

Cuadernos del Seminario

Carlos Hernández Crespo

Nº 39

Octubre-diciembre 2018

Segunda etapa

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

■ PONENCIAS Y TRABAJOS

- PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA. Por Carlos Amérigo Alonso.
- EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO. Por Alejandro Forero San Martín.

■ CASOS PRÁCTICOS

- RESOLUCIONES JUDICIALES CON TRASCENDENCIA JUDICIAL

SHS



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 Ávila Nº 2

Director de publicaciones

Enrique Amérigo Alonso

Registrador de la Propiedad de Torrelodones

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

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Carlos Américo Alonso.
Registrador de la Propiedad de Arévalo.

I.- INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 13/2015, el 1 de noviembre de 2015, ha supuesto una completa reestructuración de los distintos procedimientos reguladores de la rectificación de cabida de las fincas registrales. El objetivo de las presentes líneas no es un estudio detallado de los distintos expedientes que la nueva ley crea, ni siquiera es un análisis del regulado en el artículo 199 LH, en el que nos centraremos. Su finalidad es mucho más modesta: se pretende únicamente presentar un breve resumen, libre de análisis crítico, de la doctrina dictada en los últimos tres años por la DGRN relativa a la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199 LH.

Comienzo, en todo caso, con dos advertencias: en primer lugar, si bien la doctrina de la DGRN sobre la materia estudiada es como regla general coherente, existen en algunas resoluciones que pueden ser consideradas discordantes con la línea principalmente seguida por el Centro Directivo; en tales casos, me ceñiré a la explicación de la corriente seguida por la mayoría de las resoluciones. En segundo lugar, aunque la materia estudiada sea indudablemente jurídica, los elementos fácticos de superficie afectada, situación de la finca, descripción de linderos o manifestaciones de los colindantes son ponderados en cada resolución por una DG que pretende tanto crear una doctrina cohesionada y lógica como buscar una solución justa al supuesto planteado. Por ello, especialmente en lo relativo al valor de la oposición de los colindantes, es difícil resumir con reglas generales una doctrina que depende del análisis ponderado de las circunstancias concretas de cada caso.

En la presente exposición estudiaremos separadamente las siguientes cuestiones: el ámbito de aplicación del procedimiento del artículo 199 LH, distinguiéndolo del propio de los artículos 9 y 201 LH, la rogación de su tramitación, la calificación por el registrador de la correspondencia entre la finca registral y la base gráfica cuya inscripción se pretende, las notificaciones que haya de hacer el registrador, el valor de la oposición de los colindantes notificados y, finalmente, el comportamiento del registrador ante las desviaciones de la cartografía catastral.

II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 199 LH

La primera de las cuestiones que estudiamos es el supuesto de hecho que da lugar a la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH, centrándonos en distinguirlo de los regulados en el artículo 9 y 201 LH como procedimientos válidos para la rectificación de la cabida de una finca registral.

La regla general la asienta la DG en sus primeras resoluciones sobre la materia. Así afirman resoluciones como la de 17 de noviembre de 2015 en criterio reiterado hasta la actualidad la siguiente premisa:

A partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos:

- Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10 % o del 5 %, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes».
- El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria, cuando tras aludir al límite máximo del 10%, prevé que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria». Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». Adviértase que el caso de rectificaciones superficiales no superiores al 10 % y basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica puede acogerse tanto a la regulación y efectos del artículo 201.3, letra a, como a la del artículo 9, letra b.
- Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices –pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa–. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria. Ambos procedimientos, especialmente cualificados, sí que incluyen entre sus trámites una serie de garantías de tutela efectiva de los intereses de terceros afectados y todo ello con carácter previo a la eventual práctica de la inscripción registral que en su caso proceda, tales como las preceptivas notificaciones a colindantes y demás interesados, publicaciones de edictos en el «Boletín Oficial del Estado», publicación de alertas geográficas registrales, y la concesión de plazo para que los interesados puedan comparecer y alegar en defensa de sus intereses ante el funcionario público –registrador o notario, según el caso– competente para su tramitación. Y es precisamente por virtud de su mayor complejidad de tramitación y mayores garantías para colindantes y terceros en general por lo que su ámbito de

aplicación y efectos es justificadamente mucho más amplio que el de los otros supuestos concretos admitidos por la ley y enunciados en los dos primeros grupos antes aludidos.

En todo caso esta regla general precisa ser matizada y ampliada.

En primer lugar, distinguiremos entre los procedimientos de los artículos 199 y 9 LH (permítase utilizar la palabra procedimiento para referirme al artículo 9, aunque carezca de más tramitación que su rogación, calificación por el registrador sobre la correspondencia de su inscripción y las notificaciones legales posteriores a la práctica del asiento). Ambos procedimientos presentan la rectificación de cabida de la finca registral como un efecto secundario derivado de la inscripción de una base gráfica. Además aunque un sector doctrinal se planteó, tras la aprobación de la Ley 13/2015, que la diferencia entre ambos pudiera radicar en que el artículo 9 LH se pudiera tramitar exclusivamente en supuestos de inscripción obligatoria de representación gráfica, la DGRN ha considerado factible la inscripción de la base gráfica vía 9 LH también en los supuestos en los que tal inscripción sea voluntaria, ya como operación registral independiente, ya solicitada juntamente en la práctica de otra operación registral distinta.

Por lo tanto, el elemento que determinará la aplicación de uno u otro procedimiento es la diferencia existente entre la superficie registral de la finca y la que resulta de la representación gráfica que se pretende inscribir. Se aplicará el procedimiento del artículo 9 LH cuando esa diferencia sea inferior al 10% de la superficie inscrita y el procedimiento del 199 LH cuando sea superior.

Ahora bien, la doctrina de la DGRN, en aplicación de la ley, ha señalado dos importantes matices a esta regla general:

En primer lugar, no procede la aplicación del artículo 9 LH, sino del artículo 199LH cuando la representación gráfica aportada no respete plenamente la cartografía catastral. Así resulta del párrafo cuarto del artículo 9b) LH al afirmar: En todo caso, la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral. Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral. Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral. De este modo, cuando la representación gráfica alternativa (o en su caso el conjunto de la superficie afectada por varias representaciones alternativas presentadas) no respeta la delimitación resultante de la cartografía catastral de las parcelas afectadas, es preceptiva la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199.2 LH. Así lo ha reiterado la DGRN en resoluciones de 12 de febrero de 2016, 27 de septiembre de 2017 ó 16 de mayo de 2018, entre otras.

En segundo lugar, tampoco procede la tramitación del procedimiento del artículo 9, sino la del artículo 199 LH cuando, aun siendo la diferencia de cabida entre la finca registral y su representación gráfica inferior al 10%, considera el registrador actuante que las dudas de identidad entre ambas fincas requieran la intervención previa de los titulares colindantes a fin de salvaguardar sus derechos. Gráficamente señala la resolución de 7 de febrero de 2018, en doctrina consolidada del centro directivo, que si bien es cierto que esta Dirección General, desde la Resolución de 17 de noviembre de 2015, ha considerado admisible inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca en base al artículo 9, letra b), de la Ley

Hipotecaria; también lo es que en la misma Resolución se refiere a que el procedimiento del artículo 199 permite inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices –pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa–. Se trata, junto con el previsto en el artículo 201, de un procedimiento especialmente cualificado, que incluye entre sus trámites una serie de garantías de tutela efectiva de los intereses de terceros afectados y todo ello con carácter previo a la eventual práctica de la inscripción registral que en su caso proceda, tales como las preceptivas notificaciones a colindantes y demás interesados, publicaciones de edictos en el «Boletín Oficial del Estado», publicación de alertas geográficas registrales, y la concesión de plazo para que los interesados puedan comparecer y alegar en defensa de sus intereses ante el funcionario público –registrador o notario, según el caso– competente para su tramitación. Y es precisamente por virtud de su mayor complejidad de tramitación y mayores garantías para colindantes y terceros en general por lo que su ámbito de aplicación y efectos es justificadamente mucho más amplio que el de los otros supuestos concretos admitidos por la Ley.

Por todo ello, existiendo una solicitud expresa de inscripción de representación gráfica, está plenamente justificado el inicio de la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, cualquiera que sea la diferencia de superficie, si a juicio del registrador existen colindantes registrales que pudieran resultar afectados por la inscripción de dicha representación y que deben ser notificados previamente a la práctica de la inscripción.

En todo caso insiste la DGRN, entre otras en resolución de 27 de septiembre de 2018, que no debe el registrador generalizar el procedimiento del artículo 199 LH sobre el más simplificado del artículo 9 LH, sino que sólo debe tramitarse (en caso de diferencias de cabida inferiores al 10%) cuando efectivamente existan derechos de terceros colindantes necesitados de protección. Afirma en este sentido la resolución citada: No obstante, téngase en cuenta que la principal finalidad del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria es la tutela de los eventuales derechos de titulares de fincas colindantes, siempre que estas se vean afectadas por la representación gráfica que pretende inscribirse, de tal modo que carece de sentido generalizar tales trámites cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno.

De ahí que del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes (cfr. Resolución de 17 de noviembre de 2015).

Delimitado ya el artículo 199 LH del 9 LH procede, en segundo lugar, hacer lo propio con el procedimiento regulado en el artículo 201 LH. Como ya se ha señalado, es doctrina reiterada de la DGRN desde la entrada en vigor de la reforma del 2015 que puede emplearse el procedimiento del artículo 199 LH para la rectificación de cabida de la finca registral siempre que no existan dudas fundadas de correspondencia entre la finca registral y la representación gráfica aportada (en los términos que después estudiaremos) cualquiera que sea la diferencia de superficie entre ambas y aunque sea necesario rectificar los linderos fijos de la descripción

registral de la finca para adaptarlos a la descripción resultante de la representación gráfica aportada. Por tanto, como regla general, el ámbito de aplicación de los procedimientos de los artículos 199 y 201 LH es básicamente idéntico.

Siendo esta la regla general, también aquí son precisas dos matizaciones.

En primer lugar, ha señalado en alguna ocasión la DGRN que, siendo más completo y garantista el procedimiento regulado en el artículo 201 LH, puede emplearse para solventar las dudas de identidad de las fincas que al registrador se le planteen al inicio del procedimiento del artículo 199 LH. Así señala la resolución de 15 de enero de 2018 que toda vez que no procede la inscripción de la representación gráfica conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, salvo que se aporte la documentación requerida por la registradora, los interesados podrán acudir al específico procedimiento ante notario para la rectificación de descripción previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, en cuya tramitación podrían practicarse diligencias que permitan disipar las dudas expuestas por el registrador. Y ello dejando siempre a salvo la posibilidad de acudir al juicio declarativo correspondiente, conforme prevé el último párrafo del artículo 198 de la Ley Hipotecaria.

La segunda cuestión que debe ser estudiada es si son aplicables al artículo 199 LH los límites objetivos regulados en el artículo 201.1e) al afirmar que e) No podrá tramitarse el expediente regulado en los apartados anteriores para la rectificación descriptiva de edificaciones, fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal o fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde. En tales casos, será necesaria la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente.

Dentro de la enumeración que el precepto plantea parece necesario distinguir claramente dos grupos de supuestos: en primer lugar, aquellos que, por su naturaleza no son susceptibles de inscripción de representación gráfica propiamente dicha (edificaciones, fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal). Sin perjuicio de que pueda acceder al Registro la representación de tales obras o departamentos a través del artículo 202 LH o de la descripción gráfica de los departamentos en el libro edificio en los términos a que se refiere la resolución de 16 de diciembre de 2015, tales representaciones no son propiamente la representación gráfica georreferenciada regulada en los artículos 9 y 199 LH. Por ello, en tales casos no sería posible la tramitación de los procedimientos en ellos regulados.

Sin embargo, respecto de los demás supuestos a los que se refiere el artículo 201.1e) (fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde) no existiría ningún inconveniente técnico que impidiera la tramitación del expediente regulado en el artículo 199 LH. Sin perjuicio de la necesidad de que la jurisprudencia se asiente con más claridad sobre esta cuestión, puede señalarse que la DGRN sí ha considerado factible la tramitación del procedimiento del artículo 199 LH sobre fincas procedentes de concentración parcelaria.

III.- ROGACIÓN DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO

En cuanto a la rogación necesaria para que el registrador comience la tramitación del procedimiento, el punto de partida lo establece la resolución circular de 3 de noviembre de 2015 al afirmar que para que el registrador inicie el procedimiento del artículo 199 deberá constar la petición en tal sentido del presentante o interesado. Ahora bien, la misma resolución

matiza tal afirmación estableciendo que se entenderá solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore.

Tal regla ha sido reiterada por resoluciones posteriores como la de 15 de junio de 2016.

Por su parte, la resolución de 30 de junio de 2016 aclara que la solicitud es un mero acto de administración que no requiere poder de disposición sobre la finca objeto del expediente. Así entiende el centro directivo que basta el consentimiento de uno de los cónyuges respecto de la finca ganancial.

IV.- IDENTIDAD ENTRE LA FINCA REGISTRAL Y LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA

El expediente del artículo 199 LH tiene como objetivo la inscripción de la representación gráfica de la finca y, como consecuencia de tal inscripción la rectificación de la descripción literaria de la finca registral cuya representación se inscribe. Es presupuesto necesario, por tanto, para que pueda tramitarse el expediente que exista una plena correspondencia entre la finca registral y la representación gráfica de modo que las diferencias existentes entre la descripción registral original y la gráfica se deban exclusivamente a errores descriptivos del registro. La rectificación de la descripción registral no puede nunca ser un medio para que accedan al registro negocios jurídicos celebrados por el titular registral que debieran haberse articulado a través de inmatriculaciones, agrupaciones, agregaciones, segregaciones o divisiones.

Por ello, el artículo 199 LH establece que la certificación gráfica aportada será objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9. Éste afirma que la representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita. La correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca existe cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del terreno y las diferencias de cabida no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

Exigiendo la normativa aplicable que el registrador no albergue dudas sobre la identidad entre finca registral y representación gráfica, los artículos 9 y 199 LH determinan cuáles habrán de ser los criterios a los que se atenderá el registrador para juzgar esa identidad. Establece el artículo 9 LH que el registrador valorará la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Por su parte, el artículo 199 LH establece que el registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado. En los demás casos, y la vista de las alegaciones efectuadas, el registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio.

La jurisprudencia de la DGRN que hace referencia al estudio de las normas aquí expuestas se caracteriza por el rigor con el que ha calificado las posibles dudas del registrador sobre la identidad entre la finca inscrita y la representación gráfica aportada. De manera reiterada ha señalado que tal juicio no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Así la resolución de 27 de septiembre de 2018 que cita otras muchas anteriores como las de 14 y 28 de noviembre de 2016, 1 de junio, 4 de septiembre, 19 de octubre y 18 y 19 de

diciembre de 2017 y 24 de abril y 11 y 21 de mayo de 2018 afirma ser reiterada y consolidada la doctrina de esta Dirección General en los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica y puede sintetizarse del siguiente modo:

- a) El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 9, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria).
- b) A tal efecto el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, las representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la Resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016, así como acceder a la cartografía catastral, actual e histórica, disponible en la Sede Electrónica del Catastro.
- c) Dado que con anterioridad a la Ley 13/2015, de 24 de junio, se permitía el acceso al Registro de fincas sin que se inscribiese su representación gráfica georreferenciada, la ubicación, localización y delimitación física de la finca se limitaba a una descripción meramente literaria, lo que puede conllevar una cierta imprecisión a la hora de determinar la coincidencia de la representación gráfica con otras fincas inmatriculadas con anterioridad a dicha norma.
- d) El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. (...)
- e) El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

De este modo, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016 ó 20 de julio de 2018), pero habrá de fundamentarse la causa concreta por la que se supone celebrado un negocio traslativo o invadido el dominio público. En caso de invasión de finca colindante habrá igualmente de identificar la finca afectada y justificar la causa por la que se supone la invasión.

Como ya se ha señalado al comienzo de la presente exposición, el procedimiento del artículo 199 LH es medio válido para la rectificación de cabida cualquiera que sea la diferencia entre la superficie inscrita y la gráfica y para la rectificación de linderos fijos. Por ello entiende la DGRN que no pueden fundamentar las dudas de identidad del registrador exclusivamente la magnitud de la diferencia de cabida (habiendo permitido en ocasiones la DGRN hasta cuadruplicar la superficie inscrita por este procedimiento) o la necesidad de rectificar los linderos de la finca registral.

También ha considerado la DGRN en ocasiones (así la resolución de 20 de julio de 2018) que este procedimiento es válido, respecto de fincas rústicas, para incorporar al historial registral los datos relativos al polígono y parcela catastral que no constaran previamente en el historial registral de la finca.

Debe finalmente señalarse que, en caso de que las dudas de identidad estén debidamente fundamentadas, habrán de ponerse de manifiesto por el registrador al inicio del procedimiento, antes de las citaciones, para evitar gastos y dilaciones innecesarios y que podrán ser solventadas a través del procedimiento del artículo 201 LH (resoluciones de 15 de enero ó 20 de julio de 2018).

V.-NOTIFICACIONES

En reiteradas ocasiones ha remarcado la DGRN que las notificaciones a los titulares colindantes son el trámite esencial que caracteriza el procedimiento del artículo 199 LH. Así señalan las resoluciones de 19 de julio o 28 de noviembre de 2016 ó 23 de abril de 2018 (entre otras), que el objeto 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, asegurando, además que puedan tener acceso al registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial. Aplicando la doctrina de la Resolución de 5 de marzo de 2012, la notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en este tipo de procedimientos: «la participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión».

El precepto establece diferentes destinatarios de tales notificaciones en función de la clase de base gráfica que vaya a ser inscrita. En caso de inscripción de base gráfica catastral el artículo 199.1 LH establece que el Registrador sólo incorporará al folio real la representación gráfica catastral tras ser notificada a los titulares registrales del dominio de la finca si no hubieran iniciado éstos el procedimiento, así como a los de las fincas registrales colindantes afectadas. 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. En el supuesto de que la base gráfica objeto de la inscripción sea alternativa, el 199.2 LH añade que el Registrador, una vez tramitado el procedimiento de acuerdo con el apartado anterior, en el que además se deberá notificar a los titulares catastrales colindantes afectados, incorporará la representación gráfica alternativa al folio real.

Así, serán objeto de notificación los titulares registrales de las fincas colindantes afectadas en caso de que se incorpore una representación catastral y también los titulares catastrales colindantes cuando se inscriba la alternativa.

Cabe en todo caso plantearse quiénes son los titulares registrales colindantes afectados. En esta cuestión se centra la resolución de 23 de abril de 2018, que si bien se refiere al procedimiento del artículo 201 LH, llega a una serie de conclusiones que podrían también aplicarse al procedimiento del 199 LH.

Se plantea específicamente en este recurso qué deba entenderse por colindante registral a estos efectos. Sobre esta cuestión debe partirse de la realidad de que actualmente conviven en el Registro fincas cuya representación gráfica se encuentra inscrita con otras que disponen de base gráfica archivada en cumplimiento de la normativa anterior a la Ley 13/2015 (anterior

redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria e Instrucción de esta Dirección General de 2 de marzo de 2000) e incluso un tercer grupo de fincas que carecen en absoluto de representación gráfica alguna.

Por tanto, atendiendo a esta situación, y en respuesta a la cuestión planteada por el recurrente, en cuanto a qué se entiende por colindantes registrales que deban ser notificados, serán los que resulten de las representaciones gráficas inscritas o de las bases gráficas archivadas, pero también lo serán, en todo caso, los que figuren en la descripción literaria, esté o no actualizada; siendo labor del registrador, tal y como indica el recurrente, determinar adicionalmente de forma más precisa cuáles sean las fincas registrales colindantes que puedan resultar afectadas acudiendo a la consulta de los índices u otros asientos relacionados con la finca (por ejemplo, notas marginales de segregación), cuando se disponga de esta información en el Registro.

En el caso de este expediente se omite toda notificación a los colindantes registrales, siendo los únicos que figuran en la certificación los resultantes de la descripción literaria, que debieron ser notificados. Por tanto, este defecto debe confirmarse.

La conclusión a que llega la resolución citada es que, en caso de que por falta de previa inscripción o archivo de la base gráfica la única descripción que conste en el Registro de la finca objeto del expediente sea la literaria, corresponde al registrador, estudiando el historial registral de las fincas afectadas o los índices a su disposición, intentar discernir quiénes pudieran ser los titulares registrales colindantes, llegando incluso a notificar (parece en caso de que tales pesquisas resultaran infructuosas) a los que resulten de la descripción literaria de la finca afectada (incluso si tal descripción no se hubiera modificado en un amplio lapso de tiempo). No cabría, parece, ni dejar de tramitar el procedimiento por desconocer quiénes sean los titulares colindantes, ni dejar un lindero pendiente de notificación.

VI.- OPOSICIÓN DE COLINDANTES

La doctrina de la DGRN sobre esta cuestión es, posiblemente, la más complicada de resumir entre aquéllas objeto de la presente exposición. El análisis de la amplia jurisprudencia del centro directivo sobre la materia resulta difícil de esquematizar pues cada resolución responde a las concretas circunstancias del caso y las variables que pueden afectar a su solución son muy numerosas: diferencia de cabida de la finca, diferencia de linderos, posibles intereses públicos involucrados, argumentos del colindante, número de oposiciones presentadas, pruebas presentadas, entre otros.

Me limitaré, por tanto, a exponer una serie de reglas jurisprudenciales que la DGRN ha reiterado.

La primera regla y la más importante es que la mera oposición de un colindante no fundamenta, por sí sola, la denegación de la inscripción de la base gráfica. Afirmar el centro directivo en una frase repetida en incontables resoluciones que el registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. Por tanto, y conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado

ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». Lo que no impide, por otra parte, que las alegaciones recibidas sean tenidas en cuenta para formar el juicio del registrador.

Por tanto, la oposición del colindante habrá de ser valorada por el registrador, quien habrá de denegar la inscripción cuando a la vista de las alegaciones y pruebas presentadas llegue a la conclusión de que no existe identidad entre la finca registral y la base gráfica (fundamentalmente por encubrir su posible inscripción la celebración de negocios traslativos o en general cualquier modificación, no registrada, de la situación jurídica de la finca inscrita o por invadir la base gráfica el dominio público u otra finca colindante).

En contra, no fundamenta la denegación la manifestación o acreditación del colindante de la titularidad de algún derecho sobre la finca objeto del expediente que sea compatible con la titularidad dominical alegada por el promotor. Así las resoluciones de 11 ó 25 de mayo de 2018 entienden que la mera existencia de un camino que implica una servidumbre de paso sobre la finca a favor del alegante que no se encontrara inscrita no imposibilita la inscripción de la base gráfica y la rectificación de cabida.

En segundo lugar, las resoluciones de 6 de febrero de 2018, 21 de marzo de 2018 ó y 5 de julio de 2018 atribuyen al registrador la competencia de valorar la legitimación del colindante para oponerse. En todo caso, la primera de las citadas (en que el alegante afirmaba ser heredero del titular colindante) señala que no es preciso que se acredite la titularidad del alegante por los medios que se le exigirían para practicar a su favor la inscripción de la finca colindante afectada.

En tercer lugar, aclara la DGRN (resoluciones de 14 de noviembre de 2016 ó 25 de octubre de 2017, entre otras) que la oposición del colindante no implica la necesidad de dar nueva audiencia al promotor para poder rebatir los argumentos del alegante. Compete al registrador, a la vista de las alegaciones resolver lo que estime procedente (sin perjuicio, claro, del posible recurso contra la denegación de la inscripción solicitada).

En cuarto, la resolución de 14 de noviembre de 2016, entre otras, se refiere a la solicitud del promotor de acceder al contenido de las alegaciones del colindante. Al respecto la DG recuerda que el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales, documentos entre los que se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho expediente registral, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza.

En quinto, la resolución de 5 de julio de 2018 se refiere al valor que haya de darse a las alegaciones de un colindante que no defiende sus propios intereses personales, sino los ajenos. En tal supuesto entendió la DGRN que si citado el colindante afectado, éste no se opone, no debían ser valoradas las alegaciones de un tercero cuyos derechos personales no se veían perjudicados por la inscripción.

En sexto y último lugar, nos referiremos a la necesidad de que el alegante acredite o no sus manifestaciones con alguna prueba, si quiera indiciaria, que dé soporte o credibilidad o sus alegaciones. La DGRN establece en distintas resoluciones que procede la denegación de la base gráfica en caso de que resulte posible o, cuando menos, no incontrovertido, que no nos encontramos ante la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, sino que con tal rectificación se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, pudiendo afectar a los derechos de terceros.

Parece deducirse que la mera existencia de controversia, si estuviera fundada en la posible invasión de finca colindante o dominio público o en la celebración de negocio traslativo, sería suficiente para denegar la inscripción. Sin embargo, la doctrina más reciente ha considerado de suma importancia que las alegaciones sean acompañadas alguna prueba que las sustente. Así lo entendió por ejemplo la resolución de 24 de abril de 2018. Por su parte la resolución de 12 de junio de 2018 afirma: Debe también ponerse de manifiesto que la alegación así formulada no aparece respaldada por un informe técnico o prueba documental que, sin ser por sí misma exigible, sirva de soporte a las alegaciones efectuadas. En consecuencia, no cabe concluir de todo ello la consecuencia de no admitir la inscripción de la representación gráfica alternativa aportada sin fundamentar las razones que impiden al registrador tal incorporación a los respectivos folios reales de las fincas objeto de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias. Siguiendo la doctrina de esta Dirección General en la Resolución de 13 de julio de 2017 (que si bien se refería al procedimiento del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, es extrapolable al presente supuesto), no es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien formula tal oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. No puede ser otra la interpretación de esta norma pues de otro modo se desvirtuaría la propia esencia de este expediente según se ha concebido en el marco de la reforma de la jurisdicción voluntaria.

VII.- DESPLAZAMIENTOS Y GIROS

En última instancia, haremos una brevísima referencia al comportamiento marcado por la DGRN al registrador ante los problemas relacionados con los posibles desplazamientos o giros que puedan resultar de la representación gráfica catastral. Estos problemas se plantean cuando la representación gráfica catastral refleja correctamente tanto la descripción de la finca como sus relaciones de colindancia relativas con las vecinas, pero, por errores cartográficos, no refleja de manera exacta la ubicación de la finca sobre la realidad, siendo por tanto sus coordenadas incorrectas, por errores cartográficos que no afectan exclusivamente a la finca objeto de la representación sino a la zona más o menos amplia de terreno donde ésta se sitúa.

Siendo por tanto correcta la descripción de la finca y sus relaciones cartográficas relativas con las colindantes, se plantea la cuestión de cómo debe actuar el registrador ante una representación gráfica alternativa que pone de manifiesto la existencia de un error en la cartografía catastral.

Sobre la cuestión se pronuncia en dos ocasiones la Resolución de 29 de octubre de 2015 conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad.

En primer lugar el apartado dispositivo séptimo, en el último párrafo de su punto 2.d) señala que si se realiza un levantamiento topográfico que ponga de manifiesto que la cartografía catastral presenta un desplazamiento o giro, la representación gráfica resultante se deberá apoyar en la cartografía catastral existente respetando las distancias relativas. El técnico hará constar en su informe la magnitud y dirección del desplazamiento o giro observados. Parecería por tanto insinuarse que la representación que habría de tomar el registrador sería la catastral incorrecta por ser preferible un mal menor (incorporar una representación incorrecta) a uno mayor (incorporar una representación que, aunque correcta, no puede coordinarse con las colindantes por afectar el error catastral no solo a una finca, sino a una porción más amplia de terreno).

Sin embargo, el punto 5 del mismo apartado dispositivo séptimo parece defender la postura contraria, es decir, incorporar la representación alternativa correcta aunque ello implique la descoordinación con las catastrales colindantes mientras no se resuelva el error de desplazamiento o giro en la cartografía catastral. El citado apartado establece que cuando se inscriba la representación gráfica alternativa derivada de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento o giro de la cartografía catastral, éste se remitirá al Catastro por el registrador junto con los datos de la inscripción correspondientes, a fin de incorporar los metadatos de la modificación catastral que se efectúe.

Excede del objeto de estas breves líneas plantearse cuál sea la solución preferible o lo que es quizá aún más interesante cuáles son las consecuencias prácticas de optar por una u otra alternativa o las posibles soluciones para coordinar las distintas representaciones gráficas que hayan podido acceder al registro (unas catastrales incorrectas, otras alternativas correctas) una vez se haya puesto de manifiesto ante el registrador y el catastro la existencia del giro o desplazamiento.

La DGRN se ha pronunciado sobre la cuestión en las resoluciones de 24 de octubre y 7 de noviembre de 2016 en las que no se planteaba la posible inscripción de una representación alternativa, sino de una catastral en una zona en la que se había producido un desplazamiento no acreditado a juicio de la DG. Resulta interesante destacar que aunque la DG no resuelve expresamente la cuestión planteada, basa su argumentación en el apartado 5 de la resolución circular, sin citar el apartado 2d). Los argumentos de la DG son los siguientes:

Procede analizar el defecto relativo a la existencia de un desplazamiento patológico o generalizado en la cartografía catastral del municipio que impide la inscripción de la representación gráfica de la finca.

El tratamiento registral de los supuestos de desplazamientos de la cartografía catastral se contemplan en el apartado 5 del punto séptimo de la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015 que dispone que «cuando se inscriba la representación gráfica alternativa derivada de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento o giro de la cartografía catastral, éste se remitirá al Catastro por el registrador junto con los datos de la inscripción correspondientes, a fin de incorporar los metadatos de la modificación catastral que se efectúe».

En consecuencia, para la apreciación por el registrador de tal desplazamiento de la cartografía (más aún si como indica el registrador en su nota el desplazamiento es «patológico») se precisa que un técnico así lo dictamine con ocasión de la elaboración de una representación gráfica alternativa que se aporta al registro para su inscripción.

En el presente expediente, no consta ninguna representación alternativa que derive de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento o giro de la cartografía catastral, sino que el registrador se limita en su calificación a poner de manifiesto la existencia de un desplazamiento generalizado, sin que éste resulte justificado técnica ni gráficamente en tal nota de calificación. (...)

En todo caso debe recordarse que conforme al artículo 10.1 de la Ley Hipotecaria la base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los registradores de la Propiedad. No corresponde al registrador, en el ejercicio de su función calificador, revisar de oficio dicha cartografía catastral. Como ya señaló la Resolución de 22 de abril de 2016, la calificación de una representación gráfica conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (cfr. punto cuarto de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015) y las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Cabe señalar, finalmente, que el altísimo número de resoluciones sobre la materia expuesta en un plazo tan breve de tiempo pone de manifiesto las lógicas dificultades propias de los periodos de implantación de cualquier procedimiento nuevo. Sin embargo, los múltiples beneficios que en el futuro proporcionará el creciente número de fincas correctamente georreferenciadas harán, sin duda, que el constante esfuerzo de los operadores jurídicos por aplicar la nueva legislación, con agilidad, pero sin merma de seguridad, merezca la pena.

EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO

SUCESIVO INTERRUPTIDO

Alejandro Forero San Martín.
Registrador de la Propiedad de Móstoles Nº 4.

I.- INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta exposición es intentar ofrecer unos criterios interpretativos del artículo 208 Ley Hipotecaria tras la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2015, con el objetivo de paliar los problemas que conlleva su aplicación.

Se han tomado como base las resoluciones dictadas por la DGRN desde la fecha de publicación de la Ley (y algunas anteriores) y la obra de José Manuel García *La finca registral y el Catastro*.

Se divide en dos partes: la primera, destinada a recorrer los trámites del expediente; y la segunda, a determinar cuándo se puede acudir a él (y no digo «cuándo se ha producido la interrupción de tracto» porque no es el único supuesto en el que es admisible).

La Ley 13/2015 da una nueva redacción a todos los artículos del Título VI de la Ley Hipotecaria, lo que supone, en relación al asunto que nos ocupa, la unificación de los antiguos expediente de dominio y acta de notoriedad en un único expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido (LH 198.7º), aplicable tanto al dominio como a los demás derechos reales, con el objeto de desjudicializar tales procedimientos, eliminando la intervención de los órganos judiciales, sin merma alguna de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, que siempre cabrá por la vía de recurso, así como su modernización (Preámbulo de la Ley).

Además del artículo citado, completan su regulación el artículo 208 y, por remisión, el 203. Dos son los expedientes que se remiten a este artículo, pero con un alcance diferente en esta remisión:

- a) El expediente para rectificar la descripción de fincas del artículo 201, el cual dice que se *tramitará* siguiendo las reglas prevenidas en el artículo 203, con exclusión de algunas de ellas, y concreta el contenido de la certificación a expedir (201.1 c).
- b) El expediente del artículo 208, el cual no excluye, al menos de manera expresa, la aplicación de regla alguna del artículo 203, no precisa el contenido de la certificación, y dice que *se acomodará* a lo previsto en el artículo 203, expresión que a mi juicio da un mayor margen al intérprete para llegar a resultados coherentes en su aplicación.

Y es ésta la única regulación de que se dispone, ya que la DGRN (por todas, la Res 13/07/2017) considera que, por aplicación de la disposición derogatoria de la Ley 13/2015, «*deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes*».

II.- TRAMITACIÓN

LH 208, regla segunda, dispone que la tramitación se acomodará a lo previsto en el artículo 203, con las siguientes especialidades. A la vista del artículo 203 y de las especialidades a que se refiere el artículo 208, pueden distinguirse los siguientes apartados: **A.- Competencia:** se determina conforme a LH 203.1, regla primera.

El expediente deberá tramitarse ante Notario hábil para actuar en el distrito notarial donde radique la finca o en cualquiera de los distritos notariales colindantes a dicho distrito. Si la finca estuviera radicada en el territorio correspondiente a dos o más distritos notariales diferentes, podrá tramitarse el expediente ante un Notario de cualquiera de estos distritos o de sus respectivos colindantes. Podrá instruirse un solo expediente para varias fincas siempre que las mismas estén situadas en el territorio de un mismo Registro, aunque alguna de ellas esté situada parcialmente en un distrito hipotecario colindante, siempre que la mayor parte de su superficie radique en dicho Registro.

B.- Iniciación: LH 203.1, regla segunda, y 208, regla segunda, 1ª y 2ª.

El expediente se inicia mediante solicitud por escrito del titular del dominio o derecho real cuyo tracto se pretende reanudar. Dicho escrito debe contener:

1.- Descripción de la finca, que ha de entenderse hecha, para este procedimiento, en términos que permitan su identificación con la que consta inscrita. Cabe citar aquí la Res 1/06/2017:

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (cfr. «Vistos») según la cual es inequívoca la exigencia legal de la pertinente licencia o de la declaración municipal de su innecesaridad, y ello cualquiera que sea la forma en que finalmente la segregación tenga acceso al Registro, ya que, aunque se hubiera producido mediante el expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo, si éste está dirigido, como en el caso presente, a parte de la finca inscrita que en su día se segregó, deben cumplirse los requisitos exigidos por la legislación urbanística y aportarse licencia de segregación o certificación del Ayuntamiento de innecesaridad de la misma (artículos 26.2 de la Ley de Suelo y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio). Ahora bien, dicho requisito deberá acreditarse en el momento de la inscripción de segregación efectuada, por lo que si se hubiese admitido la extensión de la anotación preventiva de incoación del expediente su exigencia habría debido demorarse hasta la presentación de la resolución que le ponga fin.

2.- Expresión de la última inscripción de dominio y de todas las demás que estuvieren vigentes.

3.- Datos personales del promotor y su domicilio para la práctica de notificaciones.

Dentro de estos datos de promotor se incluyen el estado civil y, en su caso, el régimen económico matrimonial y la identidad del cónyuge (Res 28/04/2016).

En cuanto a la legitimación, puede citarse la Res 18/10/2017, que contempla el supuesto en el que el promotor del expediente lo hace en su propio nombre y derecho y, además, en interés legítimo de los demás interesados, pretendiendo la reanudación del tracto, no a su favor, sino en el de sus respectivos causantes. La citada resolución dice lo siguiente:

No se produce en el presente caso un supuesto de representación voluntaria, a la que no se hace referencia alguna. Además, aun cuando la hubiera, el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, exige que en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera, circunstancias que no resultan del documento presentado. Por otra parte, el artículo 1259 del Código Civil establece que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado y que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo

nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1999 señala que un contrato hecho bajo mandato verbal es nulo si el mandante no lo ratifica, ratificación que lo convalida retroactivamente. En el caso que nos ocupa no ha sido siquiera alegada representación alguna ni se ha acreditado la ratificación correspondiente. Pero es que, además, tampoco han tenido intervención alguna a lo largo del procedimiento tales personas designadas como interesados en el acta. En cuanto a la acreditación de la condición de herederos, dado que el promotor del expediente no pretende la reanudación del tracto a su favor, sino a favor de su causante, se precisa que se acredite la cualidad de heredero alegada en el título presentado (cfr. artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 76 y 80 de su Reglamento), dado que es una cuestión que queda sujeta a la calificación de la registradora en aplicación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Con el escrito inicial deben aportarse los siguientes documentos:

a) DOCUMENTOS PREVENIDOS EN LA LETRA A) DE LA REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 203.1. A saber:

1.- Título de propiedad de la finca, que atribuya el dominio sobre la misma al promotor del expediente. Dado que la ley habla de documento y de título de propiedad, deberá aportarse el título formal, que podrá ser público o privado, que contenga el título material de adquisición del derecho, lo que constituye una novedad respecto a la anterior regulación.

En el caso de que el promotor carezca de título escrito, deberá acudir a la vía judicial (José Manuel García García).

La doctrina de la dirección General se ha adaptado al cambio legislativo. Así, mientras las Resoluciones de 28/05/2015 y de 27/04/2017, entre otras, y para expedientes sujetos a la legislación anterior, admiten como título alegado el de la usucapión, la de 27/06/2016 dice lo siguiente:

Uno de los elementos a aportar en el inicio del trámite del expediente deberá ser el documento que acredite la titularidad del promotor, cuestión ésta calificada y exigida por el registrador en su calificación, teniendo su ausencia un carácter obstativo que impide la inscripción en el Registro del acta de conclusión del título inmatriculador. Ciertamente el antiguo artículo 201 señalaba que dicho título justificativo se aportará «si lo tuviere», pero actualmente este requisito se vuelve inexcusable al exigir la aportación documental del título (por ello, el formal ya sea público o privado, comprensivo igualmente del material) en el que el promotor justifique su derecho.

Por último, cabe apuntar que, partiendo de la distinción entre adquisición mediante documento público y acreditación de la adquisición mediante documento público (véase Res 5/09/2018, FD 2), se sostiene por algunos autores la posibilidad de iniciar el expediente notarial de dominio mediante la tramitación previa de un acta de notoriedad, ex artículo 209 del Reglamento Notarial, que constituiría el título de adquisición a que se refiere el artículo 203.

2.- Certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela parcelas catastrales, que se corresponda con la descripción, aquí, de la finca inscrita.

Teniendo en cuenta la finalidad del expediente, con José Manuel García García se puede concluir que esta certificación únicamente servirá para identificar al titular catastral y su posterior notificación, y para hacer constar la referencia catastral de la finca, pero en todo caso sujeta dicha constancia a la apreciación de identidad (artículos 45 y 48 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario).

Debe hacerse hincapié en la necesidad de que haya correspondencia entre la parcela catastral y la finca registral, pues puede ser la notificación al titular catastral el único medio de defensa para el titular registral en el caso de inscripción contradictoria de más de 30 años de antigüedad.

Además de lo expuesto, la conclusión más importante que se deriva de la remisión a los documentos prevenidos en la letra a) de la regla segunda del apartado uno del artículo 203 es que no hay que aportar los demás documentos citados en las demás letras, con las consecuencias que se derivan de ello en materia de notificaciones, como luego se verá.

b) DOCUMENTOS A QUE SE REFIERE LH 208, REGLA SEGUNDA, 2ª:

Además de los documentos que acrediten la adquisición del interesado y de aquellos otros que considere oportuno para justificar su petición, deberá aportar los documentos de que disponga que justifiquen la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa.

Esta exigencia supone un cambio radical respecto de la situación anterior, pues el artículo 285 del RH establecía que no puede exigirse a quien promueve el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho.

Ahora bien, la técnica empleada para conseguir el nuevo propósito es mejorable, porque basta que el promotor diga que no dispone de más títulos que el suyo propio para que quede dispensado cumplir esta exigencia, o porque no tiene sentido obligarle a conseguir y aportar títulos que luego no se van a poder inscribir.

La DGRN arroja un poco de luz a este precepto y capta la esencia de lo que realmente quiere decir:

-Res 7/01/2016: «la necesidad de intentar justificar la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa la titularidad del interesado que promueva la reanudación, resulta con carácter general de la regla segunda, apartado 2ª, del nuevo artículo 208».

-Res 23/05/2016, con más precisión: «La identificación del título de adquisición del promotor y de los previos adquirentes resulta imprescindible para conceder los medios necesarios para que el notario autorice el expediente de reanudación de tracto y el registrador califique, sobre la existencia de una verdadera interrupción del tracto y la justificación de la titularidad del promotor».

-Res 2/10/2017, que contempla el siguiente supuesto de hecho: Los promotores del expediente adquirieron la finca mediante documento privado de compraventa a don C, en fecha 2 de octubre de 1997. La finca registral cuya reanudación del tracto se pretende se encuentra inscrita a favor de don J y doña A, que adquirieron por título de herencia al fallecimiento de la anterior titular, doña A. S. L., acaecido el día 15 de septiembre de 2001. La inscripción de la adquisición anterior, a favor de la causante doña A. S. L., es de fecha 29 de abril de 1982. Dice la resolución que *no resulta del acta, conforme prescribe el número 2 de la regla segunda del artículo 208, que se haya aportado ningún documento que justifique la adquisición de los titulares intermedios de los que traigan causa los promotores. Cuestión que, si bien no se ha planteado en la calificación, no permite apreciar qué titular registral inicia la cadena de titularidades que llega hasta la de los promotores. Tal y como señala el registrador en su calificación, no existe una verdadera interrupción del tracto, si bien en cuanto a la última transmisión inscrita, pues no hay una cadena de transmisiones desde el titular registral al promotor que no sea posible hacer constar en el Registro por no disponerse de la documentación adecuada para ello.*

Por ello, se puede llegar a la conclusión de que lo esencial no es aportar los documentos de que se disponga, sino identificar esa cadena de transmisiones para calificar si existe rotura de

tracto o no. En caso negativo, sólo por norma general podrá reanudarse el tracto mediante la aportación, ahora sí, de los documentos que acrediten tales transmisiones intermedias.

C.- Expedición de certificación y anotación preventiva: En este apartado, es de aplicación únicamente lo dispuesto en las reglas 3ª y 4ª de LH 203.1, a falta de regulación específica por parte del artículo 208 (El

Notario levantará acta a la que incorporará la documentación presentada, remitiendo copia de la misma al Registrador de la Propiedad competente solicitando la expedición de certificación acreditativa de que la finca no consta inscrita en el Registro y que, en su caso, practique anotación preventiva).

Éste es el momento en que el expediente tiene su primer contacto con el Registro de la Propiedad, y supone realizar una calificación en cuanto a la forma y en cuanto al fondo:

- a) en cuanto a la forma, y por lo que se refiere a la práctica de la anotación preventiva, porque sólo se extenderá *si del escrito inicial y sus documentos complementarios resultan todas las circunstancias exigidas* (LH 203.1, regla cuarta), pues no hay que olvidar que tal anotación preventiva puede ser objeto de conversión en inscripción (regla sexta).
- b) en cuanto al fondo, ya que debe determinarse si en el supuesto planteado existe una auténtica interrupción de tracto o no, denegándose en este último caso la expedición de la certificación y en consecuencia la práctica de la anotación preventiva. Así:

-Res 1/06/2017 (1ª): «En el caso concreto de la expedición de certificación como trámite del artículo 203 de la Ley Hipotecaria (al que remite el artículo 208 al regular el expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido), en los casos en los que el registrador aprecie defectos que sean obstáculo para la tramitación del expediente, lo procedente es denegar su expedición emitiendo la preceptiva calificación negativa».

-Res 1/06/2017 (2ª): reitera esta doctrina aunque referida a un expediente para la inmatriculación de finca. Sobre la base de lo que dice esta resolución, se puede concluir, en relación al expediente del artículo 208, lo siguiente: si el registrador que expidió la certificación lo hizo al entender que había rotura de tracto, pero el que va a practicar la inscripción considera que no la hay, puede alegar éste tal defecto pues la existencia de dudas o no es personal del registrador. Si, en el mismo caso, se extendió anotación preventiva, dado que este asiento está bajo la salvaguarda de los tribunales, no podrá el registrador actual oponer dudas que pudieran poner en entredicho la anotación practicada.

CERTIFICACIÓN: el artículo 208 no dice nada de su contenido y, desde luego, no se puede tener en cuenta lo que al respecto dispone el artículo 203. No debe haber problema en admitir que será una certificación que contenga la última inscripción de dominio y todas las demás vigentes, cualquiera que sea su clase (ex LH 201.2ª, letra c, derogado). Debe expedirse dentro del plazo de 15 días.

ANOTACIÓN PREVENTIVA: sólo se practicará, según se ha dicho, si del escrito inicial y los documentos complementarios resultan las circunstancias exigidas. Tiene una duración de 90 días, prorrogable hasta 180, a instancia del notario o promotor, si a juicio del registrador existe causa que lo justifique, lo que debe ser objeto de calificación. En este sentido, el Prontuario elaborado por el Colegio señala que esa solicitud debe estar justificada en motivos que no dependan de la voluntad del promotor o de una falta de diligencia normal del notario.

A diferencia de lo que sucede con la certificación, cuya solicitud y aportación al procedimiento es preceptiva (Res 21/11/2017), la anotación preventiva es voluntaria. La misma resolución dice lo siguiente: «Esta anotación se conecta con la publicidad registral de este expediente, y

con ella se logra la prioridad registral de dicha pretensión, por su posible conversión en inscripción definitiva, evitando la práctica de otros asientos que modifiquen la configuración física de la finca. Ahora bien, la conveniencia de practicar esta anotación no determina que tenga un carácter obligatorio, pues ello no encajaría con el principio de voluntariedad de la inscripción que rige en el sistema registral español».

Cuestiones que pueden plantearse:

1.- En el acta inicial no se dice nada sobre la práctica de la anotación preventiva. Dados los términos en que se expresa el artículo 203, parece conveniente extenderla en tal caso.

2.- Si se pide la no extensión de la anotación preventiva, ¿debe entenderse vigente el asiento de presentación hasta que transcurra el plazo de 60 días, o por el contrario deja de estarlo con la expedición de la certificación? A mi juicio, la respuesta acertada es la primera como se desprende de la regla sexta del artículo 203.1 (En caso de calificación positiva por el Registrador, éste procederá a extender la inscripción del derecho de dominio, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación inicial del acta remitida por el Notario a que se refiere el párrafo anterior. Si se hubiere tomado anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento, se convertirá en inscripción definitiva).

Esta regla habla de la retroacción de efectos de la inscripción a la fecha del asiento de presentación inicial del acta a que se refiere el apartado anterior, es decir, del acta por la que se accede a la pretensión de solicitante. Ahora bien, si se admite una presentación inicial de esa acta, llamémosla de conclusión, necesariamente tendrá que haber una presentación final de la misma, lo cual carece de sentido. Una interpretación coherente del precepto lleva a entender que esa presentación inicial del acta es la de la prevista en la regla tercera

(El Notario levantará acta a la que incorporará la documentación presentada, remitiendo copia de la misma al Registrador de la Propiedad competente), acta que, a su vez, formará parte de la de conclusión de la regla sexta (levantará el Notario acta accediendo a la pretensión del solicitante, en la que se recogerán [...] los documentos aportados). Cuando el acta de conclusión se remita al Registro y se practique la inscripción, los efectos de ésta se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación inicial, lo que indudablemente supone que ese asiento mantendrá su vigencia hasta que transcurra el plazo de 60 días, y ello independientemente de que se haya practicado la anotación preventiva o no, como resulta de la expresión posterior *Si se hubiere tomado anotación preventiva*.

3.- Si, a pesar de haberse solicitado su no extensión en el acta inicial, se puede pedir en un momento posterior. Creo que la respuesta debe ser negativa por cuanto el legislador ha fijado un momento concreto para pedir la anotación y es en ése cuando debe hacerse. Por otra parte, de admitirlo, se extendería la vigencia del asiento de presentación mucho más allá de lo querido por el legislador, se iría contra la doctrina de los actos propios, y podrían frustrarse las expectativas de ganancia de prioridad por los titulares de asientos de presentación posteriores.

D.- Notificaciones y citaciones

Este es uno de los apartados en que la reforma causa mayor perplejidad, pues son muchas las dudas que se plantean a la hora de determinar a quiénes y con qué alcance han de ser notificados.

De entrada, debe señalarse lo siguiente: de un lado, la importancia del escrupuloso respeto y cumplimiento de los trámites previstos para este expediente, por ser un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor (Res 22/03/2018 FD 4); y de otro, que debe asumirse la postura que los notificados-citados adopten en el

procedimiento, con la posibilidad de que puedan provocar su cierre, por lo que las notificaciones-citaciones han de ser estrictamente las que la ley diga.

Al respecto, LH 208, regla segunda, 3ª, dispone lo siguiente: «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».

En principio, la decisión parece sencilla: basta notificar-citar a las personas mencionadas en LH 203.1, regla 5ª, y, además, a las previstas en LH 208, regla segunda, 3ª. Ahora bien, una simple lectura de tales preceptos echa por tierra esa sencillez, pues algunas notificaciones previstas carecen de sentido para el propósito de este expediente, y para otras, el legislador nos ha privado de los medios para llevarlas a cabo.

Como antecedente legislativo, el derogado artículo 201 exigía la citación de: los que según la certificación del registro de la propiedad tengan algún derecho real sobre la finca; aquel de quien procedan los bienes o sus causahabientes; quien tenga catastrada la finca a su favor; el poseedor de hecho de la finca, portero o inquilino. Además, preveía la intervención del Ministerio Fiscal y la convocatoria por edictos a las personas ignoradas a quienes pudiera perjudicar la inscripción. Por último, el artículo RH 278 establecía la citación obligatoria de los cotitulares de la finca cuando se pretendiera inscribir participaciones o cuotas indivisas.

Hay que examinar, por tanto, la lista de notificaciones-citaciones prevista en los artículos 203 y 208 para ver a qué conclusiones se llega:

1.- Aquellos que, de la relación de titulares contenida en el escrito acompañado a la solicitud, resulten interesados como titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca que se pretende inmatricular. Esta relación de titulares que acompaña a la solicitud es la que se cita en el apartado c), regla segunda, LH 203.1, documento que, como hemos dicho, no hay que aportar (LH 208, regla segunda, 1ª).

La finalidad de esta notificación es que esos titulares presenten los títulos necesarios para que, una vez inmatriculada la finca, puedan solicitar la inscripción de sus derechos, como dice el apartado c), por lo que carece de sentido en el expediente para la reanudación del tracto. Por ello, y porque desconocemos quiénes son esos titulares, debe concluirse que no han de ser notificados.

2.- Aquel de quien procedan los bienes o sus causahabientes, si fuesen conocidos. Debe ser notificado pues constará en el título de propiedad del promotor aportado con la solicitud.

3.- Titular catastral. También debe ser notificado ya que su identificación resultará de la certificación catastral aportada.

4.- Poseedor de hecho de la finca. La identificación del poseedor de hecho resultaría del documento a que se refiere el apartado d), regla segunda, LH 203.1, documento que, reiteramos, no hay que aportar (LH 208, regla segunda, 1ª). Por tanto, no va a ser posible su notificación. En esto la reforma se aparta de LH 201 derogado sin causa aparente, teniendo en cuenta que esta notificación va dirigida a cuestionar el título de propiedad del promotor, ya que el poseedor de hecho de la finca, como persona que la vive, podrá tener en cierta medida alguna relación con el verdadero dueño.

5.- Ayuntamiento en que está situada la finca. A pesar del tenor literal del precepto, considero que no debe ser notificado porque: no le afecta la inscripción que en su caso se practique, por lo que carece de sentido la notificación; el efecto que produce la inscripción del expediente es el del cambio del titular registral, es decir, lo mismo que una inscripción de transferencia

normal o, por ejemplo, por sentencia declarativa del dominio de la finca por usucapión, en las que no existe esa notificación; las nuevas notificaciones al ayuntamiento previstas por la Ley 13/2015 son las que exigen los artículos 203 y 205, que tienen como finalidad la introducción en el registro de la propiedad de nuevas realidades físicas de fincas a través de su inmatriculación o rectificación descriptiva (LH 201), situación que no se produce en el expediente que nos ocupa.

6.- Administración titular del dominio público que pudiera verse afectado. Lo dicho en el apartado anterior vale para éste, con el añadido de que no hay que determinar en este expediente si existe una posible invasión del dominio público.

7.- Propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas. La identificación de estos interesados resulta del documento a que se refiere el apartado b), regla segunda, LH 203.1, documento que, insistimos, no hay que aportar (LH 208, regla segunda, 1ª). Por tanto, no va a ser posible su notificación.

Además, la finalidad de esta notificación es ajena al expediente que nos ocupa, de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extrarregistral. Así lo reconocen las Res 7/11/2017 (4ª) y 12/06/2018 (2ª), entre otras: «el objeto 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, asegurando, además que puedan tener acceso al registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial. Aplicando la doctrina de la Resolución de 5 de marzo de 2012, la notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en este tipo de procedimientos: «la participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión».

8.- 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. Como afirma la Res 22/03/2018, la citación y no oposición del titular registral es el trámite fundamental. En caso de tener que hacerse la citación a los herederos, entiendo que debe ser a *todos los herederos*: porque, en una interpretación literal del precepto, éste no dice que haya de hacerse a alguno o a cualesquiera de ellos; por el carácter excepcional del expediente de reanudación de tracto; y porque, como señala la Res 14/04/2016, *bastaría aportar el título sucesorio [...] para acreditar que la legitimación registral que ostentaba el causante sobre la finca en cuestión ha pasado al conjunto de los llamados a su herencia*, título sucesorio que necesariamente ha de aportarse pues, conforme al apartado 3º de la regla segunda de LH 208, debe acreditarse la condición de los herederos.

Además de lo dicho respecto del poseedor de hecho, la nueva regulación se diferencia del artículo 201 derogado porque no prevé estrictamente la notificación a titulares registrales de derechos distintos de aquellos cuyo tracto se pretende reanudar. ¿Deben ser notificados?

a) En contra de la necesidad de notificar se puede argumentar:

- La ley no dice nada al respecto: el artículo 208 únicamente menciona al titular del dominio o derecho real cuyo tracto interrumpido se pretende reanudar, y el artículo 203 no puede referirse en ningún caso a titulares inscritos porque la finca todavía no está inmatriculada.

- No parece ser necesaria su notificación por cuanto la inscripción que en su día se practique no va a afectar a su titularidad.
- Tampoco está prevista su notificación en otros procedimientos de reanudación de tracto previstos por las leyes. Así, el del artículo 9 del RD 1093/1997, de 4 de julio, y el del artículo 37.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, con la particularidad, en cuanto a este último, de que su redacción actual ha sido dada por la Ley 13/2015.

b) A favor:

- Los antecedentes legislativos del artículo 201.
- La necesidad de que el escrito inicial exprese la última inscripción de dominio y todas las demás estuvieren vigentes, cualquiera que sea su clase (por tanto, aunque no sean contradictorias). Esta necesidad de identificación ha de tener un propósito que no puede ser otro que el de su intervención en el procedimiento.
- Así resultaría de una interpretación extensiva del artículo 203.1, regla 5ª, cuando exige la notificación a los interesados como titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca que se pretende inmatricular (aquí, inscrita).

La DGRN parece inclinarse por esta última postura. Así, las Res 14/04/2016 y 28/04/2016 (2ª), al tratar de la interpretación de LH 208, regla 4ª, dicen lo siguiente: «El tenor literal de esta regla cuarta debe entenderse necesariamente relacionado con el número 4.º que le precede y considerarse sólo referido a la conclusión por incomparecencia de titulares registrales o herederos de los mismos cuya inscripción tenga menos de treinta años de antigüedad y hayan sido citados personalmente (o en los casos, también expresados en el mismo número, en los que se hubiese practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, algún otro asiento), así como a la conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos, con independencia de la antigüedad de su asiento».

Más patente aún es la doctrina que asienta la última resolución citada en cuanto al caso concreto resuelto. En él, la registradora considera en su nota de calificación que falta la acreditación de las notificaciones pertinentes a los cotitulares de la finca sobre la que se produce el expediente (que es de reanudación de tracto respecto de una participación indivisa de la finca, sujeto a la legislación anterior). La DGRN dice que *«la citación a los cotitulares es un trámite esencial del expediente, tal y como establece el artículo 278 del Reglamento Hipotecario y a fin de evitar la eventual indefensión de los mismos, como eventuales titulares registrales, la registradora debe velar por su cumplimiento»*. Pero, a continuación, añade: *«De igual modo, en caso de haberse tramitado el procedimiento conforme a las previsiones del nuevo expediente notarial, regulado tras la Ley 13/2015 en el nuevo artículo 208 de la Ley Hipotecaria sería indispensable el trámite de citación a todos los titulares del dominio según la última inscripción vigente (números 3.º y 4.º de la regla segunda del nuevo artículo 208)»*. En realidad, el artículo 208 no dice sólo eso, sino que esa citación ha de hacerse al titular del derecho cuyo tracto interrumpido se pretende reanudar, es decir, que no establece la citación indiscriminada a todo titular registral.

Debe igualmente traerse aquí la Res 21/11/2017 (3ª), referida a un supuesto de rectificación de descripción de finca en virtud del acta prevista en los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria, en la que se resuelve, entre otros asuntos, si es preciso el consentimiento del acreedor hipotecario para promover el expediente. El fundamento de derecho 6 dice lo siguiente: *Como señala la regla segunda del artículo 203.1 «se iniciará el procedimiento mediante solicitud por escrito del titular dominical de la finca, en la cual, junto a la descripción literaria de la finca, realizada en los términos prevenidos reglamentariamente, deberán hacerse constar los datos personales del promotor y su domicilio para la práctica de notificaciones acompañándose además los siguientes documentos: (...) c) Identificación de los*

derechos constituidos sobre la finca, expresando las cargas a que pueda hallarse afecta o las acciones con transcendencia real ejercitadas en relación con la misma, indicando los nombres de los titulares o actores, sus domicilios y cualesquiera otras circunstancias que ayuden a su correcta identificación (...)». En la regla quinta se dispone que «recibida la comunicación del Registro acreditativa de la extensión de la anotación, acompañada de la correspondiente certificación, el Notario notificará la pretensión de inmatriculación, en la forma prevenida reglamentariamente, a todos aquellos que, de la relación de titulares contenida en el escrito acompañado a la solicitud, resulten interesados como titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca que se pretende inmatricular (...) para que puedan comparecer en el expediente y hacer valer sus derechos». Por tanto, de las normas transcritas resulta que corresponde al titular del dominio promover el procedimiento y se prevé expresamente a lo largo de la tramitación del mismo la intervención de los titulares de cargas, quedando así salvaguardados sus derechos, circunstancia esta que deberá ser objeto de calificación una vez concluido el procedimiento y no al tiempo de expedirse la certificación, como ocurre en el supuesto que nos ocupa. No parece difícil deducir que seguirá el mismo criterio respecto del expediente del artículo 208. Lo más curioso del caso es que el apartado c) de la regla segunda del artículo 203.1 que cita como fundamento de su decisión no es aplicable al expediente del artículo 201 (No será de aplicación al expediente regulado en el presente artículo lo dispuesto en el apartado c) de la regla segunda, los apartados d) y e) de la regla quinta y el último párrafo de la regla sexta del artículo 203. En cuanto a la regla tercera, el contenido de las certificaciones se entenderá limitado a la rectificación cuya inscripción se solicita). Por ello, no es descartable que la DGRN entienda necesaria la notificación a todos los interesados a que se refiere la regla quinta del artículo 203.1, independientemente de que el artículo 208 no exija aportar los documentos de los resulta su identificación.

Por último, la regla quinta prevé la publicación de edictos: «Asimismo, insertará un edicto comunicando la tramitación del acta para la inmatriculación en el “Boletín Oficial del Estado”, que lo publicará gratuitamente. Potestativamente el Notario, atendidas las circunstancias del caso, podrá ordenar la publicación del edicto en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, también de forma gratuita».

E.- Contenido de las notificaciones

Se determina en la regla quinta: «En la notificación se hará constar: a) El nombre y apellidos, domicilio, estado, profesión, número de documento o código de identidad del promotor y cualesquiera otros datos que puedan facilitar su identificación.

b) Los bienes descritos tal como resultan de la certificación catastral de la parcela. c) La especie de derecho, carga o acción en que, según el promotor, pueda estar interesada la persona notificada. d) Los términos en que, sin merma de sus derechos, podrán inscribirse o anotarse los documentos públicos de que los mismos resulten. e) Apercebimiento sobre los perjuicios que, de la omisión de la inscripción o anotación, puedan derivarse. Asimismo, notificará la solicitud, con expresión literal de los extremos recogidos en las letras a) y b) y en la forma prevenida en esta Ley, 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».

F.- Forma de las notificaciones

Preceptos de la ley a tener en cuenta en este apartado:

LH 203.1, regla quinta, que parece prever dos formas diferentes de notificación: El Notario notificará en la forma prevenida reglamentariamente. Asimismo, notificará la solicitud en la forma prevenida en esta Ley. En los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente.

LH 208, regla segunda, 4ª: 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. La misma regla se observará si, a pesar de tener la inscripción más de treinta años de antigüedad, se hubiese practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, cualquier otro asiento relativo a cualquier título otorgado por el titular registral o sus herederos.

LH 199.1, segundo párrafo: 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.

Disposición adicional segunda: Los anuncios y edictos que los Registradores de la

Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los Notarios, deban publicar en el «Boletín Oficial del Estado» con carácter supletorio cuando, en los procedimientos en los que intervengan por razón de su cargo, los interesados sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, hubiera resultado infructuosa la notificación personal, tendrán el tratamiento previsto en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

DOCTRINA de la DGRN:

Res 7/11/2017:

La remisión a «la forma prevenida en esta Ley» debe entenderse realizada a la prevista en el Título VI de la Ley Hipotecaria en el que se regulan los procedimientos para la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, según la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. En este sentido, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria 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».

De las normas citadas resulta que, previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación.

Res 23/04/2018 (contempla específicamente la notificación al titular catastral y a la persona de quien proceden los bienes y, en general, las que han de realizarse conforme al LH 203). Reitera la anterior, salva la contradicción en que cae el artículo 203 y especifica lo siguiente:

Este mismo régimen de notificaciones debe regir en cuanto al titular catastral y a la persona de la que proceden los bienes y demás notificaciones previstas en el párrafo primero de la regla quinta del artículo 203, pues si bien este párrafo de la norma se remite a «la forma prevenida reglamentariamente», además de no existir desarrollo reglamentario del precepto, no puede llegarse a otra conclusión interpretando sistemáticamente las normas transcritas; y carece de lógica entender que existen dos regímenes diferentes de notificación según el destinatario de la misma en un mismo procedimiento, lo que haría de peor condición a unos frente a otros.

De las normas citadas resulta que, siendo conocido el interesado, previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar por dos veces la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación.

Este tipo de notificaciones edictales que se realizan con carácter supletorio deben estar nominalmente dirigidas a los interesados en la notificación, pues en otro caso conllevará una clara merma en sus garantías al no figurar el destinatario de la notificación, dificultando que

pueda llegar a su conocimiento. Res 22/03/2018 (notificación al titular registral y sus herederos):

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.

En resumen:

a) Notificaciones que hay que hacer a los interesados de la regla quinta: personal, con dos intentos; en caso de resultar infructuosa o ignorarse el lugar de notificación, cabe la edictal, que ha de ser nominal.

b) Notificaciones que hay que hacer al titular registral:

1.- En inscripciones contradictorias de menos de 30 años de antigüedad o en el caso previsto en el segundo párrafo de LH 208, regla segunda, 4ª: la notificación al titular registral o sus herederos ha de ser siempre personal. De no poder efectuarse en tal forma, se debe dar por concluso el expediente.

2.- En inscripciones contradictorias de más de 30 años de antigüedad: personal, con dos intentos; en caso de resultar infructuosa o ignorarse el lugar de notificación, cabe la edictal, que ha de ser nominal. Cuando se ignore la identidad de los herederos del titular registral, cabe directamente la edictal, que obviamente no tiene que ser nominal.

G.- Comparecencia y oposición

Son de aplicación en este apartado las reglas tercera y cuarta de LH 208:

Tercera. Si los citados comparecieran y así lo convinieran unánimemente en virtud de acta firmada por el Notario junto con todos los interesados, se extenderá la inscripción del título del solicitante, si fuera procedente.

Cuarta. Si alguno de los citados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición, el Notario dará por conclusas las actuaciones, dejando constancia de dicho extremo en el acta que ponga fin al expediente con expresión de la causa en que se funde. En ese caso, el promotor podrá entablar demanda en juicio declarativo contra todos los que no hubieran comparecido o se hubieran opuesto, ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca.

Si se sigue una interpretación literal del precepto, entendiendo que deben comparecer sin oposición todos los citados, el resultado, como dice José Manuel García García, es bastante desolador. Este autor, en la búsqueda de una interpretación viable de la regulación del artículo 208, establece una distinción entre dos grupos de notificados: aquellos cuya notificación prevé el artículo 203.1, regla quinta; y los citados por mandato específico del artículo 208, es decir, los titulares registrales o sus herederos. Por ello, y teniendo en cuenta la doctrina elaborada por la DGRN al efecto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

1.- Notificados ex LH 203.1, regla quinta (por remisión del artículo 208), a los que se les debe aplicar lo previsto en la regla sexta respecto de su comparecencia y oposición, que no hace obligatoria aquélla y permite valorar ésta: «Cualquier interesado podrá hacer alegaciones ante el Notario y aportar pruebas escritas de su derecho durante el plazo de un mes. 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».

Conviene citar aquí la Res 13/07/2017(2ª), referida a un expediente de inmatriculación de finca, que dice que *si bien la norma transcrita permite efectuar alegaciones, no pueden obviarse los incisos que se refieren explícitamente a «aportar pruebas escritas de su derecho» así como a la oposición «con expresión de la causa en que se funde»*. Por tanto, no es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien formula tal oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. Y añade lo siguiente: *Corresponde al notario valorar en cada caso si la oposición se encuentra debidamente fundamentada, conforme a lo expuesto, a efectos de poder continuar el procedimiento o concluir el mismo*. No obstante, no parece que excluya la calificación del registrador en este ámbito, pues la resolución termina diciendo que fue correcta la actuación del notario al no tomar en consideración la oposición formulada, por lo que, de no serla a juicio del registrador, debería denegarse la inscripción del expediente.

2.- Citados ex LH 208, regla segunda, 3ª, a los que se les aplica lo previsto en la regla cuarta, con la interpretación dada por la DGRN (Res 14 y 28/04/2016 y 23/05/2016), es decir:

«El tenor literal de esta regla cuarta debe entenderse necesariamente relacionado con el número 4º que le precede y considerarse sólo referido a la conclusión por incomparecencia de titulares registrales o herederos de los mismos cuya inscripción tenga menos de treinta años de antigüedad y hayan sido citados personalmente (o en los casos, también expresados en el mismo número, en los que se hubiese practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, algún otro asiento), así como a la conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos, con independencia de la antigüedad de su asiento. Otra interpretación se alejaría del concepto y finalidad propios de este procedimiento para reanudar el tracto, que es heredero de la regulación anterior a la Ley 13/2015, y dificultaría gran parte de los supuestos en la práctica, quedando la (sic) estéril su previsión legal».

Esta interpretación debilita en gran medida la posición del titular registral de la inscripción contradictoria de más de treinta años de antigüedad (que puede coincidir perfectamente con la realidad jurídica extrarregistral), pues basta la notificación edictal, incluso no nominal en el caso de herederos desconocidos, y sin necesidad de su comparecencia, para que se le prive de su titularidad. Y ello sin intervención de la autoridad judicial, lo que va en contra del principio de la salvaguardia judicial de los asientos de LH 1, tercer párrafo, y contradice uno de los fundamentos de la reforma, que persigue la desjudicialización de los procedimientos, pero *sin merma alguna de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva* (Preámbulo de la Ley 13/2015).

Para estos citados debe entenderse que basta su oposición sin más, es decir, sin necesidad de aportar pruebas escritas de su derecho como en el supuesto anterior.

Por último, debe plantearse qué tratamiento hay que dar a la incomparecencia-oposición de los titulares registrales de derechos cuyo tracto no se pretende reanudar. Se puede concluir que tales titulares pueden comparecer y oponerse, pero su incomparecencia no abocará a la conclusión del expediente y archivo de las actuaciones, como se desprende de la doctrina asentada por dichas resoluciones (*conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos, con independencia de la antigüedad de su asiento*).

H. Terminación del expediente

En este punto deben distinguirse los siguientes apartados:

1.- Terminación del procedimiento por oposición o por falta de comparecencia cuando ésta sea obligatoria.

Se aplica lo dispuesto en la regla cuarta del artículo 208 (Si alguno de los citados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición, el Notario dará por conclusas las actuaciones, dejando constancia de dicho extremo en el acta que ponga fin al expediente con expresión de la causa en que se funde. En ese caso, el promotor podrá entablar demanda en juicio declarativo contra todos los que no hubieran comparecido o se hubieran opuesto, ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca).

Lo mismo se producirá *siempre que se entable juicio declarativo ordinario relativo al dominio o cualquier otro derecho inscribible, relativo a la misma finca* (LH 203.1, regla octava, último párrafo).

2.- Terminación del procedimiento sin oposición y con las comparecencias obligatorias.

Se levantará el acta prevista en la regla sexta de LH 203.1 o, en su caso, en la regla tercera de LH 208, las cuales serán objeto de calificación:

- de ser negativa, podrán los interesados interponer los recursos previstos en esta Ley para la calificación negativa; quedando siempre a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble (LH 203.1, regla octava).
- de ser positiva, se practicará la oportuna inscripción, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación inicial del acta (como se ha expuesto anteriormente), o se convertirá en inscripción definitiva la anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento, si se hubiera practicado (LH 203.1, regla sexta), siempre que aquél o ésta estuvieren vigentes.

Practicada la inscripción, ¿debe publicarse el edicto previsto en la regla séptima de LH 203.1? Dado el tenor literal de la ley, parece difícil excluir este trámite en el procedimiento que nos ocupa. No obstante, si examinamos los supuestos previstos por la Ley 13/2015 en los que se establece la publicación obligatoria del edicto tras inscripción, resulta que todos se refieren a procedimientos de inmatriculación de fincas. Así, además del supuesto de la regla séptima, encontramos los siguientes: artículo 204, último párrafo (*Una vez practicada la inmatriculación, el Registrador expedirá el edicto a que se refiere la regla séptima del apartado 1 del artículo anterior*); artículo 205, último párrafo (*Asimismo ordenará la publicación del edicto y utilizará el servicio en línea para creación de alertas específicas a que refiere la regla séptima del apartado 1 del artículo 203*); artículo 206.3 (*Practicada la inmatriculación, el Registrador expedirá el edicto a que se refiere la regla séptima del apartado 1 del artículo 203 con el mismo régimen en ella previsto, incluido el sistema de alertas*). Por ello, haciendo una interpretación sistemática del precepto, no parece aplicable este trámite en el procedimiento de reanudación de tracto.

Por último, la regla quinta del artículo 208 dispone lo siguiente: «*No perjudicarán al titular de buena fe a cuyo favor hubieran sido practicadas las inscripciones resultantes del expediente a que se refiere este artículo, cualquiera que fuese la naturaleza del título en que se funde, los títulos de dominio o de otros derechos reales contradictorios con el del solicitante que no hubieran sido inscritos en el Registro con anterioridad*». Ahora bien, ¿qué debería hacerse si durante la tramitación del procedimiento, y vigente el asiento de presentación inicial del acta o, en su caso, la anotación, se presenta un título otorgado por el titular registral o sus herederos? Es decir, ¿habría que notificar la tramitación del expediente a los titulares de los

derechos adquiridos en virtud de tales títulos, y modificar el modo de notificación al titular registral si se diera el caso del segundo párrafo del apartado 4º de la regla segunda del artículo 208?

A mi juicio, por encima del interés del promotor, se encuentra el de la salvaguardia judicial de los asientos del Registro, lo que haría necesaria la comunicación de la presentación de tal título al notario para que haga las notificaciones pertinentes, siempre que no haya levantado el acta de conclusión del expediente.

III.- CASOS EN LOS QUE PROCEDE (DOCTRINA DE LA DGRN)

Dice José Manuel García García: «El artículo 208 LH en su nueva redacción, siguiendo una doctrina reiterada de la DGRN, se ocupa el primer lugar de establecer el concepto de *interrupción del tracto*, precisamente para excluir de la aplicación del expediente a aquellos supuestos en que lo que se entiende que debe proceder es la formalización directa de una escritura pública y no el expediente de reanudación de tracto». Así, la regla primera del artículo 208 dispone lo siguiente: «*No se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada*». No obstante, este intento del legislador es insuficiente para atender a la multiplicidad de supuestos que se pueden plantear en este ámbito, por lo que hay que acudir a la doctrina elaborada por la DGRN al respecto.

De entrada, la DGRN proclama en repetidas resoluciones (por todas, Res 16/06/2015) el carácter excepcional de este procedimiento: «*este tipo de expedientes es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor, y ello por una triple razón: a) porque contra la regla básica de nuestro sistema que exige para la rectificación de un asiento el consentimiento de su titular o una resolución judicial dictada en juicio declarativo contra él entablado (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), dicho auto puede provocar la cancelación de un asiento sin satisfacer ninguna de esas dos exigencias; b) porque contra la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular registral (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria), se va a posibilitar una declaración dominical contraria al pronunciamiento registral en un procedimiento en el que no ha de intervenir necesariamente el favorecido por dicho pronunciamiento y de ahí que el propio artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria contemple este cauce como subsidiario de la inscripción de los titulares intermedios, y c) porque contra la exigencia de acreditación fehaciente del título adquisitivo para su acceso al Registro (cfr. artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria), se posibilita la inscripción en virtud de un auto que declara la exactitud del título adquisitivo invocado por el promotor, siendo así que dicho título puede estar consignado en un simple documento privado y que tal auto recae en un procedimiento en el que puede no quedar asegurado el legítimo reconocimiento de aquel documento privado por sus suscriptores (cfr. artículos 1218 y 1225 del Código Civil, 602 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 201 de la Ley Hipotecaria). Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquéllos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a*

las transmisiones intermedias, etc.). Se impone, por tanto, una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación de tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que sólo cuando efectivamente concurra esta hipótesis, y resulte así del auto calificado, puede accederse a la inscripción».

Bajo esta premisa, la DGRN ha resuelto los supuestos de hecho planteados, fijando una serie de criterios que se exponen a continuación:

1.- RES 15/12/2015 (primera que hace referencia a la Ley 13/2015)

a) supuesto de hecho: el promotor adquiere del titular registral (compra a éste en documento privado unas fincas que luego se aportan a la concentración parcelaria; las fincas de reemplazo se adjudican al vendedor).

b) doctrina:

- *«Se impone, por tanto, una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que sólo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición».*
- *La falta de título formal adecuado para la inscripción «no puede ser superada a través de un expediente de las características procedimentales del ahora debatido, sino a través del reconocimiento y pública documentación de dicho acto, voluntariamente otorgados por el transferente o sus herederos (cf. artículo 20-V-1.º de la Ley Hipotecaria) o mediante la debida declaración judicial de su existencia...»*
- *Hace referencia a la doctrina de la extraordinaria dificultad en esa formalización, pero no la considera aplicable al caso (aunque en el auto presentado se afirma el hecho del fallecimiento del titular registral sin hijos antes del inicio del expediente, resulta que le sobrevivió su viuda sin que de esta mera circunstancia resulte una situación de hecho tal que haga imposible o muy difícil acudir a los medios ordinarios previstos en el ordenamiento para que los herederos lleven a cabo las obligaciones que incumbían a su causante).*

2.- RES 1/03/2016

a) supuesto de hecho: los promotores –ya que, a pesar de iniciarse el procedimiento judicial a instancia de un heredero de los mismos, el pronunciamiento de titularidad e inscripción se verifica en favor de aquéllos– declaran haber adquirido directamente del titular registral, mediante documento privado, habiendo fallecido el vendedor hace más de veinte años, en el año 1988.

b) doctrina:

- *«se ha señalado en sucesivas Resoluciones (tal y como señala, a modo de ejemplo, la Resolución de 7 de diciembre de 2012), y siempre en función del supuesto de hecho planteado en cada caso, que los sistemas de reanudación del tracto (a pesar de su carácter excepcional) resultan aplicables, atendiendo al artículo 272 del Reglamento Hipotecario, no solo cuando se carece de un título –material o formal– inscribible necesario para esa reanudación y al cual sean*

ajenos los promovientes de la reanudación, sino también cuando –existiendo el título material suficiente– por cualquier causa resultase imposible su inscripción, es decir, cuando existiese una dificultad extraordinaria para la formación de dicho título, lo cual deberá manifestarse en el título inscribible, por el que se instrumentaliza y opera la reanudación del tracto en cuestión». Esta dificultad extraordinaria, como se ha dicho, deberá justificarse en el expediente, y así lo reitera a continuación: *«De la documentación presentada y objeto de calificación no resulta, ni la evidente interrupción del tracto (al haberse adquirido directamente del titular registral) ni se ha expuesto y justificado en el documento judicial una dificultad excepcional en la formación del título perdido o ausente, hábil para practicar directamente la inscripción».*

3.- RES 14/04/2016

- a) supuesto de hecho: el promotor adquiere una finca mediante escritura pública de herederos del titular registral.
- b) doctrina:
- interpreta por primera vez el artículo 208, regla primera: *«cabe plantearse la duda de si la expresión legal «o sus herederos», debe entenderse referida a «todos sus herederos» o a «alguno o algunos de sus herederos». Y parece razonable entender que sólo se excluye la existencia de propia interrupción del tracto cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o de todos sus herederos, pues, en tal caso, bastaría aportar el título sucesorio, y no necesariamente el particional con adjudicaciones concretas, para acreditar que la legitimación registral que ostentaba el causante sobre la finca en cuestión ha pasado al conjunto de los llamados a su herencia».*
 - reitera la doctrina de la extraordinaria dificultad y revoca la nota de calificación, además, porque no resulta del auto que hayan transmitido todos los herederos del titular registral.

4.- RES 28/04/2016

- a) supuesto de hecho: el promotor del expediente adquirió directamente su participación del titular registral.
- b) doctrina (reitera la establecida en resoluciones anteriores):
- no se admite la interrupción del tracto, ni consecuentemente el expediente de dominio, cuando: en primer lugar, el promotor del expediente haya adquirido del heredero único o de todos los herederos del titular registral, y en segundo lugar, que no exista una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que permita completar la cadena de titularidades y conectar al titular registral con el promotor del expediente.
 - cuando ha transmitido una de las varias herederas del titular registral, desde el momento en que existe una partición de herencia previa son diferenciables dos títulos sucesivamente necesarios para la inscripción, aquella partición y la posterior transmisión por quien en ella resulte adjudicatario de la finca. Ya no está en manos del actual titular subsanar las deficiencias formales del primero de ellos por la vía del artículo 1.279 del Código Civil pues no tiene acción directa más que frente a su vendedora, no frente a los coherederos de la misma, y hay, por tanto, una verdadera interrupción del tracto.

5.- RES 23/05/2016

- a) supuesto de hecho: el promotor adquiere la finca de un vendedor que había adquirido directamente del titular registral la mitad del inmueble, por vía de legado, mientras que para la otra mitad -objeto del expediente- alega simplemente la existencia de «justos y legítimos títulos», sin especificar la naturaleza, carácter ni otro dato indicativo de los mismos.
- b) doctrina:
- la identificación del título de adquisición del promotor y de los previos adquirentes resulta imprescindible para conceder los medios necesarios para que el notario autorice el expediente de reanudación de tracto y el registrador califique, sobre la existencia de una verdadera interrupción del tracto y la justificación de la titularidad del promotor.
 - se trata de un expediente que permite la inscripción de un documento público excepcionando la necesaria consecución de titularidades y títulos formales que instaura con carácter general el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cuando se den determinadas circunstancias que hagan evidente la interrupción en la titulación auténtica y suficiente entre el promotor del mismo y el titular registral, existiendo una clara imposibilidad de obtención del o de los títulos ausentes.

6.- RES 3/01/2017

- a) supuesto de hecho: la finca fue transmitida inicialmente por el titular registral mediante documento privado de compraventa a dos personas físicas, quienes a su vez transmitieron en escritura pública por título de aportación a sociedad a la mercantil promotora del expediente. Asimismo es relevante tener en cuenta que la sociedad titular registral se encuentra actualmente liquidada.
- b) doctrina:
- no existe una verdadera interrupción del tracto ya que sólo existe pendiente de formalización pública el documento de adquisición directa del titular registral.
 - no obstante, dice que debe tenerse en cuenta, a efectos de valorar la efectiva interrupción del tracto, la existencia de una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que subsanaría tal falta de tracto (Resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012, 24 de marzo de 2015 o 28 de abril de 2016). Sin embargo, tal dificultad no debe alegarse en sede de recurso (cfr. artículo 326 Ley Hipotecaria), sino que debió reflejarse por el notario autorizante en el (sic) propio acta como justificación para la tramitación de este procedimiento de reanudación de tracto, máxime cuando incluso consta citado uno de los liquidadores de la extinta sociedad. No obstante, el defecto es fácilmente subsanable complementando el acta de manera que recoja la existencia de las citadas circunstancias.

RES 8/03/2017

- a) supuesto de hecho: La finca se encuentra inscrita a favor de don L. G. Z., casado con doña E. F. L., con carácter presuntivamente ganancial. Los promotores del expediente adquirieron por compraventa en documento privado a la citada doña E. F. L. Según consta del auto, doña E. F. L. es la única heredera de su esposo don L. G. Z.
- b) doctrina:

- la interrupción del tracto se produce cuando existen varios títulos pendientes de inscripción, de ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es documentar y aportar el título de adquisición.
- la adquisición por los promotores se realiza de la única heredera del titular registral, concurriendo la circunstancia de que, además, es también titular con carácter presuntivamente ganancial de la finca. Tampoco se aprecia a priori, ni se ha invocado por los recurrentes, la existencia de extraordinaria dificultad para la elevación a público de la documentación. Más bien al contrario, se expresa en el auto quién ha sucedido a la titular que otorgó el documento privado de compraventa, por lo que consta identificada quién debe proceder a dicha elevación a público del documento privado de adquisición de los promotores.

RES 1/06/2017

- a) supuesto de hecho: existen títulos públicos desde el titular registral al promotor, alguno defectuoso.
- b) doctrina: no existe una verdadera interrupción del tracto ya que consta la formalización pública de los sucesivos documentos de adquisición desde el titular registral. La circunstancia de que alguno de estos títulos adolezcan de defectos, como señala el registrador, o que hayan sido objeto de anteriores calificaciones negativas, no justifica la utilización del procedimiento excepcional para la reanudación del tracto, siendo lo procedente presentar los títulos para su calificación e inscripción y, en su caso, tratar de subsanar tales defectos.

RES 13/07/2017

- a) supuesto de hecho: La finca se encuentra inscrita a favor de don M. T. R. y doña L. H. A., teniendo esta inscripción más de treinta años de antigüedad. Según el auto los promotores adquirieron por título de herencia de sus padres, documentada en escritura pública de elevación a público de cuaderno particional, copia de la cual obra en el expediente. A su vez, el causante de quien adquirieron los promotores adquirió en contrato privado otorgado en 1945 por el titular registral, don M. T. R. y sus hijos.
- b) doctrina (que se reitera en términos parecidos por las de 18/10/2017 y 30/01/2018):
 - la adquisición por los promotores se realiza por título de herencia de quien adquirió del titular registral, constando la adquisición del promotor documentada en escritura pública. Por tanto únicamente falta la elevación a público de un documento privado en el que el interviene uno de los titulares registrales y, en lugar de su cónyuge -que es el otro titular registral (y por haber fallecido, según se afirma en el recurso)-, los hijos de ambos. Por ello, faltando sólo la elevación a público de un documento, no existe una verdadera interrupción del tracto.
 - reitera la doctrina que admite el expediente de dominio, incluso en aquellos casos donde no hay verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados. Y considera que en el supuesto planteado debe admitirse el expediente a pesar de no existir rotura del tracto teniendo en cuenta: que de la documentación aportada no resulta acreditado que los otorgantes del documento privado de venta fuesen todos los herederos de la titular registral no compareciente; que el recurrente alega la imposibilidad de localizar a los herederos de la titular registral y de la transmitente (extraordinaria dificultad),

herederos que por otra parte no han comparecido en el expediente tras cumplirse los trámites de publicación previstos legalmente; que, aun localizando a los herederos de la titular registral, el promotor carecería de acción directa frente a aquellos herederos que no le transmitieron.

RES 2/10/2017

- a) supuesto de hecho: Los promotores del expediente adquirieron la finca mediante documento privado de compraventa a don C, en fecha 2 de octubre de 1997. La finca registral cuya reanudación del tracto se pretende se encuentra inscrita a favor de don J y doña A, que adquirieron por título de herencia al fallecimiento de la anterior titular, doña A. S. L., acaecido el día 15 de septiembre de 2001. La inscripción de la adquisición anterior, a favor de la causante doña A. S. L., es de fecha 29 de abril de 1982.
- b) doctrina: no existe una verdadera interrupción del tracto, si bien en cuanto a la última transmisión inscrita, pues no hay una cadena de transmisiones desde el titular registral al promotor que no sea posible hacer constar en el Registro por no disponerse de la documentación adecuada para ello. La titularidad anterior de los promotores supone una titularidad contradictoria con la que consta tabularmente, lo que revela una discordancia entre el registro y la realidad que deberá documentarse adecuadamente, efectuando las oportunas rectificaciones del título inscrito, si es que estuviera erróneamente otorgado, o en su defecto, mediante resolución judicial que así lo ordene (cfr. artículo 40.d) Ley Hipotecaria). Siendo de anterior fecha el título de los promotores al que consta inscrito, no es el expediente de dominio para la reanudación del tracto el procedimiento adecuado para rectificar esta titularidad que se considera errónea, ni puede utilizarse para eludir el otorgamiento de la titulación pertinente para ello, recabando el consentimiento del titular registral en el expediente, bajo el pretexto de respetar el principio de legitimación registral, según alega la recurrente. No basta el mero consentimiento formal, abstractamente considerado, para la cancelación de la titularidad que consta inscrita.

Alejandro Forero San Martín.

CASOS PRÁCTICOS

CONCLUSIONES SEMINARIO CER MADRID

Por Luis Delgado Juega, Enrique Amérigo 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 calificadora, pero que hacen públicas con la finalidad de contribuir a la formación de criterios jurídicos sobre la materia tratada.

- ✓ ARRENDAMIENTO.
- ✓ ARRENDAMIENTO. NOTIFICACIONES.
- ✓ ARRENDAMIENTO VITALICIO.
- ✓ CONCURSO DE ACREEDORES.
- ✓ CONCURSO DE ACREEDORES. SUBASTA EN CONCURSO.
- ✓ CONVENIO REGULADOR. USO FAMILIAR.
- ✓ DERECHO DE VUELO.
- ✓ HERENCIA. CONMORIENCIA.
- ✓ HERENCIA. ENTREGA LEGADOS.
- ✓ HERENCIA. PARTICIÓN.
- ✓ HERENCIA. PROHIBICIÓN DE DIVISIÓN.
- ✓ HERENCIA. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.
- ✓ HERENCIA. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. RENUNCIA.
- ✓ HERENCIA. SUSTITUCIÓN VULGAR.
- ✓ HIPOTECA. CONSUMIDORES.
- ✓ OPCIÓN DE COMPRA.
- ✓ PROPIEDAD HORIZONTAL.
- ✓ PROPIEDAD HORIZONTAL. Estatutos.
- ✓ SERVIDUMBRE.
- ✓ SOCIEDAD DE GANANCIALES. BIEN PRIVATIVO POR CONFESIÓN.
- ✓ SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ENAJENACIÓN DEL BIEN.
- ✓ USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER.

ARRENDAMIENTO

En una escritura de compraventa otorgada el 21 de diciembre de 2015, en el apartado arrendamientos se hace constar que la finca "parece arrendada a don C...según contrato de arrendamiento suscrito en fecha 21 de junio de 1996. Hace constar la vendedora que no le consta y desconoce si dicho contrato de arrendamiento está vigente a día de hoy, ni si se está pagando renta alguna o desde cuando se dejó de pagar, de la cual manifiesta no se percibe al menos desde el momento en que ella hereda la finca descrita." El notario hace las advertencias legales oportunas al respecto, y en particular las consecuencias para el caso de que dicho contrato estuviera vigente.

Se le puso nota de defectos haciendo constar que la declaración debe realizarse referida al momento de la transmisión que se formaliza, y ser clara y precisa sobre la existencia o no de arrendatarios.

Ante esa calificación, el interesado manifiesta que notificó por burofax a dicho señor, el 19 de julio de 2016, a través de su abogado, la transmisión de dicha vivienda "respecto de la que usted firmó contrato de arrendamiento de fecha 21 de junio de 1996. Se reitera a su conocimiento, mi calidad de propietario de la vivienda a todos los efectos desde el mes de diciembre de 2015, requiriéndole para justificar la vigencia del contrato arrendaticio y el pago de las rentas debidas, indicándole que podrá abonar las cantidades adeudadas en la cuenta..., así como procediendo a realizarle los ofrecimientos legales respecto del derecho de retracto conforme artículo 25.3 LAU... comunicándole todos y cada una de las condiciones de la transmisión, pues se adjunta una copia de la escritura... "

La primera cuestión que se plantea es si es válida esa notificación por burofax. El artículo 25 LAU habla de notificación en forma fehaciente.

En el caso planteado, el burofax no llegó a entregarse, dejándose aviso. Ahora aporta fotocopia de dicha notificación, y un testimonio de una sentencia firme del año 2018 del Juzgado de 1ª Instancia por la que, en procedimiento de desahucio seguido por el comprado contra el inquilino Don C (que compareció), se declara resuelto el contrato de arrendamiento por impago de rentas.

El burofax cuando se envía con certificado de su contenido y acuse de recibo reúne todos los requisitos necesarios para que pueda ser considerado como medio de notificación fehaciente. Acredita la remisión, el contenido de lo remitido y la recepción. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997 delimita que debemos entender por fehaciente: "*Fehaciente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, pero éste pueda siempre tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen, con lo que se excluye que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario*".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 3 de diciembre de 2012 considera efectuada la notificación, a pesar de no haberse efectuada la entrega del burofax, tras dos intentos, cuando no llegue a conocimiento del interesado por causas imputables a este: *“Ello no hace sino corroborar la eficacia de los burofaxes en función del principio o criterio de la autorresponsabilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1976 y 29 de Septiembre de 1981, por ejemplo), en virtud del cual debe considerarse recibida la comunicación, aún en el supuesto de falta de recepción material del documento, si es emitida oportunamente la declaración por el requirente sin que llegue a conocimiento del destinatario por causas imputables a éste, siendo una de esas causas la de no poner en conocimiento del acreedor el cambio de domicilio en relación con el señalado en el contrato, criterio ya recogido por esta Sección en sentencias anteriores (sentencias de 22 de octubre de 2008 y 19 de noviembre de 2001 o la más reciente de 31 de enero de 2012)”*. En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 6 de febrero de 2012

Por todos los asistentes se entendió que en el supuesto de hecho contemplado un único intento de notificación por burofax, sin que haya habido entrega, no puede producir el efecto de que la notificación se ha efectuado.

Ahora bien, habiendo sido demandado el arrendatario en procedimiento en el que se solicita la resolución del contrato del arrendamiento y habiéndose personado en el mismo, se consideró como suficiente a efectos de practicar la inscripción de la escritura de compraventa. El interesado ha podido hacer valer todos los derechos que le asisten en el mismo procedimiento.

ARRENDAMIENTO. NOTIFICACIONES.

Por escritura autorizada en septiembre de 2018 se vende una vivienda. En el apartado de arrendamientos se señala que la misma está arrendada a doña MD. A continuación consta *“Mediante acta de envío de carta por correo certificado con aviso de recibo, autorizada por mí en este mismo lugar, el 31 de julio de 2018, la parte vendedora ha notificado a la arrendataria la venta del inmueble, su precio y el plazo de 30 días desde la recepción de la comunicación- que se realizó el 9 de agosto de 2018- por si quisiera ejercitar el derecho de tanteo, y si transcurrido el plazo no se ejercitara se procederá a la venta, subrogándose el nuevo propietario en el contrato de alquiler”*

Se acompaña el acta, de la que resulta dicha notificación, su recepción, y el texto de la misma en el que consta que se venderá libre de cargas con todos sus enseres por un precio de X euros, pagaderos al contado. El precio de la venta coincide, y se satisface en cuanto a Y en un cheque y el resto se retiene para el pago del adeuda del Impuesto de bienes Inmuebles. ¿Debe exigirse también la posterior notificación al arrendatario de las condiciones esenciales de la venta?

Conforme al artículo 25.5 LAU para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Se

refiere este precepto a la notificación para el tanteo, con carácter previo a la venta; y a la prevista para el ejercicio del derecho de retracto cuando no se hubiese hecho la notificación prevenida para el tanteo o se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales.

Si el arrendatario no ejercita el tanteo dentro de los 30 primeros días de vigencia de la notificación, no puede ya ejercitar el retracto. Pero, en principio, esto no excluiría que se le deba notificar también la venta, pues las condiciones esenciales de ésta pueden haber sido distintas de las notificadas por el arrendador.

Sin embargo, si las condiciones esenciales de la venta son iguales a las notificadas para el ejercicio del tanteo, una vez acreditado debidamente este extremo tal y como ocurre con el supuesto planteado, no debe existir obstáculo para la inscripción de la transmisión.

ARRENDAMIENTO VITALICIO.

En una escritura por la que se eleva a público un contrato de arrendamiento de vivienda se pacta, en cuanto al plazo: "Será vitalicio. Una vez fallecido el arrendatario, el contrato se extinguirá automáticamente, sin que pueda transmitirse al cónyuge, ni a herederos, ni a terceros, por ningún título".

Se consideró que no existía ningún inconveniente en atribuir carácter vitalicio al contrato de arrendamiento pues el legislador, al regular este contrato, se ha preocupado, en interés del arrendatario, en regular únicamente la duración mínima que debe atribuirse al mismo. E incluso el permitir que al arriendo dure hasta el fallecimiento del arrendatario puede cumplir una importante función social, evitando que personas de avanzada edad tengan que buscar una vivienda durante sus últimos años de vida.

Cuestión distinta es la prohibición absoluta de subrogación mortis causa en este contrato, que resulta contraria al artículo 16.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, según el cual, "En arrendamientos cuya duración inicial sea superior a tres años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los tres primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los tres años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad."

Por ello, se consideró que la cláusula estipulada únicamente sería susceptible de inscripción si se excluyese la subrogación mortis causa si el fallecimiento del arrendatario se produjese transcurridos tres años de la celebración del contrato.

CONCURSO DE ACREEDORES

Se suspendió la inscripción de una escritura de compra realizada por una importante entidad en situación de concurso, con apertura de la fase de liquidación, por no ser firme el auto que aprueba el plan de liquidación.

Se presenta para subsanar el defecto alegado un escrito por la Administración concursal afirmando que se ha interpuesto un único recurso contra el plan de liquidación por un acreedor, que ni propone al Plan de Liquidación, ni impugna el procedimiento de venta, ni en definitiva, justifica el encaje de sus alegaciones en relación con el ámbito objetivo del plan de liquidación. Señala en definitiva la administración concursal que el recurso interpuesto en nada afecta a las ventas de la sociedad concursada formalizadas hasta la fecha.

Se plantea si fue acertada la nota de calificación, máxime tras la doctrina de la resolución de 4 de julio de 2018, relativa a un supuesto de rehabilitación del concursado que admite la inscripción de la venta aun no siendo firme la sentencia de conclusión del concurso; y de ser acertada si puede subsanarse el defecto con la documentación presentada.

Se consideró por algunos de los asistentes que conforme a la doctrina de alguna resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, la resolución de 6 de julio de 2015, que exige la firmeza del auto de aprobación del plan de liquidación para la cancelación de embargos) podría fundamentarse una calificación negativa, evitándose con la misma la aparición de terceros protegidos en caso de revocación del auto de aprobación del plan de liquidación.

No obstante, mayoritariamente se afirmó que conforme a la reciente resolución de 4 de julio de 2018, en el supuesto de que el recurso interpuesto no tuviese efectos suspensivos, sería procedente practicar la inscripción solicitada, pues como señala el Centro Directivo, “en caso de liquidación, entre la tutela del interés de los acreedores a cobrar cuanto antes conforme a la clasificación de los respectivos créditos y el interés de la sociedad deudora o de cualquier otro legitimado que hubiera apelado el auto de aprobación del plan, la Ley opta claramente en favor del primero, dejando abierta, sin embargo, la posibilidad de que el juez, razonándolo convenientemente, suspenda total o parcialmente la realización de las operaciones de liquidación”.

Por ello, con independencia del contenido del escrito de la Administración Concursal debía procederse a la inscripción, siendo lo relevante que el recurso interpuesto no suspendiese la ejecución, circunstancia que debía de acreditarse mediante la oportuna resolución judicial. Y ello porque la admisión del recurso no tiene, por regla general, efectos suspensivos, si bien, el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar motivadamente la suspensión al admitir el recurso, y esta decisión puede ser revisada por la Audiencia Provincial (artículo 197.6 de la Ley Concursal).

En todo caso, para evitar la aparición de terceros amparados por la fe pública registral, la inscripción de la transmisión no debe determinar la cancelación de la anotación del Concurso, que debe constar en la publicidad registral. Esta circunstancia, como ha señalado el Centro Directivo en la citada resolución de 4 de julio de 2018, “no implica la concurrencia alguna de dos situaciones jurídicas aparentemente contradictorias en el Registro de la Propiedad. Lejos de ello, al informar al actual y futuros adquirentes de la falta de firmeza de la resolución judicial que declaró la conclusión del concurso, estos quedan advertidos del estado claudicante de su derecho.”

CONCURSO DE ACREEDORES SUBASTA EN CONCURSO.

En un procedimiento concursal, se saca una finca a subasta. Tiene una hipoteca previa al concurso en ejecución. El adjudicatario, hace una mejor postura que resulta inferior al 50% del valor de tasación y se le adjudica la finca. En el testimonio del auto se alude expresamente a los artículos 670 y 671 LEC.

La DGRN, en doctrina reiterada - Resoluciones de 20 de septiembre de 2017, 16 de febrero de 2018, 20 de abril de 2018 y 6 de septiembre de 2018 (2)- no admite adjudicaciones por menos del 50% del valor de tasación. Se refieren todas ellas a procedimientos de ejecución hipotecaria.

¿Ha de entenderse que el criterio debe de ser el mismo en caso de concurso?

Mayoritariamente se entendió que la doctrina de las resoluciones de la Dirección General citadas no es aplicable al supuesto de hecho planteado. La finalidad básica del concurso, cuando no es posible reflotar a la entidad concursada a través del oportuno convenio, es la liquidación de su patrimonio. Siendo este el objetivo final debe interpretarse los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la subasta en conexión con la situación que se halla el concursado.

Por otra parte, algunos de los asistentes plantearon que la doctrina de las resoluciones citadas es contraria a los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecaria. El primero fija con claridad el objeto de la calificación de las resoluciones dictadas en ejecuciones hipotecarias. El segundo impide que pueda entrarse a valorar cuestiones que afecten al fondo de la resolución dictada. Son los interesados los que tienen que tutelar sus derechos en el procedimiento interponiendo los recursos que estimen pertinentes. Existe alguna sentencia dictada en juicio verbal que sigue este criterio (sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de 27 septiembre de 2017)

CONVENIO REGULADOR. USO FAMILIAR

Se trata de un convenio regulador en un proceso de divorcio, en el que la única cláusula inscribible dice lo siguiente:

TERCERA: DOMICILIO CONYUGAL Y AJUAR FAMILIAR

Que ambas partes acuerdan que se atribuya el USO Y DISFRUTE del domicilio familiar sito en... (finca inscrita a favor de los cónyuges) al hijo XXX (que es mayor de edad), quien es dependiente económicamente de sus progenitores, al tener un grado de minusvalía del 80 por ciento y necesitar para su movilidad y actividad de una tercera persona, es por ello que se acuerda que continuara residiendo en el domicilio familiar en compañía de su madre YYY y todo ello sin perjuicio de posterior liquidación que en su día se efectúe de la sociedad ganancial.

No constan además las circunstancias del menor.

Se consideró que la redacción de la cláusula del convenio no era susceptible de inscripción, por no ser conforme al principio de especialidad registral y no constar el consentimiento del hijo ni haber sido acreditado que el mismo se encontrase legalmente representado por sus padres.

Así, respecto al principio de especialidad, son diversos los problemas que se plantearon:

a) En primer lugar, el relativo a la propia naturaleza del derecho, ya que el empleo de los términos “uso y disfrute”, y por otro lado su atribución al hijo, acordándose que continúe residiendo en el domicilio familiar en compañía de su madre, plantea el problema de si se trata estrictamente del derecho de uso sobre la vivienda familiar a que se refiere el artículo 96 del Código Civil, o si por el contrario pretenden los padres atribuir al menor un derecho real de usufructo o de habitación sobre la vivienda. Es en este sentido significativa la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 2016, según la cual, “siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral”, exigencias que no cumple la cláusula objeto de estudio.

b) En segundo lugar, el relativo al titular del derecho, pues, de tratarse de un derecho de uso sobre la vivienda familiar, sin perjuicio de que la inscripción del derecho debe realizarse a favor de los hijos desde la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 2012 (criterio cuanto menos discutible, véase al respecto al ponencia “LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL” publicada en el número 37 de estos cuadernos) habría de expresarse igualmente el cónyuge en cuya compañía quedan. En cambio, de tratarse de un derecho de usufructo o habitación concedido al hijo, éste sería el único titular que debe constar en la inscripción. En cualquiera de los dos casos, además, sería necesario, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Centro Directivo (así, la propia resolución de 19 de mayo de 2012), que constasen los datos de identificación del hijo.

c) Y finalmente, no se determina la duración del derecho, circunstancia imprescindible, conforme al principio de especialidad, si el derecho objeto de inscripción es el derecho de usufructo o habitación. Más discutida en cambio fue la necesaria consignación de la duración

del derecho si el mismo fuese un derecho de uso sobre la vivienda habitual. Algunos compañeros entendieron que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General (así, STS 18-5-2015 y 29-5-2015, y resolución de 20 de octubre de 2016, reiteradas en otras posteriores), es en todo caso imprescindible que se imponga un límite temporal tratándose de hijos mayores de edad. Otros en cambio entendieron que conforme a las circunstancias concretas del caso, en las que el hijo, aun siendo mayor de edad, debe requerir la misma o más atención que un menor, no sería exigible que se expresase la duración del derecho.

En segundo lugar, la inscripción de un derecho a favor de un hijo mayor de edad, exige en todo caso su consentimiento, o bien que se acredite que los padres ostenten su representación legal, sin que ello se infiera en modo alguno de la minusvalía del hijo, pues la misma no afecta necesariamente a la capacidad de obrar. En este sentido, señala la resolución de 8 de mayo de 2012 que “a diferencia del hijo menor, los hijos mayores de edad no pueden entenderse representados por la madre en el convenio regulador a los efectos de considerar aceptada la cesión que en éste se realiza a su favor, pues se ha extinguido respecto de ellos la patria potestad (cfr. artículos 162, 163 y 169 del Código Civil); por lo que resulta necesaria su aceptación expresa en documento auténtico (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria)”.

DERECHO DE VUELO

En una escritura de compraventa de una vivienda, la parte vendedora se reserva el derecho de vuelo en los siguientes términos: “con la expresa exclusión del derecho de edificación sobre el vuelo del edificio durante 99 años, que se reservan los vendedores en la misma proporción en que transmiten, entendiéndose prestado el consentimiento necesario de la parte compradora a los vendedores para formalizar en su día la ampliación de obra y modificación de la división horizontal del edificio que se realice en uso de ese derecho de vuelo, incluida la modificación de las cuotas en la comunidad”.

Ese derecho se constituye en términos muy ambiguos en la hoja de la finca matriz. En la inscripción 2ª de estatutos de la comunidad se dice: “DERECHO DE EDIFICACIÓN SOBRE EL VUELO. Se reserva a los propietarios de las viviendas, con la expresa exclusión de los locales comerciales, el derecho de edificación sobre el vuelo del edificio durante un plazo de noventa y nueve años, entendiéndose prestado el consentimiento de los propietarios de los locales comerciales para la modificación de las cuotas de participación y de la obra nueva y división horizontal del edificio”.

Este derecho de vuelo ¿ha de entenderse que está configurando como anejo a cada una de las viviendas que componen ese edificio en régimen de división horizontal, o como derecho independiente?

Ciertamente se parte de una configuración muy vaga e imprecisa de este derecho de vuelo, por la imprecisión del número de plantas a construir, la imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad, etc. Es decir, faltan aquellos requisitos que ha venido fijando la doctrina DGRN para dar satisfacción al principio de especialidad.

Sin embargo, lo cierto es que esta falta 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).

Partiendo de estas premisas, se interpretó de manera unánime que el derecho de vuelo inscrito se configura como un derecho anejo de cada una de las viviendas. La norma estatutaria pretende excluir a los titulares de los locales comerciales del derecho de vuelo en caso de construcción de nuevas plantas, quedando reservado a los titulares de las viviendas. Esta reserva del derecho de vuelo corresponde a los titulares de cada una de las viviendas, en cuanto tengan tal cualidad; no se configura como un derecho independiente de la propiedad de las viviendas, ni se contempla la posibilidad de su enajenación de forma independiente. Entre otras cosas, porque la indeterminación del derecho de vuelo y su parca configuración, impedirían el normal ejercicio y desenvolvimiento del derecho por alguien ajeno a la propiedad horizontal.

La posibilidad de inscribir esta escritura pasa por rectificar el título constitutivo de la propiedad horizontal para configurar el derecho de vuelo con los requisitos que exige la perfecta delimitación de los derechos reales inscribibles, en cuanto al plazo de ejercicio, número de plantas, criterios de fijación de las nuevas cuotas de participación, etc. O bien, por la solicitud de inscripción parcial eliminando la cláusula debatida. Si bien, esta última posibilidad ha de ser consentida expresamente por ambas partes contratantes, y de forma auténtica, pues afecta a un elemento esencial del contrato como es el objeto de la compraventa.

HERENCIA. CONMORIENCIA.

Se presenta escritura de herencia en que la compareciente N se adjudica íntegramente el caudal relicto. Es una herencia testada, en la que la causante instituyó heredero a su esposo en pleno dominio y dispuso "En el caso de conmoriencia de la testadora y su esposo, instituye heredera en el usufructo vitalicio a su suegra, y en la nuda propiedad a su sobrina N".

La causante falleció el 17 de mayo de 2018, en estado de viuda. Le premuere su esposo. El notario no hace ninguna advertencia, como si diera por supuesto que conmoriencia implica premoriencia.

La DG en una resolución de 29 de junio del 2015 sobre un supuesto idéntico: "Si fallecieran en el mismo momento la testadora y sus dos hermanas, D^a I y D^a I S.M., heredarían por partes iguales sus sobrinos Don JJ y D^a LMSM". Las dos herederas fallecieron antes que la testadora. Se adjudican los bienes los dos sobrinos." La DG ordena abrir la sucesión intestada.

CUESTIONES:

-En ambos casos, la voluntad de los causantes es que entren en la herencia los sobrinos a falta de las personas instituidas y se deduce claramente de la lectura de ambos testamentos.

¿No hay margen para hacer primar el art.º 675 sobre el 913, 3º por invocación del principio favor testamenti”?

-La DG en la resolución citada indica que el registrador ha de sujetarse a la interpretación literal del testamento debiendo ventilarse cualquier otra en sede judicial.

La resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 29 de junio de 2015 reitera la doctrina fijada en numerosas resoluciones anteriores: para determinar el sentido del testamento, a efectos de la calificación registral, sólo puede tenerse en cuenta el tenor del propio testamento (Resoluciones de 25 de septiembre de 1987 y 27 de mayo de 2009), configurado como primer elemento de interpretación del testamento la literalidad de sus cláusulas. La jurisprudencia ha empleado como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman el sentido espiritual de la voluntad del testador, esto es su voluntad (Resolución de 16 de marzo de 2015).

La interpretación, atendiendo a pruebas extrínsecas al testamento, corresponde a los Tribunales de Justicia.

En el caso que nos ocupa, ya que del testamento no resulta de forma clara que fuera otra la voluntad del testador, atendiendo a la literalidad de la cláusula, solo está prevista la sustitución para el caso de conmorienca, no para el caso de premoriencia.

HERENCIA. ENTREGA LEGADOS.

Se presenta escritura de entrega de legados otorgada por los herederos y el legatario de cosa específicamente legada, que también es heredero. Del testamento resulta que el causante tiene cuatro hijos. Establece una serie de prelegados en favor de dos de sus hijos a quienes autoriza para tomar posesión por sí solos de las cosas legadas. A estos legatarios les instituye como herederos universales. A los otros dos hijos les lega lo que por legítima estricta les corresponda, como legado de parte alícuota, ordenando que dicha legítima estricta le sea satisfecha en metálico por los herederos. Y si no lo hay en la herencia, podrá procederse a su pago con metálico extra hereditario, siendo de aplicación los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Nombra albacea contador-partidor con las más amplias facultades, incluso las de entregar legados.

En la escritura comparecen los dos herederos y, además, uno de ellos como legatario y proceden a la entrega y aceptación del bien legado. No comparecen los legitimarios. ¿Podría salvarse la inscripción con la comparecencia del contador partidor que afirmara que no existe perjuicio de las legítimas?

En principio, existiendo legitimarios, no es inscribible la escritura de entrega de legado sin la previa intervención de aquéllos (artículo 81 apartado a) del Reglamento Hipotecario). La naturaleza de la legítima en el derecho común impide que, existiendo legitimarios, pueda procederse a la entrega del legado sin que preceda la liquidación y partición de la herencia de la que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a los herederos forzosos, pues

solamente de este modo puede saberse si los 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.

Según doctrina DGRN, la posibilidad de inscripción a favor del prelegatario de los bienes a él específicamente legados, en virtud de escritura sólo por él otorgada, está limitada al supuesto de que no existan legitimarios y aquél esté expresamente facultado por el testador para posesionarse de la cosa legada (art. 81.a RH), supuestos que no concurren en nuestro caso, en el que sí existen legitimarios (RDGRN de 5 de abril de 2016).

Aunque el legatario adquiera la propiedad de la cosa legada desde el mismo momento del fallecimiento del causante (art. 882 CC), los legados están subordinados al pago de las deudas, y, cuando existen legitimarios, al pago de las legítimas (RDGRN de 28 de marzo de 2016 y de 9 de junio de 2017). Por ello, no se admitió tampoco que pudiera subsanarse el defecto con la comparecencia del contador partidario para manifestar la inexistencia de perjuicio a la legítima. Lo que debe hacer este contador (máxime cuando ha sido nombrado con tan amplias facultades) es una partición completa que comprenda el inventario de los bienes, avalúo, liquidación, fijación de haberes y adjudicación,

HERENCIA. PARTICIÓN

Se plantea si, tras la Sentencia del Tribunal Supremo 3263/2018 de veintinueve de septiembre, debe exigirse para la inscripción de las operaciones particionales la concurrencia del cónyuge citado en el testamento, si al tiempo del fallecimiento el causante se encontrase en estado de divorciado.

Se comentó por los asistentes la importancia de las sentencias del Tribunal Supremo 3263/2018 de 28 de septiembre y 3378/2018 de 26 de septiembre, en los que el Alto Tribunal ha fijado su criterio en la cuestión relativa a la subsistencia de las atribuciones patrimoniales realizadas a favor del esposo o pareja del causante, identificado como tal al realizar la disposición a su favor, cuando al tiempo del fallecimiento se ha producido el divorcio o ruptura de la relación, materia sobre la que había jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

En la primera de las sentencias citadas, el Tribunal Supremo declara la ineficacia de la institución de heredero hecha al ex cónyuge, y en la segunda, la nulidad de un legado de ciento cincuenta mil euros realizado a favor de quien en el momento de otorgar el testamento era pareja del causante, empleando unos argumentos idénticos. Señala al respecto el fundamento de derecho tercero de la segunda de las sentencias citadas: “Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767.I CC, que se refiere a la «expresión» del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular

por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que el causante otorgó testamento en el que disponía de un legado a favor de «su pareja D^a Cecilia ». El empleo de la expresión «su pareja» para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a «su pareja» revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento -lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado-, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.”

Estos pronunciamientos judiciales plantean en consecuencia la cuestión de si puede el registrador inscribir las operaciones particionales prescindiendo del cónyuge citado en el testamento si se acredita el posterior divorcio posterior, materia respecto a la cual la Dirección General de los Registros y del Notariado había respondido en sentido negativo en varias resoluciones (así, la resolución de 26 de noviembre de 1998 y 26 de febrero de 2003), afirmando en la segunda de las citadas que la hipótesis de entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento.

Se consideró al respecto de forma mayoritaria que, si bien con la doctrina con del Tribunal Supremo lo previsible es que se estime la impugnación de estas disposiciones testamentarias, no puede el registrador prescindir de la intervención en las operaciones particionales de quien es citado en el testamento, aunque sea a los solos efectos de aceptar que sus derechos hereditarios han de considerarse revocados, por carecer de los medios necesarios de interpretar en cada supuesto concreto la verdadera voluntad del causante. Especialmente significativa en este ámbito es la doctrina del Centro Directivo relativa a los supuestos de preterición, supuesto en el que es la propia ley la que determina la nulidad de la disposición testamentaria, y en el que ha exigido la oportuna declaración judicial (así, resoluciones de 2 de agosto de 2018 y 12 de noviembre de 2001) con numerosos argumentos jurídicos, como el principio constitucional de salvaguarda de los derechos, que avala la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurre en caducidad ni en vicios sustanciales de forma, o la indudable posibilidad de renuncia a la acción de preterición por el perjudicado, o la posibilidad de éste de alcanzar un acuerdo transaccional con los favorecidos por tal testamento que permita sostener su eficacia.

HERENCIA. PROHIBICIÓN DE DIVISIÓN

Un causante en estado de divorciado tiene dos hijos de un primer matrimonio, y un tercero de sus segundas nupcias. El único bien inventariado, excepto una pequeña suma en metálico, es su vivienda.

En su testamento deja a uno de los hijos el usufructo de la vivienda, e instituye herederos a los tres. Señala que, si alguno de los herederos se opusiera al legado, quedará reducido al tercio de legítima estricta, acreciendo el resto a los conformes. Y si se opusieran todos, lega al citado hijo los tercios de mejora y libre disposición en pleno dominio.

Prohíbe la petición de venta en pública subasta del artículo 1062 de aquellos bienes que resulten indivisibles o desmerezcan mucho por su división. El heredero que solicite la venta quedará reducido al tercio de legítima estricta en las mismas condiciones señaladas para la oposición al legado.

Nombra un contador partidor.

La partición la realiza el contador, adjudicando el usufructo de la vivienda al hijo legatario, y su nuda propiedad a los tres hijos por partes iguales.

Se plantea si debe hacerse constancia registral de la prohibición de división.

Fueron objeto de estudio dos cuestiones: por un lado, la admisibilidad de la inscripción de una partición hereditaria con una doble cautela socini (el gravamen del usufructo de la vivienda, y la prohibición de disponer consistente en la interdicción de ejercitar la acción de división) sin el consentimiento de los herederos; y por otro, si era susceptible de inscripción la limitación de disposición impuesta por el causante.

Respecto a la primera de ellas, se consideró de manera mayoritaria que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, son susceptibles de inscripción las operaciones particionales formalizadas por contador partidor, aun cuando contengan una cautela socini, pues tal partición ha de considerarse válida en tanto no se solicite la reducción del legado. Especialmente significativa al respecto es la resolución de 18 de junio de 2013, relativa al usufructo universal concedida al cónyuge viudo, 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.”

Tampoco se consideró que la prohibición de solicitar la división judicial de la finca fuese contraria al artículo 401 del Código Civil, que limita el pacto de indivisión a un plazo de diez años, ya que: el artículo 1051 faculta al testador a prohibir la división de la herencia; son admisibles en nuestro ordenamiento las prohibiciones de disponer impuestas a título gratuito; y dicha prohibición presupone la conformidad de los herederos, que podrían renunciar a ella, según el título sucesorio, limitando sus derechos hereditarios a la legítima estricta.

Respecto a si tal prohibición de disponer debía acceder al Registro, algunos compañeros entendieron que la misma debía quedar excluida del historial registral, pues no era una prohibición de carácter real con trascendencia frente a terceros, pues el heredero podía en todo caso solicitar la división judicial de la cosa común, con el único efecto de ver reducida su participación en el importe de la venta.

No obstante, la mayoría sostuvo que debía constar en el asiento y en la publicidad registral, por tratarse de una prohibición de disponer inscribible conforme a las reglas general de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, siendo válida en tanto no se impugnase por los herederos, y porque además podría tener trascendencia frente a terceros. Así, si el heredero aceptase la atribución de la nuda propiedad con la prohibición de disponer, dicha limitación debería afectar a un posible adquirente de su cuota en la finca, quien vería limitada su derecho con la prohibición de solicitar la división de la cosa común.

HERENCIA. SUTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

Una finca figura inscrita a nombre de los cónyuges con carácter ganancial. Fallece el esposo, sin descendientes ni ascendientes, con testamento en el que hace costar que instituye heredera a su esposa, a la que sustituye en lo que quede, si algo queda, con sustitución fideicomisaria de residuo, así como para el caso de premoriencia o conmoriencia de la heredera instituida y del testador, ordena que los bienes integrantes de su herencia para todos los casos expresados, sean repartidos como sigue: a) legado, en pleno dominio, entre otros que no interesan, 3) a su sobrina MP, los derechos pertenecientes al testados, con su contenido, en la finca de este número, así como las plazas de garaje números once y doce, el trastero y la participación indivisa de una veinteava parte destinada a jardín, de otras dos fincas de este Registro; en el remanente hereditario, sin perjuicio de lo establecido en el apartado a), instituye y nombra herederos, de todos sus bienes, derechos y acciones, a sus primos E y G y a los primos de su esposa F y H, a sus sobrinos O y J, a los hijos de J, a los hijos de M, a las hijas de A, a los hijos de JL y a MG, por décimas e iguales partes, heredando los cuatro primeros por cabezas y el resto por estirpes; sustituye a su vez, tanto a los legatarios nombrados, como a los herederos instituidos, para los casos de premoriencia e incapacidad.

Mediante instancia suscrita en Madrid, la viuda relaciona los bienes relictos por el causante, entre los que se encuentra esta finca y unas participaciones indivisas de otras dos fincas más

de este Registro, de carácter ganancial, liquida la extinta sociedad de gananciales, acepta la herencia y se adjudica los bienes inventariados, adjudicándose la totalidad de esta finca, en pago de sus gananciales.

Dos son los temas que iniciaron el debate: la naturaleza del legado de bienes gananciales y la posición de los llamados como fideicomisarios de residuo en la partición de herencia y liquidación de la sociedad de gananciales del causante originario.

Con carácter general, la determinación de si el bien ganancial legado se adjudica, o no, a la herencia del causante corresponde al cónyuge viudo y a los herederos. El legatario no forma parte de la comunidad hereditaria y la naturaleza del legado queda condicionada por la adjudicación previa.

Con relación a la segunda cuestión, se mantuvo un vivo debate sobre la necesaria intervención, o no, de los fideicomisarios en la liquidación de la sociedad de gananciales. Se partió de la consideración de los fideicomisarios como llamados con un derecho firme desde el momento del fallecimiento del causante, siendo su derecho transmisible a sus herederos. La incertidumbre no afecta al llamamiento sino al quantum de lo que se va a recibir, siempre que no se trate de un fideicomiso de residuo condicional. Partiendo de esta base se consideró inicialmente que debían intervenir. La resolución de 12 de junio de 2012 entendió que en las sustituciones hereditarias a término el fideicomisario debía intervenir en la partición junto con el fiduciario.

Se trajo a colación la resolución de 29 de julio de 2017 que permitía, en un supuesto de hecho similar, la actuación aislada del cónyuge viudo: *"dados los amplios términos de la disposición testamentaria, en la que se autoriza para disponer por actos «inter vivos» y a título oneroso, quedando a su prudente arbitrio la necesidad de la disposición, debe entenderse que dentro de estas facultades dispositivas, se encuentran implícita la facultad de partir, pues de no admitirse este criterio, las facultades dispositivas de la fiduciaria quedarían gravemente limitadas. Consecuentemente, debe entenderse en el presente caso que no es precisa la concurrencia de los fideicomisarios en los actos particionales"*. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014, sin pronunciarse expresamente sobre la cuestión, da por hecho la no necesaria intervención de los fideicomisarios. A pesar de la doctrina que se deduce de la resolución, muchos de los presentes mantuvieron su posición inicial

HERENCIA. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. RENUNCIA

Borrador de escritura de partición de herencia de un matrimonio, fallecido bajo testamento en el que instituyen herederos universales por partes iguales a sus 4 hijos, y además, en el testamento del marido se incluye este legado sobre unas fincas privativas:

"Lega sus cuatro hijos, por partes iguales, las fincas de su propiedad..., con la obligación de conservarlas y entregarlas a sus respectivos hijos, también en usufructo vitalicio, Y fallecidos estos las adquirirán en pleno dominio sus respectivos descendientes, a quienes designa como

fideicomisarios, con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes o en su defecto con el de acrecer entre sí”

Van a comparecer los cuatro hijos, y además 7 nietos manifestando que son los únicos nietos y que no existen bisnietos. Lo que proponen es renunciar todos, los hijos y los nietos, al legado y a la sustitución, y en consecuencia se refundan las fincas en la masa hereditaria.

El notario propone como argumentos, y los incluye en el borrador:

A.- *Las dudas que suscita la defectuosa e imprecisa redacción literal de dicha disposición obliga a su interpretación para estimar que la voluntad real del testador es la de ordenar un prelegado a favor de sus cuatro hijos con cláusula de sustitución fideicomisaria escalonada, condicional y de doble llamamiento o grado (artículo 781 y 789 CC), por cuya virtud los hijos prelegatarios (fiduciarios) adquieren al fallecimiento de su padre la propiedad indivisa de las fincas legadas con la obligación de conservarlas y transmitir a su fallecimiento su respectiva parte indivisa a sus propios hijos (nietos del testador), que serán los fideicomisarios del primer llamamiento, quiénes las adquieren con la misma obligación de conservación y de entrega a su fallecimiento a sus respectivos hijos (bisnietos del testador), que serán los fideicomisarios del segundo y último llamamiento, subordinándose, por tanto, la efectividad de ambos llamamientos a la condición suspensiva de la existencia de fideicomisarios nietos y bisnietos del testador a la fecha del fallecimiento de su transmitente (hijos fiduciarios y nietos fideicomisarios), **cuya existencia en las respectivas fechas constituyen un hecho futuro e incierto, por lo que su inexistencia, premoriencia o renuncia no daría lugar a la transmisión de derechos a los sucesivos llamados ni a sus posibles herederos (artículo 759) sino a la extinción del gravamen fideicomisario.***

B.- *A fin de evitar las consecuencias perturbadoras de la vinculación durante tres generaciones y la ineludible constitución de una comunidad de bienes con una pluralidad de condueños en aumento progresivo titulares de cuotas desiguales y lejano grado de parentesco colateral, hacen aconsejable que... renuncien simultáneamente al prelegado cuyas renunciaciones surtirán efectos desde la muerte del causante (artículo 881 y 882 CC)*

C.- *En consecuencia, no existiendo en esta fecha futuros bisnietos nacederos del causante, a cuyo favor tendrían lugar simultáneamente con la expresada renuncia el segundo y último llamamiento condicional, como segundos fideicomisarios, el prelegado queda sin efecto (artículo 29 y 758 código civil), refundiéndose las fincas legadas en la masa hereditaria (artículo 888 CC) como bienes privativos del causante*

Por ninguno de los asistentes se asumió esta interpretación de la cláusula testamentaria en cuestión, ni los efectos que pretenden atribuirse a la renuncia de los hijos y nietos. Y por todos se admitió, sin discusión, los argumentos que, en contrario, mantuvo la proponente del caso que expuso, con mayor fundamento, que más que una sustitución fideicomisaria condicional con doble llamamiento, es más bien un supuesto de pseudo-usufructo testamentario. El llamamiento a los hijos y a los nietos lo ha hecho en “usufructo vitalicio”, es decir hay un llamamiento directo a la nuda propiedad a los bisnietos.

En cuanto al efecto que deba tener la renuncia de los hijos-fiduciarios, y de los nietos-“potenciales fideicomisarios”, antes del cumplimiento de la condición, ¿es la extinción del legado y la sustitución?

La doctrina mayoritaria entiende que la renuncia de los hijos fiduciarios implica que haya una sustitución vulgar a favor de los nietos- fideicomisarios; pero ¿la renuncia de los nietos- fideicomisarios supone automáticamente la extinción de la sustitución hereditaria al no existir en ese momento bisnietos vivos?

Las RDGRN 27 junio 2009 y 31 mayo 2011 dicen que la renuncia preventiva de los fideicomisarios existentes en un determinado momento no extingue la sustitución, sino que habrá que estar al evento señalado por la testadora (fallecimiento del fiduciario) para determinar en ese momento quiénes son los fideicomisarios y admitir en tal caso su renuncia. Si acaso, esa renuncia preventiva puede servir para que llegado el caso, si los titulares del derecho a sustituir siguen siendo los mismos, no sea necesario reiterarla.

Además hay que tener en cuenta que a estos hijos y nietos sólo les ha llamado al usufructo vitalicio.

La RDGRN 26 julio 2003 en un caso de pseudo-usufructo testamentario en el que la fiduciaria renunciaba al legado (y se solicitaba la inscripción a favor de la heredera por refundición en la masa), la DG dice que “La figura contemplada es el llamado «pseudousufructo testamentario», que no es sino una sustitución fideicomisaria. Pues bien, en esta institución es claro que la renuncia de un fiduciario no extingue la sustitución,” y por lo tanto da la razón a la registradora que decía que no podía inscribirse el pleno dominio a favor de esta heredera hasta que, ocurrido y acreditado el fallecimiento de la fiduciaria, se determine la inexistencia de descendientes de la misma.

Y en el mismo sentido la RDGRN 14 noviembre 2016: la adquisición de esa nuda propiedad se producirá al cumplimiento de la condición y no por la renuncia del usufructuario, que no la anticipa.

HERENCIA SUSTITUCIÓN VULGAR.

El causante fallece bajo testamento en el que, además de legar a su cónyuge el tercio de libre disposición y su cuota legal usufructuaria, instituye herederos a sus cuatro hijos A, B, C y D por partes iguales con derecho de sustitución en favor de sus respectivos descendientes y, en su defecto, con el derecho de acrecer entre ellos.

Por una escritura los cuatro hijos renunciaron pura y simplemente a la herencia de su padre. En la escritura de partición de herencia se dice que: la heredera A tiene dos hijos, acreditando la filiación con el Libro de familia que se une a la escritura; la heredera B tiene dos hijos y lo acreditan con actas de declaración de herederos; la heredera C, que comparece en la escritura manifiesta que carece de descendientes; y finalmente el heredero D que también carece de

descendientes. Este último no comparece ni por sí ni representado. En la escritura, además de todos los interesados en la herencia (salvo D), comparecen dos personas a fin de testificar y corroborar la veracidad de estas de estas afirmaciones, pero no hay juicio expreso de notoriedad por el notario.

Todos los asistentes convinieron que, respecto de éste último hijo renunciante (D), es preciso acreditar que carece de descendientes (artículo 774 del Código Civil y 82 del Reglamento Hipotecario). Es cierto que se ha admitido por la doctrina DGRN (vid resolución 2 de noviembre de 2017) que, para acreditar que el renunciante carece de descendientes y que, por tanto, la sustitución vulgar ha quedado inoperante, basta con la manifestación del propio renunciante. En los demás supuestos, como el caso que nos ocupa, ha de ser debidamente acreditado el hecho de que el coheredero falleció sin descendencia y que, en consecuencia, entra en juego el derecho de acrecer a favor de otro coheredero. El medio idóneo, en principio, es el acta de notoriedad prevista en el art. 82 RH, que no es otra que la regulada en el art. 209 RN; pero son admisibles otros medios de prueba, como el testamento del heredero sustituido, o la declaración de herederos ab intestato de éste (RDGRN 2 de noviembre de 2017 y 5 de septiembre de 2018) como sucede con el hijo B, o con el libro de familia como resulta del hijo renunciante A.

En nuestro caso, la manifestación de que el hijo renunciante D carece de descendientes no la hace el propio renunciante (como ocurre con el hijo renunciante C) sino las personas que resultan favorecidas por esta confesión. Y, en cuanto la declaración de los testigos, nada aporta pues, aparte de no hacerse mención alguna sobre su relación con el renunciante ni del conocimiento de su situación familiar lo que cuestiona su idoneidad para hacer tal afirmación, no se completa con un juicio expreso de notoriedad.

Esta necesidad de acreditar la ineficacia de la sustitución prevista en el testamento no debe confundirse con la innecesariedad de la justificación de los hechos negativos, como reiteradamente viene sosteniendo la DG.

HIPOTECA CONSUMIDORES

CASO 1.- Se plantea la cuestión de si debe exigirse para la inscripción de compraventas con subrogación de hipoteca otorgadas por el promotor inmobiliario, con comparecencia de la entidad financiera y novación del préstamo, la entrega al cliente de la FIPER.

Se señaló con carácter preliminar que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el registrador, en el ejercicio de su función calificadora, debe evaluar el cumplimiento de los requisitos de información precontractual establecidos, o que en el futuro se establezcan, y que afecten a deudas garantizadas con hipoteca, ya que la protección al consumidor alcanza a la totalidad del proceso de contratación, que concluye con la formalización de la hipoteca, y que comienza con la puesta a su disposición de la información

suficiente para que pueda analizar y conocer el alcance y las implicaciones del contrato que pretende suscribir. Tal doctrina ha sido asentada en resoluciones de 5-2-2014, 23-7-2014, 9-3-2016 y R. 14-7-2017, y a modo de obiter dicta, en resoluciones de 4-2-2015, 13-7-2015, 22-7-2016 ó 26-7-2017, entre otras.

Tratándose de préstamos concedidos por promotores inmobiliarios, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, impone al promotor la obligación de suministrar a los adquirentes de las viviendas la información relativa al préstamo hipotecario, señalando al efecto su artículo 19.3 que “Las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden.”

Ahora bien, este deber impuesto al promotor no exime a la entidad financiera de proporcionar al deudor la información precontractual, debiendo exigirse su aportación si a la escritura de compra con subrogación comparece el prestamista. Así resulta de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha examinado la transparencia de las cláusulas suelo en préstamos concedidos al promotor (así, la sentencias 643/2017, de 24 de noviembre, 24/2018, de 17 de enero, 42/2018, de 26 de enero, o la 517/2018 de 20 de septiembre) afirmando el Alto Tribunal en la última de las citadas: “el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia. Por tanto, sin perjuicio de la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información relativa al préstamo que en su día les fue concedido y en el que el comprador se dispone a subrogarse, la entidad bancaria, que debe prestar su consentimiento, mantiene su obligación de informar al futuro prestatario en los términos señalados.”

CASO 2.- En una hipoteca de consumidor inscrita en 2007 se pactó un tipo de interés demora equivalente al resultante de añadir seis puntos porcentuales al tipo de interés nominal ordinario vigente en el momento de producirse la demora. Por una escritura de novación de la anterior, otorgada este año, se modifica el tipo de interés de demora y se pacta el equivalente al triple del interés legal del dinero. Presentada la escritura se denegó la inscripción puesto que el tipo pactado puede ser superior al de añadir dos puntos al tipo de interés ordinario. Dado que el deudor no quiere consentir la subsanación, se consulta por el Banco si con una instancia privada podría desistir de inscribir esa estipulación.

La cláusula objeto de debate es abusiva atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de abril, 7 y 8 de septiembre de 2015 y 3 de junio de 2016) confirmada por la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018.

Para que una cláusula sea declarada abusiva tiene que tratarse de una cláusula predispuesta e impuesta en un contrato de adhesión. El consumidor no ha negociado individualmente la cláusula (cfr. art. 3 de la Directiva 13/93). Las cláusulas relativas a intereses de demora participan de esta naturaleza: no son negociadas individualmente.

Dado que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (cfr. art. 33 de la Ley Hipotecaria), la falta de inscripción de la novación, en cuanto a los intereses de demora, no produce perjuicio alguno para el consumidor. Puede solicitar la declaración de nulidad de la cláusula inscrita o de la que figura en la escritura de novación en cualquier momento y si no lo hiciese y se pretendiese el ejercicio cualquier clase de acción basada en las mismas, serán los Tribunales los que de oficio trasladarán al consumidor el carácter abusivo de estas cláusulas y declararán, salvo aquietamiento del mismo, su nulidad. Por todo ello, ningún obstáculo existe para que, previo desistimiento del banco, pueda practicarse la inscripción parcial de la escritura.

OPCIÓN DE COMPRA.

¿Es inscribible el carácter personalísimo de un derecho de opción de compra y, en consecuencia, el necesario consentimiento del cedente para transmitirlo?

Con carácter preliminar, se señaló que conforme a las reglas establecidas en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria no son inscribibles con carácter general las prohibiciones de disponer establecidas en los negocios onerosos.

Sin embargo, estas normas no se consideraron de aplicación al contrato de opción pues el mismo es en esencia una modalidad de precontrato, de promesa unilateral de venta, en la que al concedente le es relevante la persona que contratará con él. De ahí que no pueda considerarse necesariamente el derecho del optante un derecho transmisible, y las estipulaciones que determinen su transmisibilidad permitirán delimitar y precisar un derecho

que, al margen de las disposiciones del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, carece de regulación en el nuestro ordenamiento.

En este sentido, el Centro Directivo (así, resolución de 4 de enero de 1999) ha considerado inscribible, para delimitar el alcance del derecho, el carácter transmisible del derecho del optante. E incluso la especificación de este carácter puede tener gran trascendencia en la determinación del rango registral, como ha señalado la Dirección General en resolución de 6 de marzo de 2014, en el supuesto de que se hayan consignado en el Registro de la Propiedad cargas entre la inscripción del derecho de opción y su transmisión. Así, entiende la citada resolución que si la opción se configuró desde su nacimiento como transmisible y como tal consta inscrita, la transmisión del derecho de opción no significará la pérdida de rango con respecto a derechos que accedan al Registro después de la inscripción en el mismo de su constitución, ya que si la opción se ejercita debidamente en los términos pactados, su transmisibilidad fue uno de ellos, y desarrolla sus efectos sin solución de continuidad desde su constitución e inscripción con carácter real. En cambio, si la opción se constituyó con un carácter personalísimo y se acuerda posteriormente su transmisibilidad, la modificación del derecho se produce jurídicamente desde el momento en que el negocio modificativo tiene todos los requisitos legalmente prevenidos para su eficacia, sin que en ningún caso puedan los otorgantes convenir que la modificación del citado derecho preexistente se entienda operada jurídicamente y frente a todos desde un momento anterior.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

CASO 1.- Una finca se describe en el Registro como URBANA: Piso sexto o primer ático mano derecha. Ocupa una superficie aproximada de 121,62 m² cubiertos, más 22,11 m² de terraza, distribuidos aquellos en varias habitaciones (que se citan).

Se presenta escritura de "declaración de obra antigua" por la que se declara que, con una antigüedad superior a 20 años, se procedió a realizar obras de cerramiento de la terraza a la que se accede a través del salón comedor, cuyo cerramiento está realizado en carpintería de aluminio. En consecuencia, después de las obras la descripción es la siguiente: URBANA: Piso sexto o primer ático mano derecha. Ocupa una superficie aproximada de 121,62 m² cubiertos, más 22,11 m² de terraza, de los cuales 12,00 m² corresponden a la terraza cubierta del salón comedor, y el resto a la galería, distribuidos aquellos en varias habitaciones (y cuando se citan habitaciones, donde antes decía salón comedor con terraza, ahora dice salón comedor con terraza cubierta).

En los Estatutos de la Comunidad consta: 9ª. Obras privativas. Podrán los dueños de los pisos y plantas hacer en ellos las obras o modificaciones que estimen convenientes, siempre que no afecten a los elementos comunes de la casa...Cuando las obras y modificaciones de las obras privativas afectasen a las comunes o a las exteriores, se someterán previamente a autorización de la Junta de condueños".

Se incorpora:

1.- Resolución Ayuntamiento de Madrid por la que se resuelve: declarar prescripción de la infracción urbanística consistente en el cerramiento de terraza en el inmueble, toda vez que han transcurrido más de cuatro años.

2.- Certificado de arquitecto donde describe el cerramiento, cuya superficie es de 12 m².

Se acompaña, sendos testimonios por exhibición de dos actas de la Junta de Propietarios.

1.- la número 65, de la que resulta que, en el turno de ruegos y preguntas, se autoriza acristalar la terraza al propietario de un piso sexto. Y los propietarios de los otros pisos sextos solicitan también la autorización por si en su día les interesa. Estas peticiones quedan autorizadas por el total de los reunidos (representan más del 60% cuotas de participación).

2.- la número 68, de la que resulta que, ante las dudas planteadas, se aclara la anterior en el sentido de que en vez de "acristalamiento" debe hablarse de "cerramiento". También se aprueba por unanimidad, con asistencia de 60% de cuotas de participación).

En una primera impresión se defendió que el documento podría inscribirse puesto que, tras la redacción dada al artículo 10.3 LPH por la Ley 8/2013, de 26 de junio, se exige el acuerdo de tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, para la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Ello sin perjuicio de subsanar la forma de acreditar los acuerdos tomados por la Junta, puesto que la documentación aportada no acreditaba su autenticidad, ni recogía la mayoría de propietarios que habían votado a favor del acuerdo.

Sin embargo, tras un estudio más sereno, se llegó a la conclusión contraria puesto que no se trata de una terraza al uso, que se introduzca en el edificio. De la descripción del edificio en su conjunto y del elemento independiente afectado por la obra nueva, así como de los Estatutos inscritos, resulta que, desde el momento de constitución del régimen de propiedad horizontal, se trata de una terraza descubierta que coincide con la cubierta del edificio.

Este tipo de terrazas puede configurarse como elemento común de uso común, como elemento común de uso privativo o, incluso, como un elemento de propiedad privativa, si bien en el caso de que en el título constitutivo no se prevea otra cosa, debe considerarse como elemento común. Como tiene declarado la jurisprudencia (vid. (Sentencia TS de 8 de abril de 2011, RJ 2011, 3156), la cubierta del edificio no puede perder su naturaleza de elemento común debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio se configure como privativa.

En todo caso, aún admitiendo el carácter privativo de la terraza, ello no implicaría en modo alguno que pueda considerarse como privativo también el vuelo sobre la misma, que seguirá

siendo común (cfr. artículo 396 CC), salvo que se hubiera constituido un derecho real de vuelo. Esta es la razón que justifica que la superficie ocupada por la terraza tenga un régimen distinto en cuanto al cómputo de la edificabilidad en las normas urbanística, que puede llegar a ser inexistente en caso de tratarse de terrazas descubiertas.

Tratándose de una terraza descubierta, el cerramiento propuesto supone el aprovechamiento exclusivo para un propietario de una parte del vuelo del edificio, que es elemento común, sin su previa desafectación. Siendo el vuelo elemento común del edificio sería necesaria la previa desafectación y su conversión en elemento privativo, así como expresión de la causa de atribución de tal elemento al dueño del departamento afectado (artículos 5, 9, 12 19 y 21 de la Ley de Propiedad Horizontal). Como ha tenido ocasión de señalar la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de abril de 2006 es evidente que, al no configurarse el derecho de vuelo de otra forma, tal derecho era elemento común del edificio, por lo que, si lo edificado mediante el ejercicio de tal derecho deviene en privativo, existe una causa de transmisión no revelada y que es preciso que conste en el Registro.

Además, la declaración de la obra propuesta supone una modificación del título constitutivo, al implicar una modificación de la descripción del edificio en su conjunto, un aumento de la volumetría edificada y la modificación de la configuración arquitectónica y aspecto exterior. En nuestro caso, se está alterando la superficie construida o cubierta del elemento privativo (antes era de 122,62 m² cuadrados cubiertos y ahora resultan 133,62 m² cubiertos) y se está cambiando el destino y uso de la terraza, por más que se diga que sigue siendo terraza ahora cubierta.

En consecuencia se entendió que era necesario el consentimiento unánime de los propietarios integrantes de la comunidad y que tal acuerdo debería quedar acreditado en el fondo ni en la forma. Finalmente se advirtió, dado el tiempo transcurrido desde la celebración de las Juntas que no pueden verse afectados por estos acuerdos los nuevos propietarios, titulares registrales que han ingresado en el Registro con posterioridad a su adopción.

CASO 2.- Se pretende inscribir una mayor superficie de un piso de un edificio en régimen de división horizontal por haber habido un error en su medición al tiempo de declararse la obra nueva y división horizontal. Se acompaña certificado de técnico, conforme al cual el piso siempre tuvo esa superficie y que la rectificación no obedece a ninguna ampliación o modificación posterior de la obra nueva.

Al implicar una modificación del título constitutivo se pide el acuerdo unánime de todos los propietarios del edificio que además es pequeño, cuenta tan sólo con 4 plantas. Comparecen todos los dueños de los diferentes elementos independientes pero uno de ellos no tiene registrado su derecho. Al parecer hay problemas para que pueda registrar su título, problemas que no interesan ahora mismo.

Ante esta situación, se alega que hay una resolución de la Dirección General de 19 de julio de 2018 que entiende que para rectificar un error en la descripción de la finca, hace falta, aparte

del consentimiento del titular afectado, el de los colindantes de la misma planta (en cuanto pudiera estar incidiendo en su elemento independiente) y el acuerdo de la mayoría de propietarios (en cuanto pudiera afectar a elementos comunes), no la unanimidad.

Por todos los asistentes se consideró que nos encontramos ante la rectificación del título constitutivo de la propiedad horizontal debido a un error, que afecta singularmente a uno de los departamentos y que queda sujeta a la normativa contenida en la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que se precisa acuerdo previo de la junta de propietarios que la acuerde y el consentimiento del o de los propietarios que resulten afectados por la rectificación (cfr. artículos 5, 7, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, según redacción dada por los números cuatro y cinco de la disposición final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, «Boletín Oficial del Estado» de 27 junio). En modo alguno es necesario el consentimiento individualizado de los que aparecen como titulares registrales del resto de los departamentos aplicando el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Se trajo a colación la doctrina de la Dirección General sobre actos colectivos de numerosas resoluciones (cfr. *Resoluciones de 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015, 29 de marzo de 2017 y 19 de julio de 2018*). Sólo aquellos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes. En este caso, el hecho de que uno de los propietarios no haya podido inscribir su derecho no es obstáculo alguno para la válida formación del acuerdo. Basta que haya comunicado a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, el cambio de titularidad de la vivienda o local con arreglo al artículo 9.1 i de la Ley de Propiedad Horizontal.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ESTATUTOS

Se consulta mucho en las oficinas en los últimos tiempos sobre los requisitos para inscribir la modificación de estatutos de una PH para prohibir el alquiler turístico. ¿Cuáles son los requisitos para la inscripción? Deben ir uno por uno todos los propietarios a firmar o basta con que fuera el presidente de la comunidad, en base al acuerdo unánime de la Junta.

La cuestión plantea los siguientes problemas:

- 1.- ¿Pueden los estatutos de una propiedad horizontal excluir el uso turístico de sus departamentos?
- 2.- Si es posible, la restricción no está en los estatutos y pretende establecerse a posteriori: ¿basta el acuerdo colectivo de la comunidad de propietarios o es necesario el consentimiento individualizado de cada propietario?

La respuesta de los asistentes a la primera pregunta fue unánime en sentido afirmativo, partiendo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 permite que los estatutos contengan cláusulas prohibitivas o limitadoras de actividades determinadas si están establecidas en atención al interés general de la misma comunidad. El Tribunal Constitucional en las Sentencias 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo, estimó que en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justificaba la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al art. 33 de la CE. En los usos turísticos existe una realidad social, que tiene como trasunto numerosas normas autonómicas en este sentido, que considera que la utilización de las viviendas para este uso es un problema que trasciende al derecho singular de propiedad de cada uno los departamentos para convertirse en un problema colectivo. Ningún obstáculo debe existir para admitir prohibiciones en este sentido.

Para el análisis de la segunda cuestión, se trajo a colación la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado y singularmente la resolución de 27 de julio de 2018; *“Para decidir si un acuerdo como el debatido en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la junta como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2017), en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta -cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal-), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente). Ciertamente, en este último caso no podría inscribirse la modificación si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos no se trata de una decisión o acto de la junta, sino que se trata de una decisión*

personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas y requisitos de capacidad, legitimación y forma propias de las declaraciones de voluntad personales.”

En los supuestos de hecho de cada una de las resoluciones que tratan de este problema se refieren a modificaciones que afectan singularmente a departamentos. Si la modificación estatutaria afecta a algún departamento, y no a todos, es necesario el consentimiento individualizado de titular del mismo. Ahora bien, si la modificación pretendida no se refiere a un departamento en concreto sino al establecimiento de una restricción de un uso que afecta colectivamente a todos, la mayoría de los asistentes consideró que, en un supuesto como el que nos ocupa, no existe ningún obstáculo para ello.

En pro de esta tesis militan las siguientes ideas:

Si no hay ningún obstáculo para establecer normas estatutarias de este tipo originariamente, debe aceptarse que, siendo competente la junta de propietarios para la adopción de acuerdos sobre modificaciones de los estatutos de la propiedad horizontal, se establezcan a posteriori (cfr. art. 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal).

La adopción del acuerdo requiere unanimidad, por lo que cualquier propietario puede vetar la decisión de la mayoría y hacer uso de su derecho. No existe preterición alguna del mismo que provoque una situación de indefensión.

Se trata de modificaciones que no afectan singularmente a un propietario sino a todos.

Existe una realidad social que considera que el establecimiento de uso turístico para los departamentos de la propiedad horizontal es un problema que trasciende al interés particular del propietario y que afecta a la comunidad en su conjunto. La regulación de esta cuestión en numerosas normas autonómicas es clara al respecto. Las normas deben interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para el Derecho catalán, considera que la junta de propietarios es competente para establecer modificaciones estatutarias que restrinjan el uso turístico de los departamentos, si bien dichas restricciones no son oponibles al propietario que se oponga a dicho acuerdo. Si bien aplica los preceptos del CCCat, su doctrina es totalmente extrapolable al Derecho común. En este sentido las sentencias de 19 de mayo 2016 y de 13 de septiembre de 2018. La diferencia con el Derecho común es que si uno de los propietarios se opone, dada la necesaria unanimidad, no procede la modificación estatutaria.

SERVIDUMBRE

En una inscripción de obra nueva y división horizontal se constituye una servidumbre en la que aparece como predio dominante el edificio y como predio sirviente un local de otro edificio.

En escritura comparece el presidente de la comunidad de propietarios del edificio que es predio dominante renunciando a la servidumbre por ser innecesaria. El presidente actúa en virtud de un acuerdo de la comunidad de propietarios adoptado por una mayoría de propietarios del 60% que representa el 60% de cuotas de participación. Algunos propietarios se han opuesto. La servidumbre se constituía para el paso de tuberías de calefacción y para que pudiera accederse al predio sirviente para las reparaciones necesarias. ¿Cuál es el régimen de mayorías necesarias para este acuerdo?

Mayoritariamente se entendió que siendo las servidumbres elementos comunes de la propiedad horizontal, con arreglo al artículo 396 del Código civil, la extinción requería el acuerdo unánime previsto en el artículo 17.6 de la Ley de la Propiedad Horizontal. Minoritariamente se consideró que debía pedirse, para completar la calificación, cuál era la causa de la extinción de la servidumbre. Si tenía como antecedente mejorar la eficiencia energética del inmueble debía exigirse la mayoría prevista en el artículo 17.3 de la ley citada. Para esta posición, no parece razonable exigir el acuerdo unánime si es meramente accesorio de otro acuerdo que no exige tal unanimidad.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. BIEN PRIVATIVO POR CONFESIÓN

Una finca figura inscrita a favor de D casada con P carácter presuntivamente ganancial en virtud de una escritura de 1973 donde se eleva a público un documento privado de compraventa de 1972. Tanto en la escritura como en el documento privado compareció sólo la mujer D. En su día se inscribió a favor de la mujer D con carácter presuntivamente ganancial pendiente de la ratificación de su marido ya que entonces era necesario. Posteriormente por nota al margen de la inscripción se hace constar la ratificación del marido P.

Fallece D y, en la escritura de herencia, todos los hijos y el cónyuge P declaran que la finca fue comprada por sólo por D y se adjudica la finca a uno de sus hijos. En la escritura de herencia hacen constar lo siguiente: "En cuanto a la finca descrita bajo el número 6 del inventario anejo, hacen constar expresamente y reconocen todos los comparecientes que dicha finca tiene realmente carácter privativo de la causante, por haber sido adquirida con cargo a su patrimonio. No obstante, hago la advertencia del artículo 1324 del Código Civil, en cuanto al alcance de dicha confesión". Dicha finca no se incluyó en la liquidación de gananciales, por ser considerada privativa de la causante.

Se plantea la duda de si debe hacerse constar en la inscripción que dicho bien tenía carácter privativo por confesión, entendiendo que queda sujeta a una limitación a la facultad de disponer del heredero adjudicatario consistente en que si éste quiere disponer de la finca no podrá hacerlo sin el consentimiento de los herederos forzosos del marido una vez que éste fallezca, en el caso de existir otros legitimarios suyos distintos de los de la causante que no hayan comparecido al otorgamiento de la escritura objeto de inscripción.

Para un adecuado estudio de la cuestión planteada, se analizó la rigurosa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa tanto a la dificultad que supone en la práctica considerar un bien privativo en el momento de la adquisición por una persona casada en gananciales, como el necesario consentimiento de los legitimarios del cónyuge confesante para realizar actos dispositivos respecto de los bienes inscritos con carácter privativo por confesión, o bien, tratándose de supuestos anteriores a la reforma del Código Civil que introdujo la actual norma del artículo 1324 del Código Civil, respecto de los bienes inscritos sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de la finca (de acuerdo con el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario en su redacción de 1947).

Así, para inscribir un bien con carácter privativo el Centro Directivo ha exigido prueba indubitada en documento auténtico, sin que ni siquiera puede considerarse como tal, por el carácter fungible del dinero, una donación en metálico por el mismo importe de la compra realizada ocho días antes de la formalización de la venta (así, resolución de 7 de noviembre de 2018). Y respecto de los bienes inscritos como privativos por confesión o sin prejuzgar su naturaleza privativa o ganancial, el Centro Directivo ha rechazado que pueda prescindirse del consentimiento de los legitimarios del confesante para realizar actos dispositivos por el hecho de que en su escritura de partición de herencia no se haya incluido en el inventario la finca en cuya adquisición medió la confesión (así, resolución de 13 de abril de 2011).

Ahora bien, todo lo anterior no implica que, en un supuesto como el debatido, deba hacerse constar limitación alguna en la inscripción. Y ello porque en la escritura objeto de calificación se procede, como acto previo a la partición de herencia, a la liquidación de la sociedad de gananciales, considerándose el bien como privativo para con posterioridad proceder a su adjudicación a uno de los herederos.

La consideración de un bien como privativo por confesión es propia de la vigencia de la sociedad de gananciales, y no puede ser desvirtuada, como hemos visto, por el solo hecho de no ser incluido en el inventario de la partición de herencia del confesante. Pero ello no implica en modo alguno que exista limitación legal alguna para que pueda liquidarse la sociedad de gananciales por el cónyuge confesante y los herederos del beneficiario de la confesión. Si todos los interesados liquidan la sociedad de gananciales y atribuyen a la finca el carácter de privativo para proceder con posterioridad a adjudicarla a un heredero, el adquirente no ha de tener limitación alguna.

En este sentido, en un supuesto en el que se planteaba la cuestión de si para la adjudicación de herencia de un bien inscrito con carácter privativo por confesión se necesita, una vez fallecido el confesante, la intervención de los legitimarios del mismo o acreditar su inexistencia, el Centro Directivo señaló (resolución de 13 de junio de 2003) que la liquidación de la sociedad de gananciales exige la intervención de sus legitimarios para la ratificación del

carácter privativo en la confección del inventario. Con arreglo a ello puede también en consecuencia entenderse que la adjudicación del bien en una liquidación de gananciales en la que interviene el cónyuge confesante produce el efecto de considerar como privativo el bien, sin que el heredero adquirente necesite ningún consentimiento adicional para la realización de actos dispositivos una vez fallecido el confesante.

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ENAJENACIÓN DEL BIEN.

Finca gravada con sustitución fideicomisaria de residuo. Se vende la finca ¿Cancelamos de oficio la sustitución fideicomisaria o hace falta solicitud expresa? ¿Se arrastra?

En una sustitución fideicomisaria de residuo las facultades de disposición del bien corresponden al fiduciario, generalmente sin necesidad de justificación alguna. Por consiguiente, salvo que existan limitaciones expresas que se hayan impuesto al tiempo de la institución y que no constan en el supuesto de hecho planteado, el fiduciario podrá enajenar el bien libremente. A la hora de practicar el asiento, no hace falta cancelar expresamente la sustitución ni, por supuesto, se arrastra como carga. El titular fiduciario con facultad dispositiva enajena el bien, en uso de dicha facultad, y quedará inscrito el dominio a favor del nuevo titular. La inscripción de la nueva titularidad implica la extinción de la anterior titularidad, junto con la facultad que tenía aneja, conforme al artículo 76 LH.

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER

En un testamento, el causante, después de manifestar que está casado en únicas nupcias con A y que carece de descendientes, lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de todo su patrimonio. Dicho usufructo estará dotado de la facultad de disponer ínter vivos sin necesidad de justificación de clase alguna, en tanto recaiga sobre inmuebles de carácter ganancial del testador y su esposa. El usufructo sobre el resto de los bienes no llevará anexa dicha facultad de disposición. E instituye herederos a tres sobrinos. Con arreglo a estas disposiciones una finca, de carácter ganancial, está inscrita en cuanto a una mitad indivisa a favor de la viuda por liquidación de gananciales, la restante mitad indivisa en usufructo a favor de la misma con dicha facultad y la nuda propiedad a los sobrinos. Ahora la viuda se propone transmitir sin intervención de los sobrinos.

Admitido el usufructo con facultad de disponer por la doctrina y la jurisprudencia, en base a los artículos 470 y 467 CC, no se apreció ningún obstáculo para admitir la enajenación del bien por la viuda. Como el ejercicio de esa facultad no se limitó por el causante en modo alguno, ni se sometió a ningún otro tipo de condición, tratándose de bien en origen ganancial, podrá la viuda vender sin necesidad del consentimiento de los sobrinos nudo propietarios, y sin necesidad de justificación alguna. La enajenación producirá la transmisión válida del dominio del bien. Y como el usufructo con facultad de disponer tiene por objeto el bien usufructuado, no el valor obtenido de su venta, una vez ejercitada la facultad de disponer el usufructo se

extinguirá. Y sin que sea necesario practicar una cancelación expresa del usufructo, pues la inscripción de la nueva titularidad implica la extinción de la precedente, ex artículo 76 LH.

RESOLUCIONES JUDICIALES CON TRASCENDENCIA REGISTRAL

TERCER 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: Permuta financiera (*swap*). Error vicio. La cláusula predispuesta por el banco, firmada por el cliente, según la cual éste ha sido informado de que la operación no es conveniente y ha decidido contratar por su propia iniciativa, no excluye el error.

2º. Resolución: Derecho de sucesiones. Calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora a la instituida heredera para que la cuide y asista hasta su fallecimiento. Consideración como condición suspensiva o como carga modal.

3º. Resolución: Condiciones generales de la contratación. Diferencia entre el control de incorporación y el control de transparencia. Contrato de fianza que garantiza una operación empresarial. Fiador, persona física, que carece de vínculos funcionales con la empresa.

4º. Resolución: «Procedimiento prejudicial — Directiva 93/13/CEE — Cláusulas abusivas — Ámbito de aplicación — Cesión de crédito — Contrato de préstamo celebrado con un consumidor — Criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato que establece el tipo de interés de demora — Consecuencias del carácter abusivo»

5º. Resolución: Derecho de sucesiones. Extinción del cargo de contador tras otorgar la partición. Colación de las donaciones remuneratorias. Revocación en testamento de la dispensa de colación hecha en el momento de donar.

6º. Resolución: Contrato de préstamo que es incumplido por el prestatario. Incumplimiento resolutorio. Es aplicable el artículo 1124 del Código Civil.

7º. Resolución: Cláusula suelo. Restitución de las prestaciones satisfechas tras la declaración de nulidad contractual, incluyendo intereses. Doctrina.

8º. Resolución: Préstamo hipotecario. Fianza solidaria. Acción de cobertura ejercitada por los fiadores al amparo del art. 1843 CC. Requisitos de esta acción. Su ejercicio no conlleva ningún abuso de derecho. No existe inmoralidad en el ejercicio de la acción.

9º. Resolución: Cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula. Adaptación a la jurisprudencia del TJUE. Estimación de la casación como consecuencia del allanamiento del banco demandado.

10º. Resolución: Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Aplicación de la Ley 42/1998 y condición de consumidor del comprador pese a haberse convenido la reventa. Nulidad del contrato por la falta de fijación de la duración del régimen. Cobro de anticipos

11º. Resolución: Usucapión. Posesión en concepto de dueño. Requisitos. No puede reconocerse cuando quien la afirma realiza actos por los que admite la propiedad de otro.