

Cuadernos del Seminario

Carlos Hernández Crespo

Nº 36

Enero-marzo 2018

Segunda etapa

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

■ PRESENTACIÓN

■ PONENCIAS Y TRABAJOS

- El archivo del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad. Doctrina DGRN y Legislación de la Comunidad de Madrid, por LUIS DELGADO JUEGA.
- Sentencia Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre de 2017. Incidencia práctica para el Registro de la Propiedad, por LUIS DELGADO JUEGA.
- LOS REGÍMENES MATRIMONIALES EXTRANJEROS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, por ENRIQUE AMÉRIGO ALONSO.
- LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS OPERACIONES PARTICIONALES FORMALIZADAS POR CONTADOR PARTIDOR. PRINCIPALES CONSIDERACIONES PRÁCTICAS, por ENRIQUE AMÉRIGO ALONSO.
- ESQUEMA DEL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO, POR GABRIEL ALONSO LANDETA.

■ CASOS PRÁCTICOS

- RESOLUCIONES JUDICIALES CON TRASCENDENCIA REGISTRAL



**CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES.
DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID.
Colegio de Registradores de la Propiedad,
Mercantiles y de Bienes Muebles de España.**

Presidente de honor

Ángel Valero Fernández-Reyes

Registrador de la Propiedad de Madrid Nº 22

Coordinador

Ernesto Calmarza Cuencas

Registrador de la Propiedad de Meco

Director del Seminario

Luis Delgado Juega

Registrador de la Propiedad de Las Rozas Nº 2

Director de publicaciones

Enrique Amérigo Alonso

Registrador de la Propiedad de Torrelozón

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores.

PRESENTACION

Con este número TREINTA Y SEIS de la segunda etapa que hoy comienza, retomamos la publicación en formato digital de nuestros queridos "Cuadernos del Seminario".

Allá en el año 2004 cuando se inició su publicación, se recordaba en el número UNO a la gaceta "Madrid Registral" y a sus responsables, como directa antecesora del nuevo proyecto. Ahora nos toca a nosotros tomar el relevo y continuar el trabajo, con la misma ilusión y compromiso de quienes tuvieron la iniciativa.

Ojeando los números ya publicados para preparar esta presentación, me he dado cuenta de la cantidad de compañeros, algunos aún presentes en el Decanato, otros ausentes o ya partidos, que de una u otra forma participaron en su elaboración, y ello me llena de orgullo y agradecimiento a todos. Permitidme sin embargo, que destaque de entre todos a dos de ellos; María Josefa Pérez Martín, por su iniciativa como Decana y Ángel Valero Fernández Reyes por su infatigable dedicación a su edición durante los 35 números hasta ahora publicados. A los dos nuestro público homenaje y agradecimiento.

Las personas cambiamos pero los buenos proyectos deben mantenerse. Conscientes de la utilidad de estos Cuadernos y de su divulgación más allá de sus destinatarios naturales, con este primer número cumplimos nuestra promesa de campaña de retomar su edición trimestral en formato digital, con la misma línea editorial, la misma filosofía y el mismo contenido que tuvieron en su origen.

El Comité de dirección estaba ya prediseñado en la Candidatura al Decanato que tuve el honor de presidir. Formarán el Comité de redacción en la parte ejecutiva, Ernesto Calmarza como Coordinador, Luis Delgado como director del Seminario y Enrique Amérigo como director de Publicaciones. Aprovecho esta Presentación para hacer público el nombramiento, por acuerdo de Junta autonómica extraordinaria, de nuestro compañero Ángel Valero Fernández Reyes como Presidente de Honor del comité de redacción, en reconocimiento a su trabajo y del que esperamos nos acompañe y asesore en su gran experiencia. A los cuatro muchas gracias por la aceptación de este nuevo reto y mucho éxito en su gestión.

Como punto de partida, permitidme que copie literalmente parte de la presentación incluida en su número UNO: *"los Cuadernos serán lo que todos queramos que sean y deberían tratarse, por tanto, de una labor colectiva..."*.

Contamos con vuestro apoyo, vuestras colaboraciones y aportaciones para enriquecer el contenido de este nuevo proyecto de divulgación y encuentro jurídico.

Madrid a 2 de abril de 2018

Belén Merino Espinar
Decana Autonómica de Madrid

“El archivo del Libro del Edificio en el Registro de la Propiedad. Doctrina DGRN y Legislación de la Comunidad de Madrid”

LUIS DELGADO JUEGA. Registrador de la Propiedad de Las Rozas número 2.

Seminario del 10 de enero de 2018

EL ARTÍCULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA

El artículo 202 de la Ley Hipotecaria, tras su nueva redacción por la Ley 13/2015, de 24 de junio, exige para la inscripción de obra nueva, salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, la aportación para su archivo registral del libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro.

Para interpretar el precepto vamos a examinar las legislaciones de la Comunidad de Madrid y del Estado y la doctrina de la Dirección General, tanto previa como posterior a la entrada en vigor de la Ley.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La Ley 2/1999 de 17 de marzo de Calidad de la Edificación de la Comunidad de Madrid se refiere al Libro del Edificio en sus artículos 13 y 14. El decreto 349/1999 de 30 regula los aspectos básicos de ordenación y composición del contenido.

El objetivo de la Ley es claro como resulta de su preámbulo: *"Con la Ley se pretende garantizar, especialmente, que cuando llegue el momento de comercializar o explotar el edificio, quien pueda estar interesado en la adquisición o uso de una vivienda, planta, local o cualquier otra superficie aprovechable, pueda tener un cabal conocimiento, mediante información veraz, de la calidad que se le ofrece y cómo garantizarse que le sea proporcionada (...)* **A este objetivo responde el Libro del Edificio, como uno de los mecanismos de la Ley que merece resaltarse.** Este Libro del Edificio contiene también, de forma detallada y concreta, la obligación pormenorizada de conservar, de manera que el usuario conocerá, desde un inicio, el deber de conservar que asume con su comportamiento adquisitivo"

Entró en vigor a los cinco meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid que fue el día 29 de marzo de 1999.

Se invoca la competencia exclusiva de la Comunidad de Madrid con arreglo al artículo 26.1.4 del Estatuto de Autonomía, en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Igualmente, y en el marco de la legislación básica del Estado en materia de protección y

defensa de los consumidores y usuarios, se invoca la competencia de la Comunidad de Madrid de desarrollo legislativo y ejecución, en el ámbito del control de calidad de la construcción, y, por tanto, en el de la edificación y de la vivienda.

La Ley se aplica a toda clase de edificios. El artículo 1.3 considera edificio *“todo bien inmueble que haya sido construido, reformado o rehabilitado para ser destinado a vivienda o cualquier otro uso permitido por las normas urbanísticas. Asimismo, se aplica a las construcciones que puedan tener esos mismos fines, aunque no se incorporen al suelo de manera permanente y puedan ser trasladadas de un lugar a otro sin menoscabo de sus elementos estructurales y funcionales”*

El artículo 13 regula el conjunto de documentos que forman el Libro:

a) Traslado de las anotaciones que se hagan en el Libro de Órdenes, Asistencias e Incidencias, que sean significativas para el conocimiento, descripción, conservación, así como mantenimiento de lo realmente ejecutado.

b) Los planos y documentos indicados en el artículo anterior.

e) Las normas e instrucciones sobre uso, conservación y mantenimiento que contenga el proyecto, completadas, en su caso, con las que la dirección facultativa considere necesarias, y con las que hubieren establecido los proveedores o suministradores de materiales o instalaciones específicas.

d) Las calidades de los materiales utilizados, así como las garantías que emitan los constructores y sus proveedores o suministradores sobre la calidad de sus actividades y materiales.

e) Las normas de actuación en caso de siniestro o en situaciones de emergencia que puedan producirse durante la vida del edificio.

El artículo 14 se refiere a la conservación, depósito y actualización del Libro.

Depósito: el Libro del Edificio debe depositarse en el Ayuntamiento del término municipal donde estuviese ubicado el edificio.

Conservación: Al término de la obra el director facultativo entregará un ejemplar a propietario y éste lo tendrá siempre a disposición de los usuarios que tengan interés en consultarlo. En el caso de una Comunidad de propietarios, otro ejemplar se entregará al presidente como representante de la misma.

Actualización: Uno y otro ejemplar del libro se irán completando o actualizando con la documentación técnica que posteriormente se redacte para llevar a cabo obras de ampliación, reforma o rehabilitación de todo el edificio o alguna de sus plantas o de intervención en sus elementos comunes.

No se otorgarán licencias de primera ocupación o cualquier otro documento que con ese fin prescriban las normas vigentes, si no consta que el libro del edificio se ha depositado en el Ayuntamiento.

LEGISLACIÓN DEL ESTADO

Ley 38/99 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación

El artículo 7 se refiere al Libro del Edificio. Está ubicado en el Capítulo II relativo a exigencias técnicas y administrativas de la edificación:

"Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos.

A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.

Toda la documentación a que hace referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio"

La disposición final primera establece como fundamento constitucional de la competencia del Estado los artículos 149.1.6.a), 8.a) y 30.a) en relación con las materias civiles y mercantiles de los capítulos I y II y con las obligaciones de los agentes de la edificación y atribuciones derivadas del ejercicio de las profesiones establecidas en el capítulo III, sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales existentes en determinadas Comunidades Autónomas.

A su vez indica que lo dispuesto en esta Ley será de aplicación sin perjuicio de las competencias legislativas y de ejecución que tengan asumidas las Comunidades Autónomas en este ámbito.

Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo

El artículo 19 en su párrafo segundo incorporó, para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva terminada o acta de fin de obras, la siguiente exigencia: *"la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios"*

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo

El artículo 20 diferenciaba en sus apartados 1 y 4 el régimen jurídico de la inscripción de obra nueva. El apartado 1 se refiere a la inscripción en general exigiéndose *"la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios"*. Tratándose de inscripción de obras nuevas por antigüedad, el apartado 4 se omite este requisito.

Los actuales artículos 28.1 y 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre, siguen este criterio.

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL PREVIA Y POSTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL ARTÍCULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA, TRAS SU NUEVA REDACCIÓN

DOCTRINA PREVIA

Resolución Circular de 26 de julio de 2007

La Resolución-Circular DGRN de 26 de julio 2007 da respuesta a la consulta planteada por la Asociación de Promotores Constructores de España sobre los requisitos que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de Mayo, de Suelo, van a exigir notarios y registradores de la propiedad a la hora de autorizar e inscribir, respectivamente, las declaraciones de obra nueva, tanto en construcción, como -en especial- en las terminadas.

La Dirección General consideraba que la novedad más destacable de la Ley 8/2007, es que se exigía en la declaración de obras nuevas terminadas y en las actas de finalización de obras la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios. Lo que se extendía a la necesidad de la acreditación en edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo LOE) tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como del Libro Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. La Dirección exigía, a los efectos del párrafo tercero del artículo 7 de la LOE, que el promotor debía depositarse ante cualquier notario un ejemplar del libro del edificio, acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra, acreditativo de que éste es el libro correspondiente a la misma y que le ha sido entregado tal libro al promotor. Dicho depósito deberá ser objeto de la correspondiente acta de depósito (artículo 216 y ss. del Reglamento Notarial). Por otra parte, el notario debe hacer constar en la correspondiente escritura, la existencia del libro del edificio y su disponibilidad para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios del edificio, de conformidad con lo dispuesto en el indicado párrafo tercero del artículo 7 de la LOE.

Resoluciones de la Dirección General de 10,12,13,15,17,19 y 22 de diciembre de 2008, 8,9,14 de enero de 2009 y 16 de mayo de 2013

Con el depósito del Libro del edificio no se pretende tutelar el interés del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación y, precisamente por ello, carece de justificación imponer la exigencia de acreditación del libro del edificio cuando, por destinarse a uso propio del promotor, no se da el supuesto de hecho de la norma: la entrega de la edificación por el promotor a los usuarios finales de la misma.

El libro del edificio no debe exigirse en inscripción de obras nuevas por antigüedad. Sin embargo, a estas obras es exigible el seguro decenal si no han transcurrido 10 años desde la fecha de la recepción de la obra nueva o se trate de obras nuevas anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación. El artículo 20 de esta Ley no establece excepciones para el seguro decenal (cfr. Resoluciones de 3 de julio de 2012 y 13 de mayo de 2013)

DOCTRINA POSTERIOR

Resoluciones 8 de septiembre y 26 de octubre de 2016, 9, 17 y 18 de enero, 29 de mayo y 7 y 29 de junio de 2017

1.- Se supera la doctrina de las anteriores resoluciones. El libro del edificio es aplicable a toda clase de promotor y construcción. El legislador de la reforma, aprovechando la propia dinámica de la institución registral, ha impuesto como requisito de inscripción de la edificación el archivo registral del libro, facilitando, a su vez, su publicidad.

2.- La disposición adicional segunda de la resolución conjunta de la Dirección General de Registro y Catastro regula el formato informático del Libro del Edificio, estableciendo que, para facilitar la consulta, tratamiento, archivo y publicidad registral del libro del edificio, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, y su puesta a disposición del Catastro, el citado Libro del Edificio, con el contenido regulado en el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, deba presentarse en el Registro de la Propiedad en soporte informático, en formato PDF y autenticado por el promotor con su firma electrónica o por otro medio fehaciente.

3.- La función registral de archivo y publicidad de un contenido ajeno a la situación jurídico real del inmueble no puede ser desligada de un modo absoluto del ámbito material en el que se enmarca, la protección de los derechos de consumidores y usuarios, en este caso, usuarios de los inmuebles. La Dirección General recuerda el deber inexcusable que impone a notarios y registradores, el artículo 81 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

4.- Cuando se trate de edificaciones declaradas por antigüedad (supuestos del artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo) no es necesario el archivo. El artículo 28.4 no exige la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 28.1 (Resolución de 7 de junio de 2017)

5.- Cuando se pretenda la inscripción de la obra nueva con arreglo al artículo 28.1 será exigible el archivo a menos que por la antigüedad de la edificación no lo fuera (Resolución de 7 de junio de 2017)

6.- El hecho de que haya transcurrido el plazo de prescripción de acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística no excluye el archivo si la inscripción de la obra nueva pretende realizarse al amparo del artículo 28.1. Sólo en el supuesto en que el interesado solicite la inscripción con arreglo al artículo 28.4 se dispensará el archivo (Resolución de 29 de junio de 2017)

7.- Todo lo dicho es aplicable tanto a escrituras de declaración de obra nueva terminada como a actas de finalización de obra (Resolución de 29 de junio de 2017)

8.- Deben excluirse de la exigencia del archivo, con arreglo al artículo 2.2 a) de la Ley de Ordenación de la Edificación, aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. El requisito de "escasa entidad constructiva y sencillez técnica" exige ser acreditado con certificación de técnico (Resolución de 9 de enero de 2017).

Resoluciones de la Dirección General en relación a legislación autonómica

La Dirección General insiste en la diferencia entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción de competencia estatal y normas de carácter material o sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen propio deberá ser respetado también a efectos de inscripción. La Dirección indica que salvo que haya una norma autonómica que exima del depósito del Libro del Edificio debe exigirse. Del

examen de las resoluciones se deduce que la exención al depósito en el Registro sólo operará cuando la norma autonómica exima del Libro para algún tipo de edificación.

La legislación examinada por la Dirección General ha sido la de Asturias (Resolución de 8 de septiembre de 2016); Castilla y León (Resolución de 26 de octubre de 2016); Castilla la Mancha (Resolución de 17 de enero de 2017); Cataluña (Resolución de 29 de mayo de 2017); y Andalucía (Resolución de 7 y 29 de junio de 2017)

Sólo la legislación andaluza y catalana exigen el archivo en el Registro de la Propiedad del Libro del Edificio.

CONCLUSIONES

1.- En la Comunidad de Madrid se exige el Libro del Edificio para cualquier edificación y cualquiera que sea el promotor por lo que debe exigirse su archivo en el Registro de la Propiedad como regla general.

2.- Tratándose de edificaciones sujetas al régimen de propiedad horizontal, el Libro del Edificio tiene una doble finalidad: protección de los usuarios de la edificación e incorporación al folio de cada departamento independiente de su representación gráfica, requisito de naturaleza estrictamente registral.

3.- Cuando se trate de edificaciones declaradas por antigüedad (supuestos del artículo 28.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo) no es necesario el archivo. Sin embargo, si es necesario el seguro decenal salvo que hayan transcurrido más de diez años desde la recepción de la obra. El artículo 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación no establece excepción alguna para la exigencia del seguro decenal (la Resolución de 23 de octubre de 2017 confirma este criterio)

4.- Cuando se pretenda la inscripción de la obra nueva con arreglo al artículo 28.1 de la Ley del Suelo será exigible depósito a menos que por la antigüedad de la edificación no lo fuera. Tratándose de la Comunidad de Madrid se excluyen aquellas edificaciones cuyos proyectos se hayan visado antes del día 29 de agosto de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1999 de 17 de marzo.

5.- El hecho de que haya transcurrido el plazo de prescripción de acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística no excluye el archivo si la inscripción de la obra nueva pretende realizarse al amparo del artículo 28.1 del Texto Refundido de la Ley Suelo. Sólo en el supuesto en que el interesado solicite expresamente la inscripción con arreglo al artículo 28.4 se dispensará el archivo.

6.- Todo lo dicho es aplicable tanto a escrituras de declaración de obra nueva terminada como a actas de finalización de obra.

7.- Debe excluirse el archivo, con arreglo al artículo 2.2 a) de la Ley de Ordenación de la Edificación, para aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. Debe acreditarse el primer extremo por certificación de técnico.

Sentencia Tribunal Constitucional
143/2017, de 14 de diciembre de 2017.
Incidencia práctica para el Registro de la
Propiedad.

LUIS DELGADO JUEGA. Registrador de la Propiedad de Las Rozas número2.
 Febrero 2018

1.- INCONSTITUCIONALIDAD DE DETERMINADOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 11.4 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO RELATIVO AL SILENCIO NEGATIVO EN ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA

La sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre de 2017, declara inconstitucionales alguno de los apartados del artículo 9.8 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; declaración que extiende a algunos de los apartados del 11.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, relativos al silencio negativo en actos de naturaleza urbanísticas. Pasamos a diferenciar los distintos apartados de este último artículo y la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad que hace el Tribunal con los fundamentos básicos que se utilizan en la sentencia.

Art 11.4 a) Movimientos de tierras, explanaciones, **parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.**

i) Movimientos de tierra y explanaciones cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación. El silencio negativo es CONSTITUCIONAL

"La regulación del silencio negativo no será inconstitucional en el caso de los movimientos de tierra y explanaciones al amparo de la competencia básica del Estado en materia de medio ambiente, dada la necesidad de preservar los valores propios del medio rural"

ii) Parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación. Para esta clase de actos el silencio negativo es INCONSTITUCIONAL

"Por el contrario, la exigencia de silencio negativo en lo relativo a la división de fincas, cuya finalidad no es otra que comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas para su división, ya sea en suelo rural o urbanizado cuando no hay necesidad de equidistribución, vulnera las competencias autonómicas. Al carecer el Estado de título competencial, este inciso del apartado a) es inconstitucional"

Art 11.4 b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.

i) Obras de edificación, entendiéndose por tales las comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación. El silencio negativo es CONSTITUCIONAL

"En el caso de la edificación, la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, establece una serie de requisitos básicos de la edificación destinados a garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (art. 3), al amparo del artículo 149.1.16, 21, 23 y 25 CE (disposición final primera), los mismos títulos que amparan al Estado para determinar, como especialidad rationemateriae, el carácter negativo del silencio de la autorización que exige para este tipo de uso del suelo"

ii) Construcción e instalaciones de nueva planta. Las que están fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación: el silencio negativo es INCONSTITUCIONAL cuando se desarrollan en suelo urbano o urbanizable; CONSTITUCIONAL cuando se desarrollan en medio rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida.

"No cabe llegar, sin embargo, a la misma conclusión en lo que se refiere a otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación, excluidas, en consecuencia, de la Ley de ordenación de la edificación. En estos casos, cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente. En el caso del suelo rural, además de la verificación de legalidad, concurre la finalidad prevista en la legislación de preservar sus valores medioambientales. Es, por ello, que la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, con base en el título competencial del artículo 149.1.23 CE, en los supuestos de «construcción e implantación de instalaciones» contemplado en el apartado b) pero solamente cuando las actividades y usos urbanísticos cuya autorización se solicita se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo. Interpretación de conformidad que debe extenderse también al artículo 11.4 b) del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana"

Art 11.4 c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.

El silencio negativo es INCONSTITUCIONAL salvo las que se encuentre en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida.

"Por la misma razón, el apartado c) que se refiere a «la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes», con independencia de la situación del suelo, no será inconstitucional, con base en el título competencial del artículo 149.1.23 CE, solamente cuando la ubicación se lleve a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida"

Art. 11.4 d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público

i) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística. Para esta clase de actos el silencio negativo INCONSTITUCIONAL

"Por último, el apartado d) contempla también dos supuestos que exigen un pronunciamiento diferenciado. Por una parte, la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística, en la medida en que se realiza sobre suelos cuya finalidad es convertirse en ciudad, nos remite de nuevo a un control de legalidad y adecuación al instrumento de planeamiento que rige dicha operación transformadora, sin que ello deba suponer una preterición total de los valores ambientales. En consecuencia este inciso resulta inconstitucional, al carecer el Estado de título competencial para fijar el sentido del silencio administrativo. También lo es, por tanto, el mismo inciso del artículo 11.4 d) del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana"

ii) Tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que se derive de la legislación de protección del dominio público. CONSTITUCIONAL.

Para el Tribunal tiene su encaje en la competencia estatal de procedimiento administrativo común, ex artículo 149.1.18 CE.

Como consecuencia de todo ello, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, desaparece la regulación del silencio negativo en la legislación urbanística del Estado para divisiones y segregaciones de terrenos que no formen parte de un proyecto de reparcelación, para construcciones e instalaciones no sujetos a la Ley de Ordenación de la Edificación ubicados en terrenos urbanos o urbanizable y para casas prefabricadas sobre esta clase de terrenos esta clase actos. Se plantea, en consecuencia, el modo de proceder cuando se solicite la inscripción de los mismos con licencias obtenidas por silencio positivo. Para ello debe examinarse tanto la legislación de la Comunidad de Madrid, como la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado.

Antes de abordar la cuestión conviene tener en cuenta que el Tribunal ha declarado la plena constitucionalidad del apartado 3 del artículo 11 que indica: *"Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística"* Este precepto tiene sus antecedentes en el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 9.7 del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

2.- LEGISLACION DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID SOBRE SILENCIO POSITIVO.

Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid no se refiere al silencio negativo. Regula el silencio positivo en los artículos 63, relativo a aprobación de Planes, en el artículo 88, relativo a reparcelaciones, y en el artículo 154, relativo intervención de actos precisados de proyecto técnico de obras de edificación.

El artículo 154 cobra relevancia en la actualidad para construcción e instalaciones de nueva planta que no estén sujetos a la Ley de Ordenación de Edificación y que no se encuentren en suelo urbano o urbanizable, ya que para las sujetas a la Ley de Ordenación o las que se encuentren en suelo rural se mantiene el silencio negativo.

Por otra parte, el artículo 143, relativo a parcelaciones urbanísticas, no se refiere al silencio. Exige para autorizar o inscribir actos de parcelación licencia urbanística previa: *"No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se documente un acto de parcelación con independencia de su naturaleza, o del que resulte o derive ésta, sin la aportación de la preceptiva licencia urbanística, que los Notarios deberán testimoniar íntegramente en aquélla"*. La ausencia de regulación implica la aplicación del artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas relativo al silencio positivo en procedimientos iniciados a instancia de interesados.

3.- DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE EL SILENCIO POSITIVO EN MATERIA URBANÍSTICA

La doctrina de la Dirección General en materia de inscripción de actos para los que se ha obtenido licencias por silencio positivo cambia a partir de la resolución de 15 de septiembre de 2009. Se adecua a los pronunciamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera- de 28 de enero de 2009 por la que se concluye en la imposibilidad de entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística. Los argumentos utilizados por la resolución son los siguientes: *"No obstante, la doctrina reseñada debe adecuarse necesariamente a los pronunciamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera- de 28 de enero de 2009, la cual, resolviendo un recurso de casación en interés de ley, ha declarado, «...como doctrina legal, que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística...»*.

Según esta Sentencia, aunque conforme al citado artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la regla general es la del silencio positivo, la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (declarado vigente en la Disposición derogatoria única de la Ley 1/1998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición derogatoria única de la ley 8/2007) y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1.b), último párrafo, del texto refundido de la Ley de suelo de 2008. Por ello, considera el Alto Tribunal que ha de sustentarse la doctrina jurisprudencial anterior a la ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la citada ley 30/1992, entendiendo que, de este modo, se mantiene una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

Vinculando esta doctrina legal a todos los Jueces y Tribunales, no puede en modo alguno ser desconocida por este Centro Directivo ni tampoco por Notarios y Registradores, quienes, a la vista de la ordenación urbanística correspondiente y en el ámbito de sus respectivas funciones, deberán tenerla bien presente a la hora de examinar si el acto que se pretende

documentar públicamente, y en su caso inscribir, goza de la cobertura que proporciona la licencia que venga legalmente exigida, la cual, en los supuestos que indica el Tribunal Supremo, no puede en ningún caso entenderse concedida por silencio administrativo positivo"

Esta doctrina se reitera en las resoluciones de 27 de octubre de 2010, 14 y 31 de mayo de 2011 y 29 de junio de 2012.

Lo relevante de estas resoluciones es que se refieren a supuestos de hecho en los que todavía no era de aplicación el artículo Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio que establecía el silencio negativo con carácter general en materia urbanística, norma que luego pasa al artículo 9.8 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas y después al 11.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, declarados parcialmente inconstitucionales. En definitiva se trata de una doctrina que puede extrapolarse en la actualidad a los supuestos en los que no es aplicable el silencio negativo tras la sentencia del Constitucional.

El problema básico es cómo puede el registrador calificar que la licencia obtenida por silencio positivo es o no contraria al planeamiento urbanístico.

Uno de los medios es que el registrador haya recibido del Ayuntamiento respectivo comunicación de la ilegalidad del acto. Ninguna duda cabe que el registrador debe denegar la inscripción

Otro de los medios es la aplicación directa del Plan General respectivo. Este medio es sumamente complejo porque supone trasladar al registrador la aplicación de una norma que requiere de una serie de conocimientos técnicos de los que adolece.

La resoluciones de 14 y 31 de mayo de 2011 se refieren también artículo 79 del Real Decreto 1093/97.

La resolución de 31 de mayo de 2011 señala: "Queda por determinar cómo se acredita documentalmente ante el registrador que la licencia se ha obtenido por silencio administrativo positivo, cuando en la mayoría de los casos, el registrador carecerá, según la documentación aportada, de elementos de juicio suficientes para apreciar si el derecho que se pretende adquirido por silencio es o no contrario al planeamiento. En caso de existencia de duda fundada de que el acto de división o segregación pueda ser contrario al planeamiento, el artículo 79 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística autoriza al registrador a remitir copia del título presentado al Ayuntamiento a los efectos de que manifieste si existe o no parcelación urbanística ilegal en los términos previstos en dicho artículo"

A pesar de que el artículo 79 se refiere a suelo no urbanizable, el supuesto de hecho de la resolución de 31 de mayo no se refiere a esta clase de suelo y la resolución deja abierta la puerta a la aplicación de este artículo.

CONCLUSIONES

1.- La sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre de 2017, declara inconstitucionales alguno de los apartados del artículo 9.8 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; declaración que extiende a algunos de

los apartados del 11.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, relativos al silencio negativo en actos de naturaleza urbanísticas.

2.- Como consecuencia de la sentencia desaparece la regulación del silencio negativo en la legislación urbanística del Estado para divisiones y segregaciones de terrenos que no formen parte de un proyecto de reparcelación, para construcciones e instalaciones no sujetos a la Ley de Ordenación de la Edificación ubicados en terrenos urbanos o urbanizable, para casas prefabricadas sobre esta clase de terrenos y la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística

3.- La legislación urbanística de la Comunidad de Madrid no aborda el silencio negativo para esta clase de actos.

4.- Se aplica, en consecuencia, el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas relativo al silencio positivo en procedimientos iniciados a instancia de interesados.

5.- En esta situación puede traerse a colación la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de 15 de septiembre de 2009, 27 de octubre de 2010, 14 y 31 de mayo de 2011 y 29 de junio de 2012. Siguen el criterio de la *Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 28 de enero de 2009 que impide adquirir por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*

6.- Como posibles medios de calificación de la conformidad de la licencia obtenida por silencio positivo con la legalidad urbanística están:

- comunicaciones recibidas en el Registro remitidas por el Ayuntamiento de las que resulte la posible ilegalidad del acto.
- aplicación directa del Plan General respectivo. Este medio es sumamente complejo porque supone trasladar al registrador la aplicación de una norma que requiere de una serie de conocimientos técnicos de los que adolece.
- aplicar el artículo 79 del Real Decreto 1093/97 que aunque se refiere a suelo no urbanizable, la Dirección General apunta, aunque sin la claridad suficiente, en este sentido en resolución de 31 de mayo de 2011

LOS REGÍMENES MATRIMONIALES EXTRANJEROS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

ENRIQUE AMÉRIGO ALONSO. Registrador de la Propiedad de Torrelodones.

Seminario del 7 de febrero de 2018.

La presente ponencia tiene por objeto analizar los distintos problemas que plantean los regímenes económico-matrimoniales extranjeros en la inscripción de los negocios jurídicos en el Registro de la Propiedad, tanto en el momento inicial de la inscripción de la adquisición, como para los posteriores asientos que formalicen los actos de enajenación, tanto voluntarios como forzosos.

Con carácter previo resulta en todo caso obligado analizar las normas de Derecho Internacional Privado y de Derecho Interregional que determinan la legislación aplicable en los supuestos de conflicto de leyes, normas que, al formar parte de nuestro ordenamiento, son, a diferencia del derecho extranjero, de obligado conocimiento por notarios y registradores.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado deben distinguirse cuatro períodos temporales:

a) matrimonios contraídos con anterioridad a entrada en vigor de la Constitución Española, que se rigen por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración;

b) matrimonios contraídos tras la entrada en vigor de la Constitución Española hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Durante este período seguía formalmente en vigor la redacción del Código Civil que consideraba aplicable la ley personal de marido, si bien el Tribunal Constitucional, en sentencia de 14 febrero de 2002 declaró la inconstitucionalidad de tal redacción, advirtiendo que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 9 de julio de 2014 (cuya doctrina ha sido reiterada en otra posterior de 15 de marzo de 2017) ha admitido la inscripción de la liquidación de regímenes económico matrimoniales referidos a este momento temporal en que las partes manifiestan que su matrimonio se ha regido por la ley del marido, pues nada impide que la laguna legal quede voluntariamente integrada por la decisión de ambos esposos reconociendo, con carácter retroactivo al inicio de su matrimonio, la aplicación de tal ley.¹

c) matrimonios contraídos después de la vigencia de la Ley 15 de octubre de 1990, a los que se aplica la normativa contenida en el artículo 9.2, según el cual: Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

d) matrimonios que se celebren a partir del 29 de enero de 2019. Se regirán por el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Se regula al fin una materia de tanta importancia por el Derecho de la Unión, y que había sido previamente excluida en otros Reglamentos Comunitarios que afectaban al Derecho de Familia o al Derecho Sucesorio.²

Cabe destacar las siguientes ideas del régimen jurídico que establece el Reglamento:

- Es de aplicación universal, pues conforme al artículo 20 del Reglamento la ley que se determine aplicable en virtud del mismo se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.

- Sigue los principios de unidad e inmutabilidad que ya regían en el derecho español. Así, respecto al primerio, señala el artículo 21 del Reglamento que la ley aplicable al régimen

¹ Este criterio, como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional Privado del Colegio de Registradores (Informe 86, de 9 de octubre de 2014) puede parecer salomónico y acertado cuando se trata de dilucidar los efectos de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (inter partes) que están plenamente de acuerdo, pero la determinación de la ley aplicable por voluntad “retroactiva” de los cónyuges no se justifica muy bien en aquellos casos en que puedan estar en juego intereses de terceros.

² Así, el régimen económico matrimonial había sido excluido del ámbito de aplicación el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuyo considerando octavo señala: Por lo que se refiere a las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial, el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias. También excluyó expresamente de su ámbito de aplicación Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo todo lo relativo a los regímenes económicos matrimoniales (art. 2.d)

económico matrimonial se aplicará a todos los bienes incluidos en dicho régimen, con independencia de donde los bienes estén situados. El segundo principio aparece recogido en el considerando 46, el cual señala: Para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges, no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes. El cambio decidido por los cónyuges no debe surtir efectos retroactivos, salvo disposición contraria expresa por su parte. En todo caso, no podrá perjudicar los derechos de terceros.

- Se excluye el reenvío, a diferencia del régimen actual, que admite, conforme al artículo 12.3 del Código Civil el reenvío de primer grado. Así, señala el artículo 32, que la aplicación de la ley de un Estado determinada por el Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho internacional privado.

- Se atiende en la determinación de la ley aplicable al criterio de la residencia de los cónyuges antes que a la ley personal común, de un modo análogo al criterio seguido en el ámbito sucesorio por el Reglamento nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012. Así, el artículo 26 del Reglamento, establece en su primer apartado que en defecto de un acuerdo de elección, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado: a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

Respecto a los conflictos de leyes en el ámbito del Derecho Interregional habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, introducido en la reforma del Título Preliminar de 1974, que se remitía en su redacción original a las normas de Derecho Internacional Privado. La reforma de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo introdujo el tercer apartado de este precepto, según el cual "Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación."³

Se pretende así excluir la aplicación de una norma extranjera a los matrimonios entre españoles, y se establece el régimen de la sociedad de gananciales como norma "de cierre"

³ La redacción de este precepto fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por la Diputación General de Aragón, alegando la existencia de un principio de igualdad y reciprocidad entre las distintas vecindades españolas y entre los distintos Derechos civiles, todos ellos con vocación de aplicación plena, en las mismas condiciones, sin que exista prevalencia de ninguno de ellos. El recurso fue desestimado por sentencia de 8 de abril de 1993 por entender que corresponde a las Cortes Generales preservar la certeza en el tráfico privado interregional, mediante el recurso cuando así se estime preciso, a cláusulas <de cierre>.

para los matrimonios celebrados en el extranjero por españoles que residan fuera de España. Como excepción, se establece el régimen de separación de bienes si el matrimonio se ha celebrado entre cónyuges cuya ley personal fuese la del sistema de separación de bienes (es decir, matrimonios entre catalanes y baleares; también entre alguno de estos y valencianos si el enlace se celebró entre el 1 de julio de 2008 y 31 de mayo de 2016, período de vigencia de la Ley de 20 de marzo de 2007, de régimen económico matrimonial valenciano, anulada por la sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016, del Tribunal Constitucional)

Señalar finalmente que la redacción del artículo 16.3 del Código Civil no ha sido afectada por el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, como resulta de su artículo 35, según el cual los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente.

BREVE REFERENCIA A LOS CONFLICTOS DE LEYES EN EL DERECHO INTERREGIONAL.

En el supuesto de matrimonios entre españoles el régimen económico matrimonial, que deberá especificarse de afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal conforme al artículo 51. Noveno a) del Reglamento Hipotecario, vendrá determinado por la vecindad civil de los cónyuges, que resultará de las manifestaciones de los mismos, limitándose la calificación del registrador, de acuerdo con la doctrina de la Dirección General (así, resolución de 10 de marzo de 2014) a exigir la expresión de que el régimen matrimonial alegado es el legal supletorio. De ser un régimen convencional, deberá acreditarse, conforme al artículo 159 del Reglamento Notarial y el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil.

Este régimen jurídico, establecido por las normas reglamentarias del Notariado y del Registro Civil, es coherente con la normativa vigente en el momento de su redacción, en la que no se permitía el acceso al Registro Civil del régimen económico matrimonial supletorio (aun cuando la Dirección General, había considerado deseable la admisibilidad de su inscripción *lege ferenda*)⁴.

En cambio, parece poco coherente con el régimen jurídico que ha introducido tanto la nueva Ley del Registro Civil, que prevé la constancia en su artículo 60 del régimen económico matrimonial legal en la inscripción del matrimonio, como con el artículo 53 de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que regula la tramitación de un acta notarial que permite la constancia del régimen matrimonial legal en el Registro Civil. Resultaría en consecuencia conveniente, con la finalidad de fortalecer la seguridad jurídica e impedir declaraciones contrarias a hechos inscritos, una reforma reglamentaria que exigiese en todo caso la acreditación del régimen matrimonial en el caso de constar el mismo inscrito en el Registro Civil.

⁴ En este sentido, la resolución de 22 de noviembre de 2005

Respecto a los actos dispositivos posteriores, será necesario acreditar en su caso el cambio de régimen económico matrimonial si el declarado difiere del inscrito, y el cambio alegado incide en el régimen de disposición del bien (en este sentido, la resolución de 30 de noviembre de 2013, relativa a un supuesto en el constando inscrita una finca a favor de una persona con carácter privativo por haber sido adquirido conforme al régimen catalán supletorio de separación de bienes, la enajena afirmando estar divorciado y ser de vecindad civil aragonesa, pues de regir la legislación catalana debería indicar si forma parte de una unión de hecho y, en tal caso, indicar que la vivienda no es la de la pareja).

REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES EXTRANJEROS

En el estudio del régimen jurídico de los extranjeros debe distinguirse la inscripción de la adquisición de las fincas, y los posteriores actos de enajenación, y dentro de estos últimos, las voluntarias y las forzosas.

INSCRIPCIÓN DE ADQUISICIONES

A diferencia de lo previsto para las adquisiciones de españoles, en caso de ser los adquirentes extranjeros señala el artículo 92 del Reglamento Hipotecario: "Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare."⁵ En el estudio de la doctrina del Centro Directivo relativa a este precepto, distinguiremos si la adquisición es por extranjeros de la misma nacionalidad o de nacionalidad distinta, así como determinados supuestos que han sido objeto de una doctrina específica, como son las adquisiciones a título gratuito, las realizadas con la manifestación de ser el dinero empleado exclusivo del adquirente, el supuesto de que el registrador manifieste conocer el régimen extranjero y ser éste un régimen de separación de bienes, así como que el extranjero alegue un régimen convencional.

- Supuesto de tener los extranjeros adquirentes la misma nacionalidad.

En este supuesto considera la Dirección General suficiente la manifestación de que la adquisición se realiza conforme al régimen matrimonial de su nacionalidad. En este sentido, señala la resolución de 19 de octubre de 2002, cuya doctrina ha sido reiterada por otras muchas posteriores que "si bien el Registro, con carácter general, debe expresar el régimen jurídico de lo que se adquiere, y, en este sentido, la regla 9.a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario exige que se haga constar el régimen económico-matrimonial, la práctica y la doctrina de este Centro Directivo primero, y el Reglamento Hipotecario, desde la reforma de 1982, después, entendieron que lo más práctico, en el caso de cónyuges extranjeros, era no entender necesario expresar el régimen en la inscripción, difiriendo el problema para el momento de la enajenación posterior, pues dicha expresión de régimen podía obviarse si después la enajenación o el gravamen se hacía contando con el consentimiento de ambos

⁵ Este precepto en consecuencia se refiere al adquirente de régimen matrimonial extranjero, que no ha de ser en consecuencia necesariamente extranjero, del mismo modo que un extranjero puede tener un régimen matrimonial español. No obstante, la doctrina de la Dirección General tiene presente este precepto por la sola comparecencia de un extranjero, y no se plantea su aplicación en el caso de nacionales españoles.

(enajenación voluntaria), o demandando a los dos (enajenación forzosa). Por ello, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere "con sujeción a su régimen matrimonial".

Sin duda esta doctrina tiene una gran utilidad práctica, pues con la misma se evitará la necesidad de acreditar el derecho extranjero, con las dificultades que tal acreditación conlleva, en un elevadísimo porcentaje de supuestos en los que ciudadanos extranjeros adquieran bienes inmuebles, pero la misma plantea, al menos al nivel doctrinal, tres grandes inconvenientes:

- Para que esta doctrina sea aplicable, y pueda considerarse en consecuencia aplicable el régimen económico de la nacionalidad de los adquirentes sin acreditar el derecho extranjero, es en todo caso necesario que los cónyuges no hayan tenido su primer domicilio familiar en España. En efecto, al admitir nuestro código civil (art. 12.3) el reenvío de primer grado, es perfectamente posible que el régimen económico matrimonial de dos extranjeros cuya primera residencia familiar sea en España no sea el propio de su nacionalidad, sino el español, al ser frecuente en el derecho internacional privado la norma que establece que el régimen económico de las cónyuges es el del lugar de residencia (criterio que como expusimos será el que rija una vez entre en vigor el Reglamento comunitario). Por ello, para considerar aplicable sin más el régimen económico de la nacionalidad de los extranjeros sería indispensable una manifestación de que su primera residencia no ha sido en España. En caso de haber tenido en nuestro país su primera residencia, sería indispensable no la manifestación, sino la acreditación por los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, de que el derecho internacional privado extranjero no determina el reenvío a la legislación española.

- Esta doctrina diferiría el momento de la acreditación al momento posterior de la enajenación, por entender que en caso de enajenación forzosa era necesario, bien demandar a los dos cónyuges, bien acreditar que el bien era susceptible de realización forzosa sin tales requisitos conforme a la legislación extranjera. Sin embargo, como veremos, ese requisito ha sido suprimido con la introducción de la regla del artículo 144.6 del Reglamento Hipotecario.

- Finalmente, esta doctrina parte del error de considerar que todo país extranjero tiene un régimen legal matrimonial. Ello no es así, pues existen Estados en los que está previsto que el régimen matrimonial sea necesariamente convencional.⁶

- Supuesto de tener los adquirentes distinta nacionalidad.

En el supuesto de que los cónyuges tengan distinta nacionalidad, la Dirección General precisa que debe determinarse cuál es el régimen extranjero aplicable o, de ser aplicable el régimen español, manifestar que es el legal o acreditar el convencional. Señala en este sentido la resolución de 5 de marzo de 2007 que el artículo 92 del Reglamento Hipotecario "que no necesita de mayor aclaración en el caso de tratarse de dos cónyuges extranjeros de la misma nacionalidad, pues su régimen económico matrimonial, a falta de pacto, será el régimen legal correspondiente a su ley nacional común, necesita, en el caso de tratarse de dos esposos de distinta nacionalidad, la determinación por manifestación del adquirente o adquirentes, de

⁶ Así, en países como Méjico, está previsto que en el contrato de matrimonio se determine el régimen matrimonial por el que optan los cónyuges, bien el de sociedad conyugal, bien el de separación de bienes (artículo 178 del Código civil federal de Méjico)

cual sea la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español (cfr. Artículo 9.2 del Código Civil), pues de esa manera podrá saberse, si la ley aplicable a su régimen económico matrimonial será una ley extranjera, lo que posibilitará que de acuerdo con el artículo 92 del Reglamento Hipotecario la finca se inscriba con sujeción al régimen matrimonial de esa ley nacional, sin necesidad de especificar cuál sea aquél, o por el contrario, el régimen económico matrimonial se rige por la legislación española, por lo que de acuerdo con el artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario, habría que manifestar y, en su caso, acreditar (si derivara de un pacto capitular), el régimen económico matrimonial concreto, por afectar la adquisición que se inscribe a los derechos futuros de la sociedad conyugal (cfr. Artículos 93 a 96 del Reglamento Hipotecario)”

Esta doctrina ha sido reiterada en otras posteriores, si bien en alguna resolución aislada (así, la resolución de 10 de mayo de 2017) ha señalado que la determinación del régimen matrimonial que sea de aplicación debe acreditarse por los medios establecidos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Este criterio, aun cuando es minoritario en las resoluciones del Centro Directivo, resulta a mi juicio más acertado, debiendo exigirse al menos la constancia en la escritura de la expresión de aquellos elementos que han determinado la aplicación de un concreto régimen matrimonial.

- Supuesto de adquisición a título gratuito

En este supuesto, al igual que si se trata de un nacional español, no es necesario expresar el nombre del cónyuge ni el régimen económico matrimonial, pues como ha señalado la Dirección General en resolución de 27 de abril de 1999, referida a un supuesto de adquisición “mortis causa”, además de que la nacionalidad no es determinante a la hora de fijar cuál sea el régimen económico matrimonial de una persona, ha de partirse de la base de que estas adquisiciones no afectan a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, quedando encuadradas en la excepción a la aplicación de aquella exigencia del artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario. Añade el Centro Directivo que “caben, ciertamente, supuestos excepcionales en los que por ley o pacto exista entre los cónyuges una comunidad de tipo universal, pero precisamente por ese carácter han de ser objeto del mismo tratamiento, de suerte que es lo excepcional lo que ha de declararse y no la exclusión de lo ordinario.”

- Supuesto de que el adquirente extranjero manifieste, con el consentimiento de su consorte, que la adquisición se ha financiado con fondos propios, y solicite la inscripción con carácter privativo.

En estos supuestos exige con acierto la Dirección General la necesidad de acreditar, conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario, que la legislación extranjera permite la atribución de privatividad del bien adquirido (así, resolución de 10 de mayo de 2017). No determina en cambio el Centro Directivo el modo en que, de acreditarse tal derecho, debe practicarse la inscripción. En este sentido, como ha señalado en numerosas consultas la Comisión de Derecho Internacional Privado del Colegio de Registradores⁷, el artículo 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, establece que “el procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español”, por lo que la inscripción

⁷ Así, Consulta 159, de 19 de mayo de 2016

debe realizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 95.4º RH, con la indicación de que el carácter privativo del bien se ha determinado por confesión.

-Supuesto de conocimiento por el registrador de la legislación extranjera, y que la misma se refiera a un régimen de separación de bienes

Aun cuando no se impone en nuestro ordenamiento al registrador el deber de conocer la legislación extranjera, de tener conocimiento de la misma, y ser el régimen extranjero legal alegado un régimen de separación, debe exigir que se expresen las cuotas de cada adquirente, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario (así, resolución de 31 de agosto de 2017)

Esta doctrina impone de facto una especial diligencia al notario autorizante, quien en caso de no haber indagado acerca del régimen aplicable y conocer el registrador que el régimen legal supletorio de los extranjeros es un régimen de separación de bienes, se verá en la obligación de hacer comparecer de nuevo a los adquirentes para subsanar la escritura (en este sentido, la resolución de 13 de junio de 2012 no admite la rectificación por el notario autorizante al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial para que una errónea adquisición ganancial por estar los adquirentes solteros sea inscrita con carácter privativo, por mitad y proindiviso).

Plantea además esta doctrina el inconveniente de no permitir el acceso al Registro de una escritura pública en la que el notario ha cumplido correctamente con las exigencias legales del ordenamiento español, que no le imponen el deber de conocimiento del derecho extranjero. Es cierto que el defecto es fácilmente subsanable por los adquirentes, pero tratándose de extranjeros no residentes es posible que no sea sencilla la determinación de cuotas dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, con todos los perjuicios que ello conlleva.

Supuesto de que se alegue por los extranjeros un régimen convencional.

En el supuesto de que se alegue por los adquirentes extranjeros que su régimen matrimonial es convencional, deberá acreditarse el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (así, resolución de 31 de agosto de 2017). No parece en cambio necesario acreditar la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil, como señaló la Dirección General en resolución de 9 de enero de 2008, si se trata de matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero, pues dichos matrimonios no se inscriben en el Registro Civil español. Sí debe en cambio exigirse la inscripción, conforme a la resolución citada, si uno de los contrayentes o ambos obtienen la nacionalidad española y el matrimonio subsiste.

En relación con este supuesto, se plantea además el problema de que las capitulaciones hayan sido otorgadas en el extranjero, en un documento que no tenga la equivalencia de forma propia de la escritura pública notarial. Este caso fue abordado por el Centro Directivo en una importante resolución de 23 de noviembre de 2006, que rechazó la inscripción en el Registro Civil Central de unas capitulaciones otorgadas ante funcionario pakistaní, pues aun cuando dichas capitulaciones pudiesen considerarse válidas en las relaciones entre los cónyuges, no cumplían el principio de titulación pública propia del ámbito registral.⁸

⁸ Esta resolución analiza las exigencias formales del artículo 11.2 del Código Civil, llegando a la siguiente conclusión respecto a la validez de las mismas: “el singular planteamiento de la cuestión respecto de las capitulaciones matrimoniales hecha por el

ACTOS DISPOSITIVOS VOLUNTARIOS POSTERIORES

A su vez debemos distinguir:

- **Si la finca está inscrita a favor de ambos extranjeros o uno de ellos conforme al régimen matrimonial de su nacionalidad** la inscripción del acto dispositivo exigirá, bien el consentimiento de ambos, bien acreditar que conforme a la legislación extranjera aplicable es válido el acto de disposición realizado por uno solo de los cónyuges.

Así lo ha señalado el Centro Directivo en numerosas resoluciones, que ha negado incluso (así la resolución de 15 de julio de 2011) la posibilidad de aplicar, en los supuestos de compra e hipoteca, la doctrina del negocio jurídico complejo, pues tal posibilidad debe darse con arreglo a lo que sobre el particular establezca la legislación extranjera.

- **Si la finca está inscrita a favor de un extranjero que adquirió en estado de soltero y manifiesta estar casado en el momento de la enajenación**, el Centro Directivo ha exigido igualmente la acreditación del derecho extranjero si el acto dispositivo es otorgado únicamente por el titular registral. Señala en este sentido la resolución de 26 de febrero de 2008 que "para otorgar la escritura pública por la que se enajena la vivienda, y para practicar, en su caso, la ulterior inscripción registral, el Notario en el ejercicio del control de legalidad y el Registrador al calificar, deben conocer el régimen económico matrimonial del vendedor, al objeto de determinar si goza por sí sólo de facultades dispositivas."

Regla que ha sido igualmente considerada de aplicación a los bienes adquiridos a título gratuito, aun cuando para la inscripción de la adquisición, como vimos, no exigía la Dirección General la expresión del nombre del cónyuge y del régimen matrimonial. Así, conforme a la resolución de 28 de octubre de 2015, a la hora de que el registrador pueda exigir que se le acredite el régimen económico-matrimonial del vendedor, para apreciar si es necesario el consentimiento del cónyuge, no puede admitirse el argumento de que las adquisiciones mortis causa no afectan a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, pues hay legislaciones (por ej., Noruega o Suecia) en las que los bienes adquiridos a título gratuito están sujetos a un régimen especial de disposición.

Esta doctrina de la Dirección General resulta a mi juicio cuanto menos susceptible de debate, por dos motivos. Por un lado, los supuestos de limitación en la facultad de disposición de bienes privativos no son, en modo alguno, la regla general, principio que llevó al propio Centro Directivo a admitir que para la inscripción de la adquisición no fuese necesario ni la expresión del nombre del cónyuge ni del régimen económico matrimonial.

artículo 9 n.º 3 del Código civil, enfocado no a determinar una ley aplicable, sino a señalar las distintas leyes que pueden ser empleadas como parámetros de validez de las capitulaciones, supone que, a los efectos del artículo 11 n.º 2, pueden ser varias las leyes que reconozcan dicha validez de fondo, cuyo régimen sobre imposición o no de determinadas formalidades puede divergir. En tal caso, se hace preciso determinar selectivamente cuál de las leyes concurrentes reclamadas por cualquiera de los puntos de conexión alternativos del citado precepto rige el fondo de las capitulaciones a efectos de determinar la exigibilidad o no de formalidades impuestas con carácter «ad solemnitatem». La doctrina más autorizada apunta como guía de solución el criterio «favor validitatis» que impregna el artículo 11 del Código civil en materia de forma de los actos y contratos, lo que inclinaría a acoger como principio de elucidación del tema el de entender que la ley rectora del fondo de las capitulaciones ha de ser la menos exigente en cuanto a las formalidades extrínsecas de las capitulaciones".

En todo caso, una vez entre en vigor el nuevo Reglamento Comunitario, los requisitos formales de las capitulaciones se regirán por su artículo 23, que establece como principio que los requisitos formales serán los del lugar de la residencia habitual en el momento del acuerdo.

Por otro, el simple hecho de ser extranjero no determina que el régimen matrimonial deba regirse por una ley foránea. Es indudable que es más probable que un extranjero esté sujeto a un régimen matrimonial extranjero que un español, pero no es admisible que la calificación registral exija mayores o menores requisitos en función de la estadística. De exigirse la expresión del régimen matrimonial en la venta de bienes privativos debería exigirse en todo caso (o en ninguno), máxime cuando existen en nuestro propio país una legislación foral que impone limitaciones en la disposición de bienes privativos.⁹

- **Si la finca está inscrita a favor de un extranjero, quien adquirió en estado de soltero y la enajena con el mismo estado civil**, no es necesario que acredite la legislación extranjera, aun cuando manifieste al realizar el acto dispositivo que la finca constituye la vivienda familiar.

Así lo ha señalado la resolución de 10 de mayo de 2017, relativa a la venta realizada por un ciudadana británica, que considera aplicable, en aras a la seguridad jurídica, el artículo 10.8 del Código Civil y con ello inexigible la prueba exigida por el registrador, si bien exceptúa el supuesto de que la finca radique en una comunidad autónoma como Cataluña en la que dicha manifestación sí que sea esté prevista en la normativa foral.¹⁰

ENAJENACIONES FORZOSAS

- Respecto a los procedimientos de ejecución hipotecaria tramitados contra ciudadanos extranjeros, el problema se ha planteado respecto a aquellas ejecuciones hipotecarias seguidas contra uno solo de ellos, constando la finca inscrita a su nombre con sujeción a su régimen nacional, y habiendo sido la hipoteca constituida únicamente por tal cónyuge.

La Dirección General ha tratado en dos resoluciones este problema, siguiendo un criterio distinto cada vez.¹¹ En la primera de ellas, de 16 de junio de 2014, referente a un ciudadano marroquí, entiende que no es inscribible la adjudicación de la finca en tanto no se le acredite al registrador que, conforme a su legislación, el deudor ostenta en exclusiva el poder de disposición sobre el bien ejecutado. En la segunda, de 3 de mayo de 2016, relativa a un procedimiento seguido contra un togolés, considera por el contrario que dado que la escritura de hipoteca fue otorgada únicamente por éste, y no se puso objeción alguna en el Registro para su inscripción, dicha situación crea estado registral, sin que se pueda exigir que acredite su régimen económico matrimonial.

Este segundo criterio es a mi juicio mucho más acertado, pues es en el momento de la inscripción de la hipoteca cuando el registrador debe calificar la capacidad del otorgante del

⁹ Así, el artículo 135 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco en el supuesto de la comunicación foral de bienes

¹⁰ En todo caso advierte la Dirección General que a partir del 19 de enero de 2019 será de aplicación el Reglamento 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, que comprende las normas de protección del hogar dentro de las denominadas “leyes de policía” de carácter imperativo.

¹¹ Debe ser objeto de crítica el hecho de que en la segunda de las resoluciones no explique el cambio de criterio; es más, ni siquiera cita la primera de ellas entre las resoluciones “vistas”. Como únicas diferencias entre el supuesto de hecho de una y otra cabe citar que en la segunda la inscripción se practicó con sujeción al régimen de su nacionalidad “que según manifestó es de separación de bienes”, y el hecho de que constase expresamente que la finca no fuese la vivienda familiar. Pero ni uno ni otro hecho tienen relevancia, pues la referencia al régimen de separación de bienes es una simple manifestación, sin que el registrador hubiese inscrito el bien como privativo, y el hecho de que la finca sea la vivienda familiar tampoco impone la intervención del cónyuge en la fase de ejecución, salvo que, no habiendo constituido la hipoteca, inscriba con posterioridad el derecho de uso (así, resolución de 5 de septiembre de 2016)

negocio jurídico y su facultad de disposición, quedando su decisión bajo la salvaguarda de los tribunales.

- Respecto a la práctica de las anotaciones de embargo, los problemas que planteaba la necesidad de acreditar la legislación extranjera cuando sólo uno de los cónyuges era deudor han sido resueltos por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, cuya Disposición Final Cuarta introdujo en apartado sexto en el Reglamento Hipotecario, que señala: "Cuando se trate de bienes inscritos conforme al artículo 92 de este Reglamento, a favor de adquirente o adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, con sujeción a su régimen matrimonial, se haya o no indicado dicho régimen, el embargo será anotable sobre el bien o participación indivisa del mismo inscrita en tal modo, siempre que conste que la demanda o el apremio han sido dirigidos contra los dos cónyuges, o que estando demandado o apremiado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo."

Este precepto fue introducido en la Exposición de Motivos con la siguiente justificación: "Con la citada modificación se pretende determinar el nivel de responsabilidad de cada uno de los cónyuges por las deudas perseguidas, garantizando la práctica de las anotaciones de embargos en el ámbito de los procedimientos administrativos de apremio de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, y por extensión de cualquier procedimiento administrativo de gestión recaudatoria en los que la Administración Pública actúe en virtud de autotutela administrativa, evitando que se convierta injustificadamente a los nacionales extranjeros cuyo régimen matrimonial esté sometido a legislación extranjera en sujetos de mejor condición que los nacionales españoles".

Este precepto, aun cuando simplifica los trámites del embargante, merece a mi juicio una crítica negativa por varios motivos:

- El Reglamento Hipotecario permitió como vimos la inscripción a favor de los extranjeros sin necesidad de precisar su régimen matrimonial por diferir a un momento posterior la necesidad de su acreditación en el caso de que ambos cónyuges no fuesen demandados. Carece de todo sentido mantener un sistema que permite practicar la inscripción con desconocimiento del régimen matrimonial, para después permitir al acreedor embargar el bien dirigiendo la demanda contra uno solo de los titulares registrales y con una sola notificación al otro.

- Este precepto puede dar lugar a resultados contrarios a los principios del régimen matrimonial que sea de aplicación. Es en efecto perfectamente posible que cónyuges casados conforme a un régimen de separación tengan inscrita su finca a favor de ambos sin determinación de cuotas (pues el registrador no tiene en ningún caso el deber de conocer el régimen extranjero), permitiendo al acreedor enajenar la totalidad del bien por deudas de un solo cónyuge. Se podría alegar que con la notificación al no deudor, éste podría hacer valer sus derechos, pero también debe considerarse que esta norma, como resulta de la propia exposición de motivos de la Ley que la introdujo, es aplicable mayoritariamente a procedimientos administrativos de apremio, en que la administración autotutela sus intereses, y en los que es frecuente la notificación mediante edictos en el Boletín Oficial del Estado que muchas veces no son efectivamente conocidos.

- No resulta además conforme con el derecho comunitario. En este sentido, el artículo 28 del Reglamento(UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una

cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, establece que la ley aplicable al régimen económico matrimonial entre los cónyuges no podrá ser invocada por uno de los cónyuges frente a un tercero en un litigio entre el tercero y cualquiera de los cónyuges o ambos, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley. Y precisamente considera que el tercero conoce la ley aplicable si cualquiera de los cónyuges hubiera cumplido con los requisitos para la divulgación o el registro del régimen económico matrimonial especificados por la ley del Estado en el que se hallen los inmuebles.

En consecuencia, si el tercero debe conocer que la ley aplicable es la de un régimen de separación por publicar el registro que el régimen matrimonial es el de un país que así lo establezca, no parece coherente que pueda en tal supuesto el acreedor embargar la totalidad de una finca que consta a nombre de dos cónyuges casados en un régimen que separe sus patrimonios.

LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS OPERACIONES PARTICIONALES FORMALIZADAS POR CONTADOR PARTIDOR. PRINCIPALES CONSIDERACIONES PRÁCTICAS.

ENRIQUE AMÉRIGO ALONSO. Registrador de la Propiedad de Torrelodones.

La presente ponencia tiene por objeto analizar los requisitos básicos para obtener la correcta inscripción de las operaciones particionales en el Registro de la Propiedad.

Las distintas consideraciones que se expresarán tienen como fundamento la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano superior jerárquico de los registradores de la propiedad, y referente en la calificación registral. No se realizará en consecuencia, por exceder del objeto de la exposición, un análisis crítico de la misma, aun cuando muchos de los temas abordados por el Centro Directivo han sido y son susceptibles de enriquecedores debates jurídicos. Se trata tan sólo de aportar unas ideas fundamentales que faciliten a los profesionales que actúan como contadores la inscripción de los cuadernos particionales por ellos elaborados, y en consecuencia, permitan beneficiarse a los herederos de los efectos jurídicos que atribuye el Registro de la Propiedad.

Para ello seguiré el siguiente esquema: a) determinación del título inscribible en el Registro de la Propiedad; b) ámbito de la calificación del registrador; c) doctrina de la Dirección General relativa a particiones efectuadas por el contador partidador d) ideas básicas del procedimiento registral.

En el estudio de estas cuestiones, especialmente de las tres primeras, distinguiremos entre los tres tipos de contador partidador reconocidos en nuestro ordenamiento. Conviene no obstante advertir desde el principio de la exposición que la mayor parte de las resoluciones que han conformado la doctrina de la Dirección General en relación con el contador partidador se refieren al contador testamentario, al haber sido menos frecuentes en la práctica calificaciones negativas ante particiones que habían obtenido la aprobación judicial, requisito exigible tanto en el procedimiento de división de herencia antes de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y al contador partidador dativo antes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

TÍTULO INSCRIBIBLE

Partición efectuada por el contador partidor testamentario. Será el cuaderno particional elaborado por el contador partidor, elevado a público ante notario por el contador, sin que sea necesaria, como veremos, la concurrencia de herederos o legatarios.

Partición efectuada por el contador partidor dativo. A diferencia del régimen anterior, que atribuía al Juez tanto el nombramiento del contador como la aprobación de la partición en caso de falta de confirmación expresa, la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha introducido dos procedimientos de uso opcional por los interesados, quienes podrán acudir, bien al notario, bien al letrado de la Administración de Justicia.

En el supuesto de tramitación ante el letrado de la Administración de Justicia, señala el artículo 22 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, "Si la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público, deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral. La remisión se realizará por medios electrónicos." En consecuencia, el título inscribible será la resolución judicial de aprobación de la partición que se inserte en el mandamiento, a la que se deberá acompañarse el documento particional. No exige la Ley en este supuesto, a diferencia de lo que luego veremos para la partición judicial, la protocolización de las operaciones particionales, por lo que el título judicial será directamente inscribible.

En el supuesto de que no exista resolución aprobando la partición por existir conformidad de los herederos, debe entenderse que, aplicando la doctrina de la Dirección General en relación a las resoluciones que homologuen acuerdos entre las partes, será exigible la elevación a público del documento particional por los herederos.¹²

Tratándose de un contador partidor dativo designado por notario, deberá acompañarse a la escritura o acta de protocolización que contenga el documento particional, la escritura pública de aprobación de la partición. Esta aprobación notarial de las operaciones particionales debe ser una aprobación expresa, sin que pueda presuponerse por el simple hecho de autorizar el notario la escritura de partición (así, resolución de 18 de julio de 2016).

La conformidad de los herederos a la partición, que hace innecesaria la aprobación notarial, deberá lógicamente acreditarse mediante su comparecencia ante notario.

Partición efectuada por el contador en un procedimiento judicial de división de herencia. En este caso, hemos de distinguir, conforme a la resolución de 1 de febrero de 2018, los siguientes supuestos:

-Si las partes no consienten en la partición propuesta, el procedimiento se transforma en contencioso siguiéndose por los trámites del juicio verbal a cuyo fin, la sentencia que lo resuelva, una vez firme, será título suficiente a los efectos de la alteración del contenido del Registro de la Propiedad.

- Si los interesados prestan su conformidad a las operaciones de avalúo y división (con o sin las modificaciones a que se refiere el artículo 787.4 de la LEC), el procedimiento finaliza con el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se dan por aprobadas,

¹² Así se exige respecto a las transacciones homologadas por el juez (en este sentido, la resolución de 8 de noviembre de 2017), a la que se hará posteriormente referencia.

exigiendo el Centro Directivo su protocolización, conforme al artículo 787.2 de la LEC, para su inscripción.¹³

- Si las partes llegan a un acuerdo ajeno a la propuesta del contador o anterior a que esta se produzca, conforme al artículo 789 de la LEC, el auto que pone fin al procedimiento no es directamente inscribible en el Registro de la Propiedad al no contener una resolución sobre el fondo del asunto, siendo necesaria la elevación a público del acuerdo.¹⁴

Es importante distinguir entre la protocolización de las operaciones particionales (exigida si el procedimiento finaliza con el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se dan por aprobadas las operaciones particionales), y la elevación a público (exigida en el caso del acuerdo a que se refiere el artículo 789 de la LEC), pues entre ambas existe una enorme diferencia.

La protocolización de un documento no supone ninguna prestación de consentimiento respecto del documento protocolizado, y solo precisa interés legítimo, como toda acta, en la persona que solicita la protocolización. Cuando lo protocolizado es un expediente judicial, el artº 213 del Reglamento Notarial establece que se efectuará por medio de un acta extendida y suscrita por el Notario a requerimiento de cualquier persona que entregue el expediente con el auto judicial en que se ordene la protocolización. De aquí podría deducirse que quien entrega el expediente debe suscribir el acta, pero la conclusión contraria parece más defendible porque la actuación notarial viene ordenada por la autoridad judicial, y así puede deducirse del artículo 211 del mismo Reglamento, según el cual las actas de protocolización tendrán las características generales de las de presencia, pero el texto hará relación al hecho de haber sido examinado por el Notario el documento que deba ser protocolado, a la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene, al de quedar unido el expediente al protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos. Por tanto, se dan como hechos alternativos “la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene”, de lo que puede deducirse fácilmente que si hay providencia no hace falta declaración de voluntad.¹⁵

¹³ La necesidad de exigir la protocolización de la resolución judicial para su inscripción en el Registro no resulta sin embargo aplicable si se ordenase directamente la inscripción por el Letrado de la Administración de Justicia. Así lo señaló la Dirección General en resolución de 27 de marzo de 2014, referida a un supuesto en el que el Juez ordenó la inscripción directa del auto, cuya excepción reitera la resolución de 3 de noviembre de 2017.

¹⁴ A este supuesto se refiere la resolución de 9 de febrero de 2016, la cual señala: “En este caso el acuerdo particional no deja de ser un acuerdo privado que no está documentado adecuadamente por lo que no se cumple el requisito de forma del artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Por tanto la documentación presentada, no puede tener acceso al Registro por no reunir los requisitos que para la inscripción exige la legislación hipotecaria, es decir, una resolución judicial resultante de un procedimiento ordinario que por seguir sus trámites procesales haya finalizado en una decisión del juez sobre el fondo del asunto, o su formalización en escritura pública.”

¹⁵ Respecto al notario competente para la protocolización, habrá que estar al artículo 138 del Reglamento Notaria, según el cual “las particiones que hayan sido aprobadas judicialmente, así como las actuaciones o diligencias judiciales que no dieran lugar a la extensión de escritura matriz, se protocolizarán por el Notario que, residiendo dentro del partido judicial, fuere designado unánimemente por los interesados. A falta de acuerdo entre éstos, el Juez o Tribunal designará el Notario a quien corresponda, con arreglo a un turno establecido entre los Notarios del distrito notarial.”

En cambio, en los supuestos de resoluciones que homologuen acuerdos entre las partes, será necesaria la elevación a público del acuerdo, lo que exige la comparecencia de los interesados, o bien la obtención de la declaración de voluntad dictada por el Juez en sustitución forzosa del obligado. En este sentido señala la resolución de 8 de noviembre de 2017 que *"la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (artículos 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello (...), si ambas partes no procedieran voluntariamente a otorgar la correspondiente escritura, cualquiera de ellas puede solicitar la ejecución del mismo a través de lo establecido en los artículos 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil."*

CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Respecto a la calificación del registrador, hemos de distinguir:

Partición efectuada por el contador partidor testamentario. La calificación del registrador se regirá por los principios generales del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento.

Partición efectuada por el contador partidor dativo. En este supuesto, nuestro ordenamiento contiene una norma especial respecto de las operaciones que hayan sido objeto de aprobación por el letrado de la Administración de Justicia en el artículo 22 *in fine* de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Señala el citado precepto que "La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro."

Este precepto no supone novedad alguna en nuestro ordenamiento, sino que es una fiel reproducción (con la salvedad de aludir al letrado de la Administración de Justicia) de la norma establecida en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario relativa a la calificación de documentos expedidos por la autoridad judicial.

Por ello resultará de aplicación a estos expedientes la doctrina del Centro Directivo relativa a la calificación de documentos judiciales, que ha reconocido al registrador un mayor ámbito en la calificación registral de los documentos judiciales en los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Especialmente significativa al respecto es la resolución de 10 de noviembre de 2011, que desestimó el recurso interpuesto ante la calificación por el registrador de un auto de declaración de herederos abintestato con los siguientes argumentos, cuya doctrina debe considerarse aplicable tanto a los procedimientos tramitados ante el letrado de la Administración de Justicia como a los seguidos ante notario: "La razón esencial que fundamenta la desestimación del recurso es que este procedimiento pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, (...). En efecto, de los apartados 3 y 4 del artículo 117 de la Constitución resulta que a los órganos judiciales les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y, además, pero sin carácter de

exclusividad, el ejercicio de aquellas otras funciones que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho (cfr. Autos del Tribunal Constitucional 599/1984, de 17 de octubre, y 5856/2005, de 13 de diciembre). Dentro de esta segunda esfera se sitúa la impropia denominada jurisdicción voluntaria, que encuentra su amparo en el apartado 4 del citado precepto constitucional, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, amparado en el artículo 117.3.

Ambos tipos de procedimientos, los contenciosos o propiamente jurisdiccionales, y los de jurisdicción voluntaria, tienen un ámbito de aplicación y unas características claramente diferenciadas, siendo los respectivos principios rectores de cada uno de dichos procedimientos también distintos. De este modo, el principio de igualdad de partes, esencial en el proceso contencioso, está ausente en la jurisdicción voluntaria, puesto que los terceros no están en pie de igualdad con el promovente o solicitante. Tampoco está presente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el principio contradictorio, habida cuenta que propiamente no hay partes, sino meros interesados en el procedimiento. En fin, también está ausente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el efecto de cosa juzgada de la resolución, ya que la participación o intervención del juez no tiene carácter estrictamente jurisdiccional.”

Es por ello por lo que debe entenderse que la doctrina del Centro Directivo que rechaza la inscripción de las operaciones particionales en la que el contador partidario testamentario se ha extralimitado de sus facultades es aplicable al contador partidario dativo, aun cuando haya obtenido la aprobación del letrado de la Administración de Justicia o del notario.

Existen además dos motivos adicionales por los que debe aplicarse con todo rigor la calificación registral:

El primero de ellos es de carácter eminentemente práctico. Resulta indudable que es mucho más probable que se impugne una partición que ha requerido la aprobación exigida por el artículo 1057 del Código Civil por no existir conformidad de los herederos que cualquier otra que cuente con el beneplácito de los interesados en la herencia, impugnación que conllevará lógicamente la de su inscripción registral, con la posible demanda de responsabilidad civil dirigida al registrador en el supuesto de que haya surgido un tercero protegido por la fe pública registral. No debe olvidarse que estos expedientes, aun cuando cuenten con aprobación, son susceptibles de impugnación, como resulta del artículo 19.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, según el cual: La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

El segundo argumento es que el contador partido dativo, a diferencia del testamentario, es una persona que carece de la confianza del causante, por lo que su función debe ceñirse estrictamente a operaciones divisorias. Así lo ha señalado expresamente la Dirección General respecto al contador designado en un procedimiento de división judicial de herencia, cuya doctrina debe considerarse aplicable, en resolución de 26 de marzo de 2014, según la cual no debe asimilarse la función del «contador» designado en el seno de un procedimiento de división de herencia (con una función ceñida a la práctica de operaciones divisorias, ex

artículo 786 de Ley de Enjuiciamiento Civil), a la del contador-partidor testamentario que, como es conocido, tiene unas funciones más amplias.

Partición efectuada por el contador en un procedimiento judicial de división de herencia. En este caso hemos de distinguir los tres supuestos anteriormente citados. Respecto a los dos primeros, es decir, respecto de la sentencia recaída en un juicio verbal por falta de conformidad de los herederos, así como respecto del decreto protocolizado del letrado de la Administración de Justicia por el que se dan por aprobadas las operaciones particionales, serán de aplicación las normas del artículo 100 del Reglamento Hipotecario relativas a la calificación de documentos judiciales, con la importante diferencia, respecto del contador partidor dativo, de que como ha señalado la Dirección General en resolución de 26 de marzo de 2014, nos encontramos ante “un verdadero proceso declarativo situado en la órbita de la jurisdicción contenciosa, distinto del de naturaleza voluntaria del juicio de testamentaria de la Ley de Enjuiciamiento anterior de 1881, pues estos procedimientos contemplan una situación de controversia, entre partes determinadas, que ha de ser resuelta jurisdiccionalmente, lo que los sitúa en el ámbito de la jurisdicción contenciosa y explica que la Ley de Enjuiciamiento Civil se haya ocupado de su regulación, sin dejarla pendiente de la futura Ley sobre jurisdicción voluntaria.” Circunstancia por la que en estos supuestos no debe el registrador entrar en el fondo de la resolución.¹⁶

Por último, en el supuesto de que las partes llegan a un acuerdo ajeno a la propuesta del contador o anterior a que esta se produzca, conforme al artículo 789 de la LEC, el auto que pone fin al procedimiento requiere su posterior elevación a público ante notario, por lo que serán de aplicación la regla general de calificación de los documentos notariales.

DOCTRINA DE LA DGRN RELATIVA A LAS PARTICIONES EFECTUADAS POR CONTADOR PARTIDOR

Como ya se ha adelantado, la gran mayoría de las resoluciones del Centro Directivo relativas al contador partidor se han referido al designado por el causante en su testamento. No obstante, por los motivos expuestos, la misma ha de considerarse igualmente aplicable a la partición efectuada por el contador partidor dativo, así como al contador testamentario si el defecto alegado por el registrador se encuadra en el restringido ámbito que para la calificación registral de los documentos judiciales establece el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

¹⁶ Lo que no quiere decir que deba entenderse excluida totalmente la calificación registral. Así, en el supuesto de la resolución citada, se confirmó la calificación del registrador que desestimó la inscripción del cuaderno particional por no haberse procedido a la previa liquidación de la sociedad de gananciales. Además, tiene en estos procedimientos el registrador el deber de velar por la posible intervención de todos los herederos. Especialmente significativa al respecto es la resolución de 2 de marzo de 2016, según la cual: “Conforme al principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesario aportar las declaraciones de herederos pertinentes y la intervención de los así declarados en aquellas particiones notariales o judiciales para su inscripción en el Registro de la Propiedad. El principio de tracto sucesivo registral, no permite que los herederos de la titular registral no intervengan en la partición de herencia –conceptuado el derecho de los herederos como una *pars bonorum*–, sin prejuzgar la legitimación activa y pasiva apreciada por el juez. Este principio de tracto sucesivo, y el artículo 24 de la Constitución, sobre la proscripción de la indefensión, exigen que los sucesores así declarados por título sucesorio intervengan en la partición hereditaria, aceptándola o repudiándola, y con ello, la conversión del derecho hereditario in abstracto en la adjudicación de bienes concretos.”

Veamos las principales cuestiones que se han planteado y han sido objeto de estudio por el Centro Directivo:

-Renuncia por el contador al ejercicio de su cargo. En este supuesto debe entenderse (así, resolución de 16 de mayo de 2011) que la renuncia es irrevocable, como resulta del artículo 898 y de la aplicación analógica del artículo 997 del Código Civil, sin que sea en consecuencia inscribible la partición efectuada.

En todo caso, debe recordarse que la posibilidad de renunciar al cargo debe ser necesariamente anterior a su aceptación, pues el cargo de contador, como el del albacea, se caracteriza por la voluntariedad en su aceptación y en la obligatoriedad en su desempeño una vez producida la aceptación. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de renunciar alegando justa causa al criterio del Secretario judicial o del Notario, conforme a lo previsto en el artículo 899 del Código Civil, el artículo 92 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el artículo 66 de la Ley del Notariado.

-Plazo para el ejercicio del cargo. El plazo para el ejercicio del cargo respecto del contador testamentario es el del art. 904 CC (un año, con posibilidad de prórroga legal así como prórroga por el notario o el letrado de la Administración de Justicia), a contar desde que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador. Terminado el plazo entra en juego el art. 911 CC, y la partición habrá de ser hecha por los herederos. Ahora bien, no puede el registrador, conforme a la resolución de 22 de octubre de 2007, valorar la caducidad del cargo si no consta la fecha inicial del cómputo.

Sobre el plazo de ejercicio del ejercicio de las funciones del contador partidador dativo, habrá que estar a lo dispuesto en su nombramiento. A falta de ello podría entenderse aplicable, por analogía, lo prevenido para el albaceazgo en el artículo 904 CC. Sin embargo no parece aplicable al contador partidador dativo la prórroga prevista en el 905 CC, sino que transcurrido el plazo, la prórroga exigirá decisión del letrado de la Administración de Justicia o del notario, a petición de los solicitantes del expediente, según determinan los artículos 92 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el artículo 66 de la Ley del Notariado.

Tratándose de partición judicial, señala el artículo 786 de la LEC que las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, si bien, en este tipo de procedimientos, por los motivos antes expuestos, no debe denegarse la inscripción en caso de exceder el contador el término fijado.

-En relación con la determinación de quienes son los herederos en caso de sustitución, no tiene el contador-partidador, a menos que el testador se la atribuya expresamente, la facultad de manifestar que, en una sustitución vulgar por premoriencia, el heredero primeramente llamado ha fallecido sin descendencia (así, resolución de 1 de marzo de 2014).

Respecto al modo de acreditarse la inexistencia de los sustitutos, conforme a la doctrina de la DG, (así, resolución de 2 de noviembre de 2017), debe distinguirse los supuestos de renuncia con los de premoriencia o incapacidad. Así, mientras que el primer supuesto se considera que es suficiente la manifestación del renunciante de la inexistencia de sustitutos, en el caso de premoriencia o incapacidad se exige la acreditación de su inexistencia; siendo procedimiento adecuado para ello el acta notarial de notoriedad. De existir sustitutos, en uno

y otro caso, compareciendo los mismos, no es necesario acreditar la inexistencia de otros sustitutos.

-Respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, como ha señalado el Centro Directivo en resolución de 26 de febrero de 2005, la partición, aunque se circunscriba a los bienes privativos del causante, requiere inexcusablemente la previa liquidación de la sociedad ganancial (a fin de determinar las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y privativos), siendo en consecuencia imprescindible el consentimiento del otro cónyuge o sus herederos. Sólo después de tal liquidación será posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes. Como excepción, esta doctrina (así, resolución de 20 de julio de 2007) no resulta de aplicación si ha designado a un solo contador para la partición de las herencias de los dos cónyuges y ambos han fallecido.

La necesaria intervención del cónyuge para la liquidación de la sociedad de gananciales es igualmente aplicable al procedimiento judicial de división de herencia, como ha señalado el Centro Directivo en resolución de 26 de marzo de 2014, al tener la liquidación de la sociedad de gananciales un procedimiento específico, sin que en modo alguno pueda considerarse implícita la acumulación de procedimientos.

Respecto a la liquidación de gananciales tiene especial trascendencia práctica el supuesto de la vivienda habitual adquirida por los esposos antes del matrimonio, financiando su adquisición con un préstamo hipotecario que se paga constante el matrimonio con carácter ganancial. Este supuesto se trató en la resolución de 27 de mayo de 2014, la cual señaló que "la interpretación realizada por el albacea contradice el sentido propio de las palabras utilizadas por el testador, por cuanto éste se limita a reconocer la existencia de una adquisición previa al inicio de la sociedad de gananciales, la cual, si bien referida a la vivienda familiar, fue satisfecha no por precio aplazado sino mediante un precio íntegramente desembolsado al tiempo de la compra, y por tanto privativo, aun cuando el mismo hubiere sido obtenido mediante un préstamo, que también siendo privativo no obstante fue reembolsado al menos parcialmente con caudal ganancial, generándose en consecuencia tan solo un crédito a favor de la sociedad de gananciales que habrá de reembolsarse, conforme al artículo 1358 del código Civil, a costa del caudal propio mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.", reconociendo al albacea la posibilidad de inventariar la deuda para ser satisfecha por los medios reconocidos en derecho.

No obstante, esta doctrina contradice reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, recientemente, la sentencia de 7 de julio de 2016) que considera plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos, por lo que no existe un derecho de reembolso, sino que la vivienda será ganancial en la proporción correspondiente al dinero ganancial aportado para el pago del préstamo hipotecario.

También es estricta la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto de los bienes inscritos con presuntivamente ganancial a nombre de uno de los cónyuges, por no haberse acreditado suficientemente el carácter privativo del precio o contraprestación en la compra, no admitiendo la inscripción de los bienes como privativos aun cuando así lo afirma expresamente el contador partidor y el cónyuge supérstite (resolución de 22 de julio de 2016)

- Respecto a la fijación de las legítimas correspondientes a los herederos forzosos y la reducción de disposiciones testamentarias inoficiosas, son facultades que deben entenderse comprendidas entre las particionales, y en las que el contador partidador estaría actuando con sujeción a lo establecido por la ley (así resolución de 31 de marzo de 2005).

No obstante, la declaración de ser inoficiosa una atribución es una operación para la que el Centro Directivo ha exigido en alguna ocasión la conformidad del interesado, y así la resolución de 14 de septiembre de 2009 señala: "En el presente caso se estima inoficioso el legado tras la formación de activo y pasivo, operación que supone la integración del caudal de los créditos de que, a juicio del albacea, es titular el difunto frente al legatario o los son los legitimarios frente a la masa hereditaria, mas es indudable que dicha formación de inventario, ha de contar con el consentimiento del cónyuge, ya no sólo porque su régimen legal sea el de gananciales sino porque se realiza declaración de inoficiosidad sin contar con los interesados en la misma con el resultado de adjudicaciones diversas a las ordenadas."

-Respecto a la posibilidad de enajenar bienes hereditarios para el cumplimiento de su función, ha entendido el Centro Directivo, en resolución de 11 de enero de 2018, que, además del consentimiento expreso del causante, es preciso la conformidad de los legitimarios.

-En relación a si es necesaria la concurrencia al otorgamiento de herederos, legatarios y legitimarios, entiende la Dirección General que la partición efectuada por el contador partidador no requiere su intervención ni aprobación (sin perjuicio de la posibilidad de impugnarla), por lo que no será precisa su comparecencia para practicar la inscripción. Ahora bien, no constando la aceptación del llamamiento hereditario podría practicarse la inscripción, pero no con el carácter de firme o definitiva, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acreditase la aceptación. Tal aceptación podrá hacerse constar posteriormente en cualquier momento, y estará implícita en cualquier acto voluntario que realice el titular del derecho inscrito. En caso de renuncia del heredero o legatario, se cancelará la inscripción reviviendo la titularidad del causante. Esta doctrina, objeto de un amplio estudio en la resolución de 19 de septiembre de 2002, es igualmente aplicable a la partición efectuada por el contador partidador dativo, conforme a la resolución de 30 de noviembre de 2016.

-En los supuestos de desheredación, conforme a la resolución de 31 de marzo de 2005, no puede el contador entender ineficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados (cfr. artículos 850 y 851 del Código Civil). En el supuesto que motivó la resolución, al no haber sido negada por los desheredados -en la vía judicial correspondiente- la causa de desheredación expresada por el testador, el contador partidador debía pasar por ella; y, como consecuencia, conforme al artículo 857 del Código Civil, no se puede privar de su legítima a los hijos y descendientes de los desheredados.

Del mismo modo ha admitido la resolución de 13 de octubre de 2005 la actuación del contador cuando prescinde en la partición de uno de los hijos del causante, siguiendo las indicaciones de éste de que tal descendiente ya había recibido en vida su legítima mediante diversos préstamos

-El cumplimiento de la voluntad del causante no exime de respetar las reglas imperativas en materia de legítimas. En la partición de la herencia, el contador no sólo

debe ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las normas legales de carácter imperativo, como son las relativas al respeto de las legítimas (así resolución de 18 de mayo de 2012). Este sometimiento ha de darse aunque sean circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento las que provocan un desajuste entre lo querido por el testador y las disposiciones legales: en tal caso, lo que ha de hacer el contador es partir la herencia ajustándose a la ley (así, resolución de 20 de septiembre de 2003).

-Respecto a la atribución del cónyuge viudo del legado de usufructo universal, se ha pronunciado el Centro Directivo en resolución de 18 de junio de 2013, señalando que "cualquiera que fuere el valor atribuible a ese usufructo del cónyuge viudo, si este hubiese sido ordenado por el testador, el comisario estaría vinculado a dicha disposición testamentaria al realizar la partición, sin perjuicio del derecho de los legitimarios que se estimasen perjudicados (cualitativa o cuantitativamente) a hacer valer la intangibilidad de sus derechos forzosos, solicitando el complemento correspondiente, e incluso, la propia ineficacia de las disposiciones testamentarias o de las particionales, si éstas fueren incompatibles con el ejercicio de la opción que el citado precepto les reconoce." Y ello porque el Código Civil "ante la presencia de un legado usufructuario que, además de comprender los tercios de libre disposición y mejora, se proyecta sobre el tercio de legítima estricta, no reacciona declarándolo ineficaz por atentar contra la intangibilidad de las legítimas de otros legitimarios; antes al contrario dicha situación se resuelve admitiendo en principio la posibilidad de dicho gravamen (artículo 813.2 del Código Civil), si bien reconociendo a los legitimarios afectados una vía de reacción, la que prevé el artículo 820.3 del mismo cuerpo legal."

Ahora bien, en estos supuestos, la aceptación de la partición de la herencia por la madre no permitirá tener por aceptada tales operaciones respecto la menor, pues en "la medida en que pudiera obstaculizar el derecho de la menor a impugnar la partición y dada la interdependencia de las adjudicaciones (en usufructo y nuda propiedad) que atribuye el partidor a la viuda y a la heredera menor, en cuyo nombre también interviene aquélla, debe entenderse que sobre este concreto acto jurídico se proyecta un riesgo eventual de colisión de intereses entre representante y representada. Por ello no debe reconocérsele trascendencia a la aceptación de lo que se atribuye a la menor, en tanto no sea ratificada en legal forma."

-Respecto a la conmutación del usufructo del cónyuge viudo, ha señalado la Dirección General que la alteración del carácter de la atribución requiere necesariamente el acuerdo de herederos y cónyuge superviviente. En este sentido, la resolución de 17 de mayo de 2002 determinó que no era inscribible la adjudicación de una finca en pleno dominio que el contador hace en favor de la viuda, pues a ésta el causante le había atribuido el usufructo de la herencia.

En el mismo sentido, la resolución de 4 de abril de 2017, referida a un supuesto en que se había ordenado el pago de la legítima del cónyuge en dinero señala que "existiendo metálico en la herencia, el contador debe proceder a la adjudicación del mismo en pago de la legítima viudal en cumplimiento de lo dispuesto por el testador en su testamento y, no siendo suficiente el metálico inventariado, debe realizar el pago en metálico extra hereditario, o en otros bienes de la herencia pero en este caso con el consentimiento del cónyuge, sin que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes del Código Civil, sino el artículo 886."

Esta doctrina resulta de aplicación al contador-partidor judicial, como resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009, que en una partición realizada por un contador-partidor judicial, declara, en relación con la facultad de conmutación del artículo 839 del Código Civil: «este derecho corresponde ejercerlo a los herederos, pero con la conformidad del cónyuge viudo, y que cuando falta el acuerdo corresponde a la autoridad judicial la decisión sobre la forma de pagar dicho usufructo».

-Respecto al modo de adjudicar los bienes de la herencia, señala la resolución de 4 de octubre de 2017 que “es presupuesto básico de la partición hereditaria que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (cfr. artículos 1061, 1062, 1056 y 841 y siguientes del Código Civil)”

Se han planteado no obstante distintos supuestos, que han llevado al Centro Directivo a plantearse cuando nos encontramos ante un acto particional, y cuando ante un acto dispositivo, que al exceder las facultades del contador exigiría el consentimiento de los herederos.

Así, respecto al supuesto de que se adjudique a uno o varios de los herederos los bienes de la herencia, con obligación de compensar a los demás en metálico distingue el Centro Directivo según haya varios bienes en la herencia, o bien se trata de un único inmueble indivisible. En el primero de los casos (así, resolución de 13 de mayo de 2003) entiende que transformar los derechos de los miembros de la comunidad hereditaria en un derecho de crédito es un acto de disposición que no puede entenderse comprendido entre las facultades de partir, siendo necesario en consecuencia la conformidad de los herederos. En cambio, como señaló la resolución de 16 de septiembre de 2008, la regla legal de la posible igualdad es respetada cuando, por ser de carácter indivisible, el único inmueble relicto es adjudicado por el contador partidor a uno de los herederos abonando en exceso a los demás en dinero, sin perjuicio de la posible impugnación por los interesados, de modo que ha de pasarse entretanto por dicha partición mientras no sea palmariamente contraria a las legítimas o a lo dispuesto por el testador.

Relacionado con el supuesto anterior, se ha planteado si excede de lo particional la adjudicación de bienes hereditarios en pago de deudas, habiendo respondido de manera afirmativa la doctrina más reciente del Centro Directivo, exigiendo en consecuencia la conformidad de los herederos (así, resoluciones de 22 de julio de 2016 y 4 de octubre de 2017), referidas a supuestos en los que la adjudicación en pago de deudas se hacía al propio cónyuge supérstite en pago de sus derechos en la liquidación de la sociedad conyugal.

Igualmente excede de lo particional la realización de un acto de extinción de comunidad de los bienes que tuviese el causante con un tercero. Señala al respecto la resolución de 20 de septiembre de 2003, “queda fuera de su ámbito una actuación con terceros como es la división de la cosa común en la que la causante tenía una cuota indivisa; es ésta una competencia de quien tiene el poder de disposición sobre los bienes (cfr. arts. 397, 399 y 1051 y siguientes del Código Civil) o, en su caso, de quien ostente la representación legal de la herencia, representación que en modo alguno va inherente al cargo del albacea al que no se le atribuyen más facultades que las legales, ni al contador designado solo para efectuar la partición de los bienes.”

Sí podría en cambio el contador proceder a la división horizontal de un inmueble para la adecuada realización de las operaciones particionales. Así lo ha entendido la resolución de

26 de noviembre de 2004, afirmando que nada se opondría a la posibilidad de que el contador-partidor dividiera horizontalmente una finca, si con ello se limitara a complementar formalmente una situación de hecho preexistente. En el caso concreto objeto del recurso se confirmó sin embargo la calificación negativa, habida cuenta del contenido concreto del título constitutivo de la división horizontal, del que resultaba que los estatutos comportaban la regulación de actos de riguroso dominio, que quedan fuera del ámbito de actuación del contador, pues competen a quienes ostenten el poder de disposición sobre las fincas, o, en su caso, a quien ostente la representación legal de la herencia.

Finalmente, debe apuntarse que en todos los supuestos en los que la actuación del contador exceda de lo particional será necesario la conformidad de los herederos, advirtiendo la Dirección General que si entre los mismos hay menores o incapaces, será necesaria la intervención de un defensor judicial si existiese conflicto de intereses con sus representantes legales (resolución de 18 de diciembre de 2002).

-Respecto al supuesto especial de pago en metálico de la legítima contemplado en el artículo 841 del Código Civil, ha señalado la Dirección General, en resolución de 18 de julio de 2016, dos importantes ideas: por una parte, que el pago en metálico puede hacerse con dinero extra hereditario; por otra, que la autorización notarial de la escritura no debe en modo alguno confundirse la aprobación notarial exigida por el artículo 843 del Código Civil. Señala en este sentido la resolución citada: "En el supuesto en que se proceda a su aprobación por el notario, esta aprobación notarial de la partición realizada por el contador a la que se refiere el artículo 843 del Código Civil es diferente a la autorización de la escritura de partición. A falta de norma expresa, la aprobación notarial prevista en el artículo 843 del Código Civil deberá regirse por el artículo 66 de la Ley del Notariado que en su apartado 1.d) se refiere a la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Esta aprobación notarial de la partición practicada por el contador-partidor supone un expediente específico de jurisdicción voluntaria, tramitado por notario competente (sea o no el mismo notario que autorice la escritura de partición) de acuerdo con los criterios de competencia que establece el artículo 66.2 de la Ley del Notariado, sin que rija el principio de libre elección de notario."

Del mismo modo, la intervención judicial en una partición por un motivo distinto al previsto en el artículo 843 del Código Civil no permite tener por cumplido el requisito de la obtención de la pertinente aprobación por el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia. Señala en este sentido la resolución de 22 de septiembre de 2017: "no puede presumirse que la aprobación judicial que se verifica para confirmar lo actuado por un defensor judicial en representación de un incapaz para cuya resolución se atiende a los intereses de dicha persona hayan sido debidamente garantizados, pueda servir para convalidar la adjudicación a favor de una persona distinta, ya que obedece a una finalidad diferente. Se trata de velar por intereses distintos en uno y otro caso. En uno se trata de una persona con capacidad modificada judicialmente y en el otro de una persona capaz con la particularidad de que va a recibir su porción hereditaria de una forma excepcional por medio de pago en metálico."

Además, se ha planteado la Dirección General el supuesto inverso, es decir, habiendo ordenado el causante el pago en metálico de la legítima, procede el contador partidor a adjudicar la herencia en los bienes que la integran por falta de numerario. Tal posibilidad es admitida en resolución de 11 de enero de 2018, con los siguientes argumentos: en primer lugar porque no nos encontramos ante esa situación especial de la adjudicación de la

empresa familiar; en segundo lugar porque no se ha utilizado la facultad de pago de legítima en metálico; en tercer lugar, porque no ha sido autorizado el contador-partidor para la venta de los bienes de la herencia a los efectos de hacer dinerario con el que pagar las legítimas y esto no cabe entenderlo de una forma genérica. Además, aun cuando estuviera autorizado para vender bienes hereditarios, en este supuesto de partición ordinaria, habiendo legitimarios, el contador-partidor necesitaría del consentimiento de éstos.

-Respecto a los legados, aun cuando corresponde al contador, con carácter general, la interpretación de la voluntad del causante, no puede éste reputar como ineficaz un legado sin que medie una previa declaración judicial en tal sentido (así, resolución de 26 de febrero de 2003). Y ello aun cuando el legado hubiese sido realizado en la disposición testamentaria al cónyuge del causante, y hubiese fallecido en estado de divorciado del mismo.

Respecto a los legados de mandas pías, no tiene el contador que ajustarse a las disposiciones del artículo 747 del Código Civil si se le ha autorizado para que determine el destino de los bienes. Señala en este sentido la resolución de 9 de septiembre de 2006, que "Dado que el artículo 675 del Código Civil exige atender ante todo a la voluntad de la testadora cuando ésta resulte claramente del testamento, no hay por qué someter al contador-partidor al «modo» de cumplir la voluntad de la causante que señala el artículo 747 cuando su mandante le ha autorizado expresamente a disponer lo que crea mejor. Autorizado como está el contador-partidor a realizar con el remanente de los bienes las mandas pías que tenga a bien, sólo podría rechazarse la adjudicación que el mismo hace en la escritura si no pudiera atribuirse a la misma la condición de «manda pía»."

Finalmente, que como señaló la resolución de 27 de febrero de 1982, para que la entrega de legados pueda tener lugar, "debe proceder la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no se perjudica por tanto la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues, al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal."

-Respecto a las disposiciones testamentarias condicionales, cabría incluir entre las funciones del contador la acreditación del cumplimiento o incumplimiento de condiciones a efectos de la práctica de inscripciones, siempre que se trate de hechos que queden acreditados, no de hechos susceptibles de valoración o de posible contradicción.

Por ello señala la resolución de 29 de enero de 2013 "La existencia o no de incumplimiento de la condición impuesta relativa a una conducta y atenciones de la legataria hacia el testador, no puede ser resuelta por la mera comunicación a la interesada de la decisión tomada por el propio contador-partidor, sobre todo a efectos de la práctica de determinada inscripción. Hay que tener en cuenta que nuestro sistema registral se basa en los principios de presunción de exactitud y de fe pública registral, en virtud de los cuales, la inscripción se convierte en inatacable respecto a terceros que hayan confiado en el contenido de los asientos registrales si cumplen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que requiere indudablemente que exista la previa calificación registral de legalidad que comprende no sólo los actos claramente ilegales sino los que determinan dudas sobre su eficacia o sobre la fijación de los hechos que constituyen una condición, como ocurre en este

caso, máxime cuando no consta el consentimiento de la persona mencionada en el testamento. Finalmente, la existencia de un burofax, del que deduce el recurrente una supuesta conformidad de la legataria en el incumplimiento de la condición, en nada modifica la solución dada. No vincula a la legataria lo partido sin su conformidad en escritura pública o sin que judicialmente se determine el incumplimiento de la condición, según consideran los interesados en la partición, ni tampoco el mero silencio respecto a la notificación por burofax.”

-De ser alguno de los herederos menores o incapaces, debe tenerse presente la regla del párrafo último del artículo 1057 del Código Civil, según la cual el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.

La infracción de esta norma, conforme a la resolución de 18 de diciembre de 2002, convierte la partición en anulable, siendo susceptible de inscripción la partición si concurre a su otorgamiento el representante legal del incapaz.

En todo caso, conforme a la resolución de 13 de noviembre de 1998, a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 1057 CC, el contador deberá indicar nominalmente quiénes han sido citados, sin que sea suficiente la mera afirmación genérica de que se ha cumplido dicho trámite.

Tratándose del procedimiento judicial de partición de herencia habrá que estar a la regla del artículo 783.4 del Código Civil, según la cual, “El Secretario judicial convocará también al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore”, circunstancia que debe ser objeto de calificación por el registrador, en cuanto que es una norma dirigida a salvaguardar la debida intervención en el procedimiento de un heredero del titular registral.

-Respecto a la posibilidad de adicionar la partición, señala la resolución de 13 de noviembre de 1998 que ante la omisión de algún bien de la herencia, el legislador prevé, no la rescisión de la partición, sino su adición o complemento, pero reputándose legalmente que la partición se ha realizado con estricta igualdad en las adjudicaciones, por lo que obviamente el nuevo bien deberá repartirse con la misma estricta igualdad.

-Respecto a la posibilidad de aclarar la descripción de las fincas, ha entendido la Dirección General en resolución de 19 de enero de 2017 que es una facultad que corresponder al contador, para adaptarlas a la realidad jurídica extrarregistral, facultad que le compete aun cuando se haya inscrito la partición, si no consta todavía en el Registro la aceptación del llamamiento sucesorio de los herederos.

-En cuanto a la posibilidad de prescindir de la intervención del contador, los herederos que tengan la libre disposición de sus bienes puedan partir la herencia prescindiendo del mismo, según ha reconocido el Centro Directivo, rectificando su muy criticada posición inicial negativa; e incluso ha calificado la Dirección General la partición de convencional si la actuación de contador es confirmada por los herederos. Señala en este sentido la resolución de 18 de diciembre de 2002 que la “intervención conjunta de comisarios contadores-partidores y herederos introduce un factor que, generalmente, salvo que la actuación de estos últimos se limite a aceptar la herencia, altera el carácter unilateral que

tiene la partición practicada por comisario, que no requiere de la aprobación por los herederos (vid. Resolución de 27 de diciembre de 1982), transformándola por lo general en un verdadero contrato particional”.

Pero sin embargo la ya citada de 18 de junio de 2013 parece sostener lo contrario, en un caso en que la viuda, por sí y en representación de su hija menor, había aceptado las adjudicaciones efectuadas por el contador. Pese a dicha aceptación, entiende que la partición es un acto unilateral del contador, probablemente porque en la aceptación de las adjudicaciones se incurría en contradicción de intereses

Dio pie a este cambio de criterio de la Dirección General el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de octubre de 1992, al afirmar que es incuestionable la premisa “de que los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, puedan, por acuerdo unánime de todos ellos ("nemine discrepante"), partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla”.

Premisa que en la LEC encuentra su reflejo en su artículo 789 según el cual: “En cualquier estado del juicio podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Cuando lo solicitaren de común acuerdo, deberá el Secretario judicial sobreseer el juicio y poner los bienes a disposición de los herederos.”

-Respecto a la distinción del cargo de contador con el albacea, conforme a la resolución de 12 de junio de 2014, el albacea podrá realizar los actos establecidos en los artículos 902 y 903 del Código Civil y poseerá las facultades que allí se establecen, entre las que no figura, a diferencia del contador, la de realizar la partición. Además, conforme a la resolución de 16 de octubre de 2015, el cargo de albacea puede recaer en una hija y heredera del causante, circunstancia que no puede concurrir en un contador.

-Finalmente, debe señalarse que desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria han recaído dos resoluciones que han tratado del régimen jurídico del nuevo contador partidario dativo. Así, la resolución de 30 de noviembre de 2016, que además de reiterar la posibilidad de inscripción de la partición bajo la condición suspensiva de aceptación del llamamiento sucesorio, trata el importante asunto de la citación a los interesados en la herencia. Señala al respecto el Centro Directivo: “Respecto a la citación a los interesados, si su domicilio fuere conocido, se presenta como un trámite esencial en el expediente regulado en el artículo 1057.2 del Código Civil por cuanto su omisión pudiera generar indefensión (cfr. Resoluciones de 13 y 22 de julio y 27 de octubre de 2016 en relación con el artículo 209 del Reglamento Notarial). Ahora bien, la concreta y específica forma de realizar dicha notificación debe quedar bajo la fe pública notarial de exclusiva responsabilidad del notario autorizante (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), pues no hay citación ni emplazamiento a titular alguno de derechos inscritos (cfr. artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria). En el presente expediente el notario manifiesta que dicha notificación a los interesados con domicilio desconocido, con individualización de quiénes son, se ha realizado por edictos, por lo que este defecto debe ser revocado.”

En segundo lugar, la resolución de 29 de enero de 2018, trata la aplicabilidad del artículo 1057.2 del Código Civil a las herencias cuyo causante tenga vecindad civil gallega y no vecindad civil común a fecha de su fallecimiento, afirmando que la materialización a través

de la modificación del Código Civil del régimen de contador partidor dativo, no evita el carácter procesal del procedimiento, por lo que no se debe impedir el acceso a esta posibilidad de aquellos cuya ley personal determina la sujeción a legislaciones forales, que en ningún caso tienen competencias sobre cuestiones procesales. Todo ello sin perjuicio de que subsistan tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria las particiones especiales contempladas en las legislaciones autonómicas con sus propios trámites y naturaleza, como particularidad foral, de carácter sustantivo.

IDEAS BÁSICAS DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Trataré a continuación dos aspectos básicos de especial importancia práctica: los documentos que deben aportarse para la inscripción de la partición, y el régimen de los recursos frente a la calificación del registrador:

DOCUMENTACIÓN A APORTAR

La inscripción de las operaciones particionales en el Registro de la Propiedad exigirá la aportación del título inscribible, acreditando el cumplimiento de los deberes fiscales (pues en otro caso se suspende incluso la calificación del documento), que en los supuestos de partición de herencia serán los relativos al Impuesto de Sucesiones y Donaciones y al Impuesto de Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Respecto al primero, ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 31 de agosto de 2017 que “tal deber queda cumplido si el documento presentado contiene nota firmada por el Liquidador del impuesto que acredite su pago, prescripción o exención, o nota al pie del título expresiva de la presentación de la autoliquidación correspondiente (no pudiendo en tal hipótesis suspender la inscripción so pretexto de error o deficiencia de la liquidación practicada), sin perjuicio de que el Registrador, si lo estima procedente, pueda poner en conocimiento de las autoridades fiscales lo que considere oportuno” Igualmente se considera exigible la aportación de la carta de pago correspondiente, como resulta de la resolución de 5 de agosto de 2013, según la cual “para que se les acredite el pago, exención o no sujeción, los registradores deberán exigir tanto la carta de pago (debidamente sellada), como la nota de justificación, no sujeción o exención que deberán ser emitidas por la Oficina Tributaria competente”.

Respecto al segundo tributo mencionado, habrá que estar a la correspondiente ordenanza fiscal, pues como ha señalado la resolución de 27 de noviembre de 2017 “de la regulación legal resulta que, en el ámbito de la autonomía local, las entidades locales pueden imponer o no este tributo con carácter voluntario de acuerdo con la ley estatal, así como reglamentar el tributo mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza fiscal”. Debe en todo caso advertirse que, de conformidad con la resolución citada, de exigirse autoliquidación en el caso de adquisiciones mortis causa por la entidad local, será necesario, para liberar el cierre registral el ejemplar original de la autoliquidación con la validación bancaria del ingreso y/o sello de las oficinas municipales.

Advertir finalmente que si el documento contuviese algún acto sujeto al gravamen gradual de actos jurídicos documentados (así, una declaración de obra nueva, una división horizontal), deberá acreditarse igualmente el cumplimiento de los deberes fiscales por este tributo, sin que obste a ello el hecho de que la gestión de ambos impuestos haya sido

transferida a la Comunidad Autónoma, de manera que un mismo organismo sea competente para liquidar los dos (así, resolución de 11 de abril de 2016).

Igualmente será necesario acompañar al título inscribible el título sucesorio, que será, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato o la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012; así como, conforme al artículo 76 del Reglamento Hipotecario, tratándose de herencia testada, el certificado de defunción y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.

En el supuesto de que el causante sea un extranjero, exige igualmente la Dirección General la aportación de un certificado del Registro de Actos de Última Voluntad o equivalente en el país de su nacionalidad o la justificación de su inexistencia por los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Esta doctrina ha sido matizada en la resolución de 10 de abril de 2017, afirmado que "en cuanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros, medida complementaria a la aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, en el contexto e-justice, parece sólo oportuno mantener la exigencia de la acreditación de la obtención de certificación diferente al de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad, que acreditare la existencia o no de disposición de última voluntad cuando de la valoración de los elementos concurrentes en la sucesión resultare que la ley aplicable fuere distinta de la española, imponiéndose la presentación de certificado o justificación de su inexistencia en el Estado cuya ley resultare aplicable a la sucesión o a la disposición de última voluntad (artículos 21, 22, 24 y 25 del Reglamento), sea o no la del Estado o Estados cuya nacionalidad ostentare el causante." Todo ello sin perjuicio de exigirse además la acreditación del derecho extranjero, si fuese una ley foránea la que rigiese la sucesión.

RECURSOS FRENTE A LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Una vez presentada la documentación en el Registro de la Propiedad, y acreditado el cumplimiento de los deberes fiscales anteriormente expresados, el registrador debe, en el plazo de quince días hábiles, bien inscribir el documento, bien proceder a emitir calificación negativa.

En este segundo supuesto, además de la posibilidad de ventilar ante los tribunales de Justicia sobre la validez o nulidad de los títulos de cuya inscripción se trate (artículo 66 de la Ley Hipotecaria), pueden los interesados aquietarse a la calificación y proceder a subsanar los defectos señalados, dejar caducar el asiento de presentación, o desistir del mismo aún antes de su caducidad, o bien intentar la revocación o revisión de dicha calificación, ya sea por la vía de los recursos potestativo o judicial del artículo 325 de la Ley Hipotecaria, o bien mediante la solicitud de calificación sustitutoria del artículo 19 bis de la misma Ley.

Desde una perspectiva práctica, en el supuesto de discrepar de la calificación registral, lo más recomendable es solicitar la calificación sustitutoria regulada en el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de registrador sustituto, pues en un plazo de quince días hábiles desde que se aporte la documentación al registrador sustituto se obtendrá una nueva calificación. De ser

esta nuevamente negativa, se podrá recurrir la primera calificación respecto de aquellos defectos confirmados por el registrador sustituto.

Entre el recurso judicial directo y el recurso gubernativo considero que ofrece menos inconvenientes prácticos el recurso frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, por varios motivos: a) su menor coste económico, sin que exista el temor a una posible condena en costas; b) el breve plazo de resolución, pues el Centro Directivo ha de resolver en el plazo de tres meses de la interposición del recurso c) subsiste lógicamente la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción civil la resolución de la Dirección General que desestime el recurso.

ESQUEMA DEL CERTIFICADO SUCESORIO

EUROPEO

GABRIEL ALONSO LANDETA. Registrador de la Propiedad de Fuenlabrada 2

Seminario del 7 de marzo de 2018.

MARCO LEGAL. Su régimen viene establecido en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones mortis causa y creación de un certificado sucesorio europeo, Capítulo VI, arts. 62 a 73. (RS), Reglamento de ejecución (UE) No 1329/2014 de la Comisión de 9 de diciembre de 2014 por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) no 650/2012, así como en la Disposición final 26ª Ley 29/2015 Cooperación Jca. Internacional

NATURALEZA.- No es un documento judicial, ni notarial, es un documento sui generis (tertium genus). Se trata de un instrumento público europeo.

- Es público porque está autorizado por alguna de las autoridades nacionales encargadas de emitir documentos sucesorios con arreglo a sus leyes nacionales, fundamentalmente jueces y notarios, con sujeción al régimen formal reglamentario europeo.

- Es europeo, porque se crea y se regula enteramente por una norma europea, el reglamento 650/2012. El certificado sucesorio no es un documento extranjero, es un documento europeo, y por tanto interno.

FINALIDAD. Es acreditar la condición de heredero, legatario o administrador de la herencia en otro Estado (solo para sucesiones transnacionales). No sustituye los documentos nacionales, aunque una vez emitido, producirá igualmente efectos en el Estado de emisión.(arts. 62 y 63 RS).

COMPETENCIA PARA EXPEDIRLO. Lo será el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes con arreglo a los arts 4, 7, 10 o 11. La autoridad competente, en general, será la autoridad del estado de la ley aplicable, sea ésta la de la residencia habitual o, previa elección, la de la nacionalidad del causante.

En cuanto a la autoridad nacional, lo será con carácter general la autoridad judicial, aunque también podrá serlo otra autoridad que con arreglo al derecho nacional sea competente para sustanciar sucesiones mortis causa: el notario, en la mayor parte de los casos.

EXPEDICION DE PUBLICIDAD FORMAL PARA LA CONFECCION DEL CERTIFICADO.- Las autoridades nacionales responsables de los registros públicos han de facilitar a la autoridad emisora del certificado el acceso a la información necesaria para confeccionar el certificado. Dicho acceso habrá de ser en las mismas condiciones que las que se ofrecen a las autoridades nacionales competentes para los mismos fines (art. 66.5 RS).

CONTENIDO DEL CERTIFICADO.- Aparece recogido en el art. 68, donde figuran todas las menciones que ha de contener. Este precepto se complementa con el modelo anexo de certificado aprobado en el Reglamento de Ejecución 1329/2014 de la Comisión europea. En dicho reglamento se recoge el CSE con un cuerpo general y además cinco anexos que habrán

de cumplimentarse en cada caso, todos, algunos o ninguno, relativos a los herederos, legatarios, administrador, régimen económico matrimonial,...

Es de destacar que no podrá ser objeto del certificado los derechos que al cónyuge viudo corresponden en la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que están excluidos del ámbito de la ley y del certificado. No obstante, la reciente sentencia del ECJ C-558/16 Caso Mahnkopf de 1 marzo 2018 permite que la cuota en que se incrementa la cuota hereditaria del cónyuge como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal figure en el certificado, ya que conforme al art. 1371 del BGB alemán, dicha cuota, no obstante provenir de la liquidación del régimen económico matrimonial tiene naturaleza sucesoria.

Por otra parte, no podrán ser objeto de incorporación directa al certificado la adjudicación de bienes concretos al heredero cuando ésta provenga no directamente del título sucesorio, sino del acto ulterior de partición.

REGIMEN DE CIRCULACIÓN DEL CERTIFICADO.- El certificado surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial alguno. No precisa por tanto un procedimiento especial de reconocimiento, el reglamento elude utilizar esta expresión (art. 69-1 RS). Además, desde el punto de vista de la legalidad formal extrínseca, el certificado no precisa de legalización, apostilla ni ningún otro trámite ulterior formal (art. 74 del RS). Respecto de la traducción, el certificado se emitirá en de acuerdo con el modelo anexo plurilingüe (el requisito de la traducción es un requisito registral art. 36 RH).

-La autoridad emisora conservará el original y expedirá copia auténtica del certificado.

-La copia auténtica tiene un plazo de validez de seis meses. En ellas se hará constar el plazo de expiración. Excepcionalmente el plazo podrá ser prorrogado, y así se hará constar.

EFFECTOS DEL CERTIFICADO.- El reglamento dota al certificado de unos efectos muy fuertes. Conforme a lo establecido en el artículo 69 del RS, el certificado produce los siguientes efectos:

1) Efecto probatorio. Se presumirá que el certificado prueba los extremos acreditados conforme a la ley de la sucesión o a cualquier otra ley aplicable (a la forma testamentaria por ejemplo). Que quien aparezca como heredero o legatario tiene esa cualidad y los derechos a ella inherentes sin más limitaciones que las consignadas en el certificado (art. 69.2 RS). La presunción que establece esta norma tiene *carácter iuris tantum*, en línea con el carácter revisable del certificado, si bien vincula a las autoridades nacionales y a los particulares.

2) Efecto liberatorio. Se presumirá que cualquier persona que efectúe pagos o haga entrega de bienes a la persona designada en el certificado para recibirlos, ha tratado con persona autorizada para ello, salvo que no actúe de buena fe (art. 69.3 RS).

3) Efecto legitimador. Se considera que quien adquiere de trata con persona que en el certificado aparezca con facultades para transmitir bienes de la herencia ha adquirido ha tratado con persona facultada para disponer de los bien (art. 69.4 RS).

4) Efecto registral. El certificado sucesorio será título inscribible (art. 69.5 RS y 14 LH). Lo analizaremos más adelante con más detalle.

El art. 69 del RS constituye una norma material que no remite a las disposiciones nacionales, sino tiene un significado autónomo europeo. La protección al tercero es independiente del

título de adquisición (oneroso o gratuito). En todo caso para que se produzca los efectos liberatorios y legitimadores (párrafos 3 y 4º) es preciso que el tercero actúe de buena fe, buena fe entendida de manera autónoma, tal como lo establece la norma del art. 69 El efecto legitimador del párrafo 4º no determina, sin embargo, la adquisición efectiva del derecho por el tercero, pues esto es cuestión que corresponde al derecho interno decidir. Aunque habrá de tomarse en consideración los efectos atribuidos por la norma al certificado, será en definitiva la ley interna la que determine la preferencia, por ejemplo, en caso de conflicto entre el Registro y el contenido del certificado. El certificado no determina un modo de adquisición del derecho, materia reservada a la ley interna.

EXAMEN ESPECIAL DE LA INSCRIPCIÓN DEL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.-

Según el artículo 69.5 el certificado será título inscribible. En la actualidad el art. 14 LH ya lo recoge como título específico sucesorio inscribible.

El certificado sucesorio constituye por sí solo el título sucesorio inscribible, no habrá de acompañarse al mismo el testamento ni el certificado de defunción (es dudoso que haya de acompañarse el del RGAUV nacional ex art 78 RH).

El CSE, sin embargo, puede no ser suficiente para lograr la inscripción. El reglamento excluye de su ámbito la naturaleza de los derechos reales así como la publicidad registral inmobiliaria y, por tanto, no determina los requisitos necesarios para la inscripción, que serán los que exige la *lex registrationis*. Tan sólo contiene dos mandatos, que se acepte el CSE como título inscribible, y que para ello no haya que reiterar aquellos hechos, declaraciones y demás circunstancias que están acreditados por el propio certificado, esto es, evitar duplicidades. Sin embargo, si la *lex registrationis* demandare requisitos adicionales, éstos han de ser cumplidos.

El certificado sucesorio deberá ser objeto de calificación como cualquier documento inscribible, si bien siendo un *tertium genus*, no es documento judicial ni escritura notarial, el ámbito de calificación también es especial.

Ámbito de la calificación del certificado:

-Respecto del contenido del certificado mismo, es dudoso que pueda calificarse las declaraciones y estados que recoge, si bien podrá calificarse la congruencia de sus propias declaraciones (en materia de competencia o ley aplicable por ejemplo); también podrá calificarse en los elementos que quedan excluidos del ámbito del reglamento, como el régimen económico matrimonial o la capacidad personal del heredero (Caso Mahnkopf); igualmente ha de calificarse la naturaleza de los derechos que se adjudiquen y aplicar, en su caso, la adaptación de derechos (art. 31 RS y art 61 LCJI).

-Respecto del título de transmisión, pueden plantearse cuestiones acerca de la aplicación de las reglas registrales: Sentencia ECJ de 17 de octubre 2016 Caso Kublicka C -218/16. Síntesis doctrina: la *lex successionis* regula la transmisión del derecho, la exclusión relativa a la naturaleza de derechos reales no comprende el modo de transmitir (método de transferencia). Sobre la segunda cuestión.- la exclusión en materia de registro comprende los requisitos y efectos de la inscripción del derecho, pero no los requisitos de la adquisición que se rigen por la *lex causae*.

- La exigencia de requisitos adicionales, tanto desde el punto de vista formal, acreditación del pago de impuestos, como sustantivos, la necesidad de concretar la cuota global del

heredero sobre bienes concretos. En este sentido, es dudoso que la partición, cuando sea necesaria, pueda venir subsumida dentro del certificado sucesorio. Habrá de calificarse igualmente la naturaleza del derecho que la *lex successionis* atribuye al heredero, pues la naturaleza del derecho real está excluida del reglamento.

-Respecto de los obstáculos que surjan del Registro, habrá de calificar el tracto sucesivo, por supuesto, así como cualquier limitación o restricción impuesta al derecho y previamente inscrita y, en general, habrá que confrontar el CSE con el historial registral de la finca.

-Finalmente, por razón del bien, éste se sujeta a los requisitos nacionales y, por tanto, todos son exigibles, licencias de segregación, permisos de edificación, representación gráfica...

RECTIFICACIÓN, MODIFICACIÓN, ANULACIÓN DEL CERTIFICADO SUCESORIO.

La autoridad emisora, bien de oficio o a instancia de persona que demuestre un interés legítimo, podrá rectificar, modificar o anular el certificado, lo que deberá comunicar inmediatamente a todos aquéllos a quienes se hubiere entregado copias del mismo.

La decisión de la autoridad emisora podrá ser recurrida ante el órgano judicial. Igualmente podrá ser recurrida la decisión de denegar la expedición del certificado (en España el Juez de 1ª Instancia del lugar de residencia oficial del notario y se sustancia por los trámites del juicio verbal según Disp Final 26.16 de la Ley 29/2015). A resultas de la decisión que adopte, el Órgano judicial podrá ordenar la expedición, anulación o rectificación del certificado lo que notificará inmediatamente a los interesados que tuvieren copias.

Tanto el la autoridad emisora del certificado como el órgano judicial que conozca del recurso contra la decisión del anterior, podrán acordar la suspensión de efectos del certificado, en caso de que proceda su rectificación, modificación o anulación, o mientras se decida sobre dichas cuestiones (art. 72 RS).

El sistema es notablemente imperfecto, sobre todo a la vista de los potentísimos efectos que tiene la copia del certificado sucesorio, (en la práctica parecido a un título valor). Por ello se está trabajando en la creación de un registro público europeo de certificados sucesorios, a fin de dotar de publicidad a estas circunstancias.

CASOS PRÁCTICOS

CONCLUSIONES SEMINARIO CER MADRID

Por Luis Delgado Juega, Enrique Américo Alonso y Ernesto Calmarza Cuencas.

Las presentes conclusiones recogen las reflexiones que surgen en las sesiones del Seminario que se celebra periódicamente en el Centro de Estudios Registrales de Madrid. Su intención es profundizar en la problemática planteada y difundir unas opiniones de carácter meramente orientativo, sin afectar en modo alguno a la independencia de cada registrador en el ejercicio de la función calificador, pero que hacen públicas con la finalidad de contribuir a la formación de criterios jurídicos sobre la materia trata.

- ✓ ACTA 201 LH. RECTIFICACIÓN SUPERFICIE
- ✓ ACTA REAUNIDACIÓN TRACTO SUCESIVO
- ✓ ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS
- ✓ DERECHO DE REVERSIÓN
- ✓ DESCRIPCIÓN FINCA
- ✓ DOCUMENTO ADMINISTRATIVO
- ✓ DONACIÓN
- ✓ FONDO DE INVERSIÓN
- ✓ HERENCIA
- ✓ HIPOTECA
- ✓ HIPOTECA. CANCELACIÓN
- ✓ HIPOTECA. EJEUCIÓN
- ✓ IMPUESTOS
- ✓ OBRA NUEVA
- ✓ PROHIBICION DE ENAJENAR
- ✓ PROPIEDAD HORIZONTAL
- ✓ RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO
- ✓ REGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL
- ✓ URBANISMO
- ✓ USUFRUCTO

ACTA 201 LH. RECTIFICACIÓN SUPERFICIE.

En un procedimiento del artículo 201 LH el notario ha notificado a los titulares de las fincas colindantes. Éstos (derecha e izquierda) contestan por burofax oponiéndose a la georreferenciación de la parcela del promotor, exponiendo sus razones. Uno de ellos, ante la falta de contestación por el notario, envía un segundo burofax pidiendo confirmación de la recepción. El notario aprueba el acta en la que transcribe los tres burofaxes y hace constar que las alegaciones y oposiciones presentadas no las ha tenido en cuenta porque no se han presentado por el conducto correcto.

En el expediente del artículo 201 LH para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral, el notario deberá notificar la tramitación a los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente (regla quinta del apartado 1 del artículo 203 LH, por remisión). Si la finca colindante está constituida en régimen de propiedad horizontal, bastará la notificación al Presidente, por analogía con la norma del artículo 199 LH.

La finalidad de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, por ello la notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en este tipo de procedimientos, que siempre deberá ser calificado por el registrador.

En cuanto a la forma de hacer las notificaciones, ha señalado la RDGRN de 7 de noviembre de 2017 que la notificación ha de efectuarse «en la forma prevenida en esta Ley», remisión que debe entenderse hecha al Título VI LH en el que se regulan los procedimientos para la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral y, en concreto, en el artículo 199 LH que dispone que «la notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203». Y esta forma de notificación también deberá ser objeto de calificación registral, de tal manera que no resultaría admisible una notificación edictal sin acreditar dos intentos previos de notificación personal.

Conforme a la regla sexta del artículo 203 LH, si se formulase oposición por cualquiera de los interesados, con expresión de la causa en que se funde, el notario dará por concluso el expediente y archivará las actuaciones, dando cuenta inmediata al registrador, y dejando abierta para el promotor la vía judicial. La regla no sujeta a ningún formalismo la realización de estas alegaciones, limitándose a señalar que cualquier interesado podrá hacer alegaciones

ante el notario y aportar pruebas escritas de su derecho durante el plazo de un mes. Por eso no se alcanza a comprender que el notario justifique el rechazo de las alegaciones por no haberse realizado por el conducto correcto y, sin embargo, las incorpore íntegramente en el acta. Téngase en cuenta que no parece aplicable a estas notificaciones las reglas del artículo 202 y concordantes del Reglamento Notarial, según parece deducirse de la resolución de 7 de noviembre de 2017 citada a la vista del artículo 206 RN.

En cualquier caso se concluyó que, con independencia de las razones que hayan llevado al notario a desatender esas alegaciones, resultando documentada en el acta presentada la oposición de unos colindantes debe calificarse negativamente, denegando la inscripción, pues, conforme a la ley, debió de haberse cerrado el expediente y archivado las actuaciones.

Por último se señaló que, aunque el notario levante acta accediendo a la pretensión del solicitante, ésta, como todo documento que pretenda su acceso al Registro, está sujeto al control de legalidad o calificación del registrador (artículos 18, 201 y 203 LH).

Por ello, además de controlar a quién y cómo se han practicado las notificaciones y la falta de oposición de cualquier interesado, el registrador deberá calificar también:

- Que no albergue dudas fundadas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Según RDGRN de 21 de noviembre de 2017 las dudas de identidad al comienzo del procedimiento no impiden continuar con la tramitación de mismo. Por ello el registrador debe de expedir la certificación y manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas. .

- La representación gráfica catastral o alternativa debe también ser objeto de calificación registral, para evitar que coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, o la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas.

ACTA REAUNIDACIÓN TRACTO SUCESIVO

Se presenta un acta notarial de reanudación del tracto sucesivo interrumpido tramitada con sujeción a la nueva normativa de la Ley 13/2015, respecto de un piso cuya última inscripción de dominio tiene más de 30 años (1977).- Se pregunta por las siguientes cuestiones:

- 1.- ¿Es necesario que el notario autorizante realice una manifestación expresa de notoriedad, es decir, de que entiende acreditado por el promotor su dominio sobre la finca en virtud de los documentos y pruebas practicadas, o basta con que se limite a señalar los trámites que se han seguido y a remitir el acta al registro, "a fin de que el Registro verifique, si se estima procedente, la inscripción"?

2.- ¿Es necesario que se haya notificado la instrucción del acta de notoriedad a todos los herederos de los titulares registrales, o basta que únicamente se notifique personalmente a una persona que dice serlo (hijo), si bien lo fue "con el encargo expreso de hacer llegar su contenido a los coherederos interesados en la misma sucesión"?

3.- ¿Es necesario acreditar la notificación, personal o por edictos, dirigida expresamente a las personas de las que procedan los bienes (los que vendieron a los padres de los promotores en 1979) o a sus causahabientes, o "sus intereses han de entenderse irrelevantes a los efectos el procedimiento ya que precisamente se ha promovido el expediente por la imposibilidad de obtener su colaboración o por la inutilidad de la misma"?

4.- ¿Esas personas de las que procedan los bienes son los titulares extra registrales anteriores a los promotores (sus propios padres) o las personas que vendieron a los mismos?

El expediente para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional y de interpretación restrictiva: supone una excepción a los principios básicos del sistema que presuponen el necesario consentimiento del titular registral o la resolución judicial dictada en procedimiento declarativo entablado contra él para cualquier rectificación del Registro (cfr. artículos 1, 20, 38, y 82 de la Ley Hipotecaria).

En cuanto a la primera pregunta se manifestaron dos posiciones. La primera consideró que era necesaria esa manifestación expresa de notoriedad. Entendió que el inciso del artículo 203.1 regla sexta, que hace referencia a que en caso de falta de oposición "*levantará el Notario acta accediendo a la pretensión del solicitante, en la que se recogerán las incidencias del expediente, los documentos aportados, así como la falta de oposición por parte de ninguno de los posibles interesados, y remitirá copia al Registrador para que practique, si procede, la inmatriculación solicitada*", al que se remite la regla segunda del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, pone de manifiesto la necesidad de que el notario a la vista de las pruebas practicadas haga una valoración expresa de la solicitud realizada. Otros, sin embargo, tomando en consideración la regulación que hace el Reglamento Notarial de las actas de notoriedad en las que se exige, si el notario estimare justificada la notoriedad pretendida, una declaración expresa al respecto (cfr. arts 208 cuatro, y 209 bis 6ª del Reglamento Notarial) y de las que contemplaba la Ley Hipotecaria, en su anterior redacción, para el expediente de dominio, que también concluía con una declaración expresa del juez (cfr. artículo 201 regla 5ª de la Ley Hipotecaria) y para las actas de notoriedad por parte del notario (cfr. art. 203, regla 7ª de la Ley Hipotecaria), entendieron no necesaria esa manifestación expresa de notoriedad, bastaba la conclusión del expediente para su remisión y calificación por parte del registrador.

En cuanto a la segunda pregunta, la resolución de 23 de mayo de 2016, doctrina confirmada por la de 3 de abril de 2017, se refiere a estas notificaciones en los siguientes términos: "*Dependiendo de que la inscripción sea de menos o más de treinta años de antigüedad la notificación sólo podrá ser personal o también edictal (cfr. art. 208 Segunda 4ª de la Ley Hipotecaria)... Respecto de la necesidad de citar al heredero del titular registral, el artículo*

208 de la Ley Hipotecaria, en su apartado segundo, tres, establece que «junto a los interesados referidos en la regla quinta del apartado 1 del artículo 203, deberá ser citado en todo caso quien aparezca, según la última inscripción vigente, como titular del dominio o derecho real cuyo tracto interrumpido se pretende reanudar o, si consta fallecimiento de este, sus herederos, debiendo acreditar el promotor tal extremo y la condición e identidad de éstos. Este apartado debe ser interpretado conjuntamente con el apartado segundo, cuarto, del mismo artículo, cuando dispone que «cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, la citación al titular registral o sus herederos deberá realizarse de modo personal. Armonizando adecuadamente ambos apartados, debe entenderse, que cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos. Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también puede ser por edictos, sólo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada» Partiendo de esta doctrina, resulta claro, cuando se trate de inscripciones de menos de treinta años de antigüedad, que la notificación a los herederos debe ser personal, mientras que cuando tenga más de treinta años la notificación podrá ser edictal; sólo será nominal cuando conste su identidad de la documentación aportada. La forma en que ha procedido el notario no permite entender cumplidas las exigencias previstas en los preceptos examinados. Ni siquiera ha notificado por edictos a los herederos desconocidos. Ha hecho una mera notificación personal a uno de ellos "con el encargo expreso de hacer llegar su contenido a los coherederos interesados en la misma sucesión".

En cuanto a la tercera pregunta, se consideró que sí que había que proceder a la notificación por tratarse de una exigencia del artículo 203 regla quinta a la que se remite la regla segunda del artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Este último precepto no excluye la notificación. Por otra parte, en los supuestos en los que el título invocado para justificar la adquisición es privado, es relevante la notificación: los notificados pueden alegar la falsedad del mismo y la inexistencia de la transmisión pretendida.

En cuanto a la última pregunta, se consideró que la notificación debía realizarse a los que vendieron los bienes.

ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Acuerdo extrajudicial de pagos. En el historial registral de la finca constan practicados los siguientes asientos:

-Inscripción de hipoteca, con nota marginal de expedición de la certificación de cargas de febrero de 2013.

-Anotación preventiva de iniciación del procedimiento extrajudicial de pagos, con el nombramiento y aceptación del mediador concursal. La anotación se practicó en diciembre de 2.015 y se comunicó al Juzgado donde se estaba ejecutando la hipoteca. El acuerdo extrajudicial de pagos lo solicita una persona natural no empresario.

Se presenta ahora el decreto ejecutando la hipoteca y adjudicando la finca, así como el mandamiento de cancelación de cargas. Se acompaña el acta de solicitud de designación de mediador concursal para el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, en la que consta una diligencia con el siguiente tenor literal: “Con fecha siete de marzo de dos mil dieciséis, dadas las circunstancias, especialmente el transcurso del plazo de dos meses, previsto en el artículo 242, bis, número 9 de LC, la notificación de la mediadora, en el sentido de la imposibilidad de continuar en el procedimiento, y la no presentación de un acuerdo extrajudicial de pagos, doy por terminada la presente acta, que notificaré telemáticamente al registro público concursal y al juzgado de primera instancia de Móstoles”. “Advierto a los interesados de la obligación de presentar copia de esta acta en el Registro de la Propiedad al objeto de solicitar la cancelación de las correspondientes anotaciones preventivas.”

Se consideró que es deber del registrador consultar el contenido del Registro Público Concursal, como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 25 de abril de 2016, según la cual: “el registrador en su calificación no tiene necesariamente que limitarse a la pura literalidad del artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria en cuanto a los medios o elementos de calificación consistentes en los documentos presentados y en los asientos del Registro, sino a su interpretación conforme a la realidad social y a la finalidad y principios del propio Registro como consecuencia del ámbito del procedimiento y tratamiento de datos por la imparable introducción de nuevas tecnologías que hacen insostenible esa pura literalidad del precepto, teniendo en cuenta además los principios de facilidad probatoria y proporcionalidad, así como los constitucionales de eficacia, legalidad y tutela del interés público, que permiten que tenga en cuenta el contenido de otros Registros a los que pueda acceder el registrador por razón de su cargo.”

De resultar de la consulta al citado Registro que el deudor hubiese sido declarado en situación de concurso, deberá procederse a calificar la documentación presentada conforme a las disposiciones de la Ley Concursal, conforme a la cual, si el deudor se encontrase en fase de liquidación (en este sentido, el artículo 242 bis de la Ley Concursal prevé la apertura directa de la fase de liquidación en caso de no adoptarse un acuerdo extrajudicial de pagos), corresponde la competencia para la ejecución de la garantía real al Juzgado de lo Mercantil, conforme al artículo 57.3 de la Ley Concursal.

En otro caso, es decir, de no constar la declaración de concurso ni en el historial registral de la finca ni el Registro Público Concursal, debe procederse a la inscripción del decreto de

adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas, que conllevará la cancelación de la anotación preventiva de iniciación del procedimiento extrajudicial de pagos. Y ello porque el inicio del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, que se realiza por la sola voluntad del deudor, no puede producir otros efectos que los legalmente previstos, es decir, la suspensión de la ejecución por un plazo de dos meses (art. 242 bis de la Ley Concursal).

Es cierto que la Ley Concursal prevé que, de no adoptarse el acuerdo, se inste la declaración de concurso, pero tal declaración no es en modo alguno automática, sino que deberá acordarse por el Juzgado de lo Mercantil si entiende que concurren los presupuestos legales, y el auto que lo acuerde producirá sus efectos desde su fecha (artículo 21 de la Ley Concursal).

Rige además en el Registro de la Propiedad el principio de rogación, por lo que el deudor no podría alegar con posterioridad a la práctica de la inscripción una situación de concurso cuya constancia registral no hubiese solicitado, sin perjuicio de la responsabilidad, en su caso, de quien hubiese omitido comunicar al Registro Público Concursal una situación de insolvencia.

DERECHO DE REVERSIÓN

¿Es posible la cancelación de los derechos de reversión que nacen de una expropiación urbanística con el certificado de recepción de las obras por el Ayuntamiento?

Se analizaron las resoluciones de 30 de marzo y 13 de octubre de 2016. Esta última resolución plantea la cancelación de la mención registral relativa a la expectativa o derecho de reversión expropiatorio en el caso de ejecución de las obras para las que se realizó la expropiación. No basta para la cancelación la ejecución de las obras y el transcurso de diez años desde la conclusión de las mismas. Además, deberá acreditarse el mantenimiento de la afectación durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio. Todo ello partiendo del artículo 54.2 b) de la Ley de Expropiación Forzosa. Para la resolución, el medio oportuno para cancelar el derecho de reversión en estos casos es la certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso–administrativa, lo cual podrá acreditarse por la propia certificación administrativa, cuyo fundamento legal deriva directamente de los artículos 1, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria.

Se estudió el artículo 47, en sus apartados 1 y 2, del Texto Refundido de la Ley del Suelo. Según el artículo 47.2 a) procede el derecho de reversión para ejecutar una actuación de urbanización, tratándose de expropiaciones urbanísticas, cuando hayan transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido. Partiendo de este precepto se mantuvieron dos posturas. La primera consideró que la norma no presentaba una singularidad

más que en el plazo para ejecutar la obra. Para que no hubiese derecho de reversión además era necesario la afección de las mismas durante al menos otros diez años siguiendo el criterio general. La segunda consideró que el artículo 47.2 a) establecía una regulación específica del derecho de reversión en los supuestos de ejecución de obras de urbanización. Una vez concluidas estas en el plazo de diez años desaparece el derecho de reversión. Esta posición consideró que el artículo 47.1 c) refuerza esta tesis al excluir el derecho de reversión si se alterara el uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística, en el caso de haberse producido la expropiación para la ejecución de una actuación de urbanización.

Mayoritariamente se consideró más acertada la primera interpretación, por lo que se concluyó que en el supuesto de hecho planteado debía acreditarse la ejecución de la obra y el mantenimiento de ésta durante diez años en la forma indicada en la resolución

DESCRIPCIÓN FINCA.

En el Registro figura inscrita una finca con la correcta descripción del suelo y una edificación. La edificación se describe como casa de dos pisos de 50 m² cada una destinadas a vivienda, tiene además un garaje y un desván. Dado que no consta la superficie del garaje y del supuesto desván ¿procede suspender la escritura de compraventa del dominio presentada, donde se describe la finca tal y como consta en el Registro?

No se apreció ningún obstáculo para la inscripción de la compraventa puesto que la descripción de la finca que se hace en el título, aún incompleta en algunos detalles, coincide con la previa inscripción registral. La finca figura inscrita en el Registro con la superficie de la parcela y la omisión de la superficie del desván y del garaje no puede considerarse defecto impositivo, sin perjuicio de los requisitos que deban exigirse si algún día se pretende completar la descripción con la superficie de estas dos plantas. La constancia registral de la superficie de las edificaciones, como dice la RDGRN de 13 de diciembre de 2017 citada en el enunciado, exigirá el cumplimiento de aquellos requisitos exigidos por la legislación urbanística cuya verificación consta expresamente encomendada a la calificación registral.

Otra cosa sería que faltara la superficie de la finca, cuestión que no debe parecer anómala en fincas inmatriculadas pues, hasta la reforma reglamentaria que entró en vigor en el año 1959, no era de constancia obligatoria. Desde ese año, la regla 4^a del artículo 51 RH dice que la medida superficial se expresará en todo caso y con arreglo al sistema métrico decimal. Sin embargo, el artículo 9 LH no se pronunciaba en términos tan imperativos y solo exigía la constancia de la superficie si constare en el título. Ha sido recientemente, con la reforma introducida por la Ley 13/2015, cuando el artículo 9 LH se refiere a la situación física detallada de la finca, con los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie, la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada

gráficamente con el Catastro, además de la constancia del archivo del Libro del Edificio cuando fuera exigible.

Respecto de estas fincas que carecen de superficie de solar la doctrina DGRN ha señalado que, si bien no puede decirse que sea equiparable a una finca no inmatriculada, lo cierto es que la inscripción de la superficie de una finca que hasta este momento no la tenía consignada en su historial registral tiene cierta entidad inmatriculadora (RDGRN de 25 de junio de 2015), por lo que para completar la descripción debería acudir a un medio inmatriculador. Esta solución parece muy razonable cuando el titular registral quiere completar la descripción de la finca ya inmatriculada para hacer constar su extensión superficial, pues no bastará con su manifestación. Pero la doctrina DGRN va más allá (RDGRN de 21 de octubre de 2015, 13 de diciembre de 2016 y 13 de diciembre de 2017), y exige que se complete la descripción con la superficie de la finca siempre que se pretenda practicar una inscripción asiento posterior en el folio real de una finca que conste inmatriculada sin expresión de su superficie (salvo supuestos de anotaciones de embargo o demanda o similares donde no interviene el titular registral). Sin embargo, si se admite el embargo sobre este tipo de fincas, ¿no debe admitirse la inscripción de la adjudicación posterior derivada del mismo procedimiento, aun cuando no conste la superficie? ¿Se va a considerar defecto que en el decreto de adjudicación no conste este dato? ¿En tanto se tramita el procedimiento apropiado para hacer constar la extensión superficial va a quedar desprotegido el adjudicatario?

Por otro lado, como medios para subsanar esta omisión la DGRN apunta el procedimiento regulado en el artículo 199 LH, estrictamente registral, o el notarial previsto en el artículo 201 LH. El problema que pueden plantear estos expedientes es que no lleguen a buen término por oposición de los colindantes, provocando que el adquirente de la finca se vea totalmente desprotegido por tener, según esa doctrina, vedado su acceso al Registro, obligándole a pasar por un procedimiento judicial (adviértase que en el expediente notarial la oposición de los colindantes es motivo de cierre del acta, artículo 203 por remisión del 201). Es lógico que, en ese caso, no pueda hacerse constar la extensión superficial de la finca, como ocurriría en cualquier otro supuesto de rectificación de cabida cuyos expediente haya resultado fallido, pero parece excesivo que el adquirente no pueda inscribir el dominio sobre una finca que, aún de manera imprecisa, consta ya inscrita en el Registro de la Propiedad, operando plenamente principio de legitimación registral. Parecería más lógico, de acuerdo con su propia doctrina, que la DGRN apuntara al procedimiento del artículo 205 LH, que prevé notificaciones al poseedor de hecho, a los titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca, a los propietarios de las fincas registrales y catastrales, al Ayuntamiento en que esté situada la finca, además de la publicación del edicto en el BOE, las cuales deben realizarse una vez practicada la inscripción y no antes. Naturalmente, el registrador deberá comprobar previamente la falta de previa inmatriculación de todo o parte de la superficie y, respecto de

este dato, no resultaría protegido el tercer adquirente hasta transcurridos dos años desde su fecha la inscripción, conforme al artículo 207 LH.

DOCUMENTO ADMINISTRATIVO.

DOCUMENTO ADMINISTRATIVO. FACULTAD CERTIFICANTE. Certificaciones de acuerdos de la Junta de Gobierno en municipios de gran población. Se plantea la aplicación del artículo 126.4 de la Ley de Bases de Régimen Local que prevé la figura del "concejal-secretario" con facultades para certificar acuerdos de la Junta de Gobierno local. El tema afecta en aquellos instrumentos urbanísticos cuya aprobación no corresponda al Pleno. Ese artículo está en el Título X de la Ley, al que se remite el artículo 92 bis de la misma para grandes municipios, incluidos Madrid y Barcelona y se complementa con la DA 8ª de la misma Ley. Se prevé que el "concejal-secretario" tenga un órgano de apoyo, que será un funcionario de administración local con habilitación nacional, que le asistirá y archivará y custodiará las actas. El Estatuto del Ayuntamiento de Madrid recoge la figura en el artículo 126.4 de la Ley sin aclarar nada más.

La pregunta es si puede expedir la certificación de los acuerdos el citado "concejal-secretario" sin que de algún modo aparezca la firma del funcionario de apoyo, o esa "asistencia" supone algo más ¿firma en la certificación a modo de visto bueno, necesidad de expresar que ha emitido su opinión, o alguna otra?

Concejal Secretario de la Junta de Gobierno.- En virtud de lo dispuesto en el art. 126.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) corresponde al Concejal miembro de la Junta de Gobierno, que haya sido designado por el Alcalde como Secretario de la misma, redactar las actas de las sesiones y certificar sobre sus acuerdos.

Funcionario de Habilitación nacional, titular del Órgano de apoyo a la Junta de Gobierno.- Conforme al mismo precepto anterior, corresponden a este funcionario, entre otras funciones, las siguientes:

La asistencia al concejal-secretario de la Junta de Gobierno Local.

.../...

c) El archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones.

d) Velar por la correcta y fiel comunicación de sus acuerdos.

Por otra parte, la Disposición adicional octava de la LRBRL, en su apartado d), atribuye a este funcionario las funciones de fe pública de los actos y acuerdos de los órganos unipersonales y **las demás funciones de fe pública, salvo aquellas que estén atribuidas al secretario general del Pleno, al concejal secretario de la Junta de Gobierno Local** y al secretario del consejo de administración de las entidades públicas empresariales, sin perjuicio de que pueda delegar su

ejercicio en otros funcionarios del ayuntamiento. Conforme a lo dispuesto en el art. 2 del RD 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, *la función de fe pública comprende:*

.../...

e) *Certificar de todos los actos o resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de los órganos colegiados decisorios, así como de los antecedentes, libros y documentos de la Entidad.*

.../...

g) *Anotar en los expedientes, bajo firma, las resoluciones y acuerdos que recaigan.*

.../...

A la vista de esta regulación, puede concluirse que, para el caso de aprobación de instrumentos urbanísticos, es correcto que el certificado del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno lo expida y firme el Concejal Secretario, con el visto bueno del Alcalde, en su caso, (según el art. 205 del ROF – Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre).

Al funcionario de habilitación de carácter nacional, titular del órgano de apoyo, como tarea propia de la asistencia al Concejal-Secretario, le competiría la confección del certificado, lo cual se refleja materialmente rubricándolo al margen, pero no siempre los Ayuntamientos lo hacen así y no es un requisito de validez.

Asimismo es función propia del funcionario titular del órgano de apoyo, diligenciar el expediente con su firma, anotando el acuerdo recaído, En los instrumentos de planeamiento o ejecución urbanística, se hace habitualmente con un sello con la fecha de aprobación que se estampa en todas las páginas de que conste el documento aprobado y firma el funcionario titular.

También entra dentro de sus funciones la comunicación del acuerdo, por lo que podría firmarse por él el correspondiente oficio de remisión del certificado correspondiente que se remita al Registro de la Propiedad.

Si el Registro lo requiriese, también le competiría a este funcionario, certificar sobre la designación del Concejal Secretario de la Junta de Gobierno.

Y por último, debe tenerse en cuenta, que al corresponderle la función de fe pública de certificar de los antecedentes, libros y documentos de la Entidad, una vez que el Concejal Secretario asistente a una sesión de la Junta de Gobierno haya redactado y firmado el acta

correspondiente, siempre podrá el titular del órgano de apoyo, certificar sobre el contenido de dicho documento. Habitualmente, los certificados sobre acuerdos de Juntas de Gobierno recién celebradas se expiden para su constancia en los expedientes por el Concejal Secretario que ha asistido, pero los que sea necesario expedir al cabo del tiempo, se hacen por el funcionario, que certifica sobre la constancia del acuerdo en el correspondiente Libro de Actas.

Para mayor información se puede consultar el documento que tiene publicado el Ayuntamiento de Madrid sobre el ejercicio de las funciones de fe pública en el siguiente enlace: <https://sede.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Promocionales/Normativa/deccompJUN17.pdf>

DOCUMENTO JUDICIAL.

Inscripción del fallo de un sentencia judicial. En un procedimiento seguido ante un Juzgado de Primera Instancia se declaró la nulidad de un préstamo multidivisa, declarándose en el fallo el deber de reintegración de las prestaciones con los intereses legales, lo que a su vez conllevará la cancelación registral de la hipoteca “una vez que se haya cumplido por las partes los efectos de la nulidad acordada”. La citada sentencia fue objeto de recurso de apelación, por haber omitido el juez pronunciarse sobre la nulidad de un segundo préstamo hipotecario concedido para refinanciar el préstamo multidivisa.

La sentencia dictada en apelación acordó:

-Declarar la nulidad relativa por error en el consentimiento del préstamo hipotecario otorgado xxxx (el préstamo multidivisa) y, en consecuencia, la mutua reintegración de las prestaciones, con los intereses legales desde las fechas de las respectivas entregas de numerario y cancelación registral de la hipoteca.

-Declarar la nulidad relativa, por vicio del consentimiento, del préstamo hipotecario (el segundo préstamo), con mutua reintegración de las prestaciones incrementadas con los intereses legales desde las respectivas entregas de numerario, y cancelación registral de la hipoteca.

Resulta además relevante señalar que el hecho de que la cancelación debía practicarse una vez que se haya cumplido por las partes los efectos de la nulidad acordada, no fue una decisión del fallo judicial que fuese objeto del recurso de apelación. Se cuestiona si debe procederse a la cancelación de las hipotecas, o si debe solicitarse aclaración sobre si debe acreditarse con anterioridad la restitución de las prestaciones.

Se consideró mayoritariamente que debe solicitarse aclaración, pues existen dudas razonables que impiden determinar si con la documentación presentada se solicita por el órgano judicial la inmediata cancelación de las hipotecas declaradas nulas, o si bien dicha cancelación debe practicarse una vez se haya cumplido por las partes el deber de restitución recíproco, en cuyo caso la cancelación registral exigiría la acreditación de dicho deber.

Así, mientras la sentencia de primera instancia señala con total claridad que la cancelación se practicará una vez se hayan cumplido por las partes los efectos de la nulidad que se acuerda, la sentencia de apelación alude en primer lugar al deber de mutua reintegración de las prestaciones, y posteriormente a la cancelación de la hipoteca. No subordina expresamente esta segunda sentencia la cancelación registral a la mutua restitución, pero el hecho de que la cancelación debía practicarse una vez que se haya cumplido por las partes los efectos de la nulidad acordada, no fue una decisión del fallo judicial que fuese objeto del recurso de apelación presentado por la parte demandante, y conforme al artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso.

La necesidad de aclarar si la sentencia calificada ordena la inmediata cancelación de la hipoteca es un requisito, en consecuencia, necesario para practicar el asiento solicitado. En este sentido, ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, resolución de 21 de julio de 2011) que no es posible la práctica del asiento solicitado si la resolución judicial no permite conocer exactamente el ámbito, extensión y alcance de la cancelación ordenada.

En un sentido análogo, ha señalado la resolución de 24 de mayo de 2017, que “Si indiscutible es el deber de los registradores de cumplir las resoluciones judiciales firmes, también lo es su deber y potestad calificadora de verificar que todos los documentos inscribibles cumplen las exigencias del sistema registral español, entre las que está la debida determinación del asiento, en nuestro caso a cancelar, de acuerdo al ámbito de calificación reconocido, en cuanto a documentos judiciales en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. La calificación registral de los documentos judiciales se extiende necesariamente a la congruencia de los mismos con la situación registral vigente en el momento en que se pretende su inscripción por lo que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos o documentos judiciales cancelatorios (Resolución de 28 de febrero de 1977 y muchas otras posteriores).”

Se señaló por algún compañero que la aclaración debería llegar en la ejecución de la sentencia, si bien otros entendieron que aun cuando la restitución que conlleva la declaración de nulidad puede motivar un procedimiento de ejecución, la declaración de nulidad en sí, que puede conllevar la cancelación de hipoteca, es un pronunciamiento declarativo, que no conlleva ejecución, conforme al artículo 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DONACIÓN

DONACIÓN Y ANULACIÓN. Se trata de dos escrituras presentadas por el mismo presentante: la primera es de donación otorgada en marzo 2014 y la segunda es una escritura “anulación de la donación” otorgada en abril 2014. En la primera escritura figura una nota

extendida por el notario de la que resulta que en virtud de la segunda se ha dejado sin efecto la donación.

La donación es de la nuda propiedad de un bien privativo del padre a sus cinco hijos. En la escritura de anulación donante y donatarios manifiestan que *"rescinden y dejan sin efecto la donación"*. En diligencia de aclaración de mayo del mismo año, nuevamente comparecen todos los interesados y manifiestan: *"habiendo incurrido en un error en cuanto a la voluntad de transmitir del donante don... a sus hijos,..., es por lo que formalizaron la escritura de anulación, que por la presente es objeto de aclaración [...] Don.... [donante] manifiesta que su voluntad era que la donación efectuada produjese sus efectos después de su fallecimiento (donación mortis causa) y no transmitir de presente la nuda propiedad. Que los hijos y donatarios manifiestan que su voluntad era aceptar la donación pero para que produjera todos sus efectos al fallecimiento de su MADRE y no de presente. Que habiéndose producido un error esencial en las condiciones principales que habían motivado la donación (artículo 1.265 y 1.266 del Código Civil), se realizó la anulación que por la presente se diligencia, aclarándose que en consecuencia, dicha donación carece de validez y eficacia alguna, retrotrayéndose los efectos al momento en que se otorgó el consentimiento, existiendo causa de nulidad por error en las condiciones principales que motivó su otorgamiento, al faltar uno de los requisitos esenciales para la existencia del contrato (artículo 1.261 del Código Civil), al haberse sufrido un error esencial en el consentimiento prestado por las partes, quedando anulada la transmisión realizada, y retrotrayéndose, por tanto, los efectos al momento en que se realizó dicho otorgamiento."*

Se plantearon como problemas del supuesto de hecho los siguientes: 1) ¿Puede tenerse en cuenta la segunda escritura presentada para calificar la primera; 2) En caso afirmativo: ¿qué valor debe dársele a la anulación pretendida?; 3) ¿Deben inscribirse ambas escrituras, la primera o ninguna?; 4) ¿Nos encontramos ante una donación mortis causa o inter vivos con eficacia post mortem?

En relación a la primera cuestión se trajo a colación la doctrina de la Dirección General en cuanto a calificación de documentos pendientes de despacho. De esta doctrina resulta que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, siempre y cuando no se desnaturalice el principio el de prioridad obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título (Resolución de 2 de octubre de 1981, 1 de junio de 1993 y 1 de diciembre de 2014, entre otras). En este caso la escritura de donación inicial y la de rectificación posterior había sido otorgada por los mismos interesados, por lo que se consideró mayoritariamente que no podían considerarse títulos contradictorios sino complementarios y susceptibles de calificación conjunta. Por otra parte, la reciente resolución de 10 de enero de 2018, en un supuesto en el que en una escritura de compraventa el notario hacía constar por nota en la misma que mediante otra escritura otorgada ante el mismo fedatario con posterioridad la compraventa había quedado resuelta, el registrador tiene

que exigir ese otro documento para calificar el primero. La resolución argumenta, partiendo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que "*al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes; es decir, los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil)*"

En cuanto a la anulación pretendida en la segunda escritura, la redacción se consideró sumamente confusa. Originariamente se indicaba que los interesados rescindían y dejaban sin efecto la donación. En principio, la resolución de 24 de mayo de 2002, en un supuesto similar, acepta esta posibilidad. Sin embargo, la cuestión se complica en la diligencia de aclaración. En ella el donante manifiesta que su voluntad era que la donación produjese sus efectos después de su fallecimiento y que no se transmitiese la nuda propiedad donada hasta ese momento. Se entendió que ello conducía a la donación mortis causa. La resolución de 5 de abril de 2016, siguiendo la de 21 de enero de 1991 y numerosa jurisprudencia, sintetiza las características básicas de estas donaciones: las donaciones mortis a que se refiere el artículo 620 del Código Civil se rigen por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, son revocables, no transmiten el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria. Sin embargo, la manifestación de los hijos en la diligencia conduce a otra conclusión: lo que se difería la fallecimiento era la efectividad de la donación al aceptar los hijos la donación, aceptación que sería totalmente incoherente en una donación mortis causa. Ello conduciría a la donación inter vivos post mortem en las que la eficacia del negocio se sujeta a la condición del fallecimiento del donante. Para complicar más la cuestión se hace referencia a la madre, lo que es totalmente incongruente con el contenido de la escritura.

Por todo ello se consideró que era precisa una aclaración de la escritura de subsanación para soslayar las dudas que presentaba el supuesto de hecho, siendo lo procedente suspender la inscripción de ambos documentos.

Algunos compañeros entendieron que por estricta aplicación del principio de prioridad que obliga al registrador a despachar los documentos por riguroso orden de presentación debería inscribirse la escritura de donación inicial y suspender la segunda escritura hasta que fuese objeto de aclaración.

EMBARGO.

Sobre una finca se tomó anotación preventiva de embargo preventivo ordenada por la recaudación municipal. Posteriormente se inscribió la venta de la finca.

Ahora se presenta mandamiento de conversión de anotación preventiva de embargo preventivo en embargo ejecutivo, dictado dentro del plazo de vigencia de la medida cautelar. La diligencia de embargo se notificó al deudor pero no al adquirente.

El artículo 81.4 c) de la Ley Tributaria permite el embargo preventivo como una de las medidas cautelares que puede adoptar la Hacienda Pública que cesará a los seis meses (cfr. art. 81.4 de la Ley General Tributaria) salvo que se convierta en embargo en el procedimiento de apremio que tendrán efectos desde la fecha de adopción de la medida cautelar (cfr. art. 81.6 a) de la Ley General Tributaria)

Partiendo de estas premisas, de la publicidad del embargo preventivo y que el embargo definitivo es el mero desenvolvimiento de la medida cautelar originariamente adoptada que retrotrae sus efectos a la fecha de la misma, se consideró que bastaba para practicar la anotación de conversión la notificación al deudor y titular registral originario. La notificación al tercer poseedor podía tener lugar a posteriori a la vista de la certificación que debe expedirse al practicar la anotación de conversión (84.2 del Reglamento General de Recaudación).

FONDO DE INVERSIÓN.

Una finca está inscrita a nombre de un fondo de inversión. Ahora se presenta una escritura de compraventa en la que vende una sociedad (no la sociedad gestora). Para legitimar su actuación, se explica en la comparecencia una serie de vicisitudes: cambio de denominación, transformación del fondo en una sociedad de inversión inmobiliaria y transformación de dicha sociedad en una sociedad anónima. El problema que se plantea es si es necesaria la presentación del título de transformación, por aplicación del principio de tracto sucesivo al ser persona distinta -se pasa de patrimonio separado a persona jurídica-, o bien resulta suficiente con la información que emana del Registro Mercantil.

Las transformaciones estructurales de las sociedades, a través de las operaciones de fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra (cfr. artículos 22, 68, 69 y 81 de la Ley 3/2009, de 2 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil (cfr. artículos 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley 3/2009), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias.

A diferencia de la fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos en la transformación de una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica (cfr. 3 de la Ley 3/2009 de 2 de abril).

El artículo 3.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva considera como posibles Instituciones de Inversión Colectiva – IIC- a los fondos de inversión:

patrimonios separados sin personalidad jurídica. La Ley regula las IIC inmobiliaria, entre los cuales se encuentran los fondos de inversión inmobiliaria, que son aquellos de carácter no financiero que tienen por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. El artículo 38.3 permite la inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes al fondo en el Registro de la Propiedad a su nombre.

La Ley prevé la transformación de las Instituciones de Inversión Colectiva en otras Instituciones de Inversión Colectiva. Cabe que un fondo de inversión de esta naturaleza se transforme en una sociedad de inversión de la misma naturaleza. Ciertamente el fondo carece de personalidad jurídica y cuando se transforma en sociedad aparece un nuevo ente con personalidad. Pero la Ley parte de la ficción de que es posible esta opción, igual que admite la fusión o escisión de un fondo por otro o la fusión o escisión por una sociedad siempre que ambos sean de inversión colectiva (art. 26 de la Ley 35/2003).

Por ello, se consideró que, constando inscritas las operaciones de transformación en el Registro Mercantil, no era necesario exigir el título en virtud del cual se verificó esta operación: su régimen jurídico hay que asimilarlo al de una transformación de sociedad.

Algún compañero planteó que podía asimilarse este supuesto a un supuesto de tracto abreviado como cuando los herederos enajenan conjuntamente una finca que aparece inscrita a nombre del causante.

Distinto de los fondos de inversión que son IIC, se encuentran los fondos de titulización de activos, regulados por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Estos también son patrimonios carentes de personalidad jurídica integrados, en cuanto a su activo, por los derechos de crédito, presentes o futuros, que agrupan de conformidad con lo previsto en el artículo 16. Se admite que puedan adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho. Pueden inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización (cfr. art. 16.3 de la Ley). La Ley no prevé la transformación, fusión o escisión de estos fondos.

HERENCIA

CASO1.- PARTICIÓN DE HERENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL DEL MENOR cuando los bienes heredados se excluyen de la administración paterna (artículo 162 3º y 164.1 CC). Examen RDGRN de 4 de diciembre de 2017 (BOE 27 de diciembre). Intervención de una madre en representación de un menor en escritura de aceptación y partición de herencia cuando se ha excluido a la madre de la administración de los bienes que forman parte de la herencia y existe nombrado un administrador para dichos bienes.

Se trata de una escritura de adjudicación de herencia en la que una de las herederas es una menor que está representada por la madre. En el testamento del causante la madre que ejerce la patria potestad ha sido excluida expresamente de la administración de los bienes de la hija y se nombra un administrador de los bienes de la menor para este supuesto.

Los problemas que se plantean son los siguientes:

- 1) ¿La exclusión de las facultades de administración del artículo 164.1 del Código Civil alcanza a los actos de aceptación y partición de la herencia del causante que ha impuesto la exclusión?
- 2) ¿Qué ocurre cuando se ha nombrado un administrador testamentario y además se ha excluido expresamente al progenitor sobreviviente de la administración de determinados bienes, se nombra además administrador de los mismos y este renuncia al cargo o por cualquier causa cesa en el mismo? ¿es necesario proceder al nombramiento de administrador judicial prevista en el artículo 164.2 o el progenitor recupera la representación legal en cuanto a los bienes excluidos?

Para resolver la primera cuestión, la Dirección General parte de que el administrador de los bienes del menor nombrado en testamento, al que aluden los artículos 164.1 y.2 y 227 del Código Civil, en ningún caso es un representante legal con funciones generales, no siendo equiparable su posición ni a la de los padres, cuya representación legal de los hijos es una consecuencia de una relación de filiación natural o adoptiva, ni al tutor, nombrado con intervención judicial, no pudiendo interpretarse extensivamente el alcance de sus funciones ni invadir las que corresponden al representante legal del menor que coexisten con las del administrador.

La Dirección General considera que tanto la aceptación de la herencia como las operaciones particionales en nombre y representación de un menor están excluidas del ámbito de actuación del administrador. Los actos de aceptación de herencia y partición de bienes no son propiamente actos de administración de los bienes de la herencia, sino actos previos a la adquisición de dichos bienes, con potenciales importantes repercusiones para los menores, que pueden alcanzar, en virtud de la responsabilidad personal de los herederos por las deudas de una herencia aceptada pura y simplemente o del importe de las cargas de la misma, con especial relevancia de las fiscales, a bienes del patrimonio del menor distintos de aquellos a los que la administración se referiría, lo que es demostrativo de su naturaleza distinta a la de simples actos de administración de los bienes que se hayan atribuido al menor.

En cuanto al segundo problema planteado, la Dirección General considera que cuando además de nombrarse por el causante un administrador testamentario, se excluye a los progenitores expresamente de la administración de dichos bienes, puede defenderse que esta última previsión tiene un alcance propio, distinto del estricto nombramiento de administrador, de manera que, si por cualquier motivo cesase o no se constituyese la administración testamentaria, el representante legal no recuperaría sus naturales funciones, sino que sería

preciso acudir a la figura del administrador judicial prevista en el artículo 164.2 del Código Civil (aplicado analógicamente a este supuesto)

CASO 2.- Un señor fallece en estado de soltero, sin ascendientes ni descendientes, y sin haber otorgado testamento. En auto de declaración de herederos se declaran herederos a un hermano y a varias estirpes de sobrinos. Varios sobrinos renuncian a la herencia, y otro de los sobrinos está en paradero desconocido. Se tramita un procedimiento de división de herencia en un juzgado y se designa un contador partididor que elabora un cuaderno particional. Como sólo hay una finca en el inventario de bienes, se adjudica esa finca al hermano y a los sobrinos que no han renunciado -entre ellos el que está en paradero desconocido- en proporción a su cuota en la herencia. Pero los herederos a través de un procurador remiten un escrito al juzgado solicitando que se adjudique toda la finca al hermano del causante, y que éste compense a cada uno de los sobrinos con la cantidad que a cada uno le corresponde, que es la misma cantidad en la que estaba valorada la cuota indivisa de finca adjudicada a cada uno de ellos. Y solicitan al juzgado que la parte del que está en paradero desconocido ingrese a su favor en la cuenta de consignaciones del Juzgado. El Letrado de la Administración de Justicia dicta un decreto en cuya parte dispositiva se aprueban las operaciones divisorias del causante realizada por el contador y "se adjudica el inmueble" sito en la calle... a favor de don... (el hermano) abonando este a los coherederos ...la cantidad de ...constando expresamente que en lo referente a la cantidad a favor de don ... (el sobrino sin paradero conocido) "no ha lugar a su ingreso en la cuenta de consignaciones, debiendo don... (el hermano del causante al que se le adjudica la finca) entregar dicha cantidad al ausente en caso de ser hallado".

Se plantean como cuestiones, 1) los problemas derivados de que uno de los herederos esté en paradero desconocido; 2) la decisión del letrado de no proceder a la consignación de la cantidad correspondiente al ausente; 3) la necesidad de protocolización de las operaciones particionales, que no se ordena en la resolución presentada.

Se advirtió, como cuestión previa, la necesidad de distinguir entre los tres tipos de contador-partididor reconocidos en nuestro ordenamiento, cada uno de ellos con un régimen jurídico distinto: el contador partididor designado por el causante en su testamento, el contador partididor dativo, y el contador partididor designado en un procedimiento judicial de división de herencia.

En el supuesto planteado nos encontramos ante un contador partididor designado en un procedimiento judicial de división de herencia, por lo que la partición debe regirse por los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De los hechos relatados se advierte que la resolución recaída no se ajusta en modo alguno al procedimiento legal, pues, de conformidad con la legislación procesal, en el supuesto de que los herederos se opongan a la partición efectuada por el contador, no está previsto que el Letrado de la Administración de Justicia realice directamente la partición, sino que es el contador quien ha de hacer en las operaciones divisorias las reformas convenidas, que serán posteriormente aprobadas.

Respecto a las cuestiones planteadas se señaló:

- La necesidad de exigir que se acreditase la comparecencia del Ministerio Fiscal, pues el mismo ha de representar conforme al artículo 783 LEC, a los ausentes cuyo paradero se ignore.
- Respecto a la decisión del letrado de no proceder a la consignación de la cantidad correspondiente al ausente, se consideró mayoritariamente que era una cuestión no susceptible de calificación si el procedimiento judicial de división de herencia hubiese seguido la tramitación legal prevista (lo que no resulta de los hechos relatados), así como si se hubiese adoptado tal decisión con audiencia del Ministerio Fiscal, que debe representar al ausente.
- En cuanto a la necesidad de protocolización de las operaciones particionales se sostuvieron dos posturas: los partidarios de exigir la protocolización, por estar legalmente prevista en el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (postura que sigue la doctrina más reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así, resolución de 1 de febrero de 2018); los partidarios de no exigir tal protocolización si no es ordenada por el letrado de la Administración de Justicia, al cumplir la resolución judicial que aprueba las operaciones particionales el principio de titulación pública exigido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, criterio que fue el seguido por la propia Dirección General en resolución de 27 de marzo de 2014.

CASO 3.- Se presenta una escritura de herencia. En el testamento, el causante lega el usufructo universal a su cónyuge e instituye heredera universal a su hija. En el momento del fallecimiento está divorciado. En la escritura comparece su ex-cónyuge, sólo en representación de su hija, la heredera. Se adjudica todos sus bienes a la heredera sin indicar nada en relación al legado de usufructo universal que ni siguiera se reseña. En el denominado "cuaderno particional" que se protocoliza no aparece por ningún lado la referencia al legado, se llega a decir que no hay legados.

Dado que el legado no ha sido objeto de revocación posterior y subsiste: ¿no debería reseñarse que se renuncia al mismo para adjudicar los bienes libres del legado o al menos que se considera que dadas las circunstancias la voluntad del causante era la vinculación de dicho legado a la condición de cónyuge?; ¿debe ser objeto de aclaración la escritura a fin de evitar posibles errores en la adjudicación o se sobreentiende con la comparecencia del ex-cónyuge esta circunstancia aunque sólo sea en representación del heredero?

Se trajeron a colación las resoluciones de la Dirección General que han tratado supuestos similares a éste como la de 11 de noviembre de 1998. Esta resolución considera que debe prevalecer el contenido del testamento en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad (arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793 del Código civil) sin perjuicio de que pueda acreditarse que la verdadera voluntad del causante era supeditar el legado a la condición de cónyuge del legatario. Si bien tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria ajena al procedimiento registral y de recurso gubernativo, o bien reconocida por todos los interesados.

Partiendo de este esquema básico se mantuvieron dos posturas. La primera consideró que la comparecencia del ex cónyuge viudo y legatario en representación de la hija heredera, con omisión en la escritura de cualquier reseña al legado, ponía de manifiesto que las interesadas –heredera y legataria- interpretaban que la voluntad del causante era clara: la disposición se hizo atendiendo a la condición de cónyuge del legatario

La otra entendió que la escritura inducía a confusión. A lo largo de toda la escritura se omitía cualquier referencia al contenido del legado; la escritura adolecía de falta de tecnicismo, se hacía referencia a partición de herencia, cuando se trataba de heredero único; el denominado cuaderno particional indicaba que no había legados sin especificar razón alguna su exclusión. Por todas estas razones se consideró que debía aclararse el porqué de esta omisión: error por creer que el divorcio produce la extinción automática del legado, renuncia previa del legatario o que esa era la verdadera voluntad del causante.

CASO 4.- Doña M fallece en estado de soltera y bajo testamento en el cual, tras declarar que sus padres han fallecido y que carece de descendientes, manifiesta:

1ª. Ser propietaria de un piso en Madrid que describe y “ordena que la citada finca sea vendida y que el dinero resultante del precio de la venta sea distribuido en los siguientes legados a los sobrinos de la testadora...”. A continuación nombra una serie de sobrinos con el porcentaje que les lega.

2ª Instituye herederos en la misma proporción que en la cláusula 1ª a los legatarios enumerados en dicha cláusula.

3ª Nombra albacea y contador-partidor con las más amplias facultades a un señor (efectuar operaciones particionales, adjudicación de bienes, etc.) con la facultad expresa de vender la vivienda y entregar los legados establecidos.

Se presenta escritura de aprobación, ejecución y protocolización de operaciones particionales por la que, con la única comparecencia del contador partidor, ratifica y eleva a público el cuaderno particional suscrito por él solo. En éste, respecto de la finca en cuestión, dice: “El albacea contador partidor hace entrega de los legados y deja adjudicada la herencia causada al óbito de Doña M, por título de entrega de legados y herencia testada y con carácter privativo para cada uno de ellos, pendiente de su aceptación, en la siguiente proporción (igual a la señalada por el causante)”.

¿Violenta esta forma de adjudicación la voluntad del causante que claramente ordena la venta del inmueble? ¿Sería necesaria alguna explicación, por ejemplo, circunstancias del mercado, que justifique esta interpretación del testamento? Si se procediera a la inscripción, pendiente de la aceptación de los legatarios ¿deberían éstos consentir la venta que en su día se haga? ¿O debe entenderse que se trata de una “adjudicación en vacío” para legitimar la venta que posteriormente hará el albacea contador partidor por sí solo, teniendo en cuenta que estas adjudicaciones como vía para completar el tracto sucesivo registral no es posible ni necesaria?

No hubo discrepancias en entender, dados los términos tan tajantes del testamento, que la voluntad de la testadora es que la finca, que describe perfectamente, se venda y que se reparta

el precio entre los legatarios en función de la proporción fijada. Cualquier otra opción, como la adjudicación que se hace pro indiviso entre ellos, se alejaría de la voluntad del causante y, por lo tanto, de las facultades que legitiman la actuación del contador-partidor.

Ni siquiera se admitió que pudiera éste justificar su decisión de no vender, adjudicando la finca por cuotas indivisas a los legatarios, en la dificultad de cumplir el encargo por las circunstancias del mercado u otras similares, lo que, por otra parte, no hace en ningún momento. En el supuesto de hecho de la RDGRN de 19 de abril de 2013 se aceptó, en contra del criterio del registrador, que el contador partidor pudiera no proceder a la venta de los bienes y adjudicar la finca a los legatarios, cuando las circunstancias puedan aconsejar no proceder a su venta de los bienes. Pero el supuesto era radicalmente diferente al que ahora nos ocupa pues mientras en aquél se había facultado al contador para vender el piso y distribuir el producto de la venta entre los legatarios designados, en éste la testadora ordena claramente que la finca sea vendida. La DGRN pudo concluir en aquella resolución que no podía interpretarse que la testadora hubiera ordenado que debieran de venderse ineludible e inexorablemente los bienes, a diferencia de lo que ocurre ahora donde la voluntad de la causante es clara en cuanto que ordena al contador partidor la venta del bien y el posterior reparto del precio obtenido.

Lo que ha hecho el contador partidor adjudicando la finca a los legatarios, además de vulnerar el mandato del testador, implica que ha finalizado su función de modo que si, por hipótesis, llegara a inscribirse la adjudicación, aún sujeta a la condición suspensiva de la aceptación por los legatarios, la venta ulterior deberá ser consentida y realizada por estos mismos, decayendo la facultad que tenía aquél para realizarla por sí solo.

En cuanto a una posible inscripción a favor de los legatarios, de carácter puramente formal, para legitimar la formalización de la posterior venta, se dijo que el albacea contador partidor expresamente facultado para enajenar podrá hacerlo por sí sólo, habiendo sólo herederos voluntarios. De existir herederos forzosos, la doctrina mayoritaria y la DGRN se inclinan por exigir el consentimiento de éstos para la enajenación. En nuestro caso no existen estos herederos forzosos por lo que la inscripción de la finca a favor de los legatarios, aún sujeta a la condición suspensiva de la aceptación, es totalmente innecesaria.

Pero tampoco sería posible su acceso a los libros registrales pues, en estos supuestos de adjudicaciones “en vacío”, no se produce ninguna transmisión del dominio en favor de los legatarios, ya que la finca no ha salido del patrimonio del causante. Cuando se celebre la compraventa, la finca saldrá del patrimonio del causante e ingresará directamente en el del comprador. El contenido de la cláusula debatida lo que contiene, en realidad, es un mandato de realización de la venta, de modo que carece de contenido económico, traslativo y jurídico real alguno por lo que tiene vedado su acceso al Registro por el artículo 20 párrafo cuarto LH.

Así se desprende también de la doctrina DGRN (recogida ampliamente en la RDGRN de 23 de noviembre de 2017) cuando señala que la vigente legislación registral no permite, en vía de principio, una inscripción de dominio en favor de alguien que propiamente no es titular dominical y que sólo ostenta determinadas facultades de actuación. No son supuestos de tracto abreviado, sino de gestión y disposición de derecho ajeno. Las inscripciones de las adjudicaciones hereditarias “en vacío” en el Registro de la Propiedad no es posible ni necesaria para legitimar la formalización de la venta a favor de quien compró al causante

CASO 5.- Se trata de unas actas de declaración de herederos abintestato de dos cónyuges a favor de sus hijos. De los certificados del RGAUV resulta que ambos cónyuges otorgaron testamento el mismo día. El notario autorizante de las actas se limita a decir que, por razones de fuerza mayor, no ha sido posible obtener copias autorizadas de los testamentos. Con las actas se acompañan copias simples de los testamentos, con el contenido típico en estos casos: legado recíproco del derecho de usufructo universal e institución de herederos por iguales partes en favor de los hijos.

Como requisito necesario para la tramitación del acta de declaración de herederos abintestato, el artículo 56 de la Ley del Notariado dispone: En todo caso deberá acreditarse el fallecimiento del causante y que éste ocurrió sin título sucesorio mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, o, en su caso, mediante documento auténtico del que resulte a juicio del Notario, indubitadamente, que, a pesar de la existencia de testamento o contrato sucesorio, procede la sucesión abintestato, o bien mediante sentencia firme que declare la invalidez del título sucesorio o de la institución de heredero.

De conformidad con este precepto, se entendió de forma unánime que las únicas causas que permiten la apertura de la sucesión intestada, existiendo otorgado un acto de última voluntad, son las legalmente previstas en el artículo 912 del Código Civil.

La concurrencia de tales causas debe acreditarse mediante documento auténtico o sentencia firme, que no constan incorporadas al acta. El simple hecho de existir causas de fuerza mayor que impiden obtener copias autorizadas de los testamentos no es una causa legal para la apertura de la sucesión intestada, debiendo, de haberse destruido o deteriorado el protocolo, seguirse el procedimiento previsto en el artículo 280 del Reglamento Notarial para su reconstitución.

HIPOTECA.

CASO 1.- En suelo industrial se declaró la obra nueva de un edificio que se constituyó en régimen de propiedad horizontal, formando locales y plazas de garaje. Los locales se describen, en lo que aquí nos interesa, como URBANA: NÚMERO 543. MÓDULO PRIMERO D

DEL PORTAL 7 DEL EDIFICIO 5, perteneciente al conjunto inmobiliario denominado, ubicado en la parcela TC-2 del sector SI-4 "La Raya Industrial". Local señalado como primero D del Portal 7 del EDIFICIO 5 situado en la Planta primera, tiene su acceso por la zona común de comunicación y acceso de dicha planta.

Cuando se declaró la obra nueva, la licencia de edificación se sujetó a la siguiente condición: "La licencia de construcción establece **CONDICIONES PARTICULARES**, entre ellas, la siguiente **condición particular de uso**: Se prohíbe expresamente el uso residencial como uso asociado al terciario comercial." Esta condición figura en toda la publicidad formal que se proporciona de todas y cada una de las fincas resultantes de la división horizontal.

Lo cierto es que, a pesar de esta previsión, estos locales se están destinando en la práctica a viviendas. Con motivo de la financiación de su adquisición en algunos casos las escrituras de formalización del préstamo hipotecario hacen constar expresamente el carácter de vivienda habitual que tiene la finca hipotecada. ¿Supone esto un obstáculo para la inscripción? ¿O no deja de ser una manifestación de destino que, puesto que no altera el contenido del Registro, no impide la inscripción?

Según recoge la RDGRN de 22 de enero de 2015, la Ley 1/2013 ha desplegado un sistema de protección de los deudores hipotecarios de carácter gradual, estableciendo distintos grados de protección a través de diversas medidas (de diferente intensidad) para diferentes supuestos:

- a) En un primer nivel de protección, la norma protectora es de carácter universal (con independencia de que la finca gravada sea o no una vivienda): por ejemplo, en la nueva regulación del vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en el caso de la imposición del límite mínimo del 75 % de la tasación para el tipo de subasta (artículo 682.2.1.º de la misma Ley);
- b) En un segundo nivel de protección, la norma se aplica sólo si la finca hipotecada es la vivienda habitual (con independencia de la finalidad del préstamo). Por ejemplo, los supuestos de los artículos 21.3 de la Ley Hipotecaria, y 575 y 671 de la Ley Procesal Civil, y
- c) Finalmente, en un tercer nivel de protección, la norma exige no sólo que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del deudor, sino que además el préstamo o crédito garantizado debe tener como destino o finalidad financiar la adquisición de la misma vivienda habitual hipotecada. Este es el caso del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (límite de los intereses de demora), y de los demás citados anteriormente.

Según la nueva redacción del artículo 21.3 LH, en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. La doctrina DGRN ha entendido que la referencia a si la vivienda es habitual o no debe de estar en toda hipoteca de vivienda de persona física (RDGRN de 19 de diciembre de 2013); y no es necesaria en caso de hipoteca de vivienda de persona jurídica (RDGRN de 17 de diciembre de 2013). Además esta manifestación expresa acerca de del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada se exige, ya sea la vivienda titularidad del deudor o, en

su caso, del hipotecante no deudor, ya que en ambos casos puede tener transcendencia dicha manifestación.

Es evidente pues, que en el supuesto planteado no es exigible manifestación alguna sobre la habitualidad de la vivienda, puesto que la finca no tiene esta naturaleza. Ahora bien, esto no obsta a que se pueda hacer por el deudor prestatario, titular de la finca hipotecada, una manifestación de destino de uso en tal sentido, que deberá recogerse en la inscripción, aplicándose desde entonces todas las medidas tuitivas establecidas por la Ley. Debe tenerse en cuenta, por un lado, que tal manifestación no produce en modo alguno ninguna modificación de la calificación urbanística del inmueble. Y, por otro, permitirá que el deudor pueda acogerse a unas medidas protectoras más beneficiosas en caso de ejecución. El objetivo de esta manifestación de destino no es otro que el permitir aplicar en el ámbito de la ejecución hipotecaria las medidas protectoras del deudor hipotecario introducidas en la nueva ley, sin necesidad de adicionar trámite alguno al procedimiento. Se trata en definitiva de una manifestación que, al no alterar el contenido del Registro y tener como finalidad establecer un régimen más beneficioso para el deudor hipotecante en caso de ejecución, no debe reputarse como defecto que impida la inscripción. Sin perjuicio, como apuntó algún compañero, de la conveniencia de hacer la oportuna advertencia en la nota de despacho acerca de la condición de la finca hipotecada, según el Registro

CASO 2.- En una escritura de préstamo hipotecario se pacta un tipo de interés ordinario variable y se pactan una serie de bonificaciones en función de unas condiciones que debe cumplir el prestatario. Al regular dichas bonificaciones se indica que las mismas quedarán sin efecto desde el momento en que el deudor incumpla sus obligaciones de pago. En la cláusula de interés de demora se pacta "un interés igual al resultado de sumar un extratipo del dos por ciento nominal anual al interés retributivo exentos de bonificación y anteriormente señalado y vigente el día de vencimiento de cada cuota no atendida, con el límite máximo de tres veces el tipo de interés legal del dinero".

Mayoritariamente se consideró que al resultar el cese de las bonificaciones de una de las cláusulas principales del contrato -intereses ordinarios-, negociada individualmente, la cláusula de intereses de demora es mero desenvolvimiento de la primera y no plantea ninguna objeción en relación a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 que señala que los intereses de demora no podrán ser superiores en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado.

Distinto sería el caso que el cese de las bonificaciones no resultara de la cláusula de intereses ordinarios, sino que se hubiese establecido directamente en la cláusula de intereses de demora. Para algunos de los intervinientes se entendió que en este caso la cláusula intereses de demora, accesoria y no negociada individualmente, podía considerarse abusiva, tomando en

consideración la citada sentencia al exceder en dos puntos porcentuales del tipo de interés que se devenga en el momento en que se inicia la mora.

Una posición distinta a todas las anteriores sostuvo que la supresión de las bonificaciones por incumplimiento de las obligaciones de pago podía considerarse una cláusula abusiva que entraba en contradicción con la doctrina de la Sentencia de 3 de junio de 2016.

CASO 3.- En las hipotecas de Bankia, en la cláusula sexta de interés de demora consta que el tipo de interés será el resultado de añadir dos puntos al interés vigente en ese momento con la salvedad del límite de tres veces el interés legal del dinero cuando se trate de hipoteca constituida en garantía de un préstamo destinado a la adquisición de vivienda habitual recayendo la hipoteca sobre dicha vivienda. Y luego en la cláusula de constitución de hipoteca, a continuación de la responsabilidad hipotecaria, consta textualmente lo siguiente: "No obstante lo anterior y para el caso que el contrato de préstamo fuera para adquisición de vivienda habitual, el límite máximo frente a terceros en el caso de intereses moratorios no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en cada momento".

Se subraya lo de "frente a terceros", porque la resolución de la DGRN de 30 de marzo de 2017 en un supuesto de hipoteca en garantía de un préstamo concedido por la entidad BANKIA SA, en el que se garantizaban intereses de demora a un tipo máximo del 13% con la misma salvedad que he transcrito, señala que dicha salvedad "configura el tipo máximo de los intereses moratorios de la cobertura hipotecaria para el supuesto a que se refiere sólo "frente a terceros", lo cual no puede ser admitido desde el punto de vista registral, porque es doctrina reiterada de esta Dirección General, como se ha expuesto anteriormente, que el necesario tope máximo del tipo de interés a efectos hipotecarios, en cuanto delimita el alcance del derecho real de hipoteca constituida, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en la relaciones con terceros, ya en las que se establezcan entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (Resoluciones de 16 de febrero de 1990, 10 de septiembre de 1996, 24 de agosto de 1998, 8 y 9 de febrero de 2001, 31 de octubre y 18 de noviembre de 2013 y 25 de abril y 29 de mayo de 2014, entre otras muchas". Pero es que, además, el límite establecido en el reiterado artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria según el cual "los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago", precisamente está destinado a operar no frente a terceros, sino en las relaciones contractuales entre el acreedor hipotecario y el prestatario que tenga la condición de consumidor, de tal manera que si no pueden devengarse intereses moratorios por encima de dicho límite legal en la esfera obligaciones, en ningún modo podrá garantizarse con hipoteca entre partes una obligación que nunca podrá generarse (vid. Resoluciones de 9 de enero de 2002, 11 de octubre de 2004, 25 de abril de 2005, 26 de enero de 2012, 28 y 29 de mayo de 2014 y 9 de octubre de 2015, entre otras".

Se consideró, con pleno respeto a la tesis del Centro Directivo, que recoge la tradicional doctrina de que los límites de la cifra de responsabilidad hipotecaria lo son a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en la relaciones con terceros, ya en las que se establezcan entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor

hipotecario, que la suspensión de la inscripción puede resultar excesivamente rigurosa en un supuesto como el planteado, en el que concurren las siguientes circunstancias:

- El límite de los intereses de demora es un límite legal, que debe operar con independencia de su constancia registral, (si bien es cierto que la Dirección General exige la constancia expresa en la cláusula de fijación de la responsabilidad hipotecaria de que el tipo máximo solo será aplicable si en el momento de su devengo es igual o inferior a dicho límite legal, así, resolución de 25 de abril de 2014).
- El límite legal se encuentra además expresamente reconocido en la relación entre deudor y acreedor en la cláusula de fijación de los intereses de demora, por lo que existe un reconocimiento expreso del mismo por la entidad acreedora.
- En las hipotecas con consumidores, que son las destinadas a financiar la adquisición de la vivienda habitual, rige como límite que los intereses de demora no pueden exceder en dos puntos de los ordinarios, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, por lo que el límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria no rige en la práctica totalidad de las hipotecas, al existir otro límite inferior de responsabilidad.

CASO 4.- Calificación de la comisión por posiciones deudoras vencidas en las escrituras de préstamo hipotecario, en cuanto pueden implicar *de facto* que, en caso de impago, los intereses de demora superen el límite que ha fijado la jurisprudencia del TS para ser considerado como abusivo.

La doctrina de la Dirección General sobre cláusulas abusivas permite la calificación por parte del registrador de este tipo de cláusulas: *"a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria"* (Resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 19 de octubre de 2016, entre otras)

Las sentencias de las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa de 17 y 31 de marzo de 2015 (Sección 2ª), de Orense de fecha 18 de mayo de 2015 (Sección 1ª), de Cádiz de 11 de mayo de 2016 (Sección 2ª), de Álava de fecha 30 de diciembre de 2016 (Sección 1ª), de Asturias de 28 de julio de 2017 (Sección 5ª), de Málaga de 7 de febrero de 2017 (Sección 5ª), de Cáceres de 15 de noviembre de 2017 (Sección 1ª); los autos de la Audiencia Provincial Madrid de 7 de febrero de 2017 (Sección 10ª) y de 6 Noviembre de 2015 (Sección 14ª), de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de diciembre de 2016 (Sección 11ª); y la sentencia de 28 de diciembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), han considerado abusivas estas cláusulas. Uno de los argumentos comunes utilizados es que este tipo de comisiones no responden a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos y comporta un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del citado contrato en perjuicio del consumidor.

Mayoritariamente se consideró que la comisión de posiciones deudoras debía ser tratada de modo independiente a los intereses de demora y que su calificación debía quedar circunscrita a los supuestos previstos por la Dirección General en las resoluciones citadas. Minoritariamente se mantuvo que había que diferenciar si las comisiones eran fijas o un tanto por ciento, considerando que en este segundo caso eran claramente abusivas por tener una naturaleza similar a los intereses de demora, debiendo calificarse si exceden junto con estos de los límites fijados por el Tribunal Supremo. Por último, se indicó que la calificación debería realizarse de modo mucho más riguroso según que dichas comisiones estuviesen garantizadas hipotecariamente o no. En este último caso, su inscripción resulta irrelevante a pesar de su necesaria práctica con arreglo al artículo 12 de la Ley Hipotecaria

Con arreglo a la doctrina de la Dirección General que permite la denegación de cláusulas que hayan sido declaradas abusivas con arreglo a un *criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores*, y a la vista de la posición mantenida por numerosas Audiencias, podría denegarse la inscripción de esta clase de cláusulas sin esperar sentencias del Tribunal Supremo en el mismo sentido.

CASO 5.- En escritura de hipoteca en garantía de un préstamo a favor de consumidor se aprecia un error en una de las bonificaciones pues se señala que se reducirá el diferencial en 20 puntos, cuando en la FIPER y de la suma con las demás bonificaciones resulta que debería haberse puesto 10 puntos.

Se plantea si el error podría rectificarse unilateralmente por el notario autorizante o sería necesario el consentimiento de los interesados

El art. 153 del Reglamento Notarial señala los mecanismos para la rectificación de la escritura pública diferenciando entre diligencia, acta y nueva escritura, según los casos, que pueden ser realizados unilateralmente por el notario autorizante cuando se trate de errores materiales, omisiones o defectos de forma, siendo necesario el consentimiento de los interesados en los

demás supuestos. Como indica la resolución de la Dirección General de 6 de abril de 2006 sólo puede utilizarse la vía del artículo indicado: *“(...) siempre que pueda comprobarse con claridad meridiana que se trata de un simple error material, atendiendo al contexto del documento otorgado y de los inmediatamente anteriores y posteriores, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización, y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado (...)”*

Atendiendo a esta doctrina se consideró que la rectificación podía realizarse por el notario autorizante al resultar el error de modo claro del contenido de la propia escritura.

HIPOTECA. CANCELACIÓN.

CANCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA, total respecto de una de las fincas inicialmente hipotecadas. En garantía de un préstamo concedido a dos personas, A y B, se constituye hipoteca sobre dos fincas con distribución de responsabilidad entre ellas. Una de las fincas es titularidad de A y la otra de B. Ahora se presenta escritura de cancelación parcial de hipoteca por la que la entidad acreedora da carta de pago por un importe inferior a la responsabilidad hipotecaria de la finca titularidad de A y, con la única comparecencia de este prestatario A, consiente la cancelación de la hipoteca únicamente respecto de la finca titularidad de A, sin modificar para nada la responsabilidad hipotecaria de la finca titularidad de B. ¿Sería preciso el consentimiento del prestatario B?

La cuestión fue objeto de discusión, defendiéndose dos posiciones distintas.

a) Los favorables a exigir la comparecencia de B emplearon los siguientes argumentos:

Es defendible que el deudor solidario que paga una deuda se subroga en el crédito del actor. Así resulta del art. 1210.3 del CC, y lo defienden autores de la talla Díez Picazo (aun cuando se oponen otros como Manresa o Puig Brutau). De subrogarse el deudor en los derechos del acreedor, la cancelación parcial de la hipoteca sobre una de las fincas supone un perjuicio evidente al otro deudor, que pierde la garantía hipotecaria anexa al crédito prevista en el artículo 1112 del Código Civil. (en este sentido también, la resolución de 27 de marzo de 1989, aun cuando está referida a un supuesto en que el préstamo hipotecario no estaba dividido).

Pero aún cuando se entienda que la acción de regreso prevista en el artículo 1145 del Código Civil no comporte la subrogación, parece aconsejable también exigir la comparecencia de B.

Es cierto que la relación interna entre los deudores solidarios no trasciende al acreedor, ni a los registradores, pero ello no quiere decir que uno sólo de los deudores pueda ejercitar los derechos que comporta la hipoteca, en este caso, el derecho que en fomento del crédito territorial supone atribuir al deudor la facultad de liberar alguna finca pagada la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de ellas. La cancelación es un negocio unilateral, y no se exige como regla general la comparecencia del deudor. Pero aquí se trata de un supuesto

distinto: el acreedor está ejercitando una elección sobre la finca que ha de ser liberada que corresponde al deudor. Liberada esa finca, pierde ya el deudor la facultad de solicitar la liberación de la otra en tanto no se pague la totalidad de la deuda.

En este sentido, el artículo 124 de la Ley Hipotecaria establece una facultad del deudor derivada de la relación jurídica que surge del préstamo hipotecario: la de decidir cual de las fincas va a ser objeto de cancelación cuando sean varias las fincas hipotecadas y la cantidad pagada pueda ser aplicada a una u otra finca por no ser inferior al importe de la responsabilidad de cada una. La cancelación, cuando la causa de la misma es el pago, es un acto debido para el acreedor, no un derecho del mismo. La propia Dirección General ha considerado que no es inscribible la renuncia anticipada del deudor al derecho que le confiere el artículo 124: "el derecho a la cancelación conferido al deudor por el citado precepto, en caso de pago parcial, está enlazado estrechamente con el desarrollo del crédito territorial; con la facultad dispositiva del deudor, a quien la trascendencia real del pacto contrario a tal derecho puede impedir o limitar la celebración de contratos de préstamos garantizados por las fincas gravadas cuya liberación autorizan las leyes, con el derecho de los acreedores posteriores; y con el legítimo interés del adquirente de las fincas; y por ello tal pacto debe reputarse ineficaz hipotecariamente porque va contra el interés público" (Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 16 de julio de 1996). Partiendo de que nos encontramos ante un derecho del deudor, cuando haya pluralidad de deudores-hipotecantes y la deuda sea solidaria, parece razonable que tal facultad deba ejercitarse conjuntamente por todos ellos máxime, como en el supuesto de hecho del caso, cuando existe un conflicto de intereses en la determinación de la finca que ha de quedar libre.

Por otra parte, la facultad de solicitar la cancelación se atribuye al deudor, no a quien paga, por los siguientes motivos:

-Los registradores sólo sabemos que la deuda es solidaria, pero desconocemos siempre la relación interna de los deudores. Es perfectamente posible (y frecuente en la práctica empresarial en la que el Banco hace ir a un cónyuge ajeno al préstamo como deudor) que, aun cuando dos deudores figuren como solidarios, el préstamo en la relación interna lo vaya a devolver uno solo de ellos.

-Quien paga al acreedor no le acredita el origen de los fondos, por lo que es posible que sean de procedencia del otro deudor. Además, jamás presumimos los registradores que quien paga lo hace con fondos propios (no hay más que ver la dificultad que supone a alguien casado en gananciales la inscripción de una finca como privativa).

b) Los partidarios de admitir la cancelación sin el consentimiento de B señalaron los siguientes argumentos:

No hay en el estado actual de nuestro Ordenamiento, derecho de subrogación en favor del codeudor solidario que paga. Así resulta del artículo 1145 del Código Civil, el cual señala que el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación

Además, aunque hubiera derecho de subrogación, la relación interna entre codeudores solidarios no trasciende al acreedor, ni, menos aún, a la hipoteca, por lo que solicitada la cancelación parcial por uno de los deudores debe el acreedor proceder a otorgar la correspondiente escritura de cancelación.

Por otra parte, la facultad del art. 124 in fine LH corresponde, propiamente al que paga, sea el deudor o un tercero. Así resultaría del primer inciso de este precepto, que faculta a solicitar la cancelación parcial a “aquel a quien interese”.

Se señaló además por los partidarios de esta posición la existencia de jurisprudencia interpretativa de los artículos 119 y 124 de la Ley Hipotecaria, que niega la aplicación de este segundo precepto en el supuesto de que se trate de un único préstamo dividido entre varias fincas. Señala al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2005 que la invocación del artículo 124 de la Ley Hipotecaria es improcedente en estos supuestos, “pues no se está en la escritura de constitución de hipoteca en presencia de la división de un crédito entre varias fincas, sino en presencia de un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas, con la consiguiente y obligatoria valoración de las mismas. Es decir, que se está ante el supuesto del art. 119 de la Ley Hipotecaria que “cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una pueda responder.” Y en lo que aquí importa no es posible liberar ninguna de las fincas hipotecadas, en caso de pago parcial, cualquiera que sea la parte del crédito que el deudor haya satisfecho, y esto ocurre independientemente de que existan o no terceros poseedores de los bienes gravados. Es decir, tampoco aquí tienen aplicación los artículos 124 de la Ley Hipotecaria y 221 del Reglamento Hipotecario que ni el hipotecante ni el tercer poseedor pueden exigir la cancelación parcial de la hipoteca cualquiera que sea la parte de crédito satisfecha.”

HIPOTECA. EJECUCIÓN.

CASO 1.- Cesión de remate en ejecución hipotecaria. Conforme a lo dispuesto en el artículo 647.3 LEC dicha posibilidad de remate con reserva de la facultad de ceder a un tercero solo puede ejercerla el ejecutante (o los acreedores posteriores) tanto si es el mejor postor como si ha solicitado la adjudicación del bien subastado, cuando así lo haga constar al tiempo de hacer su postura. Y, una vez anunciada, la cesión debe verificarse previa o simultáneamente al pago del precio del remate, cuyo plazo es el de 40 días recogido en el artículo 670.1 LEC. Calificación del cumplimiento de estos requisitos. ¿Debe constar en la documentación que se presente que la cesión de remate se anunció al tiempo de la postura del ejecutante, y que se ejecutó con carácter previo o simultáneo a la aprobación de dicho remate?

El artículo 647.3 LEC dispone: “Solo el ejecutante o los acreedores posteriores podrán hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del precio del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. Igual facultad corresponderá al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados.”

Los que entendían que debería calificarse este extremo argumentaron que, conforme a lo dispuesto en el artículo 647.3 LEC la posibilidad de remate con reserva de la facultad de ceder a un tercero solo puede ejercerla el ejecutante cuando así lo haga constar al tiempo de hacer su postura, circunstancia esta que debe resultar de la documentación que se presente, y una vez anunciada la misma debe verificarse previa o simultáneamente al pago del precio del remate, cuyo plazo es el de 40 días recogido en el artículo 670.1 LEC; y éste ejercicio previo o simultáneo a la consignación correspondiente también debe resultar acreditado.

Por lo tanto, si no se acreditan estos dos extremos no estaríamos en presencia de una cesión de remita sino de una posterior e independiente cesión del dominio previamente adquirido por el ejecutante, cuya inscripción requerirá la acreditación de título y modo válido, y cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el negocio jurídico celebrado de capacidad, contenido y forma de conformidad principios de calificación artículo 18 LH, especialidad hipotecario artículos 9 LH y 51 RH, y de documentación autentica artículo 3 LH.

En este mismo sentido se manifiesta el legislador fiscal, pues el artículo 20 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITPAJD diferencia según que la cesión del remate se produzca al tiempo de la subasta o en un momento posterior a aquella, como ocurre en el presente supuesto estableciendo que: “Si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél.

Los que entendieron que no era posible calificar estos extremos, defendieron su postura por la limitación del ámbito de la calificación registral cuando se trata de documentos judiciales, conforme al artículo 100 RH. Y, aunque en los supuestos del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, el ámbito de la calificación se extiende de manera especial a los extremos señalados por el artículo 132 LH, entre ellos no figura el que ahora nos ocupa.

También advirtieron de la dificultad de poder controlar el cumplimiento de estos plazos en sede judicial y máxime en unos procedimientos que se inician e impulsan a instancia de parte, resultando que el actor es, en la práctica, el que marca el ritmo del procedimiento. Tampoco está tan claro cuáles deben ser los plazos a tener en cuenta. Por un lado, se observa que el plazo de 40 días (hábiles, artículo 133.2 LEC) que señala el apartado 1 del artículo 670 LEC para el pago o consignación procede cuando el rematante no es el ejecutante. Si fuera el ejecutante, el plazo que tiene el LAJ para proceder a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas para que aquél consigne la diferencia, si la hubiere, no está tan claro. Y en caso de que en la subasta no hubiere ningún postor, el acreedor dispone de un plazo de 20 días para pedir la adjudicación del bien (artículo 671 LEC), pero tampoco se fija por la ley un plazo para que el LAJ dicte el correspondiente decreto de adjudicación.

CASO 2.- Ejecución por el procedimiento extrajudicial de hipoteca constituida en garantía del saldo definitivo que resulte de la liquidación de la cuenta de crédito constituida con el carácter de hipoteca de máximo. Se presenta a inscribir escritura de compraventa resultado de la ejecución extrajudicial. Se ha expedido certificación de cargas para dicho procedimiento y no figura por nota al margen la cuantía de la obligación. Se plantea si es o no inscribible atendiendo a la doctrina de la Dirección General en la resolución de 12 de junio de 2012 en relación a los artículos

Las Resoluciones de 6 de octubre de 1994, 9 de octubre de 1997, 8 y 9 de febrero de 2001 y 17 de mayo de 2001, a pesar de la dicción del artículo 235 del Reglamento Hipotecario – actualmente este criterio se ha ratificado por el artículo 129.2 c) de la Ley Hipotecaria- que circunscribe el procedimiento de ejecución extrajudicial a las hipotecas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, admitieron la inscripción de los pactos relativos al mismo en las hipotecas de máximo porque nada impide que el acreedor pueda en su día pueda obtener un título suficiente que concrete la deuda y que le permita acudir a la ejecución por ese procedimiento.

La resolución de 20 de junio de 2012 fue más allá. Impidió inscribir el procedimiento de ejecución extrajudicial en hipoteca en garantía de obligaciones futuras salvo que se pacte con la salvedad de que para su utilización se acredite respecto a terceros la existencia y cuantía de la obligación futura por medio de la nota marginal del artículo 238 del Reglamento Hipotecario. Se consideraba que caso contrario la referencia en la inscripción a la utilización del procedimiento extrajudicial induciría a confusión teniendo en cuenta el principio de legitimación registral que presume la existencia y pertenencia del derecho inscrito en la forma determinada por el asiento respectivo.

Mayoritariamente se consideró no aplicable la resolución de 2012 al supuesto de hecho planteado: la cláusula de ejecución extrajudicial estaba inscrita sin mención alguna al artículo 238 del Reglamento Hipotecario; en la inscripción aparecía que el acreedor podía determinar unilateralmente la liquidación de la deuda para la ejecución de la hipoteca; se había extendido

nota de expedición de certificación de cargas sin exigir la previa publicidad de la liquidación de la deuda; por último, se trataba de un hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente en el que la primera disposición afectaba a la totalidad del crédito. Por todo ello se entendió excesivo y contrario a la apariencia que se había generado con la inscripción de la cláusula y la nota de expedición de certificación de cargas impedir la inscripción de la adjudicación por no figurar mediante nota al margen la determinación del importe de la deuda.

IMPUESTOS

PLUSVALIA MUNICIPAL en Madrid. Acreditación cumplimiento obligaciones fiscales en los negocios a título gratuito. Examen RDGRN de 27 de noviembre de 2017 (BOE 14 de diciembre).

El llamado cierre registral en tanto se acredite el cumplimiento de las obligaciones tributarias por el IIVTNU aparece regulado por primera vez, para el ámbito municipal del término de Madrid, por la DA 6ª de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (BOE de 26 julio, entrada en vigor a los 20 días de su publicación).

Disposición adicional sexta. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

El Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en el Ayuntamiento de Madrid, sin que se acredite previamente, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la correspondiente declaración o comunicación.

Y con efectos en todo el territorio nacional por el apartado 5 del artículo 254 de la Ley hipotecaria (añadido, con efectos de 1 de enero de 2013, por la DF 4ª de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre).

Artículo 245.5. Ley Hipotecaria. *El Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo.*

Como se ve, la redacción es muy similar. Pero mientras que la legislación relativa al Ayuntamiento de Madrid se remite a la regulación reglamentaria en cuanto a la forma de

acreditar la presentación de la autoliquidación o, en su caso, la correspondiente declaración o comunicación para levantar el cierre registral, la legislación hipotecaria restringe esta virtualidad, en el caso de la comunicación, únicamente para los incrementos que se pongan de manifiesto a consecuencia de transmisiones a título oneroso (artículo 110.6 letra b) TR Ley Haciendas Locales).

En el ámbito de la autonomía local, las Entidades locales pueden imponer o no este tributo con carácter voluntario de acuerdo con la ley Estatal, así como reglamentar el tributo mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza fiscal. Aunque el supuesto de hecho de la resolución comentada se refiere específicamente al Ayuntamiento de Madrid, su doctrina es aplicable a todos los Ayuntamientos pues clarifica cómo debe entenderse cumplida la exigencia según se trate de autoliquidación, declaración, o simple comunicación.

La Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Madrid ha establecido como obligatorio el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo (vid. Artículo 24.1 de la Ordenanza). No obstante este carácter obligatorio, la misma Ordenanza permite presentar declaración ante la Administración Tributaria Municipal (ATM) cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta (artículo 26 Ordenanza).

Además de estas obligaciones que incumben al sujeto pasivo del impuesto, tienen obligación de comunicar al Ayuntamiento el hecho imponible del impuesto: a) En los negocios jurídicos gratuitos *inter vivos*, el donante o la persona que constituya o transmita el derecho real de que se trate; b) En las transmisiones a título oneroso, el adquirente o persona a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate (artículo 27 Ordenanza).

Finalmente el artículo 33 de la Ordenanza detalla cómo debe entenderse acreditado el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas por este impuesto para evitar el cierre del Registro, exigiendo que se presente alguno de estos documentos:

El ejemplar original de la autoliquidación con la validación bancaria del ingreso.

La declaración tributaria debidamente sellada en las oficinas municipales.

La comunicación a que se refiere el artículo 27 de la ordenanza, que podrá realizar directamente en las oficinas del Registro de la Propiedad en el impreso al efecto.

Por lo tanto procede distinguir:

1.- Respecto de la comunicación, no se plantea problema alguno en el caso de las transmisiones a título oneroso, pues concuerda y no se separa de la dicción del artículo 254.5 LH. Sin embargo, podría plantear problemas en el caso de transmisiones *inter vivos* a título gratuito

(donación), pues la remisión que hace el artículo 33 letra c) al artículo 27, parece incluir también las donaciones. La Ordenanza (como norma reglamentaria) no puede separarse de lo dispuesto en la legislación estatal hipotecaria por un principio de jerarquía normativa, y por el carácter especial que tiene la Ley Hipotecaria en materia de procedimiento registral. Así, si el artículo 254.5 LH sólo considera suficiente, para levantar el llamado cierre registral, la comunicación en caso de transmisiones a título oneroso, no podrá la respectiva ordenanza local que reglamente la gestión del impuesto extenderlo al supuesto de transmisiones *inter vivos* a título gratuito como parece desprenderse del artículo 33.1 apartado c de la ordenanza fiscal de Madrid, que se remite a su artículo 27, el cual se refiere a los negocios jurídicos entre vivos, tanto a título oneroso como a título gratuito. (Véase RDGRN de 10 de octubre de 2014, que exige para librarse del cierre registral en el supuesto de un donación acreditar la declaración o autoliquidación, no siendo suficiente la comunicación). Además, en el caso de donación coincide el sujeto pasivo del impuesto con el adquirente del derecho, que es el interesado en la inscripción, por lo que no se justifica la medida excepcional que sí ha apreciado el legislador en el adquirente a título oneroso para levantar el cierre registral con la mera comunicación de éste.

En caso de comunicaciones, se ha considerado suficiente (vid. RDGRN de 3 de junio de 2013 y 6 de febrero de 2015) acreditar la remisión del documento correspondiente a través de cualquiera de las oficinas que señala el artículo 16 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, entre ellas las oficinas de Correos a las que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal, siempre que se cumplan las formalidades previstas en los en el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre. El alzamiento del cierre mediante acreditación de la comunicación constituye una medida excepcional concedida al adquirente en las transmisiones onerosas el cual, al no ser sujeto pasivo del impuesto podría verse perjudicado en su derecho a la registración de su adquisición en el caso de que el transmitente, sujeto pasivo legal del impuesto, decidiera no proceder a la liquidación o autoliquidación del mismo con el consiguiente cierre registral.

Esta comunicación, en el caso del Ayuntamiento de Madrid, puede realizarse directamente en las oficinas del Registro en el impreso al efecto.

2.- En el caso de autoliquidación (que para el caso de Madrid es obligatorio siempre que resulte importe a ingresar, conforme al artículo 24.1 de la Ordenanza) se liberará del cierre registral presentando el ejemplar original de la autoliquidación con la validación bancaria del ingreso. Es claro, pues, que no basta con presentar los modelos de declaración-autoliquidación (los impresos naranjas que proporcionan las Oficinas de atención al contribuyente) que no lleven la correspondiente validación bancaria y/o sello de las oficinas municipales (Vid. RDGRN de 9 de diciembre de 2015). También se considera suficiente, a estos efectos, la presentación el

impreso de autoliquidación en unión el acuerdo de aplazamiento/fraccionamiento concedido por el Ayuntamiento, sin que sea suficiente su mera solicitud.

3.- Finalmente, en el caso de que se admita la declaración (sólo prevista, conforme al artículo 26 de la Ordenanza cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta) el cierre registral se levantará cuando se presente **la declaración tributaria debidamente sellada por las oficinas municipales.**

En este caso, no basta acreditar la mera remisión de un documento de autoliquidación o de declaración, sino que es preciso, como resulta de la dicción del propio artículo 254.5, que la acreditación comprenda el hecho de la recepción por la Administración Tributaria competente (vid. RDGRN de 3 de marzo de 2012, entre otras, en relación con los artículos 119 y 120 de la Ley General Tributaria y la RDGRN de 9 de diciembre de 2015).

LEASING INMOBILIARIO.

En el historial registral de la finca figura inscrito un arrendamiento financiero con opción de compra "leasing inmobiliario" a favor de una sociedad mercantil y a continuación una anotación preventiva de embargo a favor de la AEAT sobre el arrendamiento financiero con opción de compra. Ahora se presenta escritura por la que el titular del dominio y el arrendatario, por incumplimiento de ésta con las obligaciones de pago de la renta pactada, resuelven anticipadamente el contrato de arrendamiento financiero, renunciando la arrendataria a la opción de compra.

Se consideró de manera unánime que sería procedente cancelar la inscripción de arrendamiento financiero, dejando subsistente la anotación de embargo.

Aun cuando como consecuencia de ello la situación de cargas de la finca pudiese parece poco congruente (al existir una anotación de embargo cuyo objeto ha sido cancelado), es la solución más respetuosa con los principios registrales, y evita actos dispositivos o nuevos embargos de un derecho ya extinguido.

Esta posición fue además la seguida por el Centro Directivo en resolución de 8 de febrero de 2000, según la cual, aun cuando no podía cancelarse la anotación de embargo que grava el arrendamiento financiero por falta de audiencia del titular registral, respecto de la cancelación del arrendamiento financiero se da el presupuesto que para su cancelación contempla el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y ningún obstáculo existe para su constatación registral en cuanto con ello se logrará la deseable concordancia entre el contenido del Registro y la realidad extrarregistral, evitando, a la vez, que puedan acceder al Registro eventuales actos dispositivos realizados por o en nombre del titular de un derecho ya extinguido, aun cuando esa extinción y consiguiente cancelación no puedan perjudicar a terceros (artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

OBRA NUEVA

CASO 1.- Notificaciones que debe realizar el registrador con motivo de la inscripción de una obra nueva. Procede notificar en todo caso a la Comunidad Autónoma respectiva conforme al artículo 65.3 TR Ley Suelo 2015. Al Ayuntamiento ¿sólo en los casos de inscripción conforme al apartado 4 del artículo 28 “obras nuevas antiguas” o también en los demás supuestos previstos en este artículo?

Dice el art. 28.4 b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana: Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores, y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.

Algunos compañeros, ante la defectuosa redacción del precepto, consideraron conveniente notificar al Ayuntamiento toda declaración de obra nueva, ya fuese de las denominadas “obras nuevas antiguas”, ya contase con licencia de obras, por los siguientes argumentos:

- La propia dicción literal en la que, al determinar el ámbito objetivo de obras a las que se aplica, remite a los números anteriores.
- El Ayuntamiento puede estar interesado en conocer cómo se ha plasmado documentalmente la licencia que ha concedido pues ello significará una información adicional a la que ya tenía.
- Hay casos en el 28.4 en los que el Ayuntamiento ya conocía la obra, porque se usa certificado municipal y, a pesar de ello, hay que notificar.
- No tiene excesivo sentido que esa información se encuentra en poder de la Comunidad Autónoma (art. 65.3 TRLS) y no del Ayuntamiento.

No obstante, la mayoría entendió que sólo es necesario notificar al Ayuntamiento en el supuesto de las denominadas obras nuevas antiguas, por los siguientes motivos:

- No puede ser un argumento a favor de la tesis anterior la dicción literal de la norma, pues la referencia literal a “*los supuestos comprendidos en los números anteriores*” excluiría de notificación a los supuestos del 28.4, que son precisamente supuestos de inscripción de obra nueva sin licencia del Ayuntamiento. Y precisamente la notificación tiene por finalidad que el Ayuntamiento dicte la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario.

- El interés del Ayuntamiento no es tanto el contenido de una redacción literal, sino comprobar si de manera efectiva la obra excede del contenido de la licencia, extremo que es objeto de control a través de la concesión de la licencia de primera ocupación. Carece en consecuencia de utilidad práctica notificar una obra nueva que cuenta con licencia de obras emitida por el Ayuntamiento, el cual a su vez realizará las labores de policía urbanística para la constancia registral del fin de obra.

- Respecto al argumento de que hay casos en el 28.4 en los que el Ayuntamiento ya conocía la obra, porque se usa certificado municipal y, a pesar de ello, hay que notificar, se señaló que la práctica de la notificación y su publicidad registral advierte no sólo de problemas de legalidad urbanística, sino de que la inscripción se ha practicado a través de un procedimiento especial, en el que pueden faltar otros requisitos (como el archivo del Libro del Edificio) que sí son exigibles a los supuestos de que la inscripción se practique conforme al artículo 28.1 de la Ley. En todo caso, se apuntó por algún compañero que resulta incluso discutible que deba notificarse al Ayuntamiento si la obra nueva se ha hecho por certificación municipal, pues la principal finalidad de la notificación es que el Ayuntamiento pueda adoptar medidas de disciplina urbanística. En este sentido, autores como García García, en su comentario al artículo 54 del Real Decreto 1093/1997 (precedente del actual deber de notificación), entendía que a pesar del tenor literal de la norma, la notificación no era procedente en el supuesto de que la inscripción de la obra nueva se hubiese realizado por certificado catastral o del Ayuntamiento, por ser ya conocidos por la propia entidad local.

- Finalmente, sí se consideró razonable que la Comunidad Autónoma, a diferencia del Ayuntamiento, tenga conocimiento de la inscripción en las obras nuevas del artículo 28.1 de la Ley del Suelo, pues a diferencia de la Entidad Local no ha participado en la concesión de la autorización administrativa, y puede así ejercer las pertinentes funciones de control.

CASO 2.- Se trata de una escritura de declaración de obra nueva en construcción sobre una finca que en el Registro consta edificada como casa de una sola planta. El otorgante dice que, previa demolición de la casa preexistente, está construyendo un edificio de cuatro plantas que describe adecuadamente. Aportaron al notario –y están correctamente testimoniadas e incorporadas a la matriz, y salen en la copia presentada- la licencia de obras y el certificado del técnico. Sin embargo, no aparece la licencia de demolición de la casa vieja.

Habida cuenta de que:

1º.- El artículo 28.1 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) exige *“la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística,”* y

2º.- El artículo 151.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, exige en su letra e) licencia municipal para la demolición de edificios,

Se pregunta: ¿Es exigible en este caso, además de la licencia de obras, la licencia de demolición?

Se concluyó que la constancia registral de la demolición de la edificación no precisa, como requisito para inscribir, la justificación de que se ha obtenido la licencia correspondiente, por las razones siguientes:

- El artículo 28 TRLS, al igual que el 202 LH, se refieren a la declaración de obra nueva, es decir, al acceso al Registro de la descripción de una edificación, por entender el legislador que debe acreditarse antes de que el Registro publique su existencia. No se refieren tales artículos a las obras de demolición de edificaciones, de las que no resulta objeto alguno de derecho cuya adecuación a la ordenación haya de promoverse o garantizarse.

- La sujeción del acceso al Registro de un hecho modificativo de la realidad física a la previa justificación de un acto administrativo de fiscalización ha de ser interpretada con carácter restrictivo, de forma que sea aplicable sólo a aquellos supuestos en que expresamente se prevé por el legislador. Y tal previsión sólo queda establecida para las obras nuevas, ni siquiera para todas, pues las que acceden por la vía del artículo 28.4 TR Ley del Suelo se inscriben sin necesidad de justificación de licencia alguna.

- El hecho de la desaparición del edificio puede resultar no sólo de la demolición sino de causas ajenas a la actuación del titular (terremotos, bombas, inundaciones, obras en el bloque de al lado, etc...), lo que obligaría a restringir la exigencia de licencia a supuestos en que la desaparición resulta de las obras realizadas por el propietario. Y es que la desaparición del edificio es un hecho cuyo acceso al Registro sólo puede hacerse depender de la justificación de su realidad material, pues aunque se hubiera realizado sin licencia, el edificio ni existe ni existirá. Dicho de otro modo, la demolición se consolida y es definitiva e inamovible desde el mismo momento en que tiene lugar, sea cual sea la causa que la produce.

- Debe distinguirse entre los casos de actos o negocios sujetos a la previa fiscalización administrativa y los casos en que la justificación de dicha fiscalización es requisito para inscribir. La tala de masas arbóreas y vegetación arbustiva está sujeta a licencia y no cabe pensar que para inscribir en el Registro la nueva descripción de la finca rústica ahora destinada a huerta sea necesario acreditar la obtención de aquella licencia.

En definitiva, no parece que sea necesario acreditar licencia alguna de demolición para inscribir la desaparición del edificio antiguo. Sí que podría pedirse la justificación del hecho material de la demolición (por ejemplo, por certificado de técnico), aunque lo cierto es que, en el supuesto planteado, tal hecho material queda acreditado por la concesión de la nueva licencia de obras del nuevo edificio y la certificación del técnico de la que resulte la nueva construcción.

PRIORIDAD REGISTRAL

- 1.- Consta extendida en el historial registral de una finca anotación preventiva de prohibición de disponer ordenada en procedimiento administrativo de apremio seguido por la Comunidad de Madrid.
- 2.- Posteriormente se presenta escritura de hipoteca. Se suspende el despacho por impedirlo dicha anotación.
- 3.- Vigente el asiento de presentación de la hipoteca se presenta mandamiento de anotación preventiva de prohibición de disponer ordenada por decreto municipal de 11.10.17 en procedimiento administrativo de apremio por deudas con el Ayuntamiento.
- 4.- Finalmente, vigente ambos asientos anteriores, se presenta mandamiento de cancelación de la primera anotación preventiva de prohibición de disponer, en virtud de diligencia de 19.10.17.

No parece que se trate estrictamente de un problema de prioridad. Este principio impone al registrador la obligación de calificar y, en su caso, despachar los documentos por el riguroso orden de entrada que queda reflejado en el asiento de presentación que se practica en el Libro Diario. Sin embargo, como se ha apuntado en un caso anterior, la rígida aplicación del principio de prioridad no puede impedir la facultad y el deber de los registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, siempre que se respete el principio de prioridad registral, de modo que la calificación conjunta de los documentos presentados no puede comportar una alteración injustificada en el orden de despacho de los mismos (cfr. Resoluciones de 23 de octubre y 8 de noviembre de 2001), como tampoco puede obligar al registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título.

La cuestión esencial reside en consecuencia en determinar adecuadamente la especie de conflicto en el que nos encontramos, teniendo en cuenta que el conflicto que el principio de prioridad pretende solventar es el que se produce entre dos derechos válidos compatibles o incompatibles entre sí. Si compatibles, el orden de despacho vendrá determinado por el orden de presentación que determinará a su vez el rango hipotecario. Si incompatibles accederá al Registro el primeramente presentado con exclusión del segundo cualquiera que sea su fecha (artículo 17 LH). Y, en nuestro caso, la aplicación de este fundamental principio exige que la hipoteca y la prohibición de disponer se inscriban por el riguroso orden de su presentación en el Registro, debiendo rechazarse cualquier solución que altere este rango de forma injustificada. Para ello debe procederse, en primer lugar, a despachar el mandamiento de cancelación de la primera anotación preventiva de prohibición de disponer, para después despachar, por su orden, la hipoteca y la segunda prohibición de disponer. Así quedarán

perfectamente cumplidas las exigencias del principio de prioridad y correctamente reflejado el rango de los derechos inscritos.

Debe tenerse en cuenta que, entre del mandamiento de cancelación de la primera prohibición de disponer y los otros dos documentos presentados, no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, es decir, no estamos ante un problema de prioridad (conflicto que sí existe entre la hipoteca y la segunda prohibición de disponer). Puede afirmarse que este mandamiento que ordena la cancelación es neutro desde el punto de vista de la prioridad registral, como sucede, por regla general, con las cancelaciones de hipoteca o con los mandamientos de prórroga de embargo. La alteración del orden de despacho de esta tipo de documentos no altera rango de los derechos ya inscritos, ni tampoco el orden en que se vayan a inscribir los que se encuentran meramente presentados.

Lo que no parece admisible, en ningún caso, es esperar a que caduque el asiento de presentación de la hipoteca; despachar los dos mandamientos por su orden de presentación, el de nueva prohibición de disponer y el de cancelación de la primera prohibición de disponer; y, finalmente, si se vuelve a presentar la escritura de hipoteca, volver a suspender, esta vez por la nueva anotación preventiva de prohibición de disponer, pues ello supondría alterar de manera injustificada el principio de prioridad.

PROHIBICION DE ENAJENAR.

CASO 1.- Están llegando a los Registros mandamientos expedidos por letrados de Administración de Justicia de Juzgados Penales, en los que se solicite anotación de prohibición de enajenar sobre bienes que aparezcan inscritos a nombre de determinada/s persona/s, genéricamente y sin especificar estos. El mandamiento no inserta resolución alguna e indica que "aunque el bien no esté inscrito a nombre del investigado se estima que existen indicios racionales de que el investigado es el verdadero titular de los bienes con arreglo al artículo 20 párrafo quinto de la Ley Hipotecaria". Del mandamiento no resulta quien es el investigado. No se indica contra quién se sigue el procedimiento Problemas que suscita el supuesto de hecho.

El sistema de folio real que rige en nuestro ordenamiento exige que todas las vicisitudes que afecten a una finca se practiquen en el folio abierto a la misma (cfr. artículos 1, 8, 9 y 243 de la Ley Hipotecaria, y 44 y 51.6 del Reglamento Hipotecario); de tal manera que presupuesto básico de toda actividad registral y de la actuación de sus principios (cfr. artículos 9, 17, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria) es la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado con la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente la Dirección General de Registros y Notariado (cfr. Resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992 y 21 de junio de 2004, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que éstos queden suficientemente individualizados

e identificados (artículos 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51, Reglas 1.^a a 4.^a, del Reglamento Hipotecario).

El artículo 20 de la Ley Hipotecaria, párrafo quinto, establece una excepción a la regla general al permitir anotar un embargo preventivo o prohibición de enajenar aunque la finca no esté inscrita a favor de la persona contra la que se dirige el procedimiento criminal y en los de decomiso, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento. Presupuesto básico para su aplicación es el juicio del juez o tribunal que debe ser expreso y debe constar en el mandamiento.

Para resolver la cuestión se mantuvieron dos posturas. La primera mantuvo que en virtud de nuestro sistema de folio real en todo mandamiento debe figurar la descripción de las finca o fincas a que el mismo se refiere, sin que sea suficiente la reseña genérica a "las que aparezcan inscritas a nombre de una persona". No obstante, dada la finalidad de los procedimientos criminales y la flexibilidad con que la propia Ley Hipotecaria los contempla en el artículo 20 párrafo quinto, se consideró bastante para la presentación del documento. A pesar de ello, se entendió que el letrado de Administración de Justicia no es competente para hacer el juicio expresado en el artículo 20: la competencia corresponde al juez o Tribunal. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria es claro en este sentido. Además, el juicio no puede ser genérico, tiene que concretarse a una finca. Por otra parte, la expresión de quién ha dictado la resolución, clase y fecha de la misma, son exigencias mínimas derivadas de los artículos 165 y 166 regla décima del Reglamento Hipotecario y sólo mitigadas en el caso de que se trate de actuaciones secretas en las que no se considera necesario insertar la resolución dictada. La segunda postura sostuvo que la necesaria colaboración con la Administración de Justicia, tratándose de procedimientos criminales, y la inmediatez que deben presidir las actuaciones judiciales, exigen flexibilizar los principios hipotecarios, como lo hace el artículo 20, con el de tracto sucesivo. Esta posición consideraba suficiente el contenido del mandamiento para la práctica de la anotación.

CASO 2.- La Disposición Adicional Segunda, 1 g) de la Ley 26/1999, de 9 de julio, de Medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, dispone que las viviendas adquiridas en las condiciones señaladas en dicha Disposición no podrán ser objeto de enajenación hasta tanto no hayan transcurrido tres años desde el momento de la compraventa, salvo fallecimiento del adquirente. La hipoteca de la vivienda, a los solos efectos de su compra, no se entenderá incluida en esta prohibición legal de disposición del bien inmueble.

Consta inscrita una compra con dicha limitación en virtud de escritura otorgada en 2017.

Ahora se presenta mandamiento librado por un Juzgado togado militar, por el que se dispone que, en causa abierta al hermano del titular registral, se inscriba hipoteca constituida "apud acta" al amparo de los artículos 193 de Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar y 595 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Constan los requisitos para la constitución de hipoteca, incluido el consentimiento del titular registral, habiendo sido aportada al Juzgado nota simple de la finca en la que constaba la prohibición legal de disponer.

Se advirtió en primer término del error terminológico en que incurre el precepto legal, pues si la voluntad del legislador era la de prohibir a los titulares de estas viviendas la constitución de hipotecas (excepto las destinadas a financiar la adquisición del inmueble), hubiese sido más correcto configurar la prohibición legal como una prohibición de disponer más que como una prohibición de enajenar.

De acuerdo con la doctrina de la Dirección General relativa a la constitución de hipotecas sobre bienes sujetos a una prohibición de enajenar, que admite su inscripción si se ha pactado la imposibilidad de proceder a la ejecución de la garantía en tanto no se resuelvan las prohibiciones vigentes (así, resolución de 9 de junio de 2012), se sostuvieron dos posiciones:

- Quienes consideraron que la inscripción de la hipoteca exigía la constancia expresa en el documento de constitución de hipoteca de la imposibilidad de ejecutar la garantía real en tanto no transcurriese el plazo de la prohibición legal de enajenar, como resultaría de la resolución del Centro Directivo anteriormente citada.
- Quienes consideraron que la hipoteca sería inscribible, sin perjuicio de la imposibilidad de su ejecución en tanto no transcurriese el plazo legal. Los partidarios de esta tesis alegaron que, aun cuando la constancia expresa en el documento de constitución de hipoteca de la imposibilidad de ejecutar la garantía real en tanto no transcurriese el plazo de la prohibición legal de enajenar debe ser la regla general, en el supuesto concreto planteado tal requisito no sería exigible pues la hipoteca constituida *apud acta* cumple una finalidad de asegurar una posible responsabilidad civil, debiendo el Juzgado evaluar la suficiencia de los bienes ofrecidos en garantía, con sujeción a su régimen jurídico. Si un Juzgado togado militar ha considerado el bien ofrecido en garantía como apto para asegurar una posible responsabilidad civil, no es preciso una constancia expresa de la aceptación de la imposibilidad de ejecutar la garantía en el plazo de tres años, pues es claro que el Juez conoce y debe sujetar la garantía a su régimen legal.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

CASO 1.- COMUNIDAD VALENCIANA. Dos hermanos son dueños de un solar y sobre él declaran una obra nueva de un edificio constituido por dos plantas, planta baja destinada a vivienda y planta primera destinada a vivienda. En la escritura se dice que ambos hermanos llevaron a cabo la construcción como autopromotores de vivienda unifamiliar, y que la construcción de la vivienda en planta baja fue costeada y construida por el hermano A y la vivienda en planta primera fue costeada por el hermano B. A continuación, constituyen el

edificio en división horizontal quedando los dos hermanos de los elementos privativos que cada uno ha construido y de los elementos comunes del inmueble con la cuota expresada al final de la descripción de cada finca, por haber quedado transformada la comunidad romana existente en comunidad regulada por el régimen de propiedad horizontal.

Con tales declaraciones, es necesario determinar cuál es el negocio jurídico por el que los comuneros devienen dueños de los elementos privativos de la propiedad horizontal, o puede considerarse que cualquiera que sea la denominación o nombre que den los otorgantes en la escritura, puede entenderse que la transformación de la comunidad romana en propiedad horizontal es título suficiente puesto que conlleva necesariamente la disolución del condominio romano existente, aun cuando no lo digan expresamente, y la constitución de una nueva ordenación de la copropiedad sujeta a la ley de propiedad horizontal?

La resolución del caso tampoco fue pacífica. Enseguida se citó la RDGRN de 18 de abril de 1988 (BOE de 23 de mayo) que concluyó admitiendo la inscripción de una escritura por la que dos titulares registrales de una finca declaran que están construyendo un edificio de dos plantas, y que cada uno de ellos construye individualmente la respectiva vivienda individualizada “cuya propiedad desde un principio pertenece al respectivo constructor por virtud de convenio expreso”, costeando ambos los elementos comunes. Con estos argumentos, se entendió por parte de los asistentes que la causa que justifica que la comunidad ordinaria se transforme en una régimen especial de propiedad horizontal se manifiesta expresamente en el mismo acto de declaración, puesto que se dice que cada uno de los comuneros ha construido a su costa el elemento privativo del que deviene propietario único, además de la parte proporcional de los elementos comunes, mostrándose favorables a la inscripción.

Sin embargo, por otro asistente se advirtió que, en el supuesto de hecho de esa resolución, existía un acuerdo previo de los propietarios para realizar la construcción de esa manera, concretando el piso o local futuro asignando a cada uno; pacto perfectamente válido al amparo del apartado 2 del artículo 392 CC, e inscribible por su evidente trascendencia real. No existiendo este previo acuerdo expreso, resultarán de aplicación las reglas ordinarias de la comunidad y, entre ellas, las que llevarían al resultado de que el edificio, una vez construido, siga igualmente perteneciendo a ambos en proindiviso ordinario, por el principio de accesión (artículo 358 CC), de tal manera que la asignación de cada departamento a cada uno de los comuneros exigirá que se formalice el correspondiente negocio jurídico que justifique la adjudicación.

La propia RDGRN de 1988 citada dice que: “la inscripción naturalmente debe expresar por su orden, el acuerdo previo y la construcción del edificio,...”. Y añade “sin que importe, en cambio, precisar si la naturaleza de estas modificaciones jurídicas ocurridas en el inicial condominio del solar, constituyen propiamente disolución de comunidad o simplemente transformación de un régimen comunitario en otro distinto en fenómeno inverso en el artículo 21 LPH”.

Y dado que en el supuesto examinado no se ha acreditado de forma fehaciente la existencia de un acuerdo previo que recoja las reglas especiales por las que debería regirse el condominio ordinario existente sobre el solar, se aplicarán las normas legales de los artículos 392 y siguientes, sin especialidad alguna, operando de forma plena el principio de accesión.

La constitución de régimen de propiedad horizontal no conlleva automáticamente la disolución de la comunidad romana existente sobre la totalidad del edificio (RDRN de 20 de junio de 2005), ambas situaciones son perfectamente compatibles. Por lo tanto, la mera constitución de propiedad horizontal no es causa suficiente de la disolución del condominio ordinario que, por principio de accesión, debería trasladarse a todos y cada uno de los elementos resultantes de aquella, salvo que vaya acompañado del concurrente negocio jurídico *inter partes* que justifique la adjudicación individualizada.

Se citó finalmente, en apoyo de esta tesis, la reciente RDGRN de 29 de noviembre de 2017 que, si bien para justificar la exigencia del seguro decenal de daños en estos supuestos, ha entendido que la asimilación al concepto de autopromotor individual de la “comunidad valenciana” para la construcción de edificios, se admite “si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad”. Lo que no ocurre cuando no existe independencia estructural de las viviendas o locales, sino que se integran en un mismo edificio con cimentaciones, forjados, fachadas, etc, comunes. En estos casos la construcción no puede considerarse individual por cada uno de los propietarios respecto de su entidad, sino que, por su propia naturaleza, es un acto colectivo.

CASO 2.- Figura inscrita en el Registro una propiedad horizontal con cuatro elementos independientes. El primero es un garaje de tres o cuatro sótanos destinados a garaje. La finca número dos es un taller mecánico también en el sótano. La finca número tres es un complejo polideportivo sobre rasante con una serie de instalaciones al aire libre destinadas a aparcamiento de vehículos, piscina, pistas de deporte, un pequeño edificio de una sola planta “apropiado para otras instalaciones deportivas” y, además, una edificación destinada a club social compuesta de dos plantas y torreón. Y la finca número cuatro es una guardería con do plantas. La propiedad horizontal se inscribió en 1982.

En los estatutos de la división horizontal consta expresamente lo siguiente: “*los derechos de vuelo de la finca matriz, serán en su totalidad, privativos de las fincas número tres y cuatro, en orden de la superficie total y en proporción a lo que ocupa cada una de ellas*”. Y en los folios abiertos a las fincas independientes números tres y cuatro, al final de la descripción de cada una de ellas consta expresamente lo siguiente: “*Los derechos de vuelo de la finca matriz, serán en su totalidad, privativos de la finca de este número y la número tres /cuatro, en orden a la superficie total y en proporción a la que ocupa cada una de ellas*”. Ahora los titulares de la finca número tres -complejo polideportivo- quieren ampliar la edificación sobre dicha finca. Se plantean varias cuestiones: La primera es si lo que está inscrito es un verdadero derecho de vuelo porque no se señala ningún plazo para su ejercicio. Y la segunda duda es si para

edificar sobre la finca número tres sería necesario el consentimiento de los propietarios de la finca número cuatro.

Respecto de la primera duda de si lo inscrito es un verdadero derecho de vuelo porque no se señala ningún plazo para su ejercicio, la legislación existente en el momento de la inscripción de la propiedad horizontal (año 1.982), era la del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, en su redacción dada por la reforma de 1.959, que sólo exigía que se indicaran las cuotas de las nuevas plantas y las normas del régimen de comunidad que se constituiría.

Sí se exigió el requisito del plazo por la doctrina DGRN en resolución de 6 de noviembre de 1996, reiterada por otra de 29 de abril de 1999, que señaló que “la reserva, para sí y sus sucesores sin límite de tiempo, por las dueñas de un edificio dividido horizontalmente del derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales no es que afecte al principio de especialidad por la imprecisión del número de plantas a construir, plazo de realización, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad, sino que ni siquiera constituye un auténtico derecho real, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que conculca los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes, que excluye la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (artículos 513, 526, 546, 1.608, 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad”.

El Real decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, recogió esta doctrina introduciendo en el artículo 16 RH estas exigencias (número de plantas máximo para edificar y plazo para ejercer el derecho), pero éstas fueron anuladas por las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001.

Aunque la anulación de estos apartados del artículo 16 no debería impedir que se puedan exigir al amparo de la citada doctrina DGRN basada en el principio de especialidad, lo cierto es que la falta de estos requisitos no puede afectar a un derecho que ya está inscrito en el Registro de la Propiedad. Los requisitos para la constitución de un derecho son objeto de calificación en el momento de la inscripción del derecho, pero una vez inscrito, como sucede con este caso, queda bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos los efectos legales en tanto no se declare su inexactitud (artículo 1 LH). Si hay defectos en el título de constitución del derecho, la inscripción registral sólo se podrá modificar con consentimiento del titular del derecho o resolución judicial (artículo 40.d LH).

Es evidente que el derecho de vuelo inscrito no se ajusta a los requisitos del artículo 16 RH, normativa vigente en el momento de su constitución, ni las exigencias del principio de especialidad que delimitó la doctrina registral. Ahora bien, el derecho está inscrito y consta tanto en la descripción de las fincas, como en los Estatutos de la Comunidad que, conforme al

artículo 5 LPH, constituye un estatuto privativo de la propiedad que perjudica a los terceros desde el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad, por lo que deberá ser respetado en todo caso.

Sentado lo anterior, el verdadero problema se plantea ahora cuando el titular de uno de los dos elementos pretende por sí solo ejercitar ese derecho de vuelo, edificando y haciendo suyo la edificación resultante. Problema que se plantea por la imprecisión de la configuración del derecho de vuelo inscrito y que pone de manifiesto, una vez más, la importancia de la calificación registral para que los derechos reales accedan al Registro perfectamente delimitados en su extensión y contenido de manera que puedan luego desenvolverse de manera eficaz y plena frente a todos por la voluntad de su titular.

Partiendo de la redacción que consta inscrita, hubo unanimidad en entender que la reserva del derecho de vuelo excluía de manera clara a los titulares de los departamentos que se encuentran bajo rasante - el garaje y el taller en el sótano-, quedando concretado el derecho de vuelo en los titulares de los departamentos tres y cuatro sobre rasante: “los derechos de vuelo serán en su totalidad privativos de las fincas tres y cuatro”.

Por otro lado, parece que más que una propiedad horizontal propiamente dicha, que exige una cierta unidad arquitectónica, nos encontramos ante un complejo inmobiliario con dos fincas bajo rasante y que sobre rasante comprende dos parcelas, una con un complejo deportivo y la otra con una guardería, independientes entre sí. Esta asimilación más próxima a un supuesto de parcelación es lo que justifica que el vigente artículo 26.6 TR Ley del Suelo de 2015 exija autorización administrativa para su constitución. Por ello alguno de los asistentes entendió que, si la edificación remanente que ahora pretende materializarse figura en la correspondiente ficha urbanística asignada a cada una de las dos parcelas de forma independiente, podrían los respectivos titulares ejercitar el derecho en la parte que a cada uno le corresponde. Teniendo en cuenta que la edificabilidad se fija, por regla general, en función de la superficie del suelo y que en los Estatutos consta que la reserva del derecho de vuelo es en orden a la superficie total y en proporción a lo que ocupa cada una de ellas, deberían ser consideradas, a estos efectos, como parcelas independientes, cada una de las cuales tendría su propia edificabilidad, que podría estar ya totalmente agotada respecto de una parcela y no de otra, o bien existir remanente en ambas. Si esto resultara acreditado con la pertinente documentación municipal podría aprovecharse por el titular de cada una de las parcelas de forma separada.

Sin embargo, la mayoría entendió que la falta de claridad y precisión de la configuración de esta reserva de vuelo no autorizaba a hacer esta interpretación, pues fácilmente se ve que quedarían vulnerados los derechos del titular del otro departamento en caso de que quien ahora pretende ejercitar el derecho de vuelo agotara para sí toda la edificabilidad remanente.

La imprecisión con que el derecho ingresó en el Registro no puede ahora salvarse por la interpretación que pretenda imponer una de las dos partes (artículo 40.d LH). No resulta con claridad que cada elemento lleve inherente el vuelo que corresponda sobre la proyección vertical de su ocupación en el total solar. Más bien parece que el vuelo que se reservó para los titulares de ambos elementos les pertenece en la proporción a la superficie que ocupa cada una de ellas respecto de la superficie total del solar lo que exige que, en ese reparto proporcional o, cuando menos, en la determinación de a quien corresponde la edificabilidad remanente, participen ambos de común acuerdo.

CASO 3.- Sobre una vivienda unifamiliar se constituyó una propiedad horizontal dividiéndola en ocho pisos. El Ayuntamiento inició expediente por infracción urbanística. Se pidió que se practicara nota del 73 Real Decreto 1093/97. Así se hizo constar así como la finalización del expediente ordenando la demolición (todo por nota al margen con los efectos que dicho Real Decreto establece). Con posterioridad se constituyeron ocho hipotecas a favor de BANKINTER sobre los respectivos pisos algunas de las cuales están en ejecución. Luego han sido objeto de embargos diversos a favor del Ayuntamiento y de la AEAT. Ahora quieren dejar sin efecto la propiedad horizontal: la propietaria y BANKINTER podrían llegar a un acuerdo al que probablemente podría concurrir el Ayuntamiento. ¿Se arrastrarían las cargas sobre las cuotas que tuvieran en la propiedad horizontal sin más? ¿Se le puede cambiar así el objeto de embargo a la AEAT o se tendría que arrastrar sobre el piso de procedencia?

Se advirtió, con carácter previo, de la necesidad, de conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, resolución de 12 de abril de 2011) de exigir licencia municipal en el supuesto de división horizontal de una vivienda unifamiliar.

Respecto al supuesto planteado se consideró que el propietario del inmueble, conforme al artículo 23 de la Ley de Propiedad Horizontal, puede extinguir la división horizontal por conversión de la misma en propiedad ordinaria, debiendo arrastrarse las cargas en proporción a la cuota que tuviese cada elemento independiente, conforme a la doctrina establecida por la Dirección General respecto al arrastre selectivo de cargas en resolución de 20 de febrero de 2012. La posible ejecución posterior de las cargas referidas otorgaría al adquirente en la realización forzosa la cuota correspondiente en la comunidad ordinaria, sin que en ningún caso pudiese volver a hacerse constar el régimen de propiedad horizontal, máxime cuando en el momento de inscripción o anotación de los gravámenes constaba el carácter ilegal de la división horizontal.

CASO 4.- Sobre un solar de 346 metros cuadrados consta inscrita, por las inscripciones 1, 2ª y 3ª, todas ellas de 1928, una casa de 5 plantas de 312 metros cuadrados edificadas, se dice, y el resto destinado a 4 patios de luces, constando la planta baja de 2 tiendas y portería, planta 1ª, 2ª y 3ª de cinco viviendas cada una y ático, 4 viviendas y la 1ª crujía destinada a azotea. Ahora pretenden otorgar una escritura de aclaración, en base a una certificación de un arquitecto, en la que hace constar que los 312 metros cuadrados son por planta, y el total

edificado son dos mil metros aproximadamente, para hacer a continuación la división horizontal sin más.

¿Debe exigirse que se otorgue escritura de ampliación de obra nueva antigua, acompañando además del certificado del arquitecto, certificación catastral donde conste la nueva superficie que se declara edificada? ¿O puede entenderse que es una mera aclaración de lo que ya figura declarado en el Registro?

En cuanto a la constitución en régimen de propiedad horizontal, ¿qué se considera necesario para la inscripción?

Respecto de la primera cuestión, se señaló que la constitución de un régimen de propiedad horizontal presupone siempre la previa inscripción del edificio que se divide horizontalmente. Cuando exista discrepancia entre la edificación descrita en el Registro y la que se describe en la escritura de división horizontal, será precisa la previa inscripción de la correspondiente alteración. La magnitud de esta alteración será determinante para fijar los requisitos que deban exigirse para la rectificación la descripción en el Registro, lo cual dependerá de cada caso concreto.

Así, si en la nueva descripción que se hace del edificio no se altera el número de plantas que ya constaban inscritas, ni de un modo grosero la superficie que resulta de cada un de las plantas, se podría entender que se trata de una simple aclaración, como parece suceder en el caso presentado, donde la descripción registral incluye con bastante exactitud la superficie de la parcela, el número de plantas, la superficie de la parcela ocupada por la edificación, la existencia de cuatro patios de luces, etc. Por ello, algunos de los presentes entendieron que si la aclaración que ahora se pretende hacer constar no altera estos parámetros (fundamentalmente el número de plantas y volumen edificado) aunque existe alguna variación en la superficie de la planta, podría accederse a la rectificación justificándola con una certificación expedida por técnico competente que acredite que la superficie de cada departamento es la que resulta de medición técnico efectuada y que el edificio no ha sufrido modificación desde el año de su construcción.

Además, para los que defendieron esta postura, el certificado del técnico competente debería acreditar también que no se han realizado en la finca obras de rehabilitación que supongan una alteración de la configuración arquitectónica por intervención total o parcial que produzca una variación esencial de la composición general exterior, volumetría o el conjunto del sistema estructural, o tenga por objeto cambiar los usos característicos del edificio, a los efectos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación.

Aunque la RDGRN de 19 de febrero de 2005 señaló, en un supuesto similar, que no puede presuponerse que el edificio, tal y como ahora se describe, sea distinto del que figura inscrito, por el hecho de que haya sido modificada en algunos puntos su configuración interior, ni que la reparación o rehabilitación del mismo haga nacer un edificio distinto del que figura inscrito,

si su configuración exterior es la misma, y ello aunque se hayan realizado algunas modificaciones interiores, las cuales pueden venir impuestas por las exigencias físicas que presupone la constitución en régimen de propiedad horizontal, parece razonable exigir ese certificado para excluir que se trate de un supuesto que precise acreditar la contratación del seguro decenal de daños.

Otros compañeros entendieron, por el contrario, que la alteración de la descripción que se pretendía hacer constar en el Registro, como paso previo a su constitución en régimen de propiedad horizontal, implicaba, cuando menos, una declaración de ampliación de obra nueva que exigiría, en consecuencia, acreditar todos los requisitos para su acceso a los libros del Registro. En concreto, en este caso, se debería proceder a la declaración de la obra nueva por la vía del artículo 28.4 TR Ley del Suelo, practicando las correspondientes comunicaciones a la Comunidad Autónoma y al Ayuntamiento de Madrid.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, se dijo que para la constitución de un régimen de propiedad horizontal propiamente dicho no es precisa la autorización administrativa exigida, tras la modificación introducida por la Ley 8/2013, para los complejos inmobiliarios por los artículos. 10.3 LPH y 17.6 TR Ley del Suelo 2008, que ha pasado a ser el artículo 26.6 TR Ley del Suelo 2015.

Ciertamente la redacción que dio la Ley 8/2013 de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas al artículo 17.6 TR Ley del Suelo de 2008 no era muy afortunada, pues exigía autorización administrativa para la constitución y modificación del complejo inmobiliario, entendiendo, a los efectos de esa autorización, por complejo inmobiliario *“todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos.”*

Podría entenderse cabalmente que esta definición de complejo inmobiliario incluía la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, las RDGR de 17 de octubre de 2014 y 13 de julio de 2015 entendieron que la exigencia de autorización administrativa no era aplicable a la propiedad horizontal propiamente dicha (sea ordinaria o "tumbada"), pues en ésta se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos esenciales para que el régimen de división horizontal exista, concluyendo que la exigencia de autorización administrativa prevista en los artículos. 10.3 LPH y 17.6 TR Ley del Suelo no puede hacerse extensiva a los supuestos de propiedad horizontal propiamente dicha.

En la actualidad, la redacción del artículo 26.6 TR Ley del Suelo 2015 es más clara y, siguiendo la línea marcada por la DGRN, habla con más exactitud de *“la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960 de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal”*, restringiendo la exigencia de autorización administrativa a este tipo de complejos inmobiliarios.

Siendo esta la normativa, se advirtió por algunos la incongruencia que supone no someter a ningún tipo de intervención la constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal y, sin embargo, exigir autorización administrativa para la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte (artículo 10.3 LPH). Una exigencia que no es más que la lógica consecuencia de someter a control administrativo la posible alteración de dos parámetros urbanísticos de gran importancia fijados por el planeamiento, como son la tipología edificatoria, y el de la densidad o número de viviendas.

Finalmente se señaló por alguno de los asistentes que si de la descripción de los nuevos departamentos independientes creados como consecuencia de la división horizontal pudiera surgir dudas sobre su adecuación a las exigencias del planeamiento, se debería exigir que por técnico competente se acreditara que las nuevas viviendas que se crean como independientes cumplen los requisitos que, en cuanto a superficie mínima de viviendas, se imponen en el plan general de municipio de que se trate. A estos efectos, el artículo 7.3.4 Programa Vivienda (N-2) 609 del PGOUM de Madrid establece que *“A efectos de estas Normas Urbanísticas se considera como vivienda mínima aquella que cuenta con, estancia-comedor, cocina, dormitorio y aseo, y cuya superficie útil sea superior a treinta y ocho (38) metros cuadrados, no incluyéndose en el cómputo de la misma las terrazas, balcones, balconadas, miradores, tendedores, ni espacios con altura libre de piso inferior a doscientos veinte (220) centímetros. Podrá admitirse reducir la superficie útil hasta veinticinco (25) metros cuadrados, en el caso de que únicamente disponga de una estancia-comedor-cocina, que puede servir de dormitorio y un cuarto de aseo.”*

Este último argumento no convenció a la mayoría, que no encontraban justificación para su exigencia, máxime cuando se pudiera acreditar que el número de departamentos ya existía en la realidad o que, como sucede en el caso planteado, ya figurara en la descripción registral del edificio el número de viviendas por planta. Sin embargo, se insistió en que, independientemente de lo que exista en la realidad, los nuevos departamentos nacen como fincas independientes y susceptibles de ser objeto de tráfico jurídico en el momento de la división horizontal y no antes, y que no tendría sentido que accedieran al Registro fincas

destinadas a viviendas que luego no pudieran ser destinadas a este fin por no cumplir las previsiones del planeamiento, o infraviviendas, siendo una exigencia que no parece excesivamente gravosa de conseguir. Y teniendo siempre en cuenta que según ha señalado la DGRN (Resoluciones de 7 de julio de 2014 y 14 de abril de 2015) en la superficie de un elemento privativo no cabe incluir la parte proporcional que al mismo corresponde en los elementos comunes, pues en un régimen de propiedad horizontal es elemento común todo lo que no es privativo por lo que es un error conceptual mezclar ambas realidades. En la cuota fijada a cada elemento privativo ya está idealmente incluida la parte proporcional que a éste corresponde en los elementos comunes, o, dicho de otra manera, en los beneficios y cargas de la comunidad. Y así, por exigencias del principio de especialidad, tal referencia a la parte proporcional de la superficie de los elementos comunes no debe reflejarse en el Registro, ni siquiera como accesoria o complementaria de la superficie exclusiva del componente privativo.

CASO 5.- División horizontal en la que un elemento es sótano parking en el que se describen correctamente las plazas con superficie, linderos y cuota pero en la que alguna son de 8 metros útiles o incluso más pequeñas. En este tipo de plazas solo puede aparcar o dos motos o un Smart pero no un utilitario. Casi todas las Ordenanzas municipales de los ayuntamientos importantes de España regulan el tamaño y clasifican en dos sus categorías: A) Plazas grandes de más de diez metros y B) pequeñas, de entre 7 y 10 metros.

Sea cual sea la medida, ¿debe, por lo menos, hacerse constar en su descripción que es Grande o Pequeña para que el comprador sepa el riesgo que corre si compra una de estas últimas y porque lo exigen las ordenanzas? Si su tamaño es inferior al señalado en las Ordenanza ¿debe ponerse nota de suspensión para obligar al promotor a reestructurarlas de otra manera?

No existe base legal alguna para exigir que en la descripción de las plazas de garaje se haga constar la clasificación que, según su tamaño, se haga en los respectivos planes municipales. Por ejemplo, el artículo 7.5.10 PGOU Madrid no designa las plazas según su tamaño, sino que fija unas dimensiones mínimas según se vayan a destinar a aparcamiento de vehículos de dos ruedas, vehículos automóviles pequeños y medianos, vehículos automóviles grandes, vehículos para personas discapacitadas o para capacidad reducida, etc. Conforme a las normas hipotecarias y la LPH, será suficiente hacer constar su superficie, lugar de situación, linderos y cuota de participación. La superficie y linderos deberían ser suficientes para que el comprador tenga conciencia de lo que adquiere, máxime si en la descripción se ha cumplido con las exigencias que ha señalado la DGRN cuando se trata de fincas resultantes de la propiedad horizontal, donde sólo debe figurar la superficie útil, sin incluir la parte proporcional que les corresponde en los elementos comunes.

Si la división horizontal que se pretende inscribir tiene su base en una previa licencia para la construcción del edificio y de ésta resulta el número de plazas de parking permitidas, el control de que sus dimensiones se ajustan al planeamiento ya se habrá hecho por el Ayuntamiento

con carácter previo, y su cumplimiento resultará de la certificación del técnico sobre la adecuación de la descripción al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

No obstante, se advirtió también que, conforme al vigente artículo 202 LH, si por razón de la obra nueva fuera exigible el archivo del libro del edificio en el Registro, debería comprobarse por el registrador que la descripción literaria de los departamentos resultantes de la división horizontal es coherente con las que resultan de los planos incorporados en dicho libro. No debe olvidarse además que, según el citado artículo 202 LH, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro.

Por alguno de los asistentes se apuntó que el cumplimiento de esta última exigencia es muy complicado desde el punto de vista práctico y que, además, no reporta ninguna utilidad adicional. Si, como exige el artículo 9 LH, en la descripción de cada una de las fincas se debe hacer constar la expresión del archivo registral del libro del edificio, cuando por su antigüedad fuera exigible, y en este libro constan las representaciones gráficas de todos los elementos independientes, debería bastar aquella expresión para poder cumplir con los objetivos perseguidos por la ley de poder facilitar a cualquier interesado la representación gráfica de su finca. ¿Qué sentido tiene que en la descripción de la finca conste que queda archivado el libro del edificio, para luego extraer de este mismo libro el plano de la finca, que por otra parte no es nada sencillo, para incorporarlo de nuevo al folio real? ¿No se duplica de esta manera la información? ¿Qué aporta de nuevo, salvo la posibilidad de cometer un error por esa misma duplicidad?

Si, por el contrario, la división horizontal no tiene su base en una previa licencia de obras que ampare el número de plazas que se crean, se podría exigir que por técnico competente se acreditara que el garaje-aparcamiento cumple con los requisitos de acceso de vehículos y dimensiones mínimas fijadas por el artículo 7-5 Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, por los mismos argumentos que se han señalado en el caso primero de este Seminario. Aunque, como en aquel caso, esta postura fue minoritaria se consideró por quien la defiende que esta exigencia es la manera más eficaz de asegurar al futuro comprador de que la finca que adquiere va a poder ser destinada al uso previsto, y su cumplimiento no debería resultar excesivamente gravoso para el interesado.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

RECITIFICACIÓN DEL REGISTRO. En el historial registral de una finca figura como titular Doña A, quien adquirió el dominio en estado de soltera. A continuación figura inscrita una hipoteca que garantiza el préstamo que recibió de una Entidad Financiera para la financiación de su adquisición. La hipoteca se está ejecutando, constando por nota a su margen la expedición de la certificación de cargas del artículo 688 LEC. La titular Doña A pretende ahora

rectificar la inscripción de dominio en cuanto al carácter de la adquisición pues, según acredita con certificado del Registro Civil, su estado civil en ese momento era el de casada y no de soltera. Parece que su última intención es paralizar el procedimiento de ejecución, pues al ser la finca de ella y su cónyuge, ambos, y no sólo ella, deberían haber sido demandados y requeridos de pago (artículo 132.1º LH).

No se aprecia ningún obstáculo para practicar la rectificación, a petición del interesado, mediante la extensión de un nuevo asiento de inscripción pues, según doctrina consolidada DGRN (Vid. RDGRN de 10 de septiembre de 2004 y 24 de junio de 2011) en materia de estado civil, el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos, y los datos relativos al estado civil son ajenos a la legitimación derivada del Registro de la Propiedad. Por lo tanto, si la inscripción a favor de A se practicó por la sola manifestación del comprador, y ésta resulta contraria a los datos que figuran en el Registro Civil, basta acreditarlo para proceder a la rectificación. Si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documentos auténticos, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes, bastará la extensión del asiento a petición del interesado, con la presentación de los mismos, sin que sea procedente la aplicación de los artículos. 40. d y 82 LH.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto (artículo 40 último párrafo LH); y que, conforme al artículo 220 LH, el concepto rectificado no surtirá efecto en ningún caso sino desde la fecha de rectificación, por lo que en nada afectará a la posición del acreedor hipotecario ni a la ejecución hipotecaria en curso. Otra cosa es que la rectificación del Registro se hubiera practicado antes de la expedición de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal, ex artículo 688 LEC, en cuyo caso, según doctrina DGRN, sí sería exigible que se hubiera demandado y requerido de pago también al cónyuge de A, y no sólo a éste.

Este caso, como tantos otros que se presentan diariamente en nuestras oficinas, ponen de manifiesto la inconsistencia y debilidad que supone para el sistema que el estado civil de las personas se haga constar en las escrituras por simple manifestación, sin exigirse acreditación alguna (artículo 159 Reglamento Notarial y artículo 363 Reglamento Registro Civil). Esta práctica registral y notarial ha sido muy criticada por la doctrina hipotecarista, singularmente José Manuel García García y Juan Manuel Díaz Fraile (Díaz Fraile, Juan María, “La prueba del estado civil en el Registro de la Propiedad y la publicidad del estado civil y del régimen económico matrimonial en los Registros Civiles y de la Propiedad”, en la obra colectiva “*Regímenes económico-matrimoniales y Sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial*”, Tomo I, páginas 601-656.), pues la constancia registral solvente del estado civil es imprescindible para definir la titularidad y el régimen jurídico del derecho inscrito, sobre la que se asientan

las presunciones de exactitud registral y de existencia y validez de los derechos inscritos. Repárese lo fácil que le sería a un cónyuge casado en régimen de gananciales burlar los derechos económicos que corresponden a su consorte con la mera manifestación que haga de encontrarse divorciado o soltero en la escritura pública por la que adquiere a título oneroso un inmueble. Estos datos no pueden considerarse meros datos de identificación de la persona pues con la inscripción a su nombre gozará de la legitimación registral para disponer por sí sólo de un bien que debe reputarse presuntivamente ganancial (artículo 1.361 CC), pudiendo provocar una adquisición por tercero inatacable. Una cosa es que el dato del estado civil no sea objeto de la publicidad registral, pues solo el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos, ni esté amparado por el principio de legitimación registral (RDGRN de 6 de marzo de 2004), y otra que no tenga relación inmediata en la configuración de la titularidad y régimen jurídico de las adquisiciones de los derechos patrimoniales.

La tendencia actual de la doctrina de la DGRN (RDGRN de 28 de octubre de 2014) es exigir la previa inscripción en el Registro Civil de cualesquiera circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas que afecten a la titularidad de derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, considerando que es imprescindible para lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad. La entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil debiera provocar un cambio en esta práctica. La posibilidad de acceso de las Administraciones y funcionarios públicos, para el desempeño de sus funciones y bajo su responsabilidad, a los datos contenidos en el Registro Civil (Art. 15 LRC), unido a las nuevas técnicas de la información, hará que queden sin fundamento los argumentos de dificultades prácticas y de entorpecimiento del tráfico jurídico, utilizadas incluso por la DGRN para mantener la situación actual.

REGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

En el Registro aparece un bien inscrito a favor de dos cónyuges (de nacionalidad española e italiana) con carácter ganancial. Ahora se presenta escritura de liquidación del régimen de comunidad de bienes propio de la legislación argentina, régimen económico que es el aplicable al matrimonio, según indican, por haberse pactado el régimen de separación de bienes propio de la legislación argentina. El matrimonio se celebró en Argentina, estando inscrito en el Registro Central

El supuesto de hecho plantea los siguientes problemas:

-¿Es precisa la indicación en el Registro Civil de las capitulaciones?

-Tratándose de una rectificación del Registro, al aparecer el bien inscrito con carácter ganancial, ¿debe acreditarse la razón por la que es aplicable la ley argentina al régimen económico del matrimonio y la propia ley argentina?

-¿Cómo inscribimos el bien en este caso?

Existió unanimidad en los asistentes respecto a la primera y tercera cuestiones planteadas, no así respecto a la segunda.

Así, respecto a la necesidad de exigir la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil, se señaló que conforme a la legislación del Registro Civil y la doctrina de la DG (así, resolución de 9 de enero de 2008), debe exigirse la inscripción de las capitulaciones, pues sólo se exceptúan de la inscripción registral si se trata de matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero, pues dichos matrimonios no se inscriben en el Registro Civil español.

Respecto a la segunda cuestión planteada, un gran número de los asistentes consideró que existiendo conformidad entre los titulares registrales y no habiendo perjuicio para terceros, la rectificación no requería más que la conformidad de los interesados; otros sin embargo consideraron que la determinación de la ley aplicable al régimen matrimonial, en tanto no presenta ningún punto de conexión en la escritura calificada, requiere una explicación que determine por qué el régimen matrimonial manifestado difiere del inscrito, conforme a la doctrina de la resolución de 10 de mayo de 2017 de la DG.

Respecto de la tercera cuestión, se entendió que conforme al artículo 92 del RH la inscripción de los bienes debía de practicarse como privativa, conforme al régimen de separación de bienes de la legislación argentina.

URBANISMO

CASO 1.- Proyecto de decreto por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid. Examen del informe a presentar.

Se consideró de especial interés la redacción propuesta del artículo 17.5 del Proyecto, llegándose a las siguientes conclusiones.

Señala la parte expositiva del proyecto que en el mismo se introduce por primera vez la posibilidad de prohibir la implantación de viviendas de uso turístico en aquellas Comunidades de Propietarios cuyos Estatutos así lo recojan de forma expresa. Señala al respecto el art. 17.5 del proyecto que "Cuando se trate de viviendas de uso turístico sometidas al régimen de propiedad horizontal, las comunidades de propietarios podrán prohibir en sus Estatutos la implantación de esta actividad".

La redacción de dicho precepto no resulta acertada por los siguientes motivos:

- La regulación de las facultades que comprende el derecho de propiedad en un régimen de propiedad horizontal es una cuestión propia del derecho civil, careciendo en consecuencia la Comunidad de Madrid de competencia para regular el régimen estatutario del derecho de propiedad de los elementos privativos de una división horizontal. Señala al respecto la sentencia 81/2013, de 11 abril, del Tribunal Constitucional que "*las regulaciones relativas a las relaciones interprivatos constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), (...). En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre «legislación civil:*

sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito.

- El establecimiento de limitaciones a las facultades del derecho de propiedad debe hacerse además por una norma con rango de Ley. La introducción en un Decreto de limitaciones a la propiedad no previstas legalmente supondría la infracción de la reserva de Ley en materia de propiedad (art. 33.2 de la Constitución), como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia número 37/1987, de 26 de marzo.

- La redacción de este precepto no supone realmente novedad alguna respecto al régimen jurídico actual. Al respecto, es indudable que conforme a la legislación civil, es conforme a Derecho que los estatutos de un régimen de propiedad horizontal prohíban la actividad turística, al poder repercutir tal actividad en el interés general de la Comunidad. Señala al respecto el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de octubre de 2008 que, *“La doctrina constitucional entiende que el Art. 33 CE reconoce al derecho a la propiedad privada un núcleo esencial, de manera que el régimen de los bienes, es decir, las facultades del propietario, no puede privarle de la efectiva utilidad económica, ni de la autonomía de la voluntad para usar, gozar y disponer de ellos. Si bien es cierto que los estatutos de una determinada comunidad constituida en régimen de propiedad horizontal pueden contener cláusulas prohibitivas o limitativas de determinadas actividades, éstas deben estar establecidas en atención al interés general de la propia comunidad”*

- Finalmente, si la finalidad de la norma es publicitar el derecho que asiste a los propietarios de un piso o local en régimen de propiedad horizontal de prohibir la actividad turística estableciendo en sus estatutos una interdicción de tal actividad, olvida el Decreto la relevancia que en este ámbito tiene para tal finalidad el Registro de la Propiedad. En efecto, de poco servirá el acuerdo de la comunidad de propietarios de prohibir la actividad turística si no se procede a su inmediata inscripción en el Registro, pues conforme al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y como ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada de 20 de octubre de 2008, *“Para garantizar su eficacia frente a terceros y a posteriores adquirentes, estas limitaciones deben constar inscritas en el Registro de la Propiedad”*. A este respecto, debe además añadirse que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, resolución de 19 de febrero de 1999, BOE de 11 de marzo) las modificaciones de un régimen de propiedad horizontal, para su acceso al Registro de la Propiedad, deben de ser objeto de una inmediata presentación, pues las mismas no serán inscribibles si, entre la fecha de adopción del acuerdo y la fecha de la presentación del título

modificativo en el Registro, se ha producido la enajenación de algún elemento privativo de la propiedad horizontal.

- Todo ello sin perjuicio de que resulte de interés la posibilidad de introducir en el Decreto la necesidad de que a la declaración responsable exigida para el ejercicio de la actividad en su artículo 11 se acompañe una certificación del Registro de la Propiedad que acredite que tal actividad no esté prohibida en estatutos, materia para la que sí es competente la Comunidad de Madrid, al tener atribuida la competencia exclusiva en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

CASO 2.- En una actuación urbanística la equidistribución se lleva a cabo por el sistema de compensación. A la junta se le adjudica una finca de resultado para que la venda y pague parte de los gastos de urbanización. La finca se pretende que no arrastre cargas hipotecarias ni urbanísticas. ¿Es necesario el consentimiento de los acreedores hipotecarios? Respecto de las cargas urbanísticas no parece que haya problema. En cuanto a las voluntarias inscritas:

1º. Es necesario el consentimiento de los acreedores porque podría haber un fraude a los mismos, este consentimiento se puede prestar en la propia actuación urbanística y resultar de la certificación o en documento público independiente, incluso podría hacerse en privado por el 216 del RH; esta exigencia es consecuencia del principio de legitimación.

2º. Frente a la posición tradicional de acuerdo con los principios hipotecarios se puede defender que si hay un urbanizador que aporta su saber y su capital y se pueden valorar ambos y retribuirle con parcelas resultantes ¿por qué no admitirlo? También es frecuente concentrar las cargas urbanísticas cuando el adjudicatario tiene varias fincas para que tenga alguna libre y pueda ponerla en venta más fácilmente. En esta posibilidad ¿qué garantías hay que exigir respecto a los acreedores?

La subrogación real supone la sustitución de una cosa por otra como objeto del derecho con mantenimiento de este a pesar del cambio operado. Es el principio básico en materia de reparcelación. A ella se refiere el artículo artículo 23 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015. Una de sus consecuencias básicas es el traslado de cargas de las fincas de origen a las de resultado, cuya regulación aparece desarrollada en el artículo 11 del Real Decreto 1093/97.

No obstante, en los procedimientos reparcelatorio se admiten las adquisiciones originarias, es decir, aquellas que no tienen su origen en la titularidad previa de finca alguna. El artículo 168 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 se refería a esta figura..En la actualidad, su regulación aparece recogida en el artículo 22.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo vigente que establece el mismo contenido que el del artículo 168 citado : *“Cuando no tenga lugar la subrogación real, el acuerdo aprobatorio de la distribución de beneficios y cargas producirá la extinción de los derechos reales y cargas constituidos sobre la finca aportada, corriendo a cargo del propietario que la aportó la indemnización correspondiente, cuyo importe se fijará en el mencionado acuerdo”*. Por otra parte, el artículo 122.3 del Reglamento de Gestión Urbanística establece que *“Cuando no haya una exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las*

antiguas, el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y estos recibirán en plena propiedad de aquellas, libre de cargas que no se deriven del propio acuerdo” Las adquisiciones originarias tienen carácter excepcional y sólo puede justificarse como una operación instrumental al servicio del acuerdo reparcelatorio.

Partiendo de estas consideraciones, mayoritariamente se entendió admisible la adjudicación a la junta de compensación de una finca libre de cargas para proceder a su enajenación y con ello pagar los gastos de urbanización. La consecuencia lógica de esta adquisición es que al no operar por subrogación real no procede el traslado de carga alguna, sin perjuicio, en su caso, de las indemnizaciones pertinentes.

Se discutió en torno a las notificaciones que deberían hacerse a los titulares de las cargas de las fincas de origen que se trasladaban en otras fincas de resultado o que no eran objeto de traslado a finca alguna. Para algunos las notificaciones debían ser las generales de todo procedimiento de reparcelación. Se trata de una operación que se encuadra dentro del procedimiento, no es ajena a la misma. Otros consideraron que era exigible una singular notificación de la operación realizada y de la adjudicación sin cargas. Esta notificación es exigible dada la excepcionalidad de la adjudicación y de la ausencia del traslado natural de cargas que actuaría si funcionara la subrogación real. En cualquier caso, no es necesario el consentimiento de estos titulares. Por último, otros consideran que debe diferenciarse si como consecuencia de la adjudicación originaria desaparece del procedimiento reparcelatorio alguna carga de las fincas de origen que no tienen traslado a ninguna otra finca de resultado. En este caso, es necesaria la notificación individualizada, además de la indemnización correspondiente.

USUFRUCTO

Escritura de compraventa de nuda propiedad. A vende a B y C por mitad y proindiviso la nuda propiedad de una finca. Y se dice solo eso: “Vende la nuda propiedad...” sin que conste que se reserva el derecho de usufructo o similar.

El problema surge con la cláusula siguiente: “La parte vendedora no podrá ceder su derecho de usufructo a un tercero, por razón del carácter personalísimo con que queda constituido en este acto, por lo que el incumplimiento, mediante cualquier acto de transmisión que lleve a efecto, tanto del derecho en sí como del derecho a obtener los frutos, será causa de extinción de su derecho por resolución del título constituyente, consolidándose el pleno dominio en favor del comprador”.

Mayoritariamente se consideró que la cláusula tal como estaba configurada implicaba una prohibición de disponer no inscribible con arreglo al artículo 27 de la Ley Hipotecaria. No obstante, dado que el derecho de habitación es esencialmente intrasmisible a menos que en el título constitutivo se haya pactado lo contrario (art. 525 del Código Civil y Resolución de la

Dirección General de 10 de diciembre de 2015) y que puede estipularse que afecte a toda la vivienda, lo procedente es pedir aclaración para ver cuál es la verdadera naturaleza del derecho constituido y en función de ello practicar la inscripción o denegar definitivamente la inscripción de dicho pacto.

RESOLUCIONES JUDICIALES CON TRASCENDENCIA REGISTRAL

PRIMER TRIMESTRE DE 2018

Carolina del Carmen Castillo Martínez

Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón

Doctora en Derecho

Profesora titular de Derecho Civil (excedente)

Profesora Asociada de Derecho Civil

Universitat de València

ENLACES

1º. Resolución: "Dies a quo" para el ejercicio de la acción de nulidad por error de un contrato de swap. Reiteración de la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información contenidos en la normativa pre-MiFID en un caso de contratación de un swap por quien no es inversor profesional.

2º. Resolución: Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Certificados "de fiducia" y "licencia de vacaciones". Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998. Reventa de derechos. Nulidad. Restitución proporcional.

3º. Resolución: Resolución de contrato de compraventa de inmueble. Incumplimiento del plazo de entrega pactado. Devolución de cantidades entregadas a cuenta. Cláusula penal. Cláusula resolutoria expresa. Incumplimiento esencial en el ámbito de la Ley 57/1968.

4º. Resolución: Condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. Nulidad por abusiva de la cláusula que en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario consumidor. Consecuencias de la nulidad: en cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, remisión a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

5º. Resolución: Préstamo con garantía hipotecaria. Nulidad por abusivas de las cláusulas de cálculo del interés variable conforme al índice IRPH. El IRPH como tal no puede ser objeto de control de transparencia, control de inclusión y claridad. Voto particular.

6º. Resolución: Impugnación de acuerdos sociales. Retribución de administradores. Alegación de indeterminación de la retribución consistente en el pago de una dieta. Independencia del auditor de cuentas. Prestación de servicios de asesoría fiscal a la sociedad auditada por una sociedad de asesoría estrechamente relacionada con la sociedad auditadora.

7º. Resolución: Juicio verbal contra denegación de inscripción de acuerdo en el Registro Mercantil.

8º. Resolución: Préstamo con garantía hipotecaria. Nulidad de cláusula suelo. Alcance del control de transparencia, conocimiento por el adherente de la verdadera carga económica y jurídica. En el caso, información clara desde la fase precontractual.

9º. Resolución: Ejecución de sentencia. Ejercicio del derecho de retracto. Realidad física y realidad registral. Autorización de entrada en la finca.

10º. Resolución: Condición de consumidor del garante en préstamo hipotecario.