

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

1. CASOS DE OCTUBRE DE 2006

1.1. Alcance de un fallo del Supremo en una quiebra

Sobre una finca constan las siguientes operaciones: inscripción 1ª: hipoteca por el titular registral A, a favor del Banco B; inscripción 2ª: adjudicación a favor de la sociedad C como consecuencia de la ejecución hipotecaria de la hipoteca de B; e inscripción 3ª: hipoteca de C a favor del Banco D.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, confirmada por la Audiencia, declara la nulidad de todas estas operaciones por estar incluidas dentro del periodo de retroacción de la quiebra del titular registral inicial, A, y especifica en su apartado 4º que la finca debe constar bajo la titularidad del quebrado A.

La STS 148/2006, de 14 febrero, confirma la nulidad radical de los actos realizados dentro de la retroacción de la quiebra y, por lo tanto, la cancelación de las inscripciones 1ª y 2ª, pero mantiene la inscripción 3ª al tratarse de un subadquirente tercero del art. 34 LH; en consecuencia, en su fallo casa los apartados 3º y 4º de la sentencia de primera instancia.

Los demandantes, dada la contradicción del fallo, que anula algunas inscripciones intermedias derivando la finca a la titularidad del quebrado y que, sin embargo, casa el fallo de primera instancia en cuanto determina que la finca quede en esa titularidad, piden la aclaración de la sentencia, pero el Tribunal Supremo estima que no procede. Se plantea a favor de quién ha de quedar la titularidad de la finca.

Por otra parte, también se plantea el problema de la rebeldía del quebrado, ya que el mismo se encuentra en dicha situación, habiéndosele notifi-

cado la sentencia por edictos sin constar el transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión de la sentencia.

Respecto de este último problema, lo procedente es la suspensión porque no se acredita el transcurso del plazo de dieciséis meses previsto en el artículo 502.2 LEC, desde la notificación de la sentencia firme, de acuerdo con la resolución de la DGRN de 15 de febrero de 2005.

En cuanto al Juzgado competente para hacer esta manifestación, parece que debe ser el de 1ª Instancia ya que dado el tiempo transcurrido, diez años entre la sentencia en 1ª Instancia y la del TS, al demandado rebelde sólo le queda la posibilidad de instar del Tribunal que hubiese dictado la sentencia firme su rescisión (art. 500 y 501 LEC).

Sin embargo, conforme al art. 501 LEC, si lo que se pretende es la inscripción de la sentencia del Tribunal Supremo, será ante ese tribunal ante quien deba instarse la acción de rescisión, por lo que deberá ser el mismo el que emita la declaración de haber transcurrido el plazo para la acción de rescisión sin haberla ejercitado.

Respecto al problema de la retroacción, entiende la Registradora que se produce una contradicción al anular también el citado apartado 4º. El TS mantiene que se anule la inscripción 2ª de adjudicación a favor de C, lo que no plantea problema, porque cancelando las inscripciones 1ª y 2ª la finca quedaría a nombre de A, pero al añadir el Supremo que se casa el apartado 4º de la sentencia, es decir que es nulo el fallo del Juzgado que dice que la finca debe constar bajo la titularidad del quebrado, de A, surge la contradicción.

De una parte la última inscripción de dominio que queda vigente será la del quebrado, pero por otra el Tribunal Supremo dice que no puede quedar a su nombre. Entonces la cuestión es a nombre de quién se deja la titularidad de la finca.

No parece que pueda dejarse a nombre de la adjudicataria, C porque tanto el Juzgado de 1ª Instancia como el TS ordenan la

cancelación de su inscripción, pero mientras el Juzgado reconocía que debe quedar entonces a nombre del quebrado, el TS anula esta conclusión.

En opinión de la Registradora hay dos posibilidades, o suspender la inscripción basándose en la imposibilidad de cumplir el fallo de la sentencia por obstáculos del Registro conforme al art. 100 RH, ya que la finca ha de ser propiedad de alguien, o bien, aplicar el sentido común y no hacer caso del fallo del TS cuando dice que anula el apartado 4º de la sentencia.

Sin embargo, la contradicción es difícilmente salvable, ya que se impide la inscripción a nombre de la persona a cuyo favor quedaría inscrita la finca en el caso de empezar a cumplir la sentencia.

Ya hemos visto que el Tribunal Supremo se negó a aclarar su fallo. Por otro lado, ignorar el pronunciamiento del Supremo que impide dejar la finca a nombre del quebrado no parece procedente.

Para salir del paso, tal vez cabría acudir al juez de la ejecución, conforme al art. 544 LEC, para que expidiese mandamiento ordenando los asientos a practicar. En caso de no obtenerlo, lo único procedente parece ser la suspensión de la inscripción por la indicada contradicción y por obstáculos del Registro, conforme al art. 100 RH y 522.1 LEC.

1.2. Embargo después de la inscripción de la declaración del concurso

Se plantea si cabe anotar preventivamente un embargo decretado por la Tesorería de la Seguridad Social por deudas de la misma, donde la providencia de apremio es posterior a la declaración del concurso, si bien, al tiempo de la presentación ha pasado más de un año desde dicha declaración. El transcurso de dicho plazo se considera importante, ya que el mismo, a juicio del presentante, quien afirma la naturaleza de crédito contra la masa de la deuda, permitiría la anotación al amparo del art. 154.2 de la Ley Concursal (LC en adelante).

En primer lugar, la misma naturaleza de la deuda como crédito contra la masa no resulta del mandamiento. Ahora bien, en el

caso de que resultara, conforme al indicado precepto, en relación con el art. 8.3 LC que declara la competencia exclusiva del juez del concurso, cualquiera que fuera el órgano que hubiere iniciado la ejecución, tampoco procedería la anotación del embargo no decretada por el juez del concurso.

Por otra parte, lo dispuesto por el art. 8 LC es reiterado por el art. 55.1 LC al disponer que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Además, señala que podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; circunstancia esta última, que tampoco consta.

1.3. Expropiación

En el marco de un proceso más amplio tendente a la preparación de la titulación de un polígono de suelo urbanizable y a efectos de coordinar el Registro de la propiedad con la realidad civil, se pretende la inscripción de unas expropiaciones a favor de una Junta de Obras del Puerto, realizadas en los años treinta.

En el presente caso la finca expropiada no se halla inscrita a favor del expropiado, quien en su día, hace setenta años, recibió el justiprecio, sino que lo está a nombre de su hija, quien adquirió la misma por herencia de su madre. Se plantea el caso a efectos de constatar si cabe alguna vía para salvar la clara deficiencia de tracto que se aprecia.

En efecto, nos hallamos ante un supuesto de falta de tracto, por lo que, unánimemente, se consideró que debe rechazarse la inscripción de la expropiación. El hecho de que la hija sea heredera de la viuda del titular registral no es óbice para ese rechazo, conforme al art. 20 LH.

1.4. Hipoteca cambiaria: cancelación cuando una letra se ha extraviado

Se plantea por el Notario al Registrador qué hacer para cancelar una hipoteca en garantía de varias letras de cambio cuando a pesar de que las letras han sido debidamente pagadas, algunas de ellas se han perdido.

El art. 156 LH exige que se acredite la inutilización de todas las letras para la cancelación de la hipoteca. En caso contrario, será necesaria acta de notoriedad en que se acredite el pago de los títulos extraviados o resolución judicial de amortización de los mismos, conforme a los arts. 548 y ss. CCO en relación con los arts. 84 y ss. de la Ley Cambiaria y del Cheque. Esa es la conclusión a la que se llega en el caso decimocuarto del Cuaderno II del Seminario Carlos Hernández Crespo del Decanato de los Registradores de Madrid.

Lo que no parece admisible, a pesar de que en algunos Registros se viene admitiendo para el caso de una sola letra y cantidades pequeñas, es la certificación bancaria que pretenda acreditar que esa letra ha sido pagada, pues no deja de ser un documento privado cuyo acceso al Registro contraría el art. 3 LH.

1.5. Donacion a los hijos sin designacion de cuotas

Se presenta una escritura por la que un padre dona una finca a sus dos hijos sin especificar la cuota en que dona a cada uno. La cuestión que se plantea es si se debe aplicar la presunción del art. 637 CC que presume por partes iguales la donación hecha a varias personas conjuntamente.

Es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el sentido de que en desenvolvimiento del principio de especialidad, cuando se trata de un supuesto de cotitularidad de un derecho real debe expresarse en el asiento, de forma precisa, la concreta cuota correspondiente a cada uno de ellos, todo ello conforme al art. 54 RH en relación con el 51.6 del mismo, y 9.2 LH.

Ello se traduce, en el presente caso, en la necesidad de especificar la cuota que en la finca donada corresponde a cada uno de los hijos donatarios, sin que sea suficiente la mera presunción de igualdad derivada del art. 637 CC, presunción que dado su carácter de tal, no define en modo alguno la verdadera extensión del derecho de cada uno de los hijos donatarios.

En ese mismo sentido se pronunció la DGRN en resoluciones de 23 de marzo de 1994 y de 28 de abril de 1999, que dan prevalencia al principio “hipotecario” de especialidad, y por tanto la necesidad de fijar las cuotas correspondientes a cada uno de los acreedores, sobre la presunción “civil” de igualdad de porciones de los arts. 393.2 y 1138 CC. En el mismo sentido las resoluciones de 13 de abril de 2000 y de 3 de febrero de 2004.

Por su parte, GARCÍA GARCÍA en su comentarios al art. 54 RH señala que toda comunidad exige la existencia de cuota como concepto institucional, definitorio y de orden público –art. 392.1 CC- y sólo en las llamadas comunidades germánicas, la cuota recae sobre un patrimonio y no sobre bienes concretos, pero sin que puedan existir comunidades sin cuota pues ha de determinarse la parte correspondiente a cada comunero, a efectos de tomar acuerdos, participar en los beneficios, transmitir, hipotecar o embargar la cuota.

1.6. Firmeza del auto cuando hay un mandamiento cancelatorio firme

Se presenta un auto de adjudicación sin que se acredite su firmeza y por separado un mandamiento cancelatorio de las cargas contradictorias que sí tiene carácter de firme. Se plantea si es posible despachar la adjudicación.

Al menos a los efectos de la cancelación de las cargas el mandamiento es un documento de ejecución del auto de remate o adjudicación por lo que tratándose en ambos casos de practicar asientos definitivos, la firmeza es exigible tanto para la adjudicación como para la cancelación.

La consecuencia parece clara, la firmeza del mandamiento cancelatorio presupone la del auto de adjudicación, por lo que,

salvo que haya un error en el mandamiento cancelatorio, no habría dificultad para practicar el asiento de transmisión correspondiente a la adjudicación.

Sin embargo, dado que pese al despacho conjunto de adjudicación y cancelación impuesto por el art. 133.1 LH, en opinión de algunos es posible despachar la adjudicación pese a que haya defectos en el mandamiento cancelatorio. Ahora bien, no se admite lo contrario, es decir, el despacho del mandamiento sin el de la adjudicación defectuosa.

Además, dado que entre los presentes subsisten las dudas sobre la firmeza del auto, ya que la contradicción entre ambos documentos parece apuntar a la existencia de un error, cuya ubicación en auto o mandamiento permanece incierta, parece procedente reclamar una aclaración del juzgado. Entretanto, según GARCÍA GARCÍA, cabría la anotación preventiva del art. 524.4 LEC¹.

1.7. Reanudación del tracto de un piso

En el Registro hay inscrita una casa antigua siendo la última inscripción del año 1900. Ahora se presenta un expediente de dominio para reanudar el tracto de uno de los pisos del edificio que hoy, extrarregistralmente, constituye finca independiente. No hay previa división horizontal inscrita de la casa.

A primera vista, puede pensarse que para la inscripción del expediente de dominio haría falta la previa inscripción de la división horizontal porque ni el edificio, ni los elementos independientes, ni la cuota, pueden ser fijadas sin la unanimidad de los dueños de todos los departamentos. Ese punto de vista se apoyaría en los arts. 8.2 y 3 y 201.3 LH, 47 y 272 y ss. RH, 396 CC; 2, 3 y 5 LPH, así como en resolución de la DGRN de 17 de marzo de 2001.

Sin embargo, parece que es más procedente aplicar la resolución de la misma DGRN de 24 de abril de 1998 que en un caso

¹ GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil (quinta edición)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 248, nota 62; y p. 988, nota 398.

parecido admite la inscripción del elemento independiente sin la previa inscripción de la propiedad horizontal con la sola citación de los demás copropietarios conforme al art. 201.3 LH y 278 RH, pues “ningún obstáculo se advierte para rechazar esa inmatriculación en virtud de una primera inscripción de una cuota de participación en una comunidad especial si aparece completamente definido el régimen de esa comunidad y por consecuencia, el contenido de aquel derecho de cuota.”

1.8. Modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y acreditación del cargo

Se presenta una escritura de segregación en dos de un piso de una propiedad horizontal. Se señala en la escritura de segregación que el compareciente está debidamente autorizado para la segregación por acuerdo de la Comunidad de propietarios, según resulta de la Certificación que me exhibe e incorporo a la presente, expedida por don XXX, en su calidad de secretario de la Junta General de propietarios de la casa de referencia, con el visto bueno del Presidente de la misma, don XXX, cuyas firmas considero legítimas y cuyas descripciones son las siguientes [...]

En la certificación señala: “Certifica: Que en junta XXX se adoptó el acuerdo siguiente: permiso de segregación del piso XXX. Se concede el permiso solicitado por los propietarios de las viviendas XXX sin ningún voto en contra, haciéndolo extensivo para el resto de elementos del inmueble, siempre y cuando se establezca el compromiso previo por escrito de someterse a un arbitraje [...] señalando al efecto que la suma resultante de los coeficientes de participación de los elementos segregados será igual que el coeficiente del elemento original.”

Se plantean dos problemas, en primer lugar, si están suficientemente acreditadas la existencia y vigencia de los cargos del presidente y del secretario. En segundo lugar, si la certificación del secretario en los términos en que ha sido redactada acredita la adopción del acuerdo con la unanimidad del art. 17 LPH.

En cuanto a la primera de las cuestiones, a pesar de que algunos entienden que cuando el Notario legitima la firma comprueba que el que firma ostenta el cargo en base al cual certifica y que además está vigente, sin embargo, a la luz de resoluciones de la Dirección General como las de 26 de junio de 1987, 23 de junio de 2001, o 25 de mayo de 2005 parece que es necesario acreditar el cargo del certificador y su vigencia por testimonio notarial del

Libro de actas, o al menos por aseveración notarial con referencia al Libro de Actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo.

Otra posibilidad es que se presente en el Registro el Libro de Actas para que sea el propio Registrador quien compruebe la existencia y vigencia del cargo, con lo que comprobaría que no hay otro secretario o presidente nombrado.

En cuanto a la segunda cuestión, al implicar la operación de segregación de la vivienda en dos una modificación del título constitutivo se necesita la unanimidad de todos los propietarios (art. 17 LPH), si bien cabe la pseudo-unanimidad con el consentimiento presunto de aquellos propietarios ausentes de la junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el art. 9, no manifiesten su discrepancia (art. 17 LPH y resolución de 23 de junio de 2001); pero lo que parece claro es que la expresión “sin ningún voto en contra”, que utiliza el secretario en su certificación, no permite saber si la unanimidad fue de todos los propietarios del edificio o sólo de los asistentes a la Junta.

1.9. Condición resolutoria

Consta inscrita en el Registro, y así se viene arrastrando como carga, la siguiente condición resolutoria: “Se resolverá el presente contrato (se refiere a un contrato de compraventa) en caso de impago de cualesquiera de las semestralidades del préstamo hipotecario referido (se refiere a una hipoteca que constituyó el vendedor).”

Ahora de los libros del Registro resulta que la referida hipoteca está cancelada por pago, con lo que la condición resolutoria no tiene sentido. La cuestión que se plantea es cómo cancelar esa condición resolutoria y, en particular, si se puede admitir una instancia privada con firma legitimada por la que el titular registral solicite la cancelación.

Al constar en el Registro que la hipoteca está cancelada por pago, resulta acreditado el incumplimiento de la condición resolutoria, por lo que cabrá la cancelación por una mera instancia y también, conforme al art. 353.3 RH, con ocasión de la expedición de cualquier certificación o bien al practicar cualquier asiento sobre la finca.

2. CASOS DE NOVIEMBRE DE 2006

2.1. Ley del suelo y urbanismo de Euskadi: cambio de destino

El Boletín Oficial del País Vasco de 20 de julio pasado, publica la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de Euskadi (LSUE en adelante), que viene a realizar la competencia autonómica en esta materia.

Dada la importancia del tema para el Registro de la propiedad, el Seminario se propone examinar en las siguientes sesiones, al menos, las cuestiones más en relación con la inscripción en el mismo de los instrumentos urbanísticos y los asuntos más relevantes de la conexión urbanismo/registro.

El primer tema a abordar, de la mano, como ponente, del registrador de Bilbao Alfonso de Rentería Arozamena, va a ser el del cambio de destino de locales a viviendas de elementos independientes de una propiedad horizontal.

Dada la fuerte demanda de vivienda que experimenta el mercado inmobiliario durante los últimos años, los ayuntamientos ven como una forma de poner nuevas viviendas en oferta, la que tiene lugar por medio de la conversión en vivienda de locales comerciales configurados como elementos independientes de una propiedad horizontal.

El régimen urbanístico y registral de esta operación gravita en torno a la exigencia de licencia municipal y su régimen, tanto en sí misma considerada, como con relación a la inscripción del acto en el Registro de la propiedad.

Señala el ponente, en primer lugar, que el registrador a la hora de inscribir los actos que están en relación con la legislación del suelo tiene claras algunas cosas, por ejemplo, la necesidad de exigir licencia para los casos de división o segregación de solares, para los de declaración de obra nueva, aunque quede dudoso el caso de la creación de entreplantas.

Por otra parte, a la luz de la nueva ley que comentamos parece que los actos realizados sin licencia no son nulos, sino, en la

terminología de la norma, clandestinos. En efecto, el art. 219 dispone que “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de clandestinas cuantas actuaciones objeto de licencia se realicen o hayan realizado sin contar con los correspondientes títulos administrativos legitimantes requeridos en la presente ley o al margen o en contravención de los mismos”.

Por otro lado, salvo que haya una norma expresa que imponga la exigencia de licencia, no es necesario calificar la concurrencia de la misma para el acto que pretende su registración.

Finalmente, dada la competencia exclusiva del Estado en materia de instrumentos y registros jurídicos, la norma que ordene la exigencia de licencia para la inscripción del acto en el Registro de la propiedad, debe ser estatal.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que esa norma pudiera ser autonómica, en todo o en parte, como es el caso de las resoluciones de la DGRN de 15 y 16 de octubre de 2002, según las cuales el art. 53 AURH “sólo puede tener operatividad en territorio de aquellas Comunidades Autónomas cuyas leyes hayan establecido expresamente la necesidad de licencia municipal para la división material de elementos privativos de edificios en régimen de propiedad horizontal”.

Es decir, la norma se integra en fuentes diversas concurrentes. Por una parte, el art. 53 AURH carece, por su naturaleza y rango, de virtualidad para establecer limitaciones a las facultades inherentes al derecho de propiedad. Por otra, la norma autonómica no puede regular las materias que caen bajo la competencia exclusiva del Estado, como ocurre con los registros jurídicos. Sin embargo, en concurrencia armónica, dan lugar a una norma con pleno sentido.

De esa reflexión, se aprecia que el legislador autonómico puede dictar normas con una eficacia registral indirecta, que, a su vez, necesitan de la ayuda de la norma estatal, pero que sin ella, únicamente pueden orientarse al ámbito de la competencia de la Comunidad Autónoma.

En otro caso, ante los actos clandestinos entraría el juego el art. 221.1 LSUE que dispone: “Cuando, con ocasión del desarrollo de sus actividades propias o de la inspección que les incumba, cualquier administración pública tenga conocimiento de actos o actuaciones susceptibles de ser calificados como clandestinas, deberá dar cuenta al ayuntamiento en cuyo término se estén realizando o se hayan realizado las actuaciones de que se trate [...]”.

En un primer momento, puede pensarse, que el indicado precepto no alcanza a los registradores ya que los mismos se incardinan en una Administración Pública sobre cuya regulación carece de competencia el legislador autonómico.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta también, como se indica en el apartado cuatro de la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 noviembre 1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC en adelante) que “La múltiple y compleja realidad que supone la coexistencia de la Administración del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades Locales, proyectando su actividad sobre un mismo espacio subjetivo y geográfico, hace necesario propiciar un acercamiento eficaz de los servicios administrativos a los ciudadanos [...]”.

“La eficacia en el resultado de la actuación de esa realidad plural y compleja que son las Administraciones Públicas, hace que la cooperación entre ellas resulte un principio activo, no sólo deseable, sino indispensable a su funcionamiento. La cooperación es un deber general, la esencia del modelo de organización territorial del Estado autonómico, que se configura como un deber recíproco de apoyo y mutua lealtad que no es preciso que se justifique en preceptos concretos porque no puede imponerse, sino acordarse, conformarse o concertarse, siendo el principio que, como tal, debe presidir el ejercicio de competencias compartidas o de las que se ejercen sobre un mismo espacio físico [...]”.

Se incide en las mismas ideas en el apartado sexto al indicar que “El Título I aborda las relaciones entre las Administraciones Públicas de carácter directo en unos casos y, en otros, formalizadas

a través de los órganos superiores de gobierno, a partir de las premisas de la lealtad constitucional y la colaboración que han de presidir aquéllas, consustancial al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución”.

En pro de esa colaboración, cabe aducir también, los arts. 3.2, 4, 6 y 9 LRJAPPAC, con especial referencia a la posibilidad indicada en el art. 4.5 LRJAPPAC de que en las relaciones entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, el contenido del deber de colaboración se desarrolle a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones.

En cuanto a la regulación del AURH, en ella la coordinación Registro-Urbanismo se realiza sobre la base de una intervención mínima, por lo que parece claro que respecto de casos sometidos a licencia pero no contemplados en el AURH como necesarios para la inscripción, aunque el interesado deba pedir la licencia por imperativo de la norma urbanística, ello no quiere decir que la deba de aportar al Registro para la inscripción del acto correspondiente.

En consecuencia, el registrador sólo pedirá licencia en los casos que determina la legislación urbanística estatal y en particular el AURH. Así en caso de demolición del edificio o de división de un local en dos o más, aunque se trate de actos sujetos a licencia, el registrador no debe pedirla, con la salvedad que luego se dirá. Lo mismo sucede con otros actos sujetos a licencia conforme al art. 207 LSUE.

Tras estas consideraciones, examinaremos ahora, ya en concreto el régimen urbanístico y registral del cambio de destino de local a vivienda dentro de una propiedad horizontal.

Conforme al art. 207.1.r) LSUE se trata, sin duda, de un acto sujeto a licencia. En efecto, dispone dicho precepto que “Están sujetos a la obtención de licencia urbanística, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable, los siguientes actos: [...] r) La primera uti-

lización de obras o partes de ellas, así como su modificación y el cambio, total o parcial, de usos de la edificación”.

Por tanto, la norma autonómica viene a llenar de contenido la previsión del art. 53.a) AURH, que exige “licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planteamiento urbanístico” cuando se constituya como elemento susceptible de aprovechamiento independiente más viviendas que las que consten con anterioridad en la declaración de obra nueva inscrita o más locales, cuando su número constituye condición esencial de la licencia de la obra nueva inscrita y que por el nuevo acto se modifica.

Dicha licencia resulta necesaria para la inscripción de los títulos de modificación del régimen de propiedad horizontal inscrito, entre los que se cuentan, los de cambio de destino de un local a vivienda, toda vez que dicha circunstancia deberá constar no sólo en el folio del elemento independiente sino en la descripción del edificio en su conjunto.

Obsérvese que la exigencia de licencia para la inscripción de la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal sólo es efectiva para el caso de la transformación de vivienda en local o para la división de éstos, cuando su número constituye condición esencial de la licencia del acto previamente inscrito.

En cuanto al modo de apreciar que hay una vivienda más, en el caso de modificación de destino de un solo local a vivienda, ello va implícito en el acto, que por definición tiene por objeto la creación de una nueva vivienda en el edificio. En otros casos, constará en el Registro el número de viviendas conforme al punto final del art. 45 AURH.

Por otro lado, la exigencia de licencia, no procede, conforme a la resolución de 30 de setiembre de 2005, en el caso de diversas operaciones de segregación y agrupación entre elementos independientes colindantes, si como resultado final no se altera el número de elementos independientes originarios.

También se manifestó la peculiaridad del art. 53 AURH, que a juicio de algunos carece de cobertura legal desde el punto de vista de la reserva de ley exigible para regular el contenido esencial del derecho de propiedad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la exigencia de reserva de ley no se refiere, en el caso del Reglamento Hipotecario o del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario a que el precepto con rango legal deba hallarse, precisamente en la Ley Hipotecaria o en el Código civil, sino que puede estarlo en cualquier norma con tal rango.

A ese propósito, en Euskadi la cobertura legal del precepto se encontraba con anterioridad a la norma que ahora se comenta en el art. 178 del Texto refundido de 1976, mientras que en la actualidad hay que situarla en la Ley que ahora estudiamos.

Por otra parte, se recuerda que la resolución de 9 de mayo de 2005 declara que el cambio a vivienda de un elemento privativo de una propiedad horizontal que consta inscrito como local no necesita licencia municipal, ahora bien, dicha doctrina se limita a la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Además, a juicio de José Félix Merino Escartín, el cambio de descripción del destino en el título, de local a vivienda por ejemplo, no implica una modificación del régimen de propiedad horizontal salvo que contravenga claramente una cláusula estatutaria, según doctrina de la resolución de 23 de marzo de 1998.

Finalmente, sobre la sujeción a licencia de los actos de cambio de destino de edificios, pese a lo que hemos citado sobre el apartado “r” del art. 207.1 LSUE, otros apartados del mismo precepto abundan en la idea de la sujeción a licencia de tales actos, como son los apartados “c”, “d”, “e” y “w”.

2.2. Ley del suelo y urbanismo de Euskadi: delimitación de ámbitos

En el caso sexto de la sesión de mayo del pasado curso se planteaba la posibilidad de sujetar a los derechos de tanteo y retracto una zona de nueva construcción en la que los propietarios de una serie de locales pretenden convertirlos en viviendas.

Esta posibilidad se recoge ahora expresamente en los arts. 125 y ss. LSUE². En particular, por una parte, para los casos de actuaciones de rehabilitación conforme al planeamiento y, por otra,

² Artículo 125. Bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto y administraciones titulares

1. 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:[...]

c) Los comprendidos en ámbitos sujetos por la ordenación urbanística o territorial a actuaciones de rehabilitación, si así lo dispusieran expresamente los planes respectivos. En este caso, los derechos de tanteo y retracto corresponderán al ayuntamiento o, en su caso, a la administración que hubiera promovido la aprobación del planeamiento.

d) Los comprendidos en ámbitos delimitados por el ayuntamiento conforme al procedimiento de delimitación de unidades de ejecución a los efectos de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ordenación urbanística, incrementar el patrimonio municipal del suelo o intervenir en el mercado inmobiliario. En este caso, los derechos de tanteo y retracto corresponderán al ayuntamiento.

Artículo 126. Notificación a la administración de la transmisión de bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto

1. Los propietarios de bienes inmuebles comprendidos en los ámbitos referidos en el artículo anterior deberán comunicar a la administración titular de los derechos de tanteo y retracto la decisión de proceder a su enajenación onerosa, con expresión del precio y la forma de pago proyectados y de las demás condiciones esenciales de la transmisión prevista, así como el domicilio a efecto de notificaciones, a fin de posibilitar el ejercicio del derecho de tanteo. Este derecho podrá ejercerse en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la entrada de la comunicación en el registro de la administración titular del mismo.

2. Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin notificación de resolución expresa sobre el ejercicio del derecho de tanteo, se podrá proceder libremente a la enajenación proyectada.

3. Cuando no se hubiera efectuado la comunicación requerida en este artículo o se hubiera omitido en ella alguno de los contenidos legalmente preceptivos, así como cuando el precio satisfecho por la transmisión resultase inferior o las condiciones menos onerosas que lo comunicado a la administración correspondiente, ésta podrá ejercitar el derecho de retracto dentro del plazo de dos meses siguientes al día en que haya tenido conocimiento completo de la enajenación.

Artículo 127. Efectos registrales

Los ayuntamientos, una vez delimitadas con carácter definitivo los ámbitos comprensivos de los bienes sujetos a derecho de tanteo y retracto, comunicarán oficialmente tal circunstancia al registro de la propiedad correspondiente, a los efectos de que se haga constar en los bienes afectados del modo que establezca la normativa de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ordenación urbanística, incrementar el patrimonio municipal del suelo o intervenir en el mercado inmobiliario, mediante la delimitación del correspondiente ámbito.

En el primer caso, los derechos de tanteo y retracto corresponderán a la administración que hubiera promovido la aprobación del planeamiento, mientras que en el segundo corresponderán al ayuntamiento.

Debe observarse que mientras que la delimitación de ámbitos prevista en el apartado “c” del número uno del art. 125 LSUE –actuaciones de rehabilitación– requiere una previsión expresa en el planeamiento, ello no parece necesario para los casos previstos en el apartado “d” del citado precepto. En definitiva, para estos últimos casos, la delimitación del ámbito puede ser realizada de modo autónomo, sin necesidad de una previsión expresa en el planteamiento.

Conforme al número dos del citado precepto: “El plazo máximo de sujeción de las transmisiones de los bienes al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto será de ocho años”.

Conforme al art. 127, tras la delimitación, los ayuntamientos comunicarán oficialmente tal circunstancia al registro de la propiedad correspondiente, a los efectos de que se haga constar en los bienes afectados del modo que establezca la normativa de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Esa remisión nos conduce al capítulo XI AURH cuyos arts. 83 y ss. regulan la inscripción de transmisiones sujetas a tanteo y retracto urbanístico, en términos concordantes con la LSUE.

Estos preceptos eran de aplicación respecto de las áreas de reserva municipal para el Patrimonio municipal del suelo reguladas en la Ley Vasca 20/1998, de 19 de junio de Patrimonios públicos de suelo.

Ahora, dicha Ley ha sido derogada por la LSUE, pero ello no priva de cobertura legal a dichos preceptos reglamentarios dada

la nueva regulación que comentamos respecto a la delimitación de ámbitos para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Es más, con la nueva regulación autonómica, es previsible que los arts. 83 a 87 AURH sean objeto de una reiterada aplicación en Euskadi.

2.3. Ley del suelo y urbanismo de Euskadi: división de viviendas en dos o más

Dentro del ámbito que estamos estudiando, es decir, dentro de la nueva LSUE, se plantea con reiterativa frecuencia el caso de división de una vivienda en dos y en el mismo, la cuestión de si debe el Registrador de la Propiedad exigir la licencia municipal a que se refiere el art. 207.1.e LSUE en relación con el 53.a) AURH.

El art. 207.1.e) LSUE exige licencia municipal para segregaciones de fincas en cualquier clase de suelo, y también para las obras de modificación de la disposición interior de edificaciones “incluidas aquellas que supongan la división de la vivienda preexistente en dos o más viviendas”.

Por su parte el art. 53.a) AURH en orden a la inscripción de modificación del régimen de propiedad horizontal ya inscrito dispone que “no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planteamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número”.

Las resoluciones DGRN de 15 y 16 de octubre de 2002 interpretaron que el mencionado art. 53 sólo puede tener operatividad en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas cuyas leyes hayan establecido expresamente la necesidad de licencia municipal para los actos a que se refiere.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Criterios de Calificación que en sus informes sobre la materia, ha interpretado, a la luz de las mencionadas resoluciones, que la licencia municipal, como requisito para la inscripción que se desprende del art. 53, sólo será exigible cuando así lo imponga la legislación

aplicable en materia de urbanismo, para el concreto acto de modificación del número de elementos privativos de un edificio en régimen de propiedad horizontal, independientemente de que conlleve o no un cambio en el aspecto exterior o estructura del edificio afectado; porque entonces la legalidad de esa norma reglamentaria se apoya en la ley autonómica correspondiente.

Además, debe tenerse en cuenta, conforme a la resolución DGRN de 28 de octubre de 2003, que (1) corresponde a las Comunidades Autónomas determinar los actos de naturaleza urbanística que requieren licencia; y que (2) corresponde al Estado fijar los casos en que debe acreditarse el otorgamiento de licencia para que el acto tenga acceso al Registro.

En conformidad con ello, la Comunidad Autónoma Vasca ha dispuesto en una norma con rango de ley, la LSUE, los actos de naturaleza urbanística que están sujetos a licencia, entre ellos, como hemos visto, las obras que supongan la división de la vivienda en dos o más. Con ello, el art. 53 AURH con el apoyo legal de ese artículo 207 mantiene su plena operatividad en la Comunidad Autónoma Vasca.

No hay que olvidar que en contra de la aplicabilidad del art. 53 se mantuvo el argumento de que el mismo, como mera norma reglamentaria, no tiene por sí solo sustantividad suficiente como para anteponer la necesidad de licencia a uno de los principios rectores fundamentales de nuestro Derecho Civil como es el de la autonomía de la voluntad (arts. 33 y 53 CE y 348 CC) aplicado en este caso a la configuración del régimen de propiedad horizontal³.

³ Sobre la interpretación del art. 53 se pueden consultar los siguientes trabajos: GARCÍA GARCÍA, J. M., "La segregación y división de pisos en relación con el artículo 53.a) del Reglamento de Urbanismo de 4 de julio de 1997", *Revista Lunes Cuatro Treinta*, n° 226 y *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, n° 35, (1998); BALLUGERA GÓMEZ, C., "Segregación y división de viviendas", *Boletín del Colegio de Registradores*, n° 39, (1998); ARNÁIZ EGUREN, R, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, 1999; LASO MARTÍNEZ, J. L., "Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 657, (2000); y SORIA MARTÍNEZ, G., "Declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 678, (2003).

En las conversaciones con algunos notarios, se plantea también la cuestión de si la exigencia de licencia del art. 207 pudiera venir referida únicamente a lo que es la “obra civil de división” en sí, y no a la “operación jurídica de división”, de suerte, que adoptando esa distinción la presentación de la licencia no sería requisito necesario para la inscripción.

Así, en el caso de que la división no fuera precedida de obras civiles, siguiendo la anterior pauta, sería suficiente la mera manifestación del otorgante de la escritura, teniendo en cuenta el principio general de no necesidad de acreditar los hechos negativos.

Sin embargo, se señala que esa interpretación, permite burlar con facilidad la normativa urbanística, ya que puede declararse la obra nueva conforme a una licencia para un número determinado de viviendas, pero dejando preparados un mayor número de elementos independientes en dicha obra para su división sin necesidad de obra civil, y al cabo de un tiempo proceder a la operación jurídica de división burlando así la normativa urbanística.

Por otra parte, el precepto se incardina dentro del capítulo VI del AURH, que se refiere a la inscripción de obras nuevas. Además, resulta claro que corresponde a la ley autonómica decidir si la división está sometida a licencia, como también que corresponde al legislador autonómico decidir que tipo de licencia es exigible para ese caso y el legislador autonómico exige, siguiendo el tenor del art. 207.1.e LSUE la licencia de obras, correspondiendo al registrador apreciar que se aporte la licencia correspondiente.

Por ello, aun en el caso de que a efectos meramente dialécticos, se considere distinto el acto de división física de la división jurídico-formal, será preciso para la inscripción del último o bien la licencia o bien la declaración de su innecesariedad.

Pero al margen de ello, debe tenerse en cuenta que no es posible separar como autónomos, salvo a efectos de análisis, dos actos que son uno en la práctica cual es de división de una vivienda en dos o más, ya que una división sin obras es una quimera.

Por otro lado, la inscripción de las obras de división, no se sujeta en su integridad a los requisitos de la inscripción de la obra nueva: es decir, no es necesario pedir la intervención del técnico director para que atestigüe que la obra de división descrita coincide con el proyecto para el que se obtuvo la licencia, aunque la regulación de la obra nueva puede servir de ayuda para resolver otros casos, como veremos.

En efecto, si la antigüedad de la obra de división es mayor de cuatro años, nos encontraremos en el supuesto correspondiente del AURH y no se pedirá licencia, pero habrá obligación de comunicar al ayuntamiento la inscripción de la división, conforme al art. 54 AURH.

Al hilo de estas cuestiones surgen otras, como la de si, dado el carácter complejo o compuesto de la legislación concurrente en el caso, la competencia para resolver el recurso contra la calificación negativa del registrador es de competencia del Juzgado de 1ª instancia por tratarse de Derecho autonómico o de la DGRN. Sin entrar en la solución, se deja apuntado el problema.

Más debate suscita, sin embargo, la cuestión sobre la necesidad o no del consentimiento de los copropietarios en junta o la necesidad de autorización estatutaria para realizar la división que ahora estudiamos.

Desde el punto de vista civil no tiene que haber prohibición en los estatutos sobre el cambio de destino, según la citada resolución de la DGRN de 23 de marzo de 1998. Sin embargo, ese punto de vista ha sido cuestionado desde diversos horizontes. De un lado, se considera que el cambio de un elemento independiente de local a vivienda afecta a la comunidad, ya que la cuota no es lo mismo en cuanto al uso, pues la cuota del objeto destinado a vivienda es mayor.

Además, no debe olvidarse que en su graduación ha de tenerse en cuenta, imperativamente, conforme al último inciso del art. 5.II LPH, “el uso que se presuma racionalmente que va efectuarse de los servicios o elementos comunes”.

En definitiva, el cambio de destino es un acto trascendente para la comunidad, que parece que ha de tener que decir algo. A ello apunta el que al realizarse ese acto de cambio de destino por medio de una obra, la comunidad haya de ser informada conforme al art. 7.1.II LPH.

Esa notificación obligatoria ilustra de la incidencia de la obra en la comunidad, y también que el legislador está pensando en que la tal comunidad ha de poder decir algo al respecto, pues de otro modo, la comunicación parece inefectiva por insuficiente en sí misma.

Por otro lado, también se aprecia la incidencia del cambio de destino en las comunidades poco numerosas, las mismas se pueden ver muy afectadas si se crean unas pocas viviendas más con aumento del número de vecinos.

El argumento permisivo de la DGRN se basa en equiparar la propiedad especial sobre el elemento independiente destinado a vivienda o local de una propiedad horizontal a la propiedad romana absoluta.

Pero la propiedad del elemento no es una propiedad absoluta sino una propiedad especial que tiene una importante dimensión comunitaria, en cierto modo, es una copropiedad.

2.4. Licencia de división de solares por silencio

En caso de una licencia de división de solares que se ha concedido por silencio administrativo positivo, se plantea si hay que comunicar el hecho de la inscripción de la división al Ayuntamiento.

El silencio administrativo positivo se establece con carácter general para las solicitudes de los interesados en el art. 43.2 LRJAPPAC y viene siendo admitido por la DGRN en resoluciones de 12 de enero, 10 de febrero de 2004 y 5 de octubre de 2005.

La LRJAPPAC dispone el carácter estimatorio del silencio en todos los casos salvo que una norma con rango de Ley establezca lo contrario. Por su parte, el art. 20 LSUE dispone que en nin-

gún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta ley o en la legislación o la ordenación urbanística aplicable.

El art. 196.3 LSUE admite la aprobación definitiva por silencio de proyectos de urbanización y el art. 211 LSUE, al regular los efectos del otorgamiento de la licencia urbanística, dispone también que en ningún caso podrán adquirirse, ni aun por silencio administrativo positivo, facultades o derechos disconformes con la ordenación urbanística ni con la legalidad vigente.

De ese modo cuando la estimación de la licencia no sea contraria a la ordenación urbanística, por ejemplo, porque no haya duda de que pueda surgir un núcleo de población, será admisible la misma por silencio positivo.

En cuanto al modo de acreditar la licencia así obtenida, conforme al art. 43.5 LRJAPPAC, cabrá cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver.

En este punto puede servir de guía el apartado b) del art. 48.2 AURH, que se refiere, para el caso de que no se hubiese expedido la certificación administrativa del acto presunto a la necesidad de aportar al Registro de la propiedad “el escrito de solicitud de la licencia y, en su caso, el de denuncia de la mora, el escrito de solicitud de la certificación del acto presunto, todos ellos sellados por la Administración actuante, y la manifestación expresa del declarante de que, en los plazos legalmente establecidos para la concesión de la licencia solicitada y para la expedición de la certificación del acto presunto, no se le ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria de la licencia solicitada ni tampoco se le ha expedido la certificación del acto presunto”.

En cuanto a si procede comunicar al Ayuntamiento la inscripción de la división, tras la nueva Ley del Suelo Vasca, cabe plantearse si es de aplicación el art. 221.1 LSUE que impone a la Administración actuante, en este caso el Registro de la propiedad,

la comunicación al ayuntamiento de la actuación clandestina de que hubiere tenido noticia.

Aparte de lo que ya se ha dicho más arriba, en el presente caso, dado que el art. 219 LSUE considera clandestinas sólo las actuaciones que carezcan de título legitimante, no puede considerarse como tal la que ahora estudiamos, ya que la división y consecuente inscripción se realiza sobre la base de la existencia de tal título, la licencia concedida por silencio.

En cuanto a la posibilidad de notificación, en principio, no parece que haya nada que impida al registrador realizarla si lo considera oportuno, pero en el presente caso se debate sobre la existencia de un criterio general, que sería, en principio, el de la no necesidad de dicha notificación, sin perjuicio, de los convenios, que como hemos visto, pudieran establecerse.

2.5. Venta e incapacidad

En el Registro una vivienda aparece inscrita por mitades indivisas a favor de dos personas, A y B. Ahora, fallecido B, se presenta en el Registro la compra-venta de la vivienda en la que comparece C en representación de A, con poder para enajenar lo que éste –único heredero de B- adquiriera por herencia del otro comunero. El apoderado tiene también poder para aceptar herencias.

Existe juicio del Notario en el que se estima el poder como suficiente para la venta, pero el apoderado vende no sólo la mitad indivisa adquirida por herencia sino todo el bien de pertenencia del poderdante; además, se acompaña la primera copia del poder.

A continuación se presenta la hipoteca a favor del comprador y un mandamiento ordenando la anotación preventiva de incapacidad del vendedor poderdante de la primera venta, quien al parecer, se encuentra internado en una residencia para la tercera edad.

Se da el caso de que consta que la solicitud de medidas cautelares respecto del incapaz se realizó en febrero, si bien, el mandamiento no llega al Registro hasta noviembre. El registrador pone nota de suspensión con la aquiescencia del notario, que se muestra conforme a ella.

Se plantean algunas dudas, dada la doctrina de la DGRN sobre el juicio de suficiencia del notario en materia de poderes. En

particular, se señala que en una resolución reciente, pese a que constaba en el Registro Mercantil que el poder estaba revocado la DGRN dijo que debía inscribirse sobre la base del juicio de suficiencia.

También se cita la resolución de 24 de octubre de 2005 que se refiere a la revocación del poder del apoderado que se presenta con posterioridad al primitivo asiento, lo que se hace constar por nota marginal.

También se recuerda que el Registrador no puede pedir que se acompañe el documento ni que se trascriban las facultades ni que se reseñe o testimonie total o parcialmente su contenido.

Ahora bien, en el presente caso, no se trata de revocación de poder, ni de poder aportado con posterioridad, por el contrario, en el presente caso, el poder se presenta junto con el título de compraventa sin que lo haya pedido el registrador.

Parece por ello que es preciso calificar el juicio de suficiencia del Notario a la vista de los documentos presentados, conforme al art. 18 LH. En ese marco, dicho juicio, dados los términos del poder que resultan con toda claridad del mismo, parece incongruente con el contenido del título presentado conforme al art. 98.II de la Ley 24/2001.

Por otro lado, parece fuera de duda que el apoderado carece por completo de facultades para la enajenación de la mitad indivisa que pertenecía inicialmente al vendedor en comunidad con su causante.

2.6. Defensor judicial en disolución de comunidad

Se presenta una disolución de comunidad sobre un inmueble en la que un defensor judicial interviene en representación de un incapaz. El tutor del incapaz había solicitado previamente el nombramiento de defensor judicial para una venta en la que él es el comprador.

El juez nombra defensor judicial para actuar en esa venta; pero posteriormente los interesados por razones fiscales prefieren una disolución de

comunidad adjudicando la finca al tutor. El defensor judicial interviene para proteger los intereses de ese incapaz.

Se plantea si por aplicación de las normas relativas a la tutela es necesaria aprobación judicial posterior a la disolución de comunidad, o si por el contrario es suficiente el nombramiento que hizo el juez para la venta pues al fin y al cabo los intereses del incapaz quedan igualmente protegidos.

Conforme al párrafo segundo del art. 1060 CC: “El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición deberá obtener la aprobación del juez si este no hubiese dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

Sin embargo, la resolución de 23 de julio de 1990 para un caso similar, pero relativo a una partición en la que estaba interesado el tutor, señaló que no era necesaria la aprobación judicial posterior de la partición, indicando que el art. 271.4 CC (hoy 272), al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor, no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto, sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable dicha aprobación a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotadas de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados por el solo dato de que los mismos sean desempeñados por personas ajenas a la relación paterno filial, máxime cuando no se trata de defensor judicial nombrado con carácter general, como el tutor, sino de un nombramiento específico para un acto concreto que el juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado (art. 302 CC).

Ahora bien, en el presente caso, la exigencia de la aprobación judicial que determina el segundo párrafo del art. 1060 CC se introdujo con posterioridad a la resolución, en particular con la reforma de 1996 realizada por la Ley Orgánica de 15 enero de ese año, de Protección Jurídica del Menor.

Por lo tanto, si en el acto de nombramiento no se hubiere dispuesto otra cosa, será necesaria dicha aprobación, En el presente caso, parece claro que no hay disposición en contrario, máxime si consideramos que la autorización concreta para el defensor se refiere a un acto de compraventa y no a uno de disolución de comunidad.

La operación, con ese cambio de venta a disolución, puede ser más perjudicial para el representado, ya que en vez de obtener, digamos cuarenta por la venta pueden obtenerse, por ejemplo, sólo cuatro con la disolución de la comunidad.

Por ello, lo pertinente es pedir la aprobación judicial posterior. Por otra parte, puede decirse, que en el acto de disolución, que no venta, el defensor actúa, en realidad sin título de legitimación, por lo que la aprobación judicial vendría, en rigor, a ser, una legitimación a posteriori de esa falta de título del defensor.

2.7. Vencimiento anticipado por no terminar la obra

Se plantea si es inscribible en una hipoteca sobre un edificio en construcción la cláusula de vencimiento anticipado en caso de no concluirse la obra en una fecha determinada.

Esa causa de vencimiento anticipado no es admisible salvo que el vencimiento sea una condición esencial de la prestación del consentimiento contractual. La determinación de esa circunstancia tan relevante en un contrato por adhesión con condiciones generales no es tarea fácil.

No lo es porque la evidencia sobre el consentimiento en este tipo de contratos se agota en el acuerdo nuclear, es decir, en el hecho mismo de la celebración del contrato.

Por lo tanto, para determinar si cierto pacto puede alcanzar el nivel de esa inicial evidencia, es necesario un análisis adicional que ha de realizarse conforme a las reglas que disciplinan la materia, las cuales, sustancialmente, se hallan en la LCGC y en la LGDCU y que sintéticamente exigen que de las circunstancias del contrato resulte el carácter negociado de la cláusula.

Así, podrá constar que el prestatario se obliga a destinar los fondos del préstamo a la construcción de la obra sobre el terreno trabado, que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones, que la garantía a la que se obliga el deudor comprende la obra terminada, etc.

En esas circunstancias, la falta de terminación de la obra en el plazo establecido implicará la falta de otorgamiento por el deudor de la garantía a la que ha quedado comprometido, lo que permitirá al acreedor dar por vencido el préstamo conforme al número dos del art. 1129 CC.

Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al que desencadena el juego de la acción de devastación del art. 117 LH, ya que mientras aquí nos hallamos ante un caso de falta de otorgamiento completo o falta de integración de la garantía, en el caso de la acción de devastación se refiere a un supuesto de disminución de la garantía con posterioridad a su constitución.

Sin embargo, la regulación del art. 117 LH puede servir de orientación a la hora de precisar el comportamiento de las partes a la vista de la circunstancia que contemplamos, es decir, a la vista de la falta de terminación de la obra.

No parece que el acreedor pueda dar por vencido de modo automático el plazo pactado, dado que la estabilidad del término es esencial en el préstamo, sino que al igual que en el caso del art. 117 LH el juez dictará providencia mandando al propietario hacer o no nacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. En consecuencia, antes del vencimiento el deudor podrá completar la garantía en la forma ordenada por el juez y evitar la pérdida del plazo.

2.8. Notificación de embargo al cónyuge

Se presenta un mandamiento ordenando anotar un embargo preventivo a favor de la Delegación Especial de Madrid de la Agencia Tributaria sobre una finca ganancial; se dice que se ha notificado al deudor, pero nada se dice de la notificación al otro cónyuge sin señalar razones de urgencia o que no se notifica al cónyuge del deudor porque podría verse comprometido el buen fin de la medida cautelar. Se plantea si es necesario para anotar el embargo la notificación al cónyuge del deudor.

Estudiamos, en primer lugar, si es aplicable por analogía el art. 733.2 LEC, que se refiere a los embargos preventivos ordena-

dos por la autoridad judicial y que permite adoptarlos “inaudita parte”⁴.

En un primer examen, parece que no es aplicable por analogía el número 2 del art. 733 dado que se trata de una excepción a la regla general, excepción que restringe o merma los intereses del titular registral, por lo que debe ser interpretada restrictivamente, sin que quepa por tanto la analogía.

Abona la no aplicación analógica la circunstancia de que se trate de supuestos distintos. En efecto, en el caso de la Agencia Tributaria es ella misma la que decide que concurren razones de urgencia y la que ordena la medida cautelar preventiva.

Sin embargo, en el caso de la Autoridad Judicial es un tercero el que solicita la medida cautelar preventiva por razones de urgencia y es la Autoridad Judicial la que después de comprobado que concurren esas razones de urgencia, ordena tal medida cautelar.

Sin embargo, se inclina por la aplicación analógica del art. 733 LEC la resolución DGRN de 1 de octubre de 2005 referida a un supuesto anterior a la Ley General Tributaria de 2003.

Dicha resolución entendió que el órgano de recaudación puede adoptar medidas cautelares cuando existan indicios racionales para presumir que se pueda impedir la satisfacción de la deuda tributaria no siendo necesaria la notificación al deudor, argumentando que es una medida provisional con un plazo máximo de seis meses, la aplicación analógica del artículo 733 LEC dada la equiparación legal entre los mandamientos judiciales de embargo y los

⁴ Art. 733 LEC: 1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia al demandado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

expedidos por el órgano competente para procedimiento de apremio administrativo (art. 134 LGT anterior).

No obstante, parece decisiva la resolución de 25 de junio de 2003 que señala que no cabe admitir que, en procedimiento de apremio administrativo seguido contra un cónyuge pueda acordarse con carácter cautelar el embargo de bienes de su consorte, pues, en el procedimiento de apremio no podrá declararse la responsabilidad de los bienes del consorte por las deudas perseguidas.

En definitiva, sobre la base del art. 81 LGT, 144.1 RH y los argumentos anteriores, en particular el de la resolución citada, parece que es necesaria la notificación al cónyuge del deudor para la anotación del embargo sobre sus gananciales⁵.

Por su parte, M^a José ACHÓN, al referirse a los derechos del cónyuge en las ejecuciones, se pronuncia a favor de la notificación al cónyuge no deudor, planteándose si a la vista de tal notificación puede el cónyuge solicitar la disolución de los gananciales⁶.

La citada autora llega a la conclusión de que no, porque el embargo es preventivo y hay que esperar a que se haga ejecutivo. Cuando el embargo se convierta en ejecutivo el cónyuge del demandado podrá pedir la disolución.

Por otro lado, se señala que la exigencia de la notificación al cónyuge no deudor, una vez presentado el mandamiento en el Registro y ganada la prioridad, no causa daño al acreedor, que ya tiene su preferencia y debe limitarse a subsanar el defecto conser-

⁵ Art. 81 LGT: Medidas cautelares

1. Para asegurar el cobro de la deuda tributaria, la Administración podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado.

La medida cautelar deberá ser notificada al afectado con expresa mención de los motivos que justifican su adaptación.

⁶ ACHÓN BRUÑÉN, M. J., "Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente more uxorio del ejecutado", *Diario La Ley*, nº 6573, Año XXVII, 19 Oct. 2006, Ref. D-224.

vando la misma durante la vigencia del asiento de presentación y, en su caso, de la anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable.

Por su parte, en sentido contrario a lo hasta ahora señalado, el art. 6.4 del Decreto Foral 215/2005, de 27 diciembre de la Diputación de Vizcaya/Bizkaia, por el que se aprueba su Reglamento de Recaudación, prevé la comunicación de las medidas cautelares, pero matizando en su art. 54.4. II que en caso de que se trate de embargos cautelares las notificaciones preceptivas se efectuarán cuando éstos sean definitivos, de donde se desprende, que cabe la anotación sin notificación de los cautelares.

3. CASOS DE DICIEMBRE DE 2006

3.1. Derecho de superficie

Se trata de un derecho de superficie a favor de una sociedad pública objeto de adjudicación directa, precisamente, por tratarse el beneficiario de una tal sociedad, al amparo del art. 33.2 del Decreto 315/2002.

Se prevé que el incumplimiento de condiciones dará lugar a la extinción del derecho de superficie afectando a terceros. La Comunidad Autónoma recuperará el derecho de superficie libre de cargas, salvo en caso de hipoteca. Además, se prevé que la reinscripción de la plena titularidad a favor del superficiante, la Comunidad Autónoma, se haga con la sola intervención de ella y a su instancia, haciendo suya la posible obra que ya se hubiese ejecutado, sin contraprestación alguna, y que la extinción del derecho de superficie y de las cargas impuestas por el superficiario accederán al Registro y se cancelarán por acta notarial.

Se plantea si es posible la reversión de lo edificado libre de cargas a causa de la extinción por incumplimiento de obligaciones, si cabe la cancelación sin que tengan que intervenir o por lo menos ser notificados los titulares de las cargas; si es posible que el superficiante se haga dueño de lo edificado sin contraprestación y, finalmente, si es posible que sólo por acta y a su instancia se resuelva el derecho del superficiario sin su intervención.

En cuanto a la primera cuestión, tiene un doble aspecto. Por una parte, si cabe la extinción del derecho de superficie por incumplimiento de determinadas obligaciones pactadas al constituirse. Por otra, si se admitiese tal posibilidad, se plantearía la alternativa

entre la cancelación y la continuidad de las cargas constituidas con posterioridad al nacimiento del derecho de superficie que se hallaren gravándolo y los requisitos de esa cancelación.

Respecto del primer aspecto, cabe señalar que tanto en la regulación de la reciente LSUE, art. 129, como en la Ley del Suelo estatal, art. 289 en su redacción de 1992, sólo se admite la extinción de los derechos constituidos por el superficiario cuando la extinción del derecho de superficie tiene lugar por el transcurso del tiempo, no por el incumplimiento de condiciones⁷.

Respecto de esa segunda posibilidad de extinción, hay que recordar el último párrafo del art. 16.1 RH, que se considera vigente tras la anulación de la reforma de 1998 de este punto por la STS, Sala 3^a, de 31 de enero de 2001, y que dispone que no serán ins-

⁷ Art. 129 LSUE. Extinción del derecho de superficie.

1. El derecho de superficie se extinguirá por haber transcurrido el plazo, que no podrá exceder de 75 años, o el plazo que establezca como máximo la legislación básica, sin perjuicio de su carácter reconstituible. Una vez extinguido, el propietario del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título por el que se hubiera constituido el derecho. La extinción del derecho de superficie provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

2. El derecho de superficie se extinguirá también si no se edifica en el plazo previsto.

3. Si por cualquier otra causa distinta de las previstas en los apartados precedentes se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y de superficie, las cargas que recaigan sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

Art. 289 TRLS 1992. Extinción.

1. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley.

2. El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares.

3. Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho.

4. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

cribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.

Por ello, será precisa una restitución de contraprestaciones o al menos la moderación judicial de la cláusula penal que pudiera establecerse, para admitir la resolución del derecho de superficie por incumplimiento de alguna obligación señalada en el título constitutivo entre particulares⁸.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que conforme a la interpretación dominante del art. 1124 CC, no bastará para la resolución con el incumplimiento de cualquier obligación, por pequeña que sea, sino que será necesario que se trate del incumplimiento de obligaciones que acredite una voluntad deliberadamente rebelde de negar virtualidad al contrato

En cuanto a la cancelación de las cargas posteriores, se consideró que si la inscripción recoge como causa de reversión el incumplimiento de obligaciones en los términos en los que, como se ha señalado, resulta admisible, por razón del art. 37 LH, hay que admitir que no es necesaria para la cancelación, ni la intervención ni el consentimiento de los titulares de las cargas, al menos en la relación entre particulares.

Por otra parte, respecto de la regulación citada más arriba para la extinción del derecho de superficie, no se dice, incluso en el caso de no edificarse en plazo, que se extingan las cargas y, cuando se extingue el derecho de superficie por otras causas, en este caso por incumplimiento de otras condiciones, no se dice que las cargas se extingan sino, al contrario, que siguen gravando separadamente los derechos constituidos sobre la cosa.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2002 considera que el derecho de superficie ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del suelo, lo que

⁸ Vid. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil* (tercera edición), Thomson-Civitas, Madrid, 2001, p. 278, nota 34.

limita la posibilidad señalada de extinción sobre la base del acuerdo de las partes en el título constitutivo.

En efecto, de la resolución de 23 de julio de 1996 resulta la posibilidad de cancelación sin necesidad de consignación a favor de los acreedores posteriores, y en la posterior que se cita en ella, de 20 de diciembre de 2005 se preveía esa posibilidad, ahora bien se trataba de un derecho de superficie entre particulares, entre los que cabe pensar que rige el principio de libertad de pactos, mientras que en el presente caso nos hallamos ante un derecho de naturaleza urbanística-administrativa respecto del que la normativa es, como hemos visto, imperativa.

3.2. Hipoteca inversa

Se plantea la inscribibilidad de una hipoteca inversa o hipoteca pensión que se articula mediante la apertura de un crédito en cuenta corriente por importe de 240.000 €. Las cifras que se consignan se han redondeado. La escritura señala lo siguiente:

“Estipulaciones. Cláusulas financieras. Cláusula primera.- Límite del crédito y disposición del mismo. El límite de este crédito es de hasta la suma de 240.000 € y la parte acreditada podrá disponer de dicha cuenta, hasta su total disponibilidad, en la forma que se detalla a continuación:

“Una cantidad inicial por importe de hasta 40.000 € para atender los gastos de constitución y formalización de esta operación: notariales, fiscales, registrales, de gestoría, etc., la comisión de apertura asociada a esta operación, los de la prima del seguro de renta vitalicia si la parte acreditada la hubiese concertado como complemento de esta operación, y el resto para otras finalidades.

“Cuarenta disposiciones semestrales, que, incluidos los intereses que se devenguen en el período de disposición, no podrán superar el límite del crédito. Una parte de cada una de esas disposiciones semestrales se destinará al pago a la Caja de los intereses generados por las cantidades dispuestas, y el resto se entregará a los acreditados.

“En este acto, las partes fijan en 1.900 €, más los intereses devengados en cada período, el importe de las disposiciones semestrales. La primera de esas disposiciones se realizará el próximo día 25 de abril de 2007.

“Cláusula segunda.- Plazo, amortización y vencimiento. El plazo de éste crédito abarca desde la fecha de formalización de este contrato hasta tras-

curridos tres meses del fallecimiento de todos los acreditados, momento en el que vencerá la obligación de pago de los capitales dispuestos y de los intereses devengados una vez consumido el límite del crédito.

[...]

“Las cantidades que corresponda percibir a la Caja por los conceptos indicados de intereses y comisiones, serán cargadas en la contrato de crédito a fin de cada fecha de liquidación establecida y se remitirá a los acreditados un extracto de la cuenta.”

Se fija un interés remuneratorio del cinco por ciento fijo durante todo el período de disposición del crédito y un interés moratorio del quince por ciento. Igualmente se establecen comisiones de apertura, por reclamación de posiciones acreditadas y no satisfechas, un conjunto de causas de vencimiento anticipado entre las que se incluyen las que se producen por impago de las primas del seguro de daños, por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato, etc.

Se ponen a cargo del deudor todo tipo de gastos, incluso los de tasación del inmueble hipotecado, los de otorgamiento de la presente escritura, incluso de la primera copia para la entidad acreedora, los de seguro de la finca. Viniendo a pagar intereses de demora desde el momento en que la acreedora los hubiere suplido. También se ponen a cargo de los acreditados los gastos procesales.

Pero llama la atención el vencimiento anticipado de la operación “cuando la finca hipotecada deje de ser ocupada personalmente por la parte acreditada, o cuando la ocupen total o parcialmente otra u otras personas, naturales o jurídicas, bien a título de arriendo, de subarriendo, de traspaso, de cesión, de usufructo o de cualquier otro incluso el de precario.”

También se pacta la facultad de la Caja, de carácter irrevocable, para poder compensar las cantidades adeudadas en cada momento con cualquier otro saldo que los obligados puedan tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representado, la fecha de su vencimiento –que a estos efectos podría ser anticipado- y el título de su derecho, aun cuando la titularidad de los depósitos sea colectiva.

La hipoteca responde de: 240.000 € del límite inicial, de 82.000 € por intereses remuneratorios dentro del límite de cinco años al interés nominal pactado, de 67.000 € por intereses moratorios, dentro del mismo límite y al interés convenido y de 19.000 € para costas y gastos.

Se establece un límite máximo para el interés variable del 17 % y un plazo máximo del crédito de 50 años desde la firma de la escritura. Se tasa la

finca en 300.000 € y se pacta el procedimiento extrajudicial de enajenación para caso de impago.

El Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, define en su disposición adicional primera la hipoteca inversa o hipoteca pensión.

A tales efectos se consideran como tales el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya una vivienda habitual, solicitado por una persona física, siempre que el solicitante sea una persona de edad igual o superior a los 65 años o afectada de dependencia, y que la finalidad del crédito o préstamo sea obtener para el solicitante, directa o indirectamente, una renta, sin perjuicio de la disposición de parte del crédito o préstamo de una sola vez.

En dicho anteproyecto se considera que tales hipotecas sólo pueden concederse por entidades de crédito. Los herederos del deudor hipotecario, al fallecimiento del mismo podrán cancelar la operación, respondiendo únicamente con los bienes hipotecados.

Igualmente se señala que no cabrá comisión por cancelación anticipada, la deuda sólo será exigible, al margen del vencimiento que conste en el contrato, cuando fallezca el prestatario.

Los prestatarios deberán conservar la propiedad de la finca hipotecada salvo pacto en contrario. Finalmente se establecen exenciones fiscales en Actos Jurídicos Documentados y reducción de aranceles notariales y registrales.

Empezando por esto último, vemos que la regulación de esta figura cobra un acusado carácter social que entronca con su finalidad, también social a saber, el aumento de la renta de las personas mayores y en situación de dependencia.

En efecto, en los grupos indicados se da la circunstancia de que junto a pensiones bajas muchas de estas personas disponen de

una vivienda en propiedad. Es ese activo el que se pretende movilizar con la figura mediante su ofrecimiento como garantía del crédito que ha de venir a elevar la renta del colectivo.

La disponibilidad de estas fórmulas financieras por el mercado tendría el efecto de promover el ahorro de los consumidores mediante la adquisición de una vivienda durante su vida activa, que en la pasiva serviría de garantía para un crédito dirigido a la elevación de su renta de jubilación.

De ese modo, la instrumentación de tales técnicas resulta conforme con el propósito de las instituciones europeas de promover nuevas fórmulas de ahorro que, frente al envejecimiento de la población, completen, refuercen y consoliden el sistema público de pensiones.

Sin embargo, ese sugerido fin social contrasta con el caso en estudio. En efecto, si contamos con una duración probable del crédito de 25 años, debe observarse que para obtener un capital de 95.000 €, es necesario pedir un crédito de 240.000 € sobre un bien tasado en 300.000 €.

Además, se establece un cargo inicial de 40.000 €, que devengarán intereses desde el primer día, para hacer frente a los gastos de formalización y previsiblemente a la prima del seguro de sobrevivencia del acreditado.

Ello hace a la operación extremadamente costosa para el deudor, ya que debe destinar a la satisfacción de intereses el resto del capital, nada menos que 105.000 €, y una cantidad adicional de 82.000 €, más propinas por comisiones y gastos. Francamente, una operación poco aconsejable que, sin embargo, se hallaría amparada en la autonomía de la voluntad.

Por otra parte, se observan algunas incoherencias, así parece que la finca responderá por los intereses con parte del crédito destinado a capital, ya que en la cuenta se asientan indistintamente cantidades por capital e intereses y luego con una abultada cantidad por intereses remuneratorios. Se consideró que esa duplicidad no es admisible.

Además, la operación resulta bastante oscura, ya que no se indica en la misma nada sobre si se ha concertado o no el seguro para el caso de sobrevivencia y las condiciones del mismo. Lo único que se establece es una abultada suma para hacer frente, eventualmente, a las primas del mismo.

Por otro lado, se contemplan una serie de casos de vencimiento anticipado que se hallan en contradicción con la cláusula que dispone el vencimiento de la deuda al fallecimiento del último de los acreditados.

Parece que aquí el plazo lo es en beneficio exclusivo del deudor y es una determinación esencial del crédito que no puede ser objeto de vencimiento anticipado por circunstancias accesorias de escasa relevancia.

Contribuiría al aumento de la transparencia el establecimiento de la cantidad a satisfacer en cada caso por intereses, con una tabla indicativa para el deudor. Ello resulta todavía más claro en el presente caso en que el crédito devenga un interés fijo durante toda la vida del mismo.

Tampoco se prevé nada en orden a la retasación del inmueble y al consecuente aumento del límite del crédito. Obsérvese que se trata de una operación de larga duración, en que dada las características alcistas del mercado, el acreditado puede estar interesado, en una coyuntura, insistimos, alcista, en tras unos años, retasar el inmueble a efectos de obtener un mayor límite de crédito y una consecuente mejora de su renta.

También se considera que la prohibición de arrendar va contra la libertad del dominio. Por otra parte, no se considera acertado limitar la disposición o el uso por el acreditado del bien, ya que contradice la sedicente función social de la figura.

Finalmente, en cuanto a la aplicabilidad del procedimiento extrajudicial a la figura hay que tener en cuenta la resolución de la DGRN de 3 de setiembre de 2005, que dispone, contra el tenor literal del art. 235.1 RH que “Respecto del pacto por el que se puede

ejecutar la hipoteca mediante la venta extrajudicial de la finca conforme al artículo 1858 del Código Civil, el Registrador suspende su inscripción porque considera que, al tratarse de una hipoteca de máximo, se contradice el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario. Pero tampoco este defecto puede ser confirmado, toda vez que en este tipo de hipoteca esta Dirección General ha admitido la inscripción de dicho pacto, para el supuesto de que en el momento de la ejecución se pueda determinar la cantidad por la que se lleva a cabo la ejecución (cfr., por todas la Resolución de 9 de octubre de 1997)”.

Finalmente se establece la obligación de los acreditados de contratar un seguro de daños de la finca hipotecada así como ceder las indemnizaciones en caso de siniestro pese a que la obligación no haya vencido, lo que imposibilitará la reconstrucción.

Si tenemos en cuenta el criterio de la DGRN en este punto, esa cláusula y cualquier otra abusivas, aunque sean claramente abusivas, como es el caso de la compensación incondicional en perjuicio del consumidor o la imputación a su cargo de todo tipo de gastos procesales, deben inscribirse en el Registro de la propiedad.

Como contrapartida cabe señalar que, pese a todo, la inscripción de cláusulas nulas, conforme al art. 33 LH no las sana. Ahora bien, el ingreso en el Registro de cláusulas abusivas hace del contenido de los libros confuso y confiere al acreedor un título ejecutivo apoyado en disposiciones que no vinculan al consumidor.

Cabría, sin embargo, en estos casos y conforme al art. 23 LCGC, recordar al adherente consumidor que no puede ser compelido bajo ninguna apariencia de legalidad, sea el título notarial o registral, a cumplir cláusulas abusivas y señalarle que se halla facultado para dirigirse a las entidades a las que se refiere el art. 16 LCGC a fin de que interpongan una acción colectiva en defensa de sus intereses, así como a invocar su ayuda para que se sancione la imposición de cláusulas abusivas a los consumidores conforme a la legislación correspondiente.

3.3. Tratamiento registral del suelo alterado en Euskadi

Con respecto a los suelos contaminados dice el art. 22.1 de la Ley 1/2005 “la declaración de un suelo como contaminado será objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad a iniciativa del órgano ambiental, de conformidad con lo que dispone el apartado tercero del artículo 27 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.”

Sin embargo nada se dice en cuanto al acceso registral con respecto los suelos alterados, por lo que se plantea la cuestión de cómo actuar si se presenta en el Registro de la Propiedad un expediente declarando una finca como suelo alterado.

En efecto, ¿se debe practicar la nota marginal de manera similar a si se tratase de un suelo contaminado a pesar de la falta de previsión legal al respecto? O ¿hay que denegar esta posibilidad hasta que exista previsión legal, por ejemplo, por medio del correspondiente desarrollo reglamentario que se hará de la Ley?

El Convenio suscrito el 13 de diciembre de 2006 entre el Decanato de Registradores del País Vasco y la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno Vasco, señala en la cláusula tercera, que entre las obligaciones del Departamento está la de remitir al Registro de la Propiedad competente según el ámbito territorial, certificación por duplicado en la que conste literalmente la resolución adoptada declarando el suelo como *contaminado* o *alterado* y el nombre de las personas interesadas en el expediente que han sido notificadas.

El registrador competente devolverá el duplicado de la certificación, haciendo constar mediante nota de despacho que se ha procedido a realizar la nota marginal de declaración de suelo contaminado o alterado. Se acompañará la nota simple en la que conste el asiento practicado.

En sesión de este mismo seminario de 21 de marzo de 2006 se trató el tema de los suelos contaminados en el País Vasco tras la Ley autonómica 1/2005, de 4 de febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo del País Vasco, y se trataron brevemente los tres tipos de notas marginales que se pueden practicar en el Registro.

A saber, (1) nota marginal de que un suelo ha sido declarado como contaminado; (2) nota marginal de que ha iniciado un expediente para la declaración de un suelo como contaminado; y (3) nota marginal de que en un suelo se ha realizado una actividad potencialmente contaminante.

En el art. 2 de la Ley 1/2005 se define el suelo *contaminado* como “todo suelo que presente una alteración de origen antrópico, en relación con sus características químicas, incompatible con sus funciones debido a que suponga para el uso actual, o pueda suponer, en el supuesto de cambio de uso, un riesgo inaceptable para la salud de las personas o el medio ambiente, y así sea declarado por el órgano ambiental de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de acuerdo con el procedimiento para determinar la calidad del suelo regulado en esta ley”.

A su vez, el citado art. 2 define el suelo *alterado* como “todo suelo en el cual se identifiquen concentraciones de sustancias que superen los valores indicativos de evaluación B (VIE-B) que se especifican en el anexo I de esta ley, o aquellos valores referidos a concentraciones de otras sustancias químicas obtenidos de acuerdo con el método que se establezca reglamentariamente, y que no tenga la consideración, a los efectos de esta ley, de suelo contaminado por no suponer un riesgo inaceptable. Los suelos alterados serán declarados como tales por el órgano ambiental de la Comunidad Autónoma del País Vasco de acuerdo con el procedimiento para determinar la calidad del suelo regulado en esta ley”.

Como vemos, la inscripción en el Registro de la propiedad a través de una nota marginal de la declaración de un suelo como alterado es recogida expresamente en el mencionado Convenio.

Pese a que la Ley Vasca 1/2005 distingue tajantemente entre suelo contaminado y alterado, esa distinción no puede querer decir que el suelo alterado no sea una especie de suelo contaminado, por el contrario, junto al así nombrado o suelo contaminado propiamente dicho, hay otra especie de suelo contaminado, el alterado, sujeto a un régimen menos riguroso en atención a la menor gravedad del riesgo que implica ese tipo de contaminación recogido en su concepto.

En efecto, pese a su contaminación, el suelo alterado no implica un riesgo inaceptable para la salud de las personas o del medio ambiente, por lo que se le somete a un régimen menos riguroso, que admite la posibilidad de ciertos usos sobre el mismo, que deben especificarse, conforme al art. 23 de la Ley 1/2005, en la declaración sobre la calidad del suelo.

Dada la identidad de ratio existente en ambos casos, suelo alterado y contaminado, parece lógico extender el régimen de publicidad registral de la ley estatal para los suelos contaminados propiamente dichos a los alterados.

En ese marco, la constatación adicional de esa identidad de razón en una norma de ámbito reglamentario de la Comunidad Autónoma de Euskadi contribuiría a clarificar la situación, en el sentido de la equiparación establecida, favorecedora de la constancia registral del carácter alterado del suelo en la finca correspondiente.

3.4. Constitución de propiedad horizontal sin abrir folios

Se vuelve a plantear la conveniencia o no de abrir folio independiente a los distintos elementos privativos de una propiedad horizontal en el momento de inscribir la obra nueva y propiedad horizontal, sin esperar a las ventas.

Un registrador en base a la necesidad de abaratar costes para el ciudadano y a criterios de organización del Registro propone la siguiente nota de calificación en caso de que el promotor solicite expresamente la no apertura de folio independiente:

NOTA DE CALIFICACIÓN DESFAVORABLE: HECHOS: Con fecha... se presenta en este Registro escritura pública autorizada por el Notario de..., don..., el día... (nº... de protocolo), en virtud de la cual sobre un conjunto edificatorio se declara una obra nueva en construcción sobre una parte y terminada sobre otra, constituyéndose una Subcomunidad de garajes y trasteros y ... Subcomunidades sobre los respectivos portales, así como la división del conjunto en régimen de propiedad horizontal, causando el asiento de presentación número... del Diario...

SE SUSPENDE la práctica de las operaciones solicitadas por los siguientes defectos subsanables: A) Defecto relativo a la cláusula 1ª del expositivo sexto: La solicitud de no abrir folio independiente a los elementos priva-

tivos de la propiedad horizontal en el momento de constitución de dicho régimen, quedando diferida en el tiempo a un momento posterior (enajenación de elementos privativos), contraviene los principios registrales de especialidad o determinación registral y los de claridad y ordenación del registro, así como la legislación vigente de la que resulta que la apertura de folio autónomo para cada piso o local de la propiedad horizontal es obligatoria desde el momento mismo en que se inscribe el régimen jurídico que la contiene, en base a los siguientes FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La obligatoriedad del folio autónomo resulta de la naturaleza misma de la propiedad horizontal, que implica “división” de pisos y locales, toda vez que la constitución en régimen de propiedad horizontal es una forma de dividir la cosa común, de conformidad con los artículos 396.1º y 401.2º del Código Civil.

La situación de propiedad horizontal no es propiamente una situación de comunidad, sino un régimen jurídico-real al que se sujeta la llamada propiedad separada (artículo 396 del Código Civil) de los diferentes pisos o locales (Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1999 de 14 de junio).

Las razones fundamentales derivan de consideraciones de orden civil y de orden hipotecario.

En el aspecto civil o sustantivo, una de las características fundamentales del régimen jurídico inmobiliario de propiedad horizontal es la configuración de una pluralidad de objetos de derecho, los pisos y locales, susceptibles de negocios jurídicos independientes los unos de los otros. Pues bien, la única forma de concordar este criterio sustantivo de la pluralidad de objetos con el concepto de finca registral, es sobre la base de la obligatoriedad de pluralidad de folios, tal como resulta del número 5º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto al aspecto registral, un principio fundamental del sistema inmobiliario es el principio de especialidad o determinación registral, que exige que a cada finca se le abra un folio (el folio real), para que en él se puedan reflejar las vicisitudes de dicha finca con separación e independencia de las demás. Y ello no sólo para dar claridad al folio registral, sino para poder aplicar a la finca todos los principios fundamentales del sistema (tracto sucesivo, prioridad registral, legitimación registral y fe pública registral). Ello es incompatible con el amontonamiento de asientos en el folio general del edificio.

El número 4º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, al referirse al edificio en su conjunto, le asigna únicamente una función de finca matriz de procedencia y de pertenencia del conjunto, así como la función de recoger los elementos comunes y Estatutos y la titularidad histórica del constituyente o cons-

tituyentes del régimen por lo que resulta evidente que el número 5º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, pretende la creación obligatoria del folio autónomo de cada piso o local (elemento privativo) cuando se constituye la propiedad horizontal.

Asimismo, la expresión legal “se inscribirán” que utiliza el párrafo 3º de los iniciales del artículo 8, y que abarca también el supuesto de los pisos y locales del número 5º, confirma el criterio sostenido.

Los fundamentos de derecho anteriores vienen reforzados en el concreto supuesto de hecho que nos ocupa porque se encuentra presentado en esta oficina un documento privado con firma legitimada notarialmente asiento de presentación nº... del Diario..., en virtud del cual la entidad promotora-constructora y una entidad bancaria proceden a distribuir sendas hipotecas que gravan el solar sobre el que se asienta el conjunto edificatorio entre elementos privativos del Régimen de Propiedad Horizontal, siendo así que unos elementos privativos resultan afectos a una responsabilidad hipotecaria determinada y otros resultan liberados de responsabilidad hipotecaria en virtud de las oportunas distribuciones, de modo que pretender diferir la apertura de folio autónomo a los elementos privativos del Régimen de Propiedad Horizontal al momento futuro de las enajenaciones de los mismos, resulta contradictorio con la necesidad de hacer constar previamente las vicisitudes del negocio jurídico hipotecario de distribución/liberación de responsabilidad hipotecaria sobre los referidos elementos privativos.

Asimismo, la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad compete al Registrador debiendo dar cumplimiento a la legalidad vigente, siendo así que la pretensión de abrir folio autónomo en el momento de las enajenaciones no sólo disminuye la seguridad jurídica preventiva al impedir dar cumplimiento a los principios registrales esenciales del sistema respecto de los elementos privativos resultantes del régimen, sino que además ni siquiera agiliza el tráfico jurídico, pues se produciría una ralentización del mismo al distorsionar la publicidad registral formal (por ejemplo, solicitud de número de finca registral propia para un elemento privativo en orden a notas simples informativas o certificaciones registrales instadas por sociedades de tasación, entidades bancarias, notarías...), así como el vigente sistema de colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad en relación con el principio de Prioridad Registral. E incluso, los costes arancelarios de la apertura de folio autónomo al constituirse el Régimen de Propiedad Horizontal sobre la base del valor de dicho régimen siempre serán, en principio, inferiores respecto de la apertura de folio en el momento de las enajenaciones sobre la base del valor de las ventas para la entidad mercantil que constituye el régimen de propiedad horizontal y procede a realizar ventas de elementos privativos del mismo, sin que los referidos costes sean susceptibles de repercutirse a los compradores de conformidad con la enumeración de las cláusulas abusivas contenidas en la vigente Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tras

las modificaciones introducidas por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1.998 (en particular artículo 10.bis, Disposición Adicional Primera V.22 y Disposición Derogatoria de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Y, asimismo, los anteriores fundamentos de derecho lo son en concordancia con el principio de Seguridad Jurídica garantizado constitucionalmente en el artículo 9 de la Carta Magna, con el principio de Legalidad en su aspecto de calificación registral previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento en relación con los principios de Prioridad Registral (artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), Tracto Sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), Legitimación Registral (artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria) y Fe Pública Registral (artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), con el criterio de registración por fincas y el sistema de folio real, con el principio de Especialidad o Determinación registral (artículos 8, 13 y 243 de la Ley Hipotecaria), con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a que el Registrador al calificar un documento puede y debe tener en cuenta incluso documentos presentados con posterioridad relativos a la misma finca a fin de lograr un mejor acierto en su calificación registral e incluso con la reforma llevada a efecto en el año 1998 en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario.

Este defecto se califica de subsanable siendo medio hábil de subsanación el desistimiento de la solicitud a que se refiere la cláusula 1ª del expositivo sexto.

En general, conforme al principio de organización del Registro y a una racional llevanza del mismo según criterios que son de orden público, parece adecuado dejar la decisión al registrador atendiendo a las circunstancias del caso.

En el presente caso la nota, con su detallada argumentación, se considera acertada, sobre la base de la necesidad de proceder, tras la constitución de la propiedad horizontal, a una distribución de responsabilidad hipotecaria. Pero al margen de esa necesidad de distribución, parece, además, aconsejable la apertura, conforme a la naturaleza del propio régimen de propiedad horizontal, que es conocido, no se olvide, como *división horizontal*⁹.

En general, se considera que si el interesado no dice nada, la presentación del título de constitución del régimen de propiedad

⁹ Íb., quinta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 75, nota 13.

horizontal acarrea, de modo implícito la apertura de folio para los elementos independientes.

En ese sentido se pronuncian las modernas tendencias legislativas, como es el caso del Libro Quinto del Código civil de Cataluña, que contempla, en su art. 553-39.5, la necesaria apertura de folio independiente para las fincas privativas.

Desde el punto de vista de los costes para el usuario, también se considera favorable la apertura en ese momento, por la coyuntura alcista del mercado, ya que la minutación se producirá sobre bases más bajas que las resultantes en la venta posterior.

3.5. Régimen económico matrimonial y vecindad civil

Una soltera, vecina de Getxo adquiere un bien por herencia y posteriormente se casa en Leioa con un vecino de Bilbao, fijando su domicilio en Getxo.

Ahora la mujer, manifestando hallarse casada en gananciales, pretende vender la finca compareciendo ella sola ante un Notario de Getxo. Como quiera que conforme al art. 9 CC parece que pudiera estar casada en comunicación foral, se plantea si se debe acreditar el régimen de gananciales.

Para resolver el presente caso es preciso tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 14 y 94 del Fuero civil¹⁰. El primero autoriza a los vizcaínos a hacer constar en el título su vecindad y régimen

¹⁰ Art. 14. Fuero civil. [Declaración de vecindad civil y régimen económico matrimonial en instrumento público]

En los instrumentos públicos que otorguen los vizcaínos se hará constar su vecindad civil, su carácter de aforado o no, y, en su caso, el régimen de bienes por el que se rige su matrimonio, según resulte de sus manifestaciones.

A falta de manifestación, se entenderá, salvo prueba en contrario, que la vecindad civil del otorgante es la que corresponde al lugar de su nacimiento, y el régimen de bienes del matrimonio el legal en el lugar del último domicilio común de los cónyuges, y, a falta del mismo, el del lugar de celebración del matrimonio.

Art. 94 Fuero civil: A falta de pacto, se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y, a falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio.

económico de su matrimonio por medio de sus manifestaciones, mientras que el segundo determina el régimen matrimonial que debe ser tenido en cuenta, según los casos.

En principio, la cuestión, de acuerdo con el principio de libertad civil, ha sido residenciada por el propio fuero en el ámbito de la libertad de los interesados y no en el de las reglas que disciplinan la atribución de la vecindad o la determinación del régimen económico matrimonial aplicable, por lo que huelga recurrir al art. 94 y habrá de estarse a las manifestaciones de la interesada.

Pero atendiendo a ellas y habiendo manifestado ser de vecindad civil vizcaína aforada, se debe tener presente que varias resoluciones de junio de 2000 señalaron que si no se manifiesta nada –sobre el régimen económico matrimonial– y la escritura se otorga en territorio común el régimen económico matrimonial será el supletorio legal.

En este caso, siendo el régimen supletorio legal de la Tierra Llana el de comunicación foral, no bastará la mera manifestación para entender que rige el de gananciales, por lo que no bastará la manifestación de la única compareciente, sino que se deberá acreditar el régimen económico matrimonial vigente para el caso.

En definitiva, la compareciente deberá acreditar la vigencia del régimen económico matrimonial como resultante de la Ley, en este caso el art. 94 del Fuero civil, o bien de pacto, lo cual, a su vez, exigirá la presentación de la formalización del mismo en el Registro.

3.6. Documento judicial: firmeza de la sentencia

En un testimonio de sentencia no se acredita la firmeza. El secretario dice que resulta de la propia expedición del testimonio, ya que si no fuese firme, no lo habría expedido.

Tal y como señala la DGRN en resolución de 7 de marzo de 2001, tan sólo una vez han adquirido firmeza, pueden las resoluciones judiciales ser títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Este principio, que resulta de lo dispuesto en los artícu-

los 3 y 82 de la Ley Hipotecaria, al igual que en el 174 de su Reglamento, es claramente aplicable a las sentencias declarativas o constitutivas en cuanto ellas mismas constituyen el título material directamente inscribible, de suerte que en el testimonio de las mismas o en su caso el oportuno mandamiento, que será el título formal que se presente en el Registro para su inscripción, habrá de constar aquella circunstancia, sin que pueda apreciarla el Registrador por el mero transcurso de los plazos para recurrir.

Por tanto y, teniendo en cuenta que un Secretario podría expedir un testimonio de una sentencia que no fuera firme, si hay dudas sobre la firmeza o no de la sentencia, se deberá pedir que aporten la declaración de firmeza o un certificado del Secretario diciendo que es firme.

Como fundamentos jurídicos para una eventual nota negativa de defecto subsanable se proponen los siguientes: no quedar acreditada la firmeza de la Sentencia (arts. 207.2, 455, 517, 521, 524.4 LEC, 3 y 82 LH, 100 y 174 RH, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 1990, 17 de septiembre de 1992 y 7 de marzo de 2001; y art. 245 LOPJ).

Hasta el momento en que una decisión judicial 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, es por ello que será necesario acreditar la firmeza de la mencionada Sentencia, pues sólo a partir de la misma se puede entender agotada la contienda judicial sin que quepa una eventual revisión ulterior, y sólo a partir de ese momento podrá el favorecido por dicha Sentencia hacer valer todas sus consecuencias y tratar de fundamentar en ella su pretensión de acceso al Registro.

3.7. Ley del suelo y urbanismo de Euskadi: segregaciones

Alfonso de Renteria disertó sobre este tema, comenzando por señalar que el art. 38.2 LSUE, al abordar intervención administrativa de los actos de parcelación dispone que todo acto que

suponga o tenga por consecuencia, directa o indirecta, la división simultánea o sucesiva, en cualquier clase de suelo, de solares, parcelas, fincas o terrenos en dos o más lotes o fincas nuevas o independientes, está sujeto a intervención municipal.

Por su parte, el art. 38.2 LSUE distingue dentro de la división de parcelas sometida a intervención, entre las parcelaciones urbanísticas y no urbanísticas, las cuales, no obstante, quedan sujetas a licencia de segregación.

Conforme al art. 39.1 LSUE, es parcelación urbanística a todos los efectos legales el fraccionamiento de terrenos cuyos lotes o fincas resultantes estén situados total o parcialmente en: a) Suelo urbano y suelo urbanizable. b) Suelo no urbanizable, cuando cualquiera de los lotes, unidades o fincas nuevas o independientes tenga una superficie menor que la prescrita por la legislación agraria con el carácter de unidad mínima, o cuando disponga o esté previsto que disponga de infraestructuras o servicios colectivos necesarios para las actividades y usos a que se refiere el artículo 28, o pueda suponer en cualquier caso su urbanización.

Por su parte, las resoluciones de la DGRN de 13 de mayo de 1994, 5 y de 17 de enero, de 16 de junio y de 12 de julio de 1995, de 22 de marzo y de 23 de junio de 2004, de 22 de abril, de 24 de mayo y de 15 de junio de 2005, habían confirmado que la licencia de parcelación era también exigible en suelo rústico o no urbanizable, cuando la correspondiente legislación material, estatal o autonómica, así lo previera.

Continúan los números dos y tres del citado precepto señalando que las licencias de parcelación se entienden otorgadas legalmente bajo la condición de la presentación en el ayuntamiento del documento público en que se haya formalizado el acto correspondiente, el cual deberá incorporar la licencia que lo autorice o testimoniarla íntegramente, así como expresar, cuando proceda, el carácter indivisible de todos o alguno de los solares, los lotes, las parcelas o las fincas resultantes. La presentación se efectuará dentro de los tres meses siguientes al otorgamiento de la licencia, y este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez y causa justificada. El

mero transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior y, en su caso, de la prórroga, determinará la caducidad de la licencia y será como tal declarada previa audiencia de las personas interesadas.

Respecto de las parcelaciones no urbanísticas, dispone el art. 38.2 LSUE que cuando el acto de división de parcelas sometido a intervención municipal no tenga la condición de parcelación urbanística, el Ayuntamiento emitirá la correspondiente licencia de segregación.

Además, conforme a lo establecido por el artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, declarado constitucional por la STC de 20 de marzo de 1997 y vigente según la Ley 6/1998, de 13 de abril (cfr. Disposición Derogatoria única de la citada ley), los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia –de parcelación o de segregación- o la declaración de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento. Reitera el mismo principio, con alguna precisión técnica, el art. 78 AURH.

En materia de fraccionamiento del suelo y sin perjuicio de todo lo expuesto anteriormente, habremos de tener en cuenta la legislación agraria, a saber, los arts 23 a 28 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias en combinación con los arts. 79 y 80 AURH.

En definitiva, conforme a la resolución de 8 de mayo de 1999, como regla general, la división o segregación de una finca rústica por debajo de la unidad mínima de cultivo no será inscribible en el Registro de la Propiedad.

A su vez, la resolución de 2 de noviembre de 2004, en un supuesto en el que constaba previamente una nota marginal, prevista en la legislación urbanística de Castilla-La Mancha, recordando la indivisibilidad de la finca, señala que la invalidez del acto de división o segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo impide su inscripción en el Registro de la Propiedad, incluso en el supuesto de que exista licencia del Ayuntamiento.

En conclusión, primero, para la inscripción de todo documento de división o segregación de terrenos, rústicos, urbanos, urbanizables o no urbanizables, el Registrador habrá de exigir la correspondiente licencia municipal de parcelación o de segregación, según se trate de una parcelación urbanística o de una división o segregación ordinarias, conforme a los criterios antes expuestos, o la declaración administrativa de su innecesariedad.

Segundo, cuando se trate de una parcelación urbanística autorizada por el Ayuntamiento a partir del 20 de septiembre de 2006, deberá también exigir el Registrador que se acompañe certificado municipal que acredite la presentación de la escritura pública que formalice la parcelación en el Ayuntamiento competente en el plazo de tres meses a contar desde la concesión de la licencia –plazo prorrogable por una vez y con justa causa.

Sin embargo, esta cuestión suscita dudas. Por una parte, puede considerarse que la nueva ley configura el hecho de la presentación ante el Ayuntamiento del título que contenga la parcelación, que no segregación, como “conditio iuris” de la eficacia de la licencia de parcelación.

Ello pudiera responder a una doble finalidad, de un lado, a la de controlar la legalidad de la parcelación efectuada, de otro, a impedir que anteriores licencias de parcelación puedan legitimar “a posteriori” parcelaciones no acordes con el nuevo planeamiento municipal.

Según esto se considera que el registrador deberá pedir esa presentación en el Ayuntamiento antes de la inscripción. Sin embargo, desde otro punto de vista se considera, que del propio régimen no se ha querido negar eficacia a la licencia cuyo documento público de formalización no se haya presentado en el ayuntamiento, ya que sólo se declarará la caducidad tras el paso de tres meses sin dicha presentación y previa audiencia de los interesados.

Por ello, parece más bien, que la licencia será inscribible sin perjuicio de su declaración de caducidad en los términos previstos

en la Ley. Esa posibilidad de caducidad no es preciso que se haga constar en la inscripción dada la superior publicidad de la Ley.

Tercero, en fincas rústicas, no puede practicarse la inscripción de la división o segregación por debajo de la unidad mínima de cultivo, salvo en los supuestos excepcionales previstos en la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, excepciones que habrán de justificarse al Registrador.

Finalmente, se hace un breve examen del régimen, establecido por el art. 31 LSUE, del otorgamiento de licencias y documentación de actos de construcción y edificación de nueva planta de vivienda vinculada a explotación económica hortícola o ganadera.

En ese caso, la construcción sólo es admisible cuando se halle destinada a vivienda habitual del titular de la explotación. Para su inscripción será necesaria la presentación de la licencia, sin que baste la mera manifestación al registrador de dicho titular.

Por otro lado, la vivienda habrá de mantenerse vinculada a la explotación por plazo mínimo de 25 años, lo que se hará constar en el Registro mediante la inscripción de una vinculación “ob rem” de las diversas fincas, bien en una inscripción especial bien en la de agrupación de las fincas vinculadas.

Carlos Ballugera Gómez
Javier Regúlez Luzardo

CONCLUSIONES DEL XVI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL*

1. CONCLUSIONES DEL TEMA 1. SEGURIDAD JURÍDICA Y MERCADO SECUNDARIO

Un sistema de derechos reales inmobiliarios seguro y eficaz contribuye al éxito de los procesos de titulación de hipotecas.

1) Se hace preciso que el mercado secundario no descansa únicamente en el autocontrol de las entidades privadas intervinientes. Sólo una regulación precisa de sus derechos permitirá a los inversores mantener una alta confianza en el mercado de titulación hipotecaria.

2) Se considera como elemento estructural necesario para la seguridad y transparencia de los mercados, que el Registro, como garante de la seguridad jurídica inmobiliaria y del valor económico que le es característico, actúe con independencia en materia de calificación. En consecuencia, su labor debe estar basada en un modelo que haga efectiva su función de autoridad pública.

3) Por ello, cuando se proceda a la emisión de una titulación hipotecaria –empleando este término en su sentido amplio–, se debería hacer constar en el Registro mercantil, comercial o bursátil en la forma que establezca la legislación de cada país.

* Celebrado en Valencia, del 20 al 22 de mayo de 2008. Más información en la página web: <http://www.cinder2008.com>

Se recomienda el establecimiento de mecanismos que permitan el acceso a la información de las garantías hipotecarias vinculadas a las emisiones de títulos en el mercado secundario.

4) Un mercado hipotecario eficaz no puede soportar cargas ocultas que menoscaben la extensión o la eficacia de los derechos inscritos. Ello supondría, en primer lugar, la conveniencia de admitir como hipotecas de cobertura sólo las de primer rango. Además, sería muy recomendable, en la medida de lo posible, la revisión de aquellas legislaciones que todavía mantienen como residuo histórico de clandestinidad inmobiliaria las hipotecas legales tácitas, suprimiéndolas y universalizando los principios hipotecarios de publicidad y especialidad, en coordinación con las recomendaciones aprobadas en el Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en París en 1.994.

5) Para el mejor funcionamiento del mercado secundario de hipotecas resulta muy conveniente que las hipotecas del mercado primario que le sirven de base, consten inscritas en un Registro público con efectos suficientes para la garantía de los derechos reales.

6) Los bienes hipotecados deben tener un valor suficiente para servir de garantía a la obligación asegurada. Igualmente debe evitarse su sobrevaluación. Por tanto la valoración del bien hipotecado debe ser obtenida mediante tasación objetiva del bien gravado, cuyo resultado debiera constar en la constitución de la hipoteca primaria.

7) Los procedimientos de ejecución deben ser rápidos. Recuperado el valor del crédito garantizado, el bien inmueble puede afectarse con carácter inmediato a otros créditos de cobertura que permitan el mantenimiento del mercado secundario.

8) El inversor debe poseer una buena información a la hora de conocer la calidad de los títulos que adquiere y, especialmente, cuales son sus derechos en caso de insolvencia de cualquier tipo que pudiera afectar al emisor. A tal efecto, sería conveniente regular los derechos de los tenedores de los títulos con el fin de evitar los riesgos de inseguridad que pudieran surgir como consecuencia de las citadas situaciones de insolvencia.

9) Las propuestas anteriores se encuentran en línea con las medidas que Gobiernos, Bancos Centrales y Analistas precognizan como necesarias para afrontar la crisis sub-prime y futuras crisis emergentes. Se pueden resumir dicha medidas en cinco conceptos complementarios entre sí: control, transparencia, independencia del regulador y del calificador, mayor y mejor regulación, con homogeneización de las legislaciones nacionales.

2. CONCLUSIONES DEL TEMA 2. EL CONTROL DE LEGALIDAD EN LA ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES: LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

2.1. Concepto

La calificación por el Registrador de la Propiedad, Mercantil, de Bienes Muebles y demás jurídicos, de los actos o contratos (tanto en sus aspectos formales como sustantivos), presentados para inscripción en el Registro de la Propiedad, consiste en enjuiciar si tales títulos reúnen o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que sólo tengan acceso, y por tanto reciban la protección del sistema inmobiliario registral, los títulos válidos y perfectos.

En un sistema en el que los asientos registrales se presumen exactos, o concordantes con la realidad jurídica, y en el que la inscripción dota de efectos frente a terceros de aquello que publica el Registro, resulta imprescindible la realización de un juicio por parte de un jurista, independiente de las partes que han otorgado el documento y de quienes lo han autorizado, en quien el Estado delega esa competencia, que examine la corrección técnica de los títulos que pretenden acceder al Registro.

Mediante la calificación, los títulos defectuosos son rechazados del Registro, bien de manera definitiva, bien con carácter provisional o suspensivo; y si se juzgan válidos, el registrador va a proceder a la inscripción de su contenido que tenga trascendencia real.

La calificación de la validez de los títulos inscribibles es la función principal del registrador y es una función técnico-jurídica intelectual e imparcial.

2.2. Caracteres

La calificación registral de los sistemas avanzados reúnen los siguientes caracteres:

1) Exclusividad. La función calificadora la atribuye el Estado al Registrador en exclusiva, con carácter personalísimos y de forma indelegable, sin perjuicio de las demás funciones de otros operadores jurídicos en la seguridad jurídica preventiva.

2) Obligatoriedad. El Registrador está obligado a decidir de forma inexcusable. Rige respecto de él, al igual que en el ámbito judicial, el aforismo “iura novit curia” y no puede consultar sus dudas a la Administración Pública, ya que en materia de calificación no está jerarquizado. Sólo por vía de recursos la autoridad administrativa o judicial puede revocar su decisión.

3) Motivación. Si la decisión del Registrador es denegatoria o suspensiva de la inscripción, ha de motivar su decisión, y ha de indicar los defectos que ha apreciado en el título, así como los posibles mecanismos de subsanación. Si es favorable a la inscripción, la motivación viene recogida en todo el contenido del asiento registral previo al acta de inscripción.

4) Globalidad. La calificación del Registrador ha de ser «global y unitaria» en beneficio de la seguridad jurídica y de la agilidad en la contratación. Es decir, que la inscripción del título presentado ha de ser admitida o rechazada en bloque, sin que quepan sucesivas y ulteriores calificaciones parciales.

5) Libertad e independencia. El Registrador es un profesional oficial, funcionario o delegatario independiente, únicamente subordinado a otros órganos o autoridades en vía administrativa o jurisdiccional a través de la presentación de los recursos oportunos.

Ahora bien, independencia no significa arbitrariedad, de manera que sería procedente la exigencia de responsabilidad (civil o disciplinaria) en los supuestos de calificaciones insólitas, esto es, apartándose en absoluto del ordenamiento jurídico.

6) Responsabilidad. La responsabilidad es una consecuencia de la libertad y la independencia que el Registrador tiene para llevar a cabo su función calificadora.

2.3. Fundamento de la calificación

1) El principal fundamento de la calificación no es otro que el de servir de soporte al entramado de presunciones y efectos que atribuye la inscripción en el Registro de la Propiedad en los sistemas registrales eficientes, como son entre otros los siguientes: se presume la posesión y exactitud del derecho inscrito; se facilita la prescripción “secundum tabulas”, esto es, a favor del titular registral para el hipotético caso de que hubiera accedido al Registro un título viciado; se dificulta la usucapión en contra de titular inscrito; se protege al adquirente de buena fe y a título oneroso que confía en el Registro; no se pueden oponer cargas o titularidades no inscritas frente al que inscribe; y las únicas cargas oponibles a terceros son las contenidas en la certificación registral.

No se puede atribuir a una institución tan fuertes efectos, sin adoptar las medidas necesarias para que el sistema no quiebre: debe procurarse que los pronunciamientos registrales en que se basan tales efectos estén sólidamente fundados.

2) Pero existe otro pilar justificativo de la calificación, que es la de servir de base a procedimientos sumarios para la defensa del derecho del titular registral, Estas acciones son principalmente la acción que la inscripción en el Registro de la Propiedad atribuye al titular (acción expedita y rápida) para la defensa de su derecho; así como la acción para la ejecución de la hipoteca con causas de oposición por parte del deudor muy limitadas.

3) Pero la justificación económica de la calificación registral independiente de las partes intervinientes en el negocio o

acto que pretende su acceso al Registro –independiente incluso de la propia Administración Pública–, es la de permitir el funcionamiento libre de mercado, que no existiría si se encomendara la determinación de las reglas jurídicas sobre fijación de rango, delimitación de derechos reales, cancelación de cargas –esenciales para el desarrollo del tráfico de bienes– a una persona vinculada a alguna de las partes intervinientes, como pudiera ser la propia Administración que en tal mercado actúa también como sujeto de Derecho privado.

4) También constituye base y justificación de la calificación registral, los principios constitucionales de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica, que obligan a la propia Administración al sometimiento a la legalidad y a la adopción de instrumentos que garanticen ese superior valor que es la seguridad jurídica, entre los que se encuentran los que integran la seguridad jurídica preventiva.

Los sistemas registrales más eficientes en la consecución de este fin son aquellos que no se limitan a hacer descansar sólo en el sistema judicial la solución de los conflictos, sino que lo previenen, adoptan instituciones de control preventivo que impidan la aparición de litigios.

5) La agilidad y seguridad del tráfico es finalmente otra de las razones justificativas de la calificación registral. Aunque pudiera parecer lo contrario –que la calificación ralentizar la agilidad en las transacciones o que es un obstáculo en el mercado– es todo lo contrario, porque a través de ella, una vez inscritos los títulos, se crea una situación jurídica protegida que reduce drásticamente los costes de transacción de las futuras transacciones inmobiliarias y comerciales. Evidentemente que el sistema debe ser equilibrado, donde se potencie una calificación responsable, pero también donde se rechacen y sancionen las calificaciones insólitas, arbitrarias o no justificadas; y donde se busquen fórmulas positivas –no meramente negativas o de rechazo– en las que el registrador realice un papel asesor en la subsanación de los defectos de los títulos.

2.4. Extensión de la calificación

La extensión de la calificación es distinta según se trate de documentos judiciales o notariales. En los primeros la calificación registral no puede extenderse al fundamento o razón de ser de la sentencia. Corresponderá a las partes procesales recurrir el sentido del fallo de la sentencia judicial. Fuera de ello, el Registrador deberá calificar la competencia del juez (territorial, funcional y objetiva), los aspectos formales del documento, los trámites esenciales del procedimiento en cuanto afecten al debido emplazamiento de titulares de derechos inscritos, la existencia de obstáculos en el Registro –en particular la falta de tracto sucesivo– y la falta de congruencia entre la sentencia y el procedimiento seguido.

En el ámbito de los documentos administrativos y de las escrituras públicas notariales (al igual que en el ámbito en que los jueces actúen sin imperium en ejercicio de funciones de jurisdicción voluntaria) la calificación es mucho más amplia, se extiende tanto a los aspectos formales o procedimentales, como a los sustantivos. Debe calificarse la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, la concurrencia de los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para practicar los asientos, la capacidad de los otorgantes, la legitimación para disponer, y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. Esta calificación se hará por lo que resulte de ellas (las escrituras públicas) y de los asientos del Registro.

El Registrador ha de determinar si el negocio está afectado por alguna circunstancia que impida su plena eficacia. Sólo en un sistema jurídico donde la función de calificación del Registrador se extienda al contenido o validez del negocio jurídico (y no sólo a los aspectos formales), podrá considerarse que el sistema de seguridad jurídica preventiva es eficaz, pues sólo sobre un ámbito amplio de facultades calificadoras puede hacerse descansar los efectos de fe pública registral e inoponibilidad de lo no inscrito propio de los sistemas registrales avanzados.

La calificación de la validez de los actos dispositivos de las escrituras públicas, supone que el registrador examinará si el título

es plenamente válido y eficaz, rechazando no sólo los títulos nulos de pleno derecho o determinantes de la inexistencia de un negocio jurídico, sino también, según los sistemas, los meramente anulables. Evidentemente, la calificación que el Registrador haga no impide el procedimiento que se pueda seguir ante los Tribunales acerca de la validez o nulidad del título, ni prejuzga su resultado.

El Registrador realizará también un control de que en la contratación no existan cláusulas abusivas. La decisión última sobre la adecuación al Ordenamiento Jurídico de los contratos en general, corresponde en última instancia al juez. Pero no cabe duda, que también puede existir un control preventivo a través de la calificación registral, está obligado a rechazar –calificación denegatoria– todas aquéllas cláusulas que sean nulas por abusivas.

Tratándose de condiciones generales, deberán denegar por abusivas aquéllas cláusulas respecto de las que exista un pronunciamiento legal o jurisprudencial explícito que las declare abusivas.

2.5. Garantías de la independencia del registrador

Dada la importante función que está llamado a desempeñar el Registrador, en la determinación de la eficacia de la propiedad y demás derechos reales, deben adoptarse medidas que garanticen su independencia:

a) Frente a apremios de autoridades administrativas o judiciales, mediante la introducción de alguna norma de rango legal que regule el procedimiento y la superior instancia al que el registrador pueda acudir frente a apremios injustificados administrativos o judiciales.

b) Frente a la falta de parcialidad, mediante la regulación de los supuestos en el que el registrador debe abstenerse por tener relación con las partes intervinientes en el acto o contrato o con el funcionario autorizante del título.

c) Frente a la actuación desleal, introduciendo normas sobre incompatibilidades de la función del registrador, como titular de la

calificación, con otros cometidos o actuaciones propias de otros operadores jurídicos o profesiones (notarios, jueces, funcionarios administrativos, abogados).

d) Deben existir reglas de determinación de la jurisdicción del registrador que excluyan la posibilidad de libre elección de aquél.

e) Finalmente la independencia de registradores debe garantizarse evitando la remoción discrecional en el cargo de registrador, que debe tender a la estabilidad y permanencia, de manera que sólo por sanción por incumplimiento de funciones (declarada en procedimiento con las garantías procesales) pueda ser apartado de sus funciones.