poder a favor de su expresado cónyuge, para que éste, una vez ocurrido el fallecimiento del testador, pueda disponer libremente de todos o parte de los bienes de éste, por donación o testamento, en una o varias veces, a favor de sus citados padres, D. Blas y D^a Balbina, o en su defecto, de los descendientes legítimos de éstos, con los apartamentos que tenga a bien establecer conforme a dicho Fuero y le prorroga estas facultades por cincuenta años más a contar del fallecimiento del testador.

Cláusula 4^a. En cuanto a los bienes de éste, de que su cónyuge no hubiere dispuesto en uso de tal poder, instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, a sus antes citados padres, D. Blas y D^a Balbina o al que de ellos le sobreviva, y en defecto de ambos a su cónyuge, D^a María, ya que los bienes de su herencia no tienen carácter troncal y han sido adquiridos a título oneroso a extraños constante su matrimonio.

Cláusula 5^a. Y en el supuesto de que le hayan premuerto sus padres y cónyuge, instituye por únicos herederos de todos sus bienes, a sus hermanos, por igual, sustituidos por sus respectivos descendientes.

La viuda, D^a María, pretende renunciar al ejercicio del poder testatorio y adjudicarse la finca. Partiendo de que la delación se produce en el momento del ejercicio del poder testatorio, caben dos posibilidades:

1^o. La que sostiene el Notario, que dice que como cuando renuncia la viuda al poder testatorio es ahora, y ya la madre del finado, D^a Balbina, no existe porque ha fallecido antes, la heredera sería la viuda, D^a María, en aplicación de la cláusula 4^a.

2º. Entender que la viuda puede ejercer el poder testatorio ahora o cuando quiera, pero eso sí, en los términos que manda el testamento en la cláusula 3ª, es decir, a favor del que quiera de los descendientes legítimos de los padres fallecidos del testador (dice la cláusula 3ª "o, en su defecto, de los descendientes legítimos de estos").

Pero lo que no puede hacer es renunciar al poder testatorio para adjudicarse los bienes ella, porque esa renuncia sería "en fraude de terceros", esto es, en fraude de sus cuñados, que son los beneficiarios, tanto en el caso de que se ejercite el poder (cláusula 3ª), como en el que se entienda que Dª Balbina hereda los bienes por sobrevivencia (cláusula 4ª), o en el supuesto de que la viuda hubiera muerto sin ejercitar el poder (cláusula 5ª).

La mayoría se inclina por acoger la primera posibilidad apuntada por el Notario por diversas razones. Así, la renuncia de la viuda y la adjudicación de los bienes en vida se corresponden con la voluntad del testador manifestada en la cláusula cuarta.

Conforme al art. 38 del Fuero civil el comisario puede adjudicarse los bienes que le correspondan por ejercicio del poder testatorio. Y sobre todo, el art. 48.5 del Fuero civil indica que el poder testatorio se extinguirá por renuncia.

Se ha considerado que tal renuncia, debiera sujetarse a justa causa, pero lo cierto es que el Fuero civil no es más explícito y no la exige. Por otro lado, pese a que los cuñados designados no hayan adquirido derecho alguno en la sucesión, dada la falta de delación, se considera que el perjuicio al que se refiere el art. 6.2 CC incluye también la pérdida de la expectativa que pudieran tener.

Ahora bien, lo que se descartó por los presentes fue que el carácter fraudulento de la renuncia pueda ser apreciado por el registrador. Por ello, presentada la renuncia, procede la inscripción, sin perjuicio de que los eventuales perjudicados puedan impugnar dicha renuncia por serles perjudicial conforme al art. 6.2 CC.

2.6. Firmeza de adjudicación de la tesorería

Se presentan en el Registro de la Propiedad un certificado de la Dirección Provincial de Vizcaya de la Tesorería General de la Seguridad Social por el que se acredita la adjudicación a un tercero por subasta de un bien embargado por la

Tesorería General de la Seguridad Social. Se señala que se han observado todas las formalidades legales en la sustanciación del expediente, pero en ningún momento se alude a la firmeza.

El Registrador se plantea si exigir que conste la firmeza y suspender el documento en base al siguiente defecto que se estima subsanable:

“No constar la firmeza del expediente de apremio en vía administrativa con la consiguiente infracción del principio hipotecario de legalidad, que implica que sólo la documentación auténtica y pública que reúna las formas y solemnidades prescritas por las leyes puede tener acceso al Registro.

“Artículos 3 y 82 de la Ley Hipotecaria, 99, 100 y 174 del Reglamento Hipotecario, 7, 46, 104 y 122 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, 170 de la Ley General Tributaria, 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 57 y 107 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; Resoluciones de 15 de marzo de 1975, 30 de septiembre de 1980, 22 de octubre de 1996, 22 de junio de 1989, 12 de noviembre de 1990, 17 de septiembre de 1992, 12 de mayo de 1998, 23 de marzo de 1999, 5 de junio de 1999, 7 de marzo de 2001, 2 de marzo de 2006, 5 de julio de 2006, 1 y 21 de septiembre de 2006.

“Según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la calificación de los documentos administrativos han de aplicarse las mismas reglas y criterios que en la de los documentos judiciales (así resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 1980); incluso puede actuar el Registrador respecto de ellos con mayor rigor, al ser más amplias sus atribuciones calificadoras, sobre todo si se trata de ejecuciones administrativas por deudas de contribuciones a favor de la propia Administración, en donde el Registrador debe examinar la observancia de los trámites esenciales del procedimiento extremando todavía más el cuidado, al tratarse de un documento expedido por la propia Autoridad Administrativa haciendo uso del privilegio de servirse por sí misma, y en su favor, del apremio administrativo; y todo ello sin olvidar que la calificación del Registrador no se extenderá a la legalidad intrínseca del acto documentado (resoluciones de 15 de marzo de 1975, 30 de septiembre de 1980, 21 de diciembre de 1990, 22 de octubre de 1996, 23 de marzo de 1999).

“En atención a lo dicho, hay que concluir que para la inscripción de documentos administrativos deben seguirse criterios similares a los que se siguen en la inscripción de los documentos judiciales (en este sentido el artículo 104 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social señala que “Los mandamientos que para obtener la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles expidan los recaudadores ejecutivos de la Tesorería General de la Seguridad Social tendrán, a todos los efectos, la misma virtualidad que si emanasen de la autoridad judicial”, y en el mismo sentido el artículo 170 de la Ley General Tributaria, y la mencionada resolución de 30 de septiembre de 1980).

“Por lo tanto si para el acceso al Registro de documentos judiciales que produzcan mutaciones jurídicas inmobiliarias, se exige que conste la firmeza en la vía judicial (resoluciones –entre otras– de 12 de noviembre de 1990, 17 de septiembre de 1992, 5 de junio de 1999, 7 de marzo de 2001, 2 de marzo de 2006, 5 de julio de 2006, 1 y 21 de septiembre de 2006, y artículos 521, 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria, 100 y 174 del Reglamento Hipotecario, y 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) para el acceso al Registro de documentos administrativos se debe exigir la firmeza en la vía administrativa.

“La propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente señala que la adjudicación con la que concluye un procedimiento administrativo de apremio, y el mandamiento ordenando la cancelación, son directamente inscribibles como actos ejecutivos de la Administración (resoluciones de 18 de noviembre de 1986 y 27 de enero de 1998).

“Por lo tanto, como no podía ser de otra manera, para que una resolución administrativa que implique una mutación jurídica real inmobiliaria como es la adjudicación, goce de la “presunción de validez” a que se refiere el artículo 57 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y la “presunción de legalidad” a que se refiere el artículo 7 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, y que por tanto sea directamente ejecutiva e inscribible en el Registro de la Propiedad, es necesario que se acredite ante el propio Registro que dicha resolución efectivamente ha supuesto la conclusión del procedimiento o expediente administrativo y le ha puesto fin, agotando así la vía administrativa o gubernativa, aunque sea susceptible de revisión judicial, ya ante los tribunales de lo contencioso o ante los ordinarios (artículo 107-1 párrafo 2 de la Ley 30/1992 y resolución de 22 de junio de 1989).

“En definitiva se debe acreditar que se ha agotado la vía administrativa, pues hasta el momento en que una resolución administrativa no haya alcanzado firmeza, no se encuentra dotada de carácter definitivo, y la Autoridad que la dictó puede volver sobre ella y modificarla hasta que los apelantes agoten la cadena de recursos; sólo a partir de la firmeza se puede entender agotado el expediente administrativo sin que quepa una eventual revisión administrativa ulterior, y sólo a partir de ese momento podrá el favorecido por dicha resolución hacer valer todas sus consecuencias y tratar de fundamentar en ella su pretensión de acceso al Registro”.

Los presentes compartieron los argumentos expresados por el Registrador en su extensa nota, en particular en lo relativo a la equiparación entre actos judiciales y administrativos y en la exigencia de que conste el fin de la vía administrativa.

En cuanto a la exigencia de firmeza para los documentos judiciales se considera, que rige igualmente el criterio de la firmeza

de la resolución que haya de producir un asiento definitivo, del que pueden surgir terceros protegidos por la fe pública registral. Se señala como apoyo para dicho criterio el art. 524.4 LEC.

2.7. Causa de cancelación de hipoteca

Se presenta una escritura otorgada por una entidad bancaria por la que se cancela una hipoteca constituida sobre una finca registral, “por no ser preciso el mantenimiento de la garantía hipotecaria sobre la finca descrita dado el desarrollo de la relación jurídica nacida del préstamo hipotecario”.

Se entiende por la Registradora que no se determina la naturaleza gratuita u onerosa de la causa que motiva la extinción del derecho real de hipoteca, y en caso de ser onerosa, en particular, si el préstamo ha sido objeto de amortización anticipada, no queda identificado el medio de pago empleado por el obligado.

Se plantea por tanto suspender la inscripción en base a los siguientes fundamentos de Derecho:

a) Inexpresión de la causa gratuita u onerosa que justifica la cancelación de la hipoteca, preceptiva en los documentos cancelatorios según los artículos 193.2, 188 y 173 del Reglamento Hipotecario y el principio casualista que preside el sistema de Derecho Privado Español.

b) En caso de existir contraprestación consistente en dinero, no identificarse los medios de pago empleados por las partes en los términos exigidos por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre.

Se citan en la nota los arts. 6, 80, 82 y 144 de la Ley Hipotecaria, 173, 179, 188, 240 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000 y 20 de febrero de 2003, así como, artículos 10, 21 y 254 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Ley del Notariado, los tres últimos en su redacción dada por la Ley de Medidas para la Prevención de Fraude Fiscal, 36/2006, de 29 de noviembre, y disposición final quinta del citado texto legal.

Como señala la DGRN en resoluciones de 27 de septiembre de 1999 y 20 de febrero de 2003, “para que pueda registrarse cualquier acto traslativo se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y después, practicar debidamente los asientos que procedan”.

La expresión de la causa o razón de la cancelación es presupuesto obligado para la calificación registral, pues como destaca la Dirección General en las citadas resoluciones, no son los mismos requisitos los que se exigen para la extinción de un derecho real limitado por redención, por extinción por pago o por condonación; no son las mismas la capacidad o las autorizaciones exigidas para un acto de extinción que implique una enajenación a título gratuito que para el que implique una enajenación a título oneroso.

También dependerá de la causa, como establece el art. 24 RH, el asiento que ha de practicarse, siendo la causa una de las circunstancias que deben consignarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 193 del mismo texto normativo.

A lo anterior debe añadirse que admitir la cancelación por el mero consentimiento formal equivaldría a admitir la desinscripción al arbitrio del titular del derecho.

Y esta doctrina se ve confirmada con la nueva Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, que exige, para poder inscribir actos que extingan derechos reales sobre bienes inmuebles, si existe onerosidad, la identificación de los medios de pago.

Por tanto, el art. 82 .I LH debe ser interpretado en congruencia con el conjunto del ordenamiento jurídico, ya que la admisión del consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde a un sistema civil causalista, sin que exista razón para hacer una excepción cuando de lo que se trata es de reflejar en el Registro la extinción o la reducción de un derecho real inscrito.

2.8. Cancelación de hipoteca: amortización anticipada

Se presentó en el Registro una escritura por la que se procede a la cancelación de hipoteca por el Subdirector General de Ayudas a la Vivienda, de la Dirección General de Arquitectura y Política de la Vivienda (Ministerio de Vivienda), sobre una determinada finca.

De la cláusula IV del expositivo resulta que el deudor hipotecario ha procedido a la amortización anticipada de las cantidades percibidas al amparo del

préstamo que en su día le fue conferido por el Instituto Nacional de la Vivienda. No se identifican los medios de pago empleados para la amortización anticipada del préstamo garantizado con hipoteca.

La Registradora se plantea si debe ser suspendida la inscripción en base al siguiente fundamento de Derecho: "Documentándose en la escritura un acto o contrato con contraprestación consistente en dinero, no se identifican los medios de pago empleados por las partes en los términos exigidos por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre; artículos 10, 21 y 254 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Ley del Notariado, los tres últimos en su redacción dada por la Ley de Medidas para la Prevención de Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de noviembre, y disposición final quinta del citado texto legal".

Se reiteraron algunos argumentos de la sesión anterior y se recogieron otros del debate existente, en particular, el que indica que la hipoteca se extingue no por pago sino por haberse extinguido la obligación garantizada.

Se recuerda lo apuntado en el Seminario de Madrid, en el sentido de que en el caso de la amortización anticipada bastará la indicación de que el pago se hizo con cargo a la cuenta del préstamo.

No obstante, tratándose de persecución del fraude fiscal, las circunstancias del caso, a saber, la condición de Administración del acreedor hipotecario y el ir el préstamo dirigido a la financiación de la vivienda no hacen a la operación sospechosa, por lo que la mayoría se inclinó por admitir la cancelación tal como aparece configurada.

2.9. Cancelación de hipoteca por caducidad

Se consulta al registrador sobre el modo de hacer constar en el Registro de la propiedad de la cancelación por caducidad de ciertos préstamos concedidos por el Instituto Nacional de la Vivienda.

La disposición adicional cuadragésima de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre sobre presupuestos generales del Estado para 2006 dispuso la cancelación por caducidad de los préstamos concedidos por dicho Instituto a particulares y a ciertas entidades, para financiar la construcción de viviendas de protección oficial de pro-

moción privada, cuya cuota trimestral de amortización sea igual o inferior a 30 euros.

Parece que se trata de un caso claro de caducidad por disposición de la Ley, por lo que ante el supuesto de hecho de la extinción del asiento habrá que proceder a su cancelación conforme al art. 353.3 RH.

Es evidente, que la misma podrá obtenerse a solicitud del titular registral por una simple instancia, al pedir certificación de la finca, a al practicar cualquier asiento sobre ella.

Debe tenerse en cuenta, especialmente, esta última especialidad, ya que habrá que practicar la cancelación cuando se practique algún asiento sobre la finca en los términos del indicado art. 353.3.II RH.

También se señaló que deben distinguirse, a estos efectos, los préstamos del INV de los concedidos por otros Institutos cuyos activos, sin embargo, hoy forman parte del de bancos privados, como son los concedidos en su día por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional.

2.10. Arrendamiento y renuncia anticipada al retracto

Se presenta una escritura de venta en la que se dice que hay un arrendatario, que no comparece.

Se señala que “la finca esta arrendada a X en virtud de contrato de fecha Y en la que la parte arrendataria renuncia a los tanteos y retractos regulados en la LAU. Fotocopia de dicho contrato se incorpora a la presente”.

Efectivamente se incorpora fotocopia, y en la estipulación novena del contrato se señala: “El arrendatario renuncia a los derechos de tanteo y retracto de los artículos 25 y 31 de la LAU”. Se plantea si es inscribible la venta.

Conforme al art. 25.8 LAU, el pacto por el cual el arrendatario renuncia a los derechos de tanteo y retracto será válido en contratos de duración pactada superior a cinco años.

Por una parte, se aprecia que no hay fehaciencia, en el documento privado que se incorpora, cuyas firmas, por otra, no pueden ser legitimadas por el Notario. Además, si la mera manifestación se considera suficiente para decir que la finca no está arrendada, o que la finca está arrendada a una u otra persona, por coherencia, deberemos entender que vale para justificar la renuncia del arrendatario a los derechos de tanteo y retracto.

Por otro lado, si pudiéramos apoyarnos en el documento privado para justificar la manifestación del vendedor es preciso tener en cuenta, conforme al art. 1228 CC, que el que quiera aprovecharse del documento privado deberá aceptarlo también en la parte que le perjudique, es decir, que lo deberá tener en cuenta en su integridad.

2.11. Rehabilitación de vivienda por el arrendatario

Se presenta en el Registro una Resolución del Delegado Territorial de Vivienda y Asuntos Sociales en Vizcaya sobre concesión de ayudas financieras para la rehabilitación protegida aislada. Se resuelve declarar unas determinadas obras de rehabilitación como actuaciones protegidas, concediendo al solicitante determinadas ayudas económicas directas.

Sin embargo tal y como se establece en la Orden de 30 de diciembre de 2002 sobre medidas financieras para la rehabilitación de viviendas, no se puede ordenar al pago de dichas ayudas hasta que no se acredite la constancia en el Registro de la Propiedad de la limitación de disposición voluntaria intervivos en un plazo de cinco años desde la certificación de final de obra sin la previa acreditación de la devolución de las ayudas percibidas, actualizadas al momento de su reintegro, junto con el interés legal correspondiente.

El problema es que quien se señala como “titular” y por tanto destinatario de las ayudas en la resolución es el arrendatario de la finca, sin que ni si quiera dicho arrendamiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad. Según el Registro la propiedad corresponde al Ayuntamiento de Bilbao, en concreto a la entidad Viviendas Municipales.

Se ha presentado junto con la resolución de concesión de ayudas, un oficio del Ayuntamiento de Bilbao, firmado por el Subdirector Jurídico de la entidad de Viviendas Municipales, en el que se autoriza al inquilino a realizar las obras de rehabilitación y se compromete ante la Delegación Territorial del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales a no disponer durante cinco años desde la certificación final de obra.

Aparecen ciertas dudas por el hecho que se imponga la limitación dispositiva a una entidad pública dedicada a facilitar la vivienda en el ámbito de su territorio y que no parece que, con limitación o sin ella, vaya a apartarse del cumplimiento de sus fines.

Sin embargo, la prestación del consentimiento por el representante del titular registral es necesaria para el respeto del el tracto sucesivo, por lo que el documento resulta inscribible.

2.12. Identidad de embargos

Se presenta en el Registro un mandamiento judicial de fecha 5 de enero de 2007 ordenando practicar anotación preventiva de embargo por un principal determinado y otra cantidad, también determinada, para intereses, costas y gastos.

Al examinar los libros del Registro se observa que ya se anotó un embargo ordenado por ese mismo juzgado con fecha 29 de diciembre de 2006, en el mismo procedimiento, a favor del mismo acreedor, y por la misma cantidad de principal, intereses, costas y gastos.

Ante la identidad de los embargos, lo adecuado parece preguntar al presentante o al Juzgado si se trata o no de un error. Teniendo en cuenta, como se vio en el primer caso de la sesión de 20 de enero de 2004, que la anotación sujeta la finca a la seguridad del proceso, al margen, con determinadas excepciones, de las cantidades finalmente reclamadas, no parece posible volver a embargar por una cantidad y deuda ya garantizada si no media ampliación.

Por ello, lo procedente, al menos que otra cosa resulte de la consulta en curso, será poner nota en la que se exprese que el embargo ya ha sido anotado en virtud de un mandamiento anterior.

2.13. Presentación a través del correo electrónico

Se recibe en la dirección de correo electrónico del Registro, un correo firmado electrónicamente por un Notario y cifrado por el que se pretende presentar una escritura pública. Se plantea el tratamiento que hay que dar a dicha comunicación.

La materia aparece regulada en el art. 112 de la Ley 24/2001 en su redacción dada por la ley 24/2005, de 18 de noviembre de reformas para el impulso de la productividad.

En su apartado primero se dispone que “el Notario deberá inexcusablemente remitir tal documento a través del Sistema de Información central del Consejo General del Notariado debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”.

Por tanto, la remisión directa al correo electrónico del Registro no es el camino inexcusablemente dispuesto por la indicada norma, por lo que no puede lugar a la práctica del asiento de presentación. Ahora bien, ello no es óbice para que el correo se asiente en el Libro de Entrada a los efectos oportunos.

2.14. Rectificación a ganancial de bien privativo

En su día se inscribió un bien de una herencia a favor de uno de los herederos con un exceso de adjudicación a su favor que compensó en metálico; la finca se inscribió como privativa.

Ahora se plantea por la Notaría si sería inscribible una escritura de rectificación en la que comparezca la dueña de esta finca, junto con su marido y solicite la modificación de la inscripción en el sentido de que la finca tiene carácter ganancial.

Parece que será necesario realizar un acto de aportación del bien a la sociedad de gananciales, sin que quepa la mera rectificación de un error que no se aprecia, pues la adquisición en su día se plasmó correctamente.

De ella puede resultar la existencia de un crédito a favor de la sociedad de gananciales, de modo que en pago de tal crédito, tal vez los cónyuges pudieran aportar la cuota correspondiente a la sociedad, quedando el bien en pro indiviso, conforme al art. 1354 CC.

En caso contrario, la única posibilidad, como se ha dicho será realizar un acto de aportación a la sociedad de la totalidad del bien privativo, documentándolo adecuadamente.

2.15. Cancelación de nota marginal

La Junta de Castilla y León comunicó en su día al Registro que se habían iniciado actuaciones inspectoras del impuesto de sucesiones por fallecimiento de una señora.

El Registrador hizo constar por nota al margen de la inscripción de la herencia la existencia de estas actuaciones inspectoras, afectando la finca al resultado de dichas actuaciones inspectoras.

Los titulares registrales de la finca quieren cancelar la nota marginal y aportan al Registro una Comunicación de la Junta de Castilla León de la que resulta que el expediente se encuentra pendiente de resolución en el Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, si bien, se ha acordado la suspensión de la ejecución del acto impugnado por ser bastante la garantía aportada por el reclamante conforme a lo dispuesto en el art. 43 del RD 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento en materia de revisión en vía administrativa.

La duda consiste en saber, primero, si esa nota marginal debió o no practicarse en su día, y segundo, cómo cancelarla una vez practicada, con un mandamiento administrativo o con simple comunicación acreditativa de que se ha prestado garantía bastante.

La nota que se indica no se halla prevista expresamente en norma alguna, por lo que podemos hallarnos ante una mera indicación de un derecho personal no asegurado especialmente, que deberá cancelarse por el Registrador a instancia de parte interesada, conforme al art. 98 LH.

3. CASOS DE MARZO DE 2007

3.1. Presentación de instancia en oficina liquidadora

Se plantea, si a los efectos del art. 254 LH es necesaria la presentación en la Oficina Liquidadora de una instancia solicitando la cancelación de una hipoteca conforme al art. 82.V LH.

Se pone de manifiesto, la diversidad de posiciones entre los presentes, pues mientras que dicha presentación se pide en unas oficinas, en otras no. En todo caso, se señala que la exigencia de

presentación se funda en el art. 254 LH y en los arts. 105 y 123 del Reglamento del ITPyAJD de Vizcaya/Bizkaia.

Sin embargo, como argumentos favorables a no pedir la presentación en la oficina liquidadora se aduce que no es admisible un trato discriminatorio para la instancia en contraste con el caso en que la cancelación se pidiese en una certificación de cargas del art. 353.3 LH.

También se indica que dado que la instancia es un documento privado, se la excluye de tributación por Actos Jurídicos Documentados, es decir se trata de un acto no sujeto y no tiene sentido presentar en Hacienda un documento que en ningún caso va a dar lugar a tributación.

En efecto, el documento está no sujeto, lo que puede ser apreciado por el Registrador conforme al propio art. 254 LH, que únicamente establece el cierre “si [los impuestos] los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir”.

Finalmente, se recuerda que la resolución de 21 de diciembre de 1987 permite al registrador calificar la sujeción o no sujeción al pago del impuesto a los efectos del art. 254 LH.

3.2. Estacionamiento inscrito por cuotas indivisas

Un sótano destinado a estacionamiento de vehículos se halla inscrito a favor de cincuenta propietarios por cuotas indivisas con atribución de determinadas zonas a cada cuota.

Se plantea, si cabe que un copropietario, por sí sólo, divida su cuota con nueva descripción de la zona cuyo uso exclusivo se atribuye. En el folio del sótano no se dice nada sobre la posibilidad o no de realizar dicha subdivisión.

Cuando la cuota indivisa lleva anejo el disfrute de una zona determinada nos hallamos ante un régimen de propiedad horizontal no ante una comunidad ordinaria, por lo que la descripción de las zonas y de los elementos comunes habrá de realizarse por el propietario único o por la junta por unanimidad, sin que quepa la descripción por un propietario de sus subzonas, conforme a las

resoluciones de 11 y 15 de marzo d 2004. Ello es conforme con el art. 53.b AURH.

Ahora bien, si acudimos al art. 68 RH vemos que para descongestionar el folio del garaje se admite la posibilidad de que se asigne folio independiente a una cuota aún sin atribución de zona, bastando su identificación con un número correlativo que le atribuye el registrador al abrir folio.

Al amparo de esa posibilidad, el propietario puede vender parte de su cuota sin describir las nuevas subplazas, si bien no accederá al registro la división por zonas que pudiera haberse convenido entre las partes.

En resumen, la transmisión de una cuota con asignación de subzonas no puede ser realizada por sí sólo por el propietario de la cuota, sino que requiere acuerdo de la junta a la nueva descripción de zonas y elementos comunes, si bien, es admisible que el propietario venda parte de su cuota sin asignación de zonas.

3.3. Cesionario de herencia

Un cónyuge adquiere por precio, constante la sociedad de gananciales, una herencia. Ahora pretende realizar una nueva cesión y se plantea si es necesario o no el consentimiento de su consorte.

La duda se inicia a partir de la opinión de Hernández Gil que reclama para el derecho hereditario el tratamiento de derecho real ya que el mismo puede contener derechos reales.

En el Derecho navarro no es necesario, sin embargo, conforme a la Ley 86 del Fuero Nuevo, el consentimiento del cónyuge no titular, ya que dicho precepto exceptúa del consentimiento conjunto los actos del titular del derecho de crédito. Obviamente, para ello se exige que consideremos al derecho del cesionario sobre la herencia como un derecho de crédito.

En el mismo sentido pueden aducirse en Derecho común los arts. 1384 y 1385 CC, que admiten para el ejercicio de los dere-

chos de crédito el consentimiento exclusivo de aquél cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos.

Las posiciones contractuales complejas como la presente podrán o no ser gananciales conforme a las reglas de los arts. 1347 y ss. CC pero ello no convierte a los cónyuges en parte de la relación obligatoria. Por el contrario, corresponde al titular la legitimación exclusiva para el ejercicio de las facultades propias del crédito, incluidas la extinción o cesión.

En sentido favorable a esa interpretación, tenemos el caso de la cancelación de hipoteca del art. 178.5 RH, que en aplicación del art. 1385 CC, permite otorgarla exclusivamente al cónyuge titular del crédito.

3.4. Ejecución de hipoteca y concurso

Sobre una vivienda consta inscrita una hipoteca y con posterioridad cinco embargos y la declaración de concurso. Consta al margen de la inscripción de hipoteca nota de expedición de la certificación de cargas en el procedimiento de ejecución directa, que es anterior a la declaración del concurso. Tal procedimiento tiene lugar ante el Juez de 1ª instancia del lugar de situación de la vivienda. Se presenta en el Registro el auto de adjudicación de la finca y se plantea si es inscribible pesa a la inscripción de la declaración de concurso.

Es preciso tener en cuenta el art. 56.2 LC según el cual, la paralización de las ejecuciones por acciones reales no se producirá sino desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento.

Conforme a dicho precepto se “exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

También señala el mismo artículo que la “declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta”.

Por ello, para que se produzca la suspensión del procedimiento es preciso que exista una decisión del juez encargado de la ejecución señalando si los bienes se encuentran o no afectos a la actividad empresarial del concursado.

Si no se hallan afectos se continúa con la ejecución. Por otra parte, corresponde a la administración del concurso personarse y pedir la suspensión cuando el bien se halle afecto a la actividad empresarial. De todo ello se desprende, que no constando la suspensión del procedimiento de ejecución lo procedente es la inscripción de la adjudicación.

3.5. Cesión de bienes en pago de los servicios prestados

Se presenta en el Registro una escritura de dación en pago de servicios prestados por la que una sociedad anónima cede a una persona física, que acepta, un inmueble en pago de los servicios prestados por dicha persona física según contrato de fecha 20 de mayo de 1996. Se suspende la inscripción por inexpressión de la causa, conforme a la resolución de la DGRN de 10 de marzo de 2004.

La dación en pago que entraña la cesión que se menta es una transmisión con finalidad solutoria, por lo que la existencia y titularidad de las deudas, funcionará, conforme a los arts. 1261.3 y 1275 CC, como causa de la transmisión.

Sin embargo, en el ámbito registral, sobre la base del principio de especialidad, no rige la abstracción causal del art. 1277 CC sino que debe expresarse la causa, de suerte que la expresión que se contiene en el título presentado se considera insuficiente. Ello es coherente con la necesidad de expresión causal que se desprende de la STS de 1 de marzo de 2002.

En el presente caso, aunque se expresa la causa, dicha expresión se considera insuficiente. En efecto, al señalarse la contraprestación no se determina, como se ha dicho, ni en su existencia ni en su titularidad ni en su objeto, por lo que el título puede adolecer también de una falta de determinación del objeto del negocio contraria al art. 1273 CC.

Por otro lado, se plantea si el contrato, además, podría violar la nueva redacción del art. 24 de la Ley del notariado en su redacción dada por la Ley de prevención del fraude fiscal, en cuanto no se expresa lo relativo a la identificación de los medios de pago, pero se considera que dicha ley no es aplicable, ya que no se trata de un caso en el que el pago se realice con “dinero o signo que lo represente”.

3.6. Duración del tanteo en VPO

Se trata de una declaración de obra nueva de viviendas de protección oficial formalizada por una sociedad de responsabilidad limitada municipal.

Ahora, según la disposición adicional 8ª, en la norma séptima de la LSUE, se establece que el régimen de protección es permanente, así como el derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración actuante, o en su defecto de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Es indudable que habrá que hacer constar en los asientos de las viviendas que se practiquen, que están sujetas al régimen de protección oficial con carácter permanente, pero lo que se plantea la Registradora es si el derecho de tanteo y retracto puede tener también carácter permanente, teniendo en cuenta que el art. 125.2 LSUE establece un plazo de ocho años para los mismos. La cuestión es de si el límite de ocho años es aplicable también al régimen de protección oficial.

No parece que haya contradicción entre los preceptos. De una parte, se encuentra lo prevenido en el art. 125.2 LSUE donde se establece un plazo general para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto a que se refiere el propio precepto.

De otra, tenemos el régimen de VPO, cuya duración es la legalmente establecida y en el que las determinaciones de dicho régimen son aplicables durante toda la duración del mismo. Entre tales determinaciones se cuenta lo relativo a los derechos de tanteo y retracto.

Al efecto, el propio art. 125.1 e) dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en la correspondiente legislación sectorial, estarán sujetas al derecho de tanteo y, en su caso, de retracto por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por los órganos forales de los territorios históricos o por el ayuntamiento,

las transmisiones onerosas de los siguientes bienes inmuebles, sean terrenos, edificaciones o viviendas:

[...] e) Las viviendas promovidas en cualquier régimen de protección pública y, en su caso, sus garajes y locales anejos, durante todo el período de duración de la calificación.

Es decir, que el propio precepto señala que lo que en el mismo se establece es sin perjuicio, de la correspondiente legislación sectorial y que la duración de los derechos de tanteo y retracto en los regímenes de protección pública coincide con la duración del propio régimen de protección.

3.7. Garaje por cuotas con derecho a uso de plaza

Se presenta una escritura de división de un local en participaciones indivisas con derecho a uso de plazas de garaje; la escritura se otorga exclusivamente por el propietario del local, y en ella se describen perfectamente las plazas con sus correspondientes linderos.

Se plantea la Registradora si es necesario acuerdo de la Junta, y si es inscribible una de las cláusulas de las normas de utilización que recoge una reserva a favor del propietario del local para aún después de vender las plazas, realizar operaciones de división y segregación. También se plantea la necesidad o no de licencia municipal.

En principio la resolución de la DGRN de 20 de febrero de 1989 entiende que el destino de un local a garaje con adscripción de uso de plazas a las respectivas participaciones indivisas no implica subdivisión de local y no requiere acuerdo de la Junta.

La DGRN también admite la creación de subcomunidades dentro de un concreto elemento privativo en propiedad horizontal, conservando éste su objetividad jurídica como elemento independiente dentro de la total propiedad horizontal y sin modificación de la composición personal de la Junta de Propietarios, solución frecuente en los casos de locales destinados a plaza de garajes.

Sólo se plantearían problemas si a los locales resultantes de la subdivisión se les señalasen cuotas en relación con el total valor

del inmueble, lo cual, sin duda, para admitirse requerirá del acuerdo de la Junta del edificio.

En cuanto a la reserva de facultades por el propietario único en los estatutos, los mismos, resultan inscribibles. Sin embargo, para la propiedad horizontal, la DGRN considera de modo restrictivo la introducción de reservas a favor del propietario único.

Ahora bien, en el caso de los garajes, dicho propietario único puede reservarse tales facultades de división o segregación a fin de facilitar la puesta en el mercado de las plazas y para facilitar posteriores operaciones registrales, por lo que a esos limitados fines se observa un criterio favorable a la inscripción.

Por lo que se refiere a la necesidad de licencia, las resoluciones de 6, 7 y 8 de septiembre de 2000, señalan que la transmisión de una cuota indivisa de una finca con asignación del uso exclusivo de un espacio determinado implica una verdadera división cuando cada una de las partes es susceptible de constituir físicamente finca absolutamente independiente de las otras, estando sujeta por ello al requisito de la licencia municipal o a justificar la innecesariedad de la misma.

Ahora bien, en ese caso se trataba de fincas rústicas, es decir, para un supuesto radicalmente diverso del que contemplamos. Por eso en el presente caso no se aprecia que exista exigencia legal alguna en cuanto a la necesidad de presentar licencia de división para su inscripción.

3.8. Partición por contador-partidor con herederos discrepantes

Se presenta en el Registro un Acta de Manifestaciones y Protocolización de Operaciones Particionales autorizada por el Notario que actúa a su vez como contador partidor de la herencia.

En 1986 falleció un señor, casado en régimen de comunicación foral, bajo testamento en el que designaba como comisaria foral a su esposa. En 1987 la esposa otorgó escritura de Comunicación Foral, por la que ésta quedaba consolidada al haber fallecido uno de los cónyuges y haber hijos del

matrimonio. En ella, se limita a consolidar la comunicación foral, sin adjudicar bienes.

En 2005 falleció la señora, en estado de viuda, dejando cinco hijos, bajo la vigencia de testamento otorgado en 1998. Según consta en dicho testamento, el mismo se otorgó por la señora en nombre propio y además, en su calidad de comisaria de su difunto esposo, de acuerdo con el Derecho Foral Vizcaíno.

Del testamento de la causante, en el que se hacen una serie de legados, entre ellos un importante negocio familiar a favor de dos de los hijos, resulta de su cláusula segunda que: "En el remanente de la herencia, instituye herederos por iguales partes a sus cinco expresados hijos", y de su cláusula cuarta resulta a su vez que: "Nombra albacea y contador-partidor con las más amplias facultades para realizar todas las operaciones de partición, incluida la previa liquidación de la sociedad conyugal, a cualquier Notario de Vizcaya, quien contará para desempeñar su cargo con un plazo de tres años a contar desde la fecha en que se le requiera para ejercerlos. Dicho requerimiento podrá hacerlo cualquiera de los interesados en la sucesión. Pero si al hacer la partición actuaran por unanimidad todos los interesados en ella, quedará sin efecto este nombramiento".

El Cuaderno Particional ha sido elaborado por un Notario de Vizcaya, al haber sido requerido para ello únicamente por tres de los cinco hijos. Así resulta de un Acta de Requerimiento y Aceptación del cargo de Contador Partidor del año 2005, que se protocoliza debidamente.

El Notario, en ejercicio de sus facultades de contador partidor, se encuentra con un complejo patrimonio familiar que incluye todo tipo de activos. Se incluyen negocios familiares de mucho valor, créditos, cuentas, importantes colecciones, una vivienda, etc.

Después de un exhaustivo y concienzudo estudio del patrimonio, con grandes dificultades en su valoración, distribuye la herencia entre los cinco hijos, haciendo diversas atribuciones, y adjudicando –entre otras cosas– la vivienda, valorada en unos 500.000 , por terceras e iguales partes indivisas a los tres herederos que le requirieron para el ejercicio de las labores particionales; a los otros dos les atribuye –entre otras cosas– uno de los negocios familiares de gran importancia valorado en unos 400.000 ; negocio al que esos dos hijos habían continuado dedicándose tras el fallecimiento del padre, ajustándose con ello y con el resto de atribuciones –a su juicio– al principio de igualdad en las adjudicaciones.

Ha quedado protocolizada también una carta remitida por el abogado de los dos hermanos que no resultan adjudicatarios del inmueble de la que resulta su más absoluto rechazo a la partición tal y como ha sido realizada por el Notario contador partidor.

Entre otras cosas afirma el Notario en el Cuaderno Particional:

Que los cinco hijos y herederos de la testadora han aceptado la herencia por medio de actos concluyentes que revelan una voluntad inequívoca de recibirla, actos todos ellos que en esencia consisten en su participación activa –ya personalmente, ya por medio de representante– en todo el procedimiento de partición al que ahora se pone fin. Por lo tanto, y por aplicación del artículo 999 del Código Civil, procede tener a los cinco herederos testamentarios como aceptantes.

Que ha llegado a la convicción de que el acuerdo que reiteradamente se ha intentado entre los herederos no es viable, y que de prolongar la situación de comunidad hereditaria no es aconsejable, porque la experiencia le ha enseñado que el tiempo corre en perjuicio de los herederos más vulnerables por su situación de relativa desventaja patrimonial, ya que suelen estar dispuestos a hacer mayores concesiones con el deseo de que al final el asunto se resuelva de una vez; que en razón de estos y otros motivos ha decidido romper el nudo gordiano de la cuestión, presentando la partición más razonable que ha sido capaz de formular en vista de los datos disponibles, de suerte que al menos los disconformes tengan una referencia que impugnar judicialmente, si ése es su propósito.

Se plantean si es inscribible la partición.

En principio y por razón de la vecindad de los causantes se ha de proceder a su sucesión con arreglo al Derecho Foral Vizcaíno. La finca aparece en el Registro inscrita a favor de los dos cónyuges para su sociedad conyugal.

Hay que tener en cuenta que el marido otorga poder testatorio a su mujer, y que está a su vez designa albacea y contador partidor a cualquier Notario de Vizcaya a requerimiento de alguno de los herederos, lo que aparece debidamente documentado.

Con el fallecimiento del marido quedó constituida una comunidad matrimonial continuada entre la mujer y la herencia yacente de su difunto esposo, donde los cinco hijos del matrimonio aparecen como herederos expectantes, conforme al art. 104 del Fuero civil. Ahora, con el fallecimiento de la mujer, se plantea la sucesión en los bienes del matrimonio.

El comisario vizcaíno tiene “cuantas facultades correspondan al testador en orden a la transmisión sucesoria” (art. 32 Fuero civil); y cuando el comisario es el cónyuge, como es el caso, nos

hallamos ante la figura del “alkar-poderoso” (art. 33) con amplísimas facultades; el cónyuge en ejercicio de esas facultades ha designado como herederos por partes iguales a los cinco hijos, y ha designado un contador, el Notario, para llevar a cabo la partición (art. 39).

Dado que la vivienda situada en la demarcación del Registro se ha atribuido sólo a tres de los herederos, se plantea si el Registrador puede entrar o no en calificar si el contador partidor se ha excedido de sus facultades de contar y partir, y en caso de que deba entrar a calificar esa situación, si el Notario, como contador partidor, efectivamente se ha excedido en el ejercicio de sus facultades al haber atribuido esa vivienda sólo a tres de los cinco hijos, no respetando así la igualdad cualitativa en la partición a que se refiere el art. 1061 CC, que es de aplicación como Derecho supletorio a falta de normas forales sobre la materia (art. 3 Fuero civil y 4 CC).

Ante esta cuestión, caben dos posibles interpretaciones.

Por un lado, la de quienes entienden que la obligación del contador partidor de atribuir bienes de la misma especie, naturaleza y calidad a los herederos queda fuera de la calificación por parte del Registrador, teniendo en cuenta que siempre queda a salvo el derecho de los herederos de impugnar judicialmente la partición, y, en su caso, pedir anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

Por otro, la interpretación de quienes entienden que el Registrador sí debe entrar a calificar, puesto que adjudicar algunos bienes de distinta naturaleza a los distintos herederos, puede implicar un acto dispositivo que escapa a las facultades del contador partidor.

Esta posición, sin embargo, plantea grandes dificultades en la calificación pues como señala la Dirección en resolución de 26 de enero de 1998 la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida. La prudencia en estos casos lleva en la práctica a muchos Registradores a entrar a calificar únicamente en el caso de que del título particional se infiera claramente la extralimitación.

Si se decide entrar a calificar, hay que tener en cuenta, tal y como señala RIVAS MARTÍNEZ, que el contador partidor está vinculado a la regla de homogeneidad o igualdad cualitativa impuesta por el art. 1061 CC, de tal manera que cada heredero tiene derecho a recibir con la partición cosas de la misma naturaleza, calidad o especie que los demás; cuando el contador partidor no cumpla, en lo que sea posible, el art. 1061, no realiza un acto particional sino de enajenación para los que no está facultado ni legitimado (resoluciones de 10 de enero de 1903, 6 de abril de 1962, 2 de diciembre de 1964, 28 de enero de 1988, 10 de enero de 2003, 13 de mayo de 2003, 10 de diciembre de 2004 y sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957) .

Sin embargo –y tal y como señala el citado autor– este principio presenta excepciones, por ejemplo aquellos supuestos en que la composición de la herencia es de tal naturaleza que no permite llevar a la práctica el principio de igualdad cualitativa, lo que dependerá, tal y como reiteradamente ha sido señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las circunstancias del caso concreto (sentencias de 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero y 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1995).

Pues bien, entrando en el caso concreto que nos ocupa, hay que tener en cuenta que tal y como resulta del cuaderno particional muchos han sido los intentos de poner de acuerdo a los hermanos para llevar a cabo una partición de consenso.

Como este acuerdo tras reiterados intentos ha sido de todo punto imposible, el contador partidor ha procedido a ejercer aquella función para la que había sido designado de la manera que ha entendido más equitativa posible, cumpliendo así con la voluntad de la testadora, y teniendo en cuenta que prolongar más la situación de comunidad hereditaria podría ocasionar importantes perjuicios por los herederos más vulnerables por la situación, y sobre la base de que el derecho de aquel que pudiera estar en desacuerdo, queda protegido con la posibilidad de acudir a los tribunales a impugnar la partición realizada.

En atención por tanto a la circunstancias del caso concreto, en que los tres hermanos adjudicatarios de la vivienda mantienen importantes diferencias con los dos adjudicatarios del negocio familiar, de cuya explotación se venían encargando desde la muerte del padre, no parece que con esas adjudicaciones, realizadas por el contador, al que, no olvidemos, la causante ha otorgado “las más amplias facultades para realizar todas las operaciones de partición”, se haya vulnerado el principio de igualdad, sino que por el contrario ha evitado problemas, porque adjudicar por cuotas la vivienda, podría haber ocasionado más problemas que ventajas.

En este sentido hay que traer a colación el art. 1062 CC en virtud del cual “cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”, del que resulta por tanto que la igualdad a que se refiere el art. 1061 CC es un igualdad relativa y no absoluta.

No pudiendo por tanto el Registrador apreciar un evidente incumplimiento del principio de igualdad reflejado en el mencionado art. 1061, y no constando por tanto infracción alguna de los preceptos legales, ni vulneración de la voluntad del testador, parece que debería procederse a practicar la inscripción, quedando a salvo siempre el derecho de un posible heredero disconforme, a impugnar judicialmente la partición y pedir anotación preventiva de la demanda correspondiente en el Registro de la Propiedad.

Otra de las cuestiones o dudas que se plantean es si se podría entender que se trata de bienes procedentes de herencias distintas, y que por tanto habría de procederse previamente a la liquidación de la sociedad conyugal, y posteriormente a la herencia de la mujer.

Señala reiteradamente el Tribunal Supremo que cuando se trata de la partición de bienes procedentes de herencias distintas, máxime cuando a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal existente, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y a las operaciones particionales correspondientes a los bienes que forman parte

de uno y otro haber hereditario, al menos cuando no puede asegurarse que la omisión del orden correcto de proceder no determina alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos.

Si bien, también debe destacarse que sobre esta misma materia, por ejemplo sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 28 de julio de 2005, o de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 2ª, de 23 de junio de 2005, admiten la posibilidad de la partición conjunta de las herencias sin previa liquidación de gananciales.

En cualquier caso en el supuesto que nos ocupa se acompaña una escritura de 29 de septiembre de 1987 de comunicación foral, y que por tanto –como y antes se dijo– quedó constituida una comunidad matrimonial continuada entre la mujer y la herencia yacente de su difunto esposo, que ahora, al igual que podría haber hecho el cónyuge supérstite investido de las facultades de comisario, podrá partir el contador partidor que ha sido facultado por el cónyuge para con las mas amplias facultades, partir e incluso liquidar la sociedad conyugal. Téngase en cuenta en este sentido el párrafo 2º del art. 39 del Fuero civil, que señala que el comisario puede designar contador partidor incluso para la herencia del comitente.

Lo que se podría plantear es si el contador partidor tiene potestad para partir por sí sólo el patrimonio integrante de dicha comunidad, o si deben concurrir también los herederos:

Por una parte podría entenderse que si la mujer en ejercicio del poder testatorio, es decir, en ejercicio de sus facultades de alcarpoderoso, podría haber dispuesto por si sola del patrimonio familiar, y dado que ha designado contador partidor con las más amplias facultades, corresponden al contador las mismas facultades que a la causante y por tanto tiene plenas facultades para partir los bienes entre los herederos designados por la causante. Es decir, lo mismo que podría haber hecho la comisaria, puede hacerlo el contador.

Sin embargo, también podría entenderse que dado que la condición atribuida por el poder testatorio es de carácter personalísimo e intransferible (art. 39 Fuero civil), no tiene el contador ni mucho menos las mismas facultades que el alkar-poderoso y por tanto deben concurrir a la partición todos los herederos.

Pero, por último, se podría también argumentar que la personalísima facultad atribuida al alkar-poderoso ya ha sido ejercitada por el causante en su testamento al designar quiénes han de ser los herederos de esa masa patrimonial, por lo tanto, y dado que simplemente queda la efectiva distribución de los bienes a través de la partición, sí que tiene el contador partidador designado por la causante facultades para ello sin necesidad de la concurrencia de ninguno de los herederos. No hay que olvidar tampoco que el cargo de contador partidador se ha asumido a petición de tres de los herederos.

Finalmente se plantea si se debe entender aceptada la partición por los herederos y en su caso, como practicar la inscripción.

En principio hay que decir que reiteradamente señala la Dirección General que no es necesaria la aceptación por los herederos para que se pueda proceder a la inscripción (resoluciones de 27 de febrero de 1982, 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 13 de mayo de 2003, 21 de junio de 2003, y 13 de octubre de 2005). Se podría practicar la inscripción sujeta a la condición suspensiva de la aceptación de los adjudicatarios.

Sin embargo en el caso expuesto se puede entender que los herederos adjudicatarios han aceptado la herencia por el mero hecho de requerir al contador para que lleve a cabo la partición (resolución de 19 de septiembre de 2002).

3.9. Cancelación de embargo prorrogado y arrastre de cargas

Una finca, que pertenece por mitades a dos sociedades, aparece gravada en una mitad indivisa con dos cargas: una anotación de embargo de 1980 que ha sido prorrogada antes de la entrada en vigor de la nueva LEC y una hipoteca.

Posteriormente llega al Registro una escritura de obra nueva, constitución de propiedad horizontal y disolución de la comunidad mediante adjudicación de la mitad de los pisos a una de las sociedades y la mitad a la otra.

Se plantean estas cuestiones:

1º. En cuanto a la anotación de embargo de 1980 prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, se pretende su cancelación, pero se alega imposibilidad en encontrar ese expediente, ya que no consta el Juzgado ni el procedimiento en el Registro, y que por tanto no hay manera de obtener un mandamiento cancelatorio.

¿Hay alguna otra posibilidad de cancelar que no sea la de procedimiento de liberación de cargas? Se ha planteado al Registrador si es posible cancelar mediante un reconocimiento por parte del titular del crédito alegando que ha sido debidamente atendido.

2º. En cuanto a la hipoteca sobre la mitad de la finca se plantea si tras la adjudicación concreta de pisos, debe gravar sólo los pisos que se adjudican a la sociedad deudora hipotecante, o si se debe arrastrarse en todos los pisos.

Respecto de la primera cuestión no parece posible la cancelación por la manifestación del deudor ya que puede haber habido una subasta y adjudicación a un tercero que se vería burlado por ese medio, tampoco parece que quepa el recurso a la caducidad de la instancia, conforme al art. 239 LEC.

Por otra parte, para evitar el expediente de liberación sería necesario acreditar la terminación del procedimiento a fin de empezar a contar el plazo de seis meses que reclama la resolución de la DGRN de 29 de mayo de 1998, para poder cancelar la anotación preventiva de embargo prorrogada.

En cuanto a la segunda cuestión, conforme al último punto del art. 399 CC, el efecto de la hipoteca de la porción indivisa estará limitado a la porción que se le adjudique al condueño en la división al cesar la comunidad, por lo que el arrastre de la misma habrá de referirse únicamente a los elementos que se le adjudiquen al copropietario correspondiente.

Por otro lado, el acreedor, conforme al art. 403 CC, únicamente podrá concurrir a la división, oponerse a la que se verifique

sin su concurso e impugnar la realizada en fraude de su derecho o pese a la oposición formalmente interpuesta para impedirlo.

3.10. Expropiación de finca hipotecada en ejecución

Una finca aparece gravada con una hipoteca en garantía de letras de cambio; al margen aparece extendida una nota de ejecución de 1986. Al parecer, por no encontrarse el expediente en el juzgado, no es posible conseguir un mandamiento cancelatorio de la nota.

La finca es del Ayuntamiento por expropiación; se pretende inscribir la misma en el Registro. En el acta de ocupación y pago se hace constar el pago de un dinero a favor de una persona pero sin identificarla como representante de la entidad acreedora. Se plantea si en estas condiciones es posible inscribir el acta de ocupación y pago.

Parece necesario identificar al receptor del dinero como acreedor o representante del acreedor para poder cancelar, pero dado que se trata de hipoteca en garantía de letras habría de decirse algo por el Ayuntamiento.

En concreto se considera que en el acta se manifestará que el consignatario del dinero es tenedor de las letras, y que han debido quedar inutilizadas. Por otra parte, esa manifestación, se considera suficiente sin necesidad de que se aporten las letras.

3.11. Preterición no intencional

En un matrimonio sin hijos, la mujer instituye heredero al marido. Después de otorgar testamento en ese sentido, el matrimonio tiene dos hijos, sin que se vuelva a otorgar nuevo testamento, tras lo que la esposa fallece, lo que da lugar a una preterición no intencional de los dos hijos.

Según el art. 814 CC “la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial”.

Se plantea si esa nulidad, en el presente caso de la designación como heredero del marido, puede ser apreciada por el notario y abrir la sucesión abintestato con acta de declaración de herederos, o si debe declararla un juez.

Hay que tener en cuenta que el art. 814 dice que se anularán no que sean nulas, lo que ha llevado a la DGRN a exigir que la nulidad sea declarada judicialmente o al menos que comparezcan todos los interesados en al sucesión según el testamento presuntamente nulo y presten su consentimiento.

Cabe citar al respecto las resoluciones de 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 5 de diciembre de 1945, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959, 4 de mayo de 1999 y 13 de septiembre de 2001; y las sentencias del Supremo de 14 de abril de 1997 y 23 de enero de 2001.

Ahora bien, si comparecen los dos hijos junto con su padre, se considera que no es necesaria siquiera el acta de declaración de herederos ya que los hijos adquirirán por sucesión testada no anulada, toda vez que la presencia de los herederos preteridos subsana la partición conforme al art. 1080 CC.

3.12. Elemento común en propiedad horizontal: subsuelo

Una propiedad horizontal tiene como uno de los elementos independientes parte del solar. Ahora el propietario de esa parte de solar pretende hacer una excavación, y se plantea si el subsuelo que hay bajo esa parte de solar es privativo o común, y por tanto si es necesario consentimiento de la Junta de propietarios.

Conforme al art. 396 CC, los elementos comunes lo pueden ser por naturaleza, por haberlo establecido así el título, o residualmente por no haber sido configurados en el título como elementos privativos.

En el presente caso al constar en el título como elemento privativo el solar parece que el subsuelo tendrá también carácter privativo, ya que lo que está bajo un elemento privativo se considera privativo.

Esto último sucede con frecuencia en las casas adosadas que cuentan con jardín. Para ello será preciso describir el jardín como una parte más del elemento independiente, ya que si cons-

tara atribuido a la casa únicamente el uso del mismo se habría partido, en ese caso, de la previa consideración del mismo como elemento común.

Carlos Ballugera Gómez
Javier Regúlez Luzardo