

Cuadernos del Seminario

Carlos Hernández Crespo

Nº 40

Enero-marzo 2019

Segunda etapa

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

■ PONENCIAS Y TRABAJOS

- LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS EN LA RECIENTE DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Por Jesús María Martínez Rojo.
- PUBLICIDAD FORMAL EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Por Marta Cavero Gómez.
- APUNTES SOBRE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. Por Luis Delgado Juega

■ 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.

LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS EN LA RECIENTE DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ¹

Jesús María Martínez Rojo.

Registrador de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 3

1.- EL ARRENDAMIENTO COMO CONTRATO INSCRIBIBLE

ÁMBITO DE LA LAU: EXCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE PLAZAS DE GARAJE.– El arrendamiento de plazas de garaje no está sometido a la LAU, salvo en el caso de que el arrendamiento de la plaza sea accesorio del de la vivienda, y ello porque, a los efectos de la misma debe considerarse que tales plazas de garaje no constituyen edificación –ya que en ellas la edificación es algo accesorio, siendo lo esencial la posibilidad de guardar un vehículo–. Tales plazas de aparcamiento no se hallan enumeradas en los supuestos de arrendamiento para uso distinto de vivienda a que se refiere el artículo 3.2 LAU ni en la EM. Por lo que no hay que pedir manifestación arrendaticia en caso de transmisión (RR. **03.03.04** –BOE 15.04.04–; **12.02.16** –BOE 10.03.16–; **15.11.16** –BOE 02.12.16–).

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA VERTIENTE DE TITULACIÓN PÚBLICA

El Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, dictado en desarrollo de la DA 2ª LAU, exige para la inscripción del arrendamiento la escritura pública notarial o la elevación a escritura del documento privado de arrendamiento, por lo que, habiéndose solicitado en la demanda la declaración de vigencia del documento privado de arrendamiento, se debió pedir, además, la condena a elevación a público de tal contrato, para que, en ejecución de la misma, se hubiera obtenido el documento inscribible (R. **05.06.12** –BOE 12.07.12–).

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Poder de disposición.– Basta el consentimiento de quienes ostenten la mayoría de intereses en una comunidad para la celebración del arrendamiento, salvo que el arrendamiento, por su duración, o por sus concretas estipulaciones, exceda de la mera administración y pueda ser

¹ A 6 de febrero de 2019, fecha de la exposición extensa de este artículo en el seminario del Decanato de Madrid.

Los extractos de las resoluciones que aquí se ofrecen tratan de transmitir, de la manera más fiel, la correspondiente doctrina. Se invita al lector a consultar el texto íntegro de las resoluciones citadas.

NOTA DE LA REDACCIÓN: Se advierte que a la fecha de esta publicación, ha entrado en vigor el RD-L 7/2019, de 1 de marzo, que modifica profundamente la legislación que sirvió de base a muchas de las resoluciones de la Dirección General aquí recogidas.

considerado acto de disposición o gravamen, algo que la jurisprudencia había resuelto con base en el criterio del plazo de duración de más de seis años². El hecho de que el arrendamiento sea inscribible no tiene la trascendencia de transmutar su naturaleza jurídica, de acto de administración en acto de disposición (R. **26.01.15** –BOE 02.03.15–)³ ⁴.

Necesidad de previa inscripción del arrendamiento para anotar el embargo de un derecho de traspaso (R. **18.10.05** –BOE 07.12.05–).

Necesidad de previa inscripción del dominio para el acceso al Registro del ejercicio judicial del retracto.– En caso de demanda de retracto, para que la adjudicación acceda al Registro la finca ha de estar inscrita a favor del demandado (RR. 06.02.99 –BOE 26.02.99–; **30.04.03** –BOE 10.06.03–).

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Delimitación de la porción arrendada.– Los artículos 3.2 y 6.2 del Real Decreto 297/1996 habilitan el acceso registral del derecho de arrendamiento sobre una porción material de finca registral, sin previa segregación de dicha porción ni de división en régimen de propiedad horizontal. Pero, en todo caso, el principio de especialidad registral exige la perfecta identificación de la porción material sobre la que se constituye el derecho de arrendamiento (RR. **05.10.12** –BOE 02.11.12–; **16.12.15** –BOE 30.12.15–).

Duración

a) Arrendamiento de vivienda: admisión de las prórrogas sucesivas si no quedan al arbitrio de una parte.– Si las sucesivas prórrogas pactadas no quedan a la exclusiva voluntad del arrendatario (lo que supondría su nulidad de acuerdo con la STS 09.09.09), sino que queda reservada a ambas partes contratantes la posibilidad de denunciar la terminación del contrato debe entenderse válido civilmente el arrendamiento, pues no supone perpetuidad

² Criterio basado en el artículo 1548 del Código Civil y en la redacción originaria del artículo 2.5ª de la Ley Hipotecaria. Hay que tener en cuenta que para Aragón puede mantenerse ese mismo criterio de los 6 años (cfr. artículo 15.e) del Código del Derecho Foral de Aragón); en Cataluña, 15 años (cfr. artículo 222-43 g) del Código Civil de Cataluña).

³ Ese mismo criterio lo había mantenido la R. **22.04.06** –BOE 16.06.06– **anulada** por Sentencia de 22.05.07 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Alicante, confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de Alicante de 14.01.08 (publicada la sentencia en el BOE 10.08.10).

⁴ Aunque la DGRN no lo ha tratado directamente, en Derecho Común el derecho del arrendatario no se integra en la sociedad conyugal, por lo que, si el arrendatario está casado, no es necesario que conste el nombre del cónyuge y el régimen económico matrimonial (cfr. caso que aparece en la revista del Centro de Estudios Carlos Hernández Crespo nº 36, enero-marzo 2018). En ese supuesto el derecho de adquisición preferente lo ejercerá su titular y la adquisición será privativa (cfr. artículo 1347.4º del Código Civil). En cambio, en el régimen de conquistas se hacen comunes de los cónyuges los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el matrimonio (Ley 82.6 de la Compilación de Navarra). Asimismo, ingresan en el patrimonio común del consorcio conyugal los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio (artículo 210.i) del Código del Derecho Foral de Aragón).

del contrato, que sería nulo, y no genera inseguridad respecto al tercero que consulte el Registro que puede conocer los plazos y formas de determinación de la duración del arrendamiento (RR. **30.10.15** -BOE 23.11.15-; **08.05.18** -BOE 23.05.18-).

b) Arrendamiento para uso distinto del de vivienda: las prórrogas tienen que tener un límite temporal.– La prórroga convencional es válida siempre y cuando haya sido acordada por las partes libremente y conste de manera clara, inequívoca y coherente en el contrato. Esta prórroga convencional no puede ser potencialmente perpetua y necesita un límite temporal máximo. Si las partes no han fijado uno, el juez puede y debe hacerlo (R. **02.11.18** -BOE 22.11.18-).

2.- EL ARRENDAMIENTO NO INSCRITO.- LA MANIFESTACIÓN DEL ESTADO ARRENDATICIO

A) TRANSMISIÓN CONVENCIONAL

SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE Y EN LOS QUE NO PROCEDE EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Existe en la transmisión de cuotas indivisas a terceros, tanto en la antigua ley como en la nueva (R. **11.05.05** -BOE 30.06.05-).

No lo hay en la transmisión de cuota indivisa a un comunero.– Es innecesaria la declaración respecto a la existencia o no de arrendatarios puesto que el derecho de retracto arrendaticio, caso de existir, resultaría en estas circunstancias inoperante, dada la preferencia del retracto de comuneros sobre el arrendaticio urbano, 25.4 LAU (R. **16.12.14** -BOE 23.01.15-).

Tampoco en la adquisición por usucapión (R. **21.02.07** -BOE 28.03.07-).

No lo hay en la dación en pago o cesión solutoria.– A diferencia del texto anteriormente vigente (el artículo 47 LAU 1964 lo establecía también para el caso de cesión solutoria, cfr. R. **30.06.11** -BOE 07.10.11-), el actual indica inequívocamente la intención del legislador de limitar el derecho de adquisición preferente sólo y exclusivamente al supuesto de compraventa. Cuestión distinta es que, no obstante la literalidad de la norma, deba reconocerse al arrendatario el derecho de adquisición preferente en casos en que la adjudicación en pago constituya un negocio simulado o se trate de un negocio indirecto con propósito de aparentar externamente un realidad jurídica distinta a la venta realmente perseguida por la partes. Pero la apreciación de tales circunstancias excede del ámbito de competencias del Registrador en el reducido marco del procedimiento registral (R. **10.12.07** -BOE 15.01.08-).

LA MANIFESTACIÓN DEL ESTADO ARRENDATICIO CORRESPONDE HACERLA AL INTERESADO O PERSONA CON PODER SUFICIENTE.

– El presentante de los documentos no puede hacer declaraciones sobre el arrendamiento sin acreditar la representación para ello: hay que distinguir la función del presentante como receptor de la calificación negativa, condición que viene establecida legalmente (artículo 322 LH), y aquellas declaraciones que por su naturaleza o efectos deban hacerse directamente por el interesado o persona que le represente,

entendiendo en este caso por representante a quien tenga reconocida expresamente la facultad de emitir tal declaración (R. **16.12.14** –BOE 23.01.15–)⁵.

NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO. FORMA

Ninguna ley exige que material e indubitadamente tengan que llegar al conocimiento del destinatario las notificaciones que se le puedan efectuar dada la multiplicidad de vicisitudes que pueden suceder en el mundo de los hechos por las que la llegada a su destino puede verse frustrada –ausencia del domicilio en un momento concreto, imposibilidad física de atender el requerimiento en el momento en que éste se efectúa, inexistencia de vecinos o persona alguna que sea hallada en aquel momento o cualquier otra de esta índole– (R. **17.03.05** –BOE 20.05.05–).

El concepto de notificación fehaciente precisa de la constancia indubitada de haberse producido por cualquiera de los medios existentes al respecto, generalmente atribuidos a la intervención de terceros investidos de esa fe pública –Notarios– o propia de la actuación administrativa, a través del servicio oficial de correos, siempre que quede constancia efectiva de la remisión, recepción y contenido de la notificación cursada. En este sentido, no obstante la indiscutida naturaleza recepticia de la notificación, lo cierto es que la pasividad del destinatario de la comunicación en ningún caso puede perjudicar el derecho de la otra parte. Nuestros tribunales han equiparado la recepción de la notificación y el conocimiento efectivo del propósito de venta con los supuestos en que la falta de recepción o conocimiento de la notificación sea consecuencia de la pasividad o falta de diligencia del destinatario (R. **21.02.18** –BOE 08.03.18–).

RENUNCIA AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE (25.8 LAU)

La comunicación prevista en el artículo 25.8 LAU no tiene por objeto servir como «dies a quo» para el inicio del cómputo del plazo en que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de tanteo o en su caso de retracto, del que contractualmente carece, sino como una obligación impuesta por la ley al arrendador–vendedor que, en su caso, podría determinar alguna responsabilidad por falta de cumplimiento o de protección al arrendatario por el pago de buena fe de la renta arrendaticia a quien no fuera ya arrendador. Se trata de evitar, especialmente en el caso de arrendamiento no inscrito, que el arrendatario se enterase de la venta del inmueble cuando ésta ya se hubiese producido, sin tener un plazo mínimo para buscar una nueva vivienda o realizar las gestiones que estime oportunas.

No puede quien no ha inscrito su derecho hacerlo oponible frente a tercero que inscribe y que adquiere confiado en el contenido del Registro y en la manifestación expresa realizada en documento público de estar la finca libre de arrendamientos o de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente (R. **11.01.16** –BOE 04.02.16–).

Si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o la identidad del arrendatario, no hay razón alguna para que la validez de dicha manifestación no se extienda a otros elementos del contrato como es la existencia o no de los derechos de adquisición preferente. Este criterio queda reforzado por el propio artículo 25 LAU al no exigir expresamente que se acredite dicha renuncia a diferencia

⁵ No parece que la expresión genérica “interesado” que utiliza esta resolución pueda amparar que, fuera de los casos admitidos por la DGRN, dicha manifestación pueda realizarla el adquirente.

con lo que ocurre con las notificaciones que señala el mencionado artículo en caso de venta de finca arrendada a efectos de los derechos de tanteo y retracto (R. **11.07.16** –BOE 12.08.16–).

Como resulta de los artículos 4.3 y 25 LAU, en los arrendamientos para uso distinto de vivienda los derechos de preferente adquisición no tienen carácter imperativo y pueden ser excluidos en el contrato. Reitera la doctrina de las RR. 11.01.16 y 11.07.16. (R. **04.07.18** –BOE 19.07.18–).

FORMALIZACIÓN CONVENCIONAL DEL RETRACTO. PLAZO.– Si ambas partes dejan solemnizado en documento público, con los efectos que el ordenamiento otorga a dicha forma y mediante esa manifestación expresa, la circunstancia de haberse ejercido en plazo del derecho de retracto, es absolutamente indiferente que la escritura se otorgue con posterioridad, pues ese derecho ya se ha consumado al ejercitarse y obliga al comprador contra el que se retrae a pasar por él, de modo que esa ulterior formalización tendrá los efectos que son propios de tal forma documental, entre ellos el acceso al Registro de la modificación jurídico–real operada, la cual, por supuesto, no puede ser reflejada tabularmente más que como una adquisición dominical (vía subrogación) causada por el ejercicio de un retracto legal (R. **30.05.16** –BOE 23.06.16–).

B) EJECUCIÓN HIPOTECARIA⁶

Las reformas de la LAU por Ley 4/2013, de 4 de junio, en los artículos 7, 10 y 14.1 LAU supeditan la subsistencia del arrendamiento frente al adquirente de buena fe a su inscripción antes de la enajenación, y, a falta de inscripción, establecen la extinción del arrendamiento, entre otros casos, por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria.

Respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio:

a) Si el arrendamiento se ha inscrito antes, la persistencia del arrendamiento tras la adjudicación de la vivienda [3 años ex arts. 9 y 10 LAU], provocará que el arrendatario pueda, en su caso, ejercitar su derecho de retracto contra el adjudicatario en los términos previstos en el artículo 25 LAU.

b) Si el arrendamiento se ha inscrito con posterioridad a la hipoteca, por la ejecución de ésta el derecho del arrendador queda extinguido y con él el contrato de arrendamiento y sus accesorios como el derecho de retracto, por lo que deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial, sin perjuicio de que si la inscripción se produjo con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de cargas el arrendatario haya debido ser convenientemente notificado

⁶ El cambio de doctrina de la DGRN en este punto se inicia con la R. **03.07.13** (BOE 05.08.13) dictada para un caso de arrendamiento para uso distinto del de vivienda inscrito con posterioridad a la hipoteca. En esa ocasión, el Centro Directivo, apoyándose en el artículo 13 LAU, concluyó que, resuelto el derecho del arrendador, queda extinguido el contrato de arrendamiento y con él sus accesorios como el derecho de retracto, y deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial, distinta de la que deba realizarse al arrendatario en el propio procedimiento de ejecución (661 LEC).

c) Si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad, lógicamente no habrá lugar a derecho alguno (R. **24.03.17** –BOE 07.04.17–)⁷.

La resolución del arrendamiento por la ejecución hipotecaria no tendrá lugar cuando se trate de arrendamientos de vivienda suscritos antes de entrar en vigor (06.06.13) la reforma de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio. En esos casos, el artículo 13 LAU, conforme a la redacción vigente hasta el 06.06.13, disponía un plazo mínimo de subsistencia para el arrendamiento de vivienda de cinco años, plazo que habría de respetarse aunque se produjera la ejecución de la hipoteca que gravaba la finca y aunque el arrendamiento no figurase inscrito en el Registro.

Incluso para los arrendamientos de vivienda derivados de estos contratos suscritos antes del 06.06.13, debe aclararse que, a partir del día 06.06.18, es decir, una vez transcurridos los cinco años de plazo mínimo a que se refería este precepto, quedan extinguidos cuando se resuelva el derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución de hipoteca, siendo por tanto ya innecesario exigir la declaración arrendaticia a los efectos de los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 25 LAU.

No obstante, cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda, tanto antes como después de la mencionada reforma de la LAU, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento se extinguirá en cualquier momento en que el derecho del arrendador quede resuelto como consecuencia de la ejecución hipotecaria, a menos que dicho arrendamiento constase inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta (vid. artículo 29 LAU)⁸.

Por tanto, salvo que se hubiese inscrito el arrendamiento con anterioridad a la hipoteca, la ejecución de ésta determinará la extinción del derecho del arrendador y, en consecuencia, del propio contrato de arrendamiento, y con él sus derechos accesorios como el derecho de retracto. Extinguido el arrendamiento y el derecho de retracto, deja de ser necesario realizar la declaración a que alude el artículo 25 LAU (R. **11.10.18** –BOE 05.11.18–)⁹.

⁷ Con posterioridad a esta resolución, la R. **14.09.18** (BOE 02.10.18) pareció volver a la doctrina tradicional al exigir la notificación de la adjudicación en ejecución hipotecaria al arrendatario no inscrito.

⁸ Se suscitó en el seminario una viva discusión acerca de la escasa motivación de que adolece este punto, y a la actual práctica forense motivada por la redacción del artículo 29 LAU, según la cual se considera que el adjudicatario en ejecución con arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta, no queda protegido por el artículo 34 LH pues no puede alegar buena fe. Frente a ello se sostuvieron varios argumentos: que la buena fe ha de examinarse en el momento de la constitución de la hipoteca; que el artículo 29 LAU no ha sido objeto de reforma y sólo tenía sentido por oposición a la redacción originaria del artículo 13 LAU; que el artículo 29 LAU sólo ha de entenderse aplicable a las transmisiones voluntarias; que hay que acudir en este punto a los principios generales del Derecho hipotecario a que remite el artículo 1571 del Código Civil.

⁹ Aunque no se trata de un supuesto de arrendamiento urbano, es interesante hacer referencia al pacto de pervivencia del arrendamiento en caso de ejecución hipotecaria, supuesto que estudió la R. **26.06.14** (BOE 29.07.14). La DGRN señaló que dicho pacto, concertado con intervención del propietario, de la entidad de crédito acreedora hipotecaria y del arrendatario, es un pacto que se ciñe estrictamente a las partes que lo conciertan sin pretensión de extenderse a terceros. Tal pacto sólo tendría fuerza de obligar cuando el acreedor hipotecario fuera el adjudicatario, pero no obligaría a terceros adquirentes, y tampoco sería eficaz de existir cargas tabulares intermedias. La única vía para

3.- EL ARRENDAMIENTO INSCRITO

A) EFICACIA FRENTE A DERECHOS POSTERIORES

Si el arrendamiento está inscrito cuando se produce la venta del inmueble, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de adquisición preferente –salvo que hubiere renunciado al mismo expresamente de acuerdo con el artículo 25.8 LAU– y a continuar en el inmueble todo el tiempo pactado, y en caso de vivienda, al menos por tres años, conforme al artículo 9 LAU y por la renta que se pactó de acuerdo con el artículo 17 LAU (artículos 7, 10, 14.1 LAU).

En cuanto al arrendador, la inscripción le permite utilizar un procedimiento simplificado para la recuperación del inmueble en caso de que no se pague la renta. Este procedimiento implica que –si se hubiera estipulado en el contrato que el arrendamiento quedará resuelto por falta de pago de la renta y que deberá en tal caso restituirse inmediatamente el inmueble al arrendador– si no se contesta al requerimiento en 10 días hábiles o se acepta por el arrendatario la resolución, el inmueble debe restituirse inmediatamente al arrendador – artículo 27.4 LAU– (R. **02.11.18** –BOE 22.11.18–).

B) CONSECUENCIAS PARA EL ARRENDAMIENTO DE LA REALIZACIÓN DE DERECHOS ANTERIORES

En el caso de que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca, puesto que el contrato de arrendamiento se extinguirá «ipso iure» conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 LAU, no habrá lugar a retracto, sin perjuicio de que si la inscripción se produjo con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de cargas el arrendatario haya debido ser convenientemente notificado (RR. **24.03.17** –BOE 07.04.17–).

dejar incólume el arrendamiento en todo caso sería el pacto de posposición o permuta de rango, perfectamente posible en este caso siempre que el acreedor hipotecario lo consienta.

PUBLICIDAD FORMAL EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

MARTA CAVERO GÓMEZ

Registradora de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón número 2.

En estas notas se trata de abordar algunos de los problemas que se plantean a la hora de emitir la publicidad por los Registros de la Propiedad. Se hace un breve esquema de los asuntos que frecuentemente generan controversia, reseñando las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto para facilitar la labor a quien en un momento dado necesite realizar un estudio más completo.

Normativa aplicable: artículos 221 y ss de la Ley Hipotecaria, artículos 332 y ss del Reglamento Hipotecario, así como la normativa de protección de datos en la medida que la condiciona cuando se trata de personas físicas, con base en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

Excede de la intención de estas líneas el tratamiento profesional de los datos que impone la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos.

La DGRN sobre esta materia se ha manifestado fundamentalmente mediante: Resolución-Circular de 8 de abril de 1983 y Resolución-Circular de 12 de junio de 1985, Instrucción de 5 de febrero de 1987, Instrucción de 29 de octubre de 1996 e Instrucción de 17 de febrero de 1998

Y recientemente la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores ha emitido los informes 1/2018 y 23/2018.

Se distinguirá entre los requisitos sustantivos y formales de la solicitud de publicidad y los de la publicidad en sí misma.

I.- REQUISITOS SUSTANTIVOS:

A) Requisitos sustantivos de la solicitud: el interés debe ser conocido, directo, legítimo y de carácter patrimonial (RDGRN 19/7/2012 BOE 3/10/2012, RDGRN 12/12/14 BOE 23/1/15, RDGRN 7/4/16 BOE 2/6/2016, RDGRN 25/7/17 BOE 12/8/17,...).

a) Interés conocido: significa que debe manifestarse en la solicitud la finalidad para la que se quiere la información registral. Sería lo contrario a intereses ocultos y permitirá delimitar el contenido de la publicidad a emitir debiendo ser el necesario y suficiente para alcanzar aquélla. Con ello se pueden evitar posteriores reclamaciones respecto del contenido pretendido por el solicitante (RDGRN 19/6/2018 BOE 4/7/18). Supone además probar que ese es el objetivo - y no otro- de la petición de información (RDGRN 11/9/09 BOE 7/10/09, RDGRN 16/9/11 BOE 17/1/12). El registrador puede pedir que se complete este extremo antes de expedirla si no lo considera suficientemente acreditado (artículo 222bis.3 de la LH). La DGRN no entiende probado el interés "para el inicio de actuaciones judiciales y/o administrativas" sin acreditar la relación con los titulares tras el requerimiento de más datos por parte de la registradora

(RDGRN 11/9/09 BOE 7/10/09). Además, ha de ser congruente con el resto de las circunstancias (RDGRN 30/5/14 BOE 25/7/14 RDGRN 11/12/17 BOE 3/1/18). Por esta causa se denegarán muchas peticiones respecto de “famosos”, en las que se alega “investigación jurídica” y resulta que son para la prensa del corazón. El motivo alegado, por sí solo, sería válido, pero del resto de las circunstancias (persona a la que se refieren, dominio del correo electrónico de una revista,...) se desprende que probablemente no es tal. A veces es el dominio del correo electrónico del solicitante el que nos da la pista: el titular del que se pide la información no nos suena, pero este dominio es una revista o diario; entonces lo más probable es que investigando en internet descubramos que esa persona que no identificábamos es un “personaje público” y habrá que denegar la información si no se acredita la razón jurídica concreta de la petición.

No tendrá que expresarlo, pues se le presume el interés, “toda autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio o cargo” (párrafo segundo del art. 221LH).

b) Interés directo: debe pedirse en nombre propio o acreditarse “el encargo” si se pide en nombre de otro, identificando a este último (artículo 332.3RH) y su domicilio de acuerdo con la reseñada Instrucción de 1998. Sin embargo, en el mismo precepto están dispensadas de tal acreditación “las personas o entidades que desempeñen una actividad empresarial o profesional relacionada con el tráfico jurídico de bienes inmuebles”. Ello lleva frecuentemente a la confusión en éstas últimas de entender que no tienen obligación de indicar la identidad de su representado. Pretenden incluso ampararse en la protección de datos para no revelar en nombre de quién actúan, cuando precisamente esta exigencia viene determinada por el derecho a la intimidad del titular registral que en todo momento debe poder saber quién ha pedido información sobre sus derechos, datos de los que es responsable el registrador (RDGRN 23/1/18 BOE 6/2/18 RDGRN 12/12/14 BOE 23/1/15 RDGRN 21/6/16 BOE 21/7/16). No cabe alegar el carácter público de los Registros administrativos consagrado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, pues esta normativa sólo es aplicable en el ámbito registral cuando hay una remisión expresa a la misma por parte de la legislación hipotecaria (RDGRN 28/4/14 BOE 23/6/14)). Está claro este requisito para inmobiliarias, despachos de abogados,... pero es exigible incluso cuando se trata de una agencia de detectives. Ésta puede valerse del Registro para sus pesquisas, pero sometiéndose a las reglas generales.

Respecto del interés de quién ha pedido nota de la propia cuota indivisa, el Colegio ha informado que se dará el dato siempre que la información se haya referido a la misma o a la totalidad de esa finca, pero no de otras cuotas. Hay que tener en cuenta que el retracto de comuneros surge una vez celebrada la venta, luego no hay interés en conocer por tal razón las peticiones anteriores (informe de la Comisión de Consultas Doctrinales 1/2018).

c) Interés legítimo: en el sentido de lícito, no contrario a derecho (STS Sala Tercera, Sección 6, de 24 de febrero de 2000).

d) Interés patrimonial: Tradicionalmente se ha mantenido que la información registral debe responder a una finalidad propia de la institución registral: “la investigación jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica, encaminada a contratación o interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación,...)” (RDGRN 26/2/13 BOE 21/3/13, RDRN 24/1/13 BOE 26/2/13).

Así, en RDGRN de 26/6/17 (BOE 21/7/17), se admite la solicitud del abogado del que fue titular registral, para entablar acciones legales. No se admite, sin embargo, una solicitud para detectar irregularidades en la propiedad del vecino y poderlo demandar, pues no responde a los fines de la institución registral (RDGRN 19/7/12, BOE 3/10/12). Tampoco respondería a estos fines y se denegaría el listado de titulares de chalets en una urbanización cerrada a los que se quiere enviar propaganda con oferta de compra y no es posible el buzoneo, ni la solicitud por parte de un bufete de abogados de los titulares de los pisos de una promoción que han comprado a la inmobiliaria del banco financiador de la promoción, para proponerles un pleito.

Se prohíbe la publicidad formal cuando el objeto de la solicitud sea su incorporación masiva a bases de datos con el fin de su comercialización o reventa (Instrucción DGRN 17/2/98).

No puede extenderse la publicidad a los datos sin relevancia patrimonial sin consentimiento de su titular (RDGRN 28/2/2013 BOE 21/3/2013). Así, en RDGRN 12/2/15 (BOE 10/3/15) se exige el consentimiento del titular registral cuando la finalidad era un reportaje fotográfico sobre un cuartel.

Sin embargo, esta visión estricta colisiona con el derecho a la información también protegido constitucionalmente (artículo 20 CE) cuando se trata de personajes públicos, prevaleciendo este último según las últimas tendencias jurisprudenciales, como se pone de manifiesto en el informe de la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio 23/18. Cabe proporcionar la información cuando ello contribuye a la formación de la opinión pública basada en una información veraz. Si se actúa para un periódico u otro medio de información, hay que acreditarlo suficientemente. Distinto es el contenido que habrá que dar cuando esa es la finalidad. Por tanto, hay que distinguir:

- si se solicita la información respecto de una persona jurídica, no se aplica la LOPD.
- si es una persona física particular, solo se da publicidad sin su consentimiento cuando se persiguen los fines institucionales.
- si es persona física pública, se puede dar la publicidad por interés periodístico. Según el citado dictamen de la Comisión de Consultas Doctrinales, en esta categoría se incluyen tanto los políticos como otros "personajes de relevancia social". Sin embargo, el rigor de la normativa de la protección de datos vigente hace esta última inclusión, cuando menos, discutible.

En cuanto a la información que se daría de la finca de un político, podría incluir la naturaleza del bien, extensión, cargas,...pero no, por ejemplo, su localización (así ocurrió por el peligro de atentados en tiempos de la ETA o actualmente por un potencial escrache).

B) Requisitos sustantivos de la publicidad:

El registrador determina su contenido atendiendo a la finalidad indicada, limitándolo a los datos de trascendencia jurídica y sin ir más allá de lo necesario para satisfacer el interés del solicitante. En todo caso se hará respetando la legislación sobre protección de datos (artículo 222.6LH) cuando se trate de personas físicas, salvo las matizaciones que acabamos de exponer para el caso de interés periodístico.

a) Exclusiones: en general los "datos sensibles" para fines distintos de la institución registral (RDGRN 18/9/14 BOE 9/10/14). Se entienden en principio como tales: el estado civil, el domicilio, la filiación, el precio, el número de cuenta bancaria, la causa de incapacidad, las causas de desheredación y similares, las cargas caducadas,...

- el estado civil: particularmente en situaciones de crisis matrimonial.
- el domicilio: sí se dará para acreditar que es vivienda habitual en ejecución hipotecaria. Más dudoso en el caso de un presidente de una comunidad de propietarios constituida mayoritariamente por segundas residencias que los solicita a efectos de poder notificar la reclamación por gastos de ésta.
- el precio: no debe comprenderse en la publicidad salvo:
 - si solo intervienen personas jurídicas.
 - si se solicita por quien puede ejercitar un derecho de adquisición preferente o una acción de rescisión por lesión o para ver si hay que traer a colación el bien a la masa hereditaria (heredero del anterior titular registral en RDGRN 27/2/18 BOE 15/3/18 y RDGRN 6/11/17 BOE 29/11/17).
 - a agencias en nombre de entidades financieras, acreditando el encargo y la entidad en cuyo nombre actúan, de conformidad con la circular 3/10 de 9 de junio del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir activos calificados como dudosos y previa estimación del deterioro de su valor.
 - cuando se trate de "publicidad de carácter tráfico jurídico inmobiliario" en expresión de RDGRN 11/12/17 (BOE 3/1/18).
 - para demostrar capacidad económica en procedimiento de separación o divorcio (RDGRN 19/6/18 BOE 4/7/18).
- siendo la causa de incapacitación un dato sensible, sin embargo, la limitación de la capacidad de disposición del titular registral debe constar en la información, pues, en definitiva, se va a tener en cuenta a la hora de calificar el acto dispositivo (RDGRN 26/10/18 BOE 19/11/18).
- las cargas caducadas: debe extremarse el celo en su publicidad (RDGRN 28/4/2014 BOE 23/6/14), dado que se puede vulnerar el derecho a la intimidad de quien ha tenido deudas pero ya ha conseguido ponerse al corriente de sus obligaciones.
- para poder procurar el historial completo es necesario acreditar un interés legítimo (RDGRN 1/8/18 BOE 19/9/18), incluso cuando la finca es propia del solicitante (RDGRN 21/2/18 BOE 8/3/18, RDGRN 14/3/19 BOE 9/4/19), pues puede contener datos protegidos de otras personas.
- Tampoco se pueden dar según la doctrina de la DGRN:
- documentos del legajo de los que no somos archiveros naturales (RDGRN 19/6/15 BOE 10/8/15).
- documentos notariales de los que tenemos copia o fotocopia, acta de toma de posesión del registrador, expediente gubernativo, notas de calificación que pierden su vigencia con la caducidad del asiento (RDGRN 7/4/16 BOE 2/6/16).

No se puede pedir que el registrador se manifieste sobre el contenido emitiendo juicios, corroborando opiniones o rebatiendo argumentos del solicitante (RDGRN 8/4/13 BOE 14/5/13).

Respecto de las certificaciones literales ha de acreditarse interés legítimo para su expedición (RDGRN 21/6/16 BOE 21/7/16 RDGRN 14/7/16 BOE 15/8/16).

b) Delimitación certificación-nota simple: Tradicionalmente se ha entendido que el contenido de la nota simple era el establecido en el artículo 332.5 párrafo primero del RH. Pero la reforma por la Ley 24/2005 la extendió admitiendo notas simples literales y notas simples relativas a determinados extremos y estableciendo la responsabilidad por daños y perjuicios del registrador en caso de error u omisión. Así la DGRN ha llegado a admitir la solicitud de nota

simple de que una finca no figura inscrita (RDGRN 20/6/18 BOE 4/7/18) y algunos la admiten respecto de asientos no vigentes a pesar del 222.5LH párrafo primero y RDGRN 21/6/16 BOE 21/7/16. El resultado es que con la responsabilidad del registrador pero sin su firma y por el mínimo coste, se puede llegar a obtener nota simple de cualquier contenido del Registro o, como hemos visto, del no contenido. No obstante, dada la finalidad de la nota simple – información ágil y sencilla-, la no intervención del registrador, su coste,... parece que no debería extenderse a asuntos que requieren una calificación como el caso de la resolución citada acerca de una finca no inscrita.

En todo caso, la responsabilidad en la nota simple se ha entendido que lo es sólo en relación a la persona que la solicita.

II. REQUISITOS FORMALES:

A) Requisitos formales de la solicitud: ha de ser por escrito (salvo que la solicite el titular registral respecto de su propia finca en cuanto a titularidad y cargas vigentes) y clara en cuanto a su finalidad y a las fincas a las que se refiere (RDGRN 2/11/18 BOE 22/11/18, RDGRN 17/5/18 BOE 30/5/18, RDGRN 21/2/18 BOE 8/3/18). La RDGRN 25/11/16 BOE 15/12/16 entendió procedente la denegación de la solicitud “para oferta de compra” cuando no era claro el local al que se refería, de tal forma que, si se daba información de todos los posibles, se vulneraban la legislación hipotecaria y la LOPD.

Puede ser por medio físico o telemático (RDGRN 23/1/18 BOE 6/2/18). Se puede solicitar por correo, pero será indispensable la identificación de la persona que retire la nota simple o certificación.

Las solicitudes de Registro a Registro deben ser tramitadas a través del portal del Colegio de Registradores. A la luz de la LOPD de 1999, se considera el fax carente de garantías para la aplicación del artículo 332.8 RH (RDGRN 18/2/13 BOE 19/3/13; RDGRN 19/11/12 BOE 26/12/12 RDGRN 24/1/13 BOE 26/2/13).

Las solicitudes deben quedar archivadas durante tres años (Instrucción de la DGRN de 1998).

Se puede guardar copia del DNI aunque no es necesario ni obligatorio. Suele ocurrir que precisamente en los casos más delicados resulta más interesante este archivo y el solicitante pretenderá justamente lo contrario.

B) Requisitos formales de la nota simple o certificación: es posible la fotocopia quitando los datos sensibles a criterio del registrador (STS, Sala Tercera, 12/12/2000 y STS, Sala Tercera, de 31/1/2001), pero no la exhibición física de los libros (RDGRN 1/4/13 BOE 23/4/13 y RDGRN 26/6/17 BOE 21/7/17).

Conviene añadir una advertencia de que no podrá ser utilizada para fines distintos de los manifestados, de acuerdo con la LOPD.

No es obligatorio el papel oficial, pero sí conveniente para evitar falsificaciones.

APUNTES SOBRE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Luis Delgado Juega

Registrador de la Propiedad de Ávila Nº 2.

I.- NULIDAD ESTRUCTURAL Y FUNCIONAL: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

II.- ORDEN PÚBLICO EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

III.- LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: SINGULARIDADES

- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO PUEDEN TENER EFECTOS PARA EL CONSUMIDOR Y NO PUEDE SER MODERADAS POR LOS TRIBUNALES
- APRECIACIÓN Y CONTROL DE OFICIO POR EL JUEZ DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS
- EL AQUITAMIENTO DEL CONSUMIDOR
- LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN
- LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

IV.- LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR LA ADMINISTRACIÓN POR CLÁUSULAS ABUSIVAS SIN PREVIA DECLARACIÓN JUDICIAL QUE LAS DECLARE

I.- NULIDAD ESTRUCTURAL Y FUNCIONAL: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La nulidad de un negocio jurídico puede ser estructural o funcional. Tratándose de cláusulas abusivas nos encontramos ante el segundo supuesto: la nulidad no proviene de la irregularidad en la formación del contrato sino en el resultado que produce el mismo. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2013 se refiere a esta diferencia: *"De este modo, debe diferenciarse en función del origen o fundamento de la nulidad declarada y, en particular, debe distinguirse (i) la "nulidad contractual de carácter estructural (consentimiento viciado, falta de forma como requisito ad solemnitatem, ilicitud de la causa...)" de (ii) la nulidad funcional o delimitadora que resulta del control de contenido y control de transparencia de las condiciones generales de la contratación. En este segundo caso, "su función (...) no es sancionar la existencia de un vicio o defecto estructural del contrato, o de algunos de sus elementos en sí mismos considerados -que es lo propio de la nulidad estructural- sino purgar o limpiar aquellos aspectos que resulten contrarios a lo que cabe exigirle a esta práctica".*

Aunque la categoría de ineficacia que afecta a las cláusulas abusivas es una cuestión que debe dirimirse en el Derecho interno de cada Estado, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 93/13 ha introducido matices de especial trascendencia en los efectos de la nulidad.

II.- ORDEN PÚBLICO EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es insistente al considerar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el

consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, apartado 25, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, apartado 29, de 14 de junio de 2013, Banco Español de Crédito, C 618/2010, apartado 39).

Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénczgyi Lízing, C-137/08, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, apartado 28, Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 40).

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se constituye en norma de aplicación directa. El Tribunal de Justicia ha recordado en numerosas ocasiones la obligación que incumbe al juez nacional de examinar de oficio la vulneración de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de consumidores (en este sentido, en lo que atañe a la Directiva 93/13, la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, apartado 32).

Dos principios resultantes de la jurisprudencia comunitaria son esenciales en esta materia: el de efectividad y el de equivalencia.

En virtud del principio de efectividad es contrario al Derecho de la Unión una norma de Derecho interno que hacen imposible o excesivamente difícil la aplicación del primero.

En virtud del principio de equivalencia, las normas relativas a consumidores no deben ser menos favorables que las que rigen situaciones similares. (sentencias Aziz, C-415/11, apartado 50, jurisprudencia citada, y Pohotovost', apartado 46).

La sentencia del Tribunal Supremo 558/2017 de 16 de octubre aplica este principio para justificar la invalidez del acuerdo novatorio de una cláusula suelo en un préstamo hipotecario afectado originariamente de falta de transparencia: *"Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea"*.

III.- LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: SINGULARIDADES

Antes de la reforma del artículo 83.2 del TRLCU, se permitía al juez integrar el contenido del contrato que contenía cláusulas abusivas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva: se le atribuían facultades moderadoras. Esta integración del contrato por el juez relativizaba la nulidad como categoría de ineficacia y excluía uno de los efectos básicos de la misma: el contrato nulo no produce efecto. Tras la

reforma, el artículo no deja lugar a dudas sobre los efectos de la declaración como abusiva de una cláusula: *"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.»*

La exposición de motivos de la Ley 3/2014, de 27 de marzo explica el porqué de la reforma. La norma en su anterior redacción, como indicó el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, es contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, porque , *"podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios"*.

Tras la reforma: 1) las cláusulas declaradas abusivas se tendrán por no puestas, no es posible moderar su contenido; 2) el juez de oficio debe controlar este carácter; 3) la nulidad será declarada por el juez previa audiencia de las partes; 4) la nulidad puede ser parcial: la nulidad de una cláusula no determina la nulidad del contrato si el mismo puede subsistir sin dicha cláusula; 5) la acción para declarar la nulidad es imprescriptible. Además, con arreglo a la jurisprudencia comunitaria: la nulidad no puede ser declarada si existe aquietamiento del consumidor; la nulidad de una cláusula no permite la subsistencia parcial de la misma si con ello se altera su contenido.

En el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno reseña como la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala I, entre otras, SSTS de 28 octubre 2014, núm. 440/2014 y 10 diciembre 2014, núm. 695/2014, ha destacado como la ineficacia de los actos y negocios jurídicos, como fenómeno jurídico de especial complejidad y concreción técnica, requieren de una suerte de perspectivas metodológicas y directrices de interpretación para la correcta valoración que presenta su naturaleza y alcance, esto es, su fundamentación jurídica. Siguiendo esta doctrina indica: *"(...) se ha precisado que, en aquellos supuestos, en donde el ordenamiento jurídico no dé una respuesta técnica y concreta acerca de la naturaleza o alcance de la ineficacia derivada, su valoración no puede quedar reconducida a un planteamiento estático y dogmático de la cuestión consistente en la mera adscripción del supuesto, tomado en consideración, respecto de las categorías de la ineficacia contractual desarrolladas por la doctrina científica.*

Si bien el magistrado centra su atención en la ineficacia contractual derivada de la falta de transparencia, este planteamiento puede extenderse con carácter general a las cláusulas abusivas.

Para Francisco Javier Orduña, en el voto citado, los caracteres de las cláusulas abusivas son los siguientes:

"Una ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable. En efecto, la ineficacia es, en primer término, funcional, porque la reglamentación predispuesta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace, por tanto, regularmente firmada y eficaz; sin embargo, funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, esto es, la lesión del consumidor adherente por la falta de

equilibrio prestacional o de transparencia real. En este contexto, también puede sostenerse que la ineficacia es provocada pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensión de impugnación. En segundo término, la ineficacia es relativa y parcial porque despliega sus efectos entre las partes (no tiene proyección "erga omnes") y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no así el resto del contenido contractual (principio de conservación del contrato en interés del consumidor). Por último, la ineficacia es más bien insanable en relación a la cláusula declarada abusiva, pues no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente".

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO PUEDEN TENER EFECTOS PARA EL CONSUMIDOR Y NO PUEDE SER MODERADA POR LOS TRIBUNALES

Frente al criterio recogido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 que admitieron que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato sino a una fecha posterior, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, entiende que la cláusula declarada abusiva nunca ha existido y los efectos de la declaración de nulidad deben retrotraerse a la fecha de celebración del contrato:

"61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62 De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (...)

66 Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

El problema se plantea con la novación de cláusulas abusivas. Si la cláusula abusiva es nula originariamente y debe de tenerse por no puesta, no debe poder ser objeto de novación modificativa para adaptarla a criterios admitidos por la jurisprudencia. La novación es nula si lo es el contrato principal por aplicación del artículo 1208 del Código civil. Admitir la novación modificativa contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores. Podría aprovechar cualquier novación ulterior de condiciones negociadas

individualmente, como de hecho ocurre en la práctica, para adecuar las condiciones generales que han obtenido pronunciamientos desfavorables por los Tribunales. En este punto, aunque referido a la nulidad por falta de transparencia de cláusulas suelo y su novación, se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo 558/2017 de 16 de octubre y 361/2018 de 15 de Junio.

Por otra parte, como se ha visto, el juez no puede moderar el contenido de una cláusula abusiva. (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77), contribuiría a eliminar el efecto disuasorio tantas veces citado (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 69, y de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C-26/13, apartado 79).

Esa imposibilidad de moderación impide que pueda modificarse el contenido de la cláusula, subsistiendo parcialmente tras la declaración de nulidad solo parte de su contenido, afectando a su esencia. No cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio ya reseñado (sentencia de 26 de marzo de 2019 del TJUE, C-70/17 y C-179/17, apartado 55).

A pesar de esta doctrina, el propio Tribunal de la Unión Europea ha declarado que si el contrato no puede subsistir tras la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, el juez puede sustituirla por una disposición supletoria de Derecho nacional a fin de que el consumidor no quede expuesto a las consecuencias especialmente perjudiciales que representen para este una penalización (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C-26/13, apartados 80, 83 y 84, sentencia de 26 de marzo de 2019, CC-70/17 y C-179/17, apartados 55, 56 y 57).

APRECIACIÓN Y CONTROL DE OFICIO POR EL JUEZ DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Uno de los pilares que se reitera con continuidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la necesidad de que en cualquier procedimiento en el que se ejercite una acción derivada de un contrato en el que exista un consumidor pueda el juez pueda de oficio apreciar el carácter abusivo de las cláusulas y trasladarlo al consumidor adherente y al predisponente. La sentencia del Tribunal de 28 de julio de 2016, C-168/15, sintetiza esta doctrina y pone de manifiesto la trascendencia de la sentencia de 4 de junio de 2009:

"30.- Sólo en su sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM ([C-243/08](#), [EU:C:2009:350](#), apartado 32) el Tribunal de Justicia indicó claramente que el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se limita a la mera facultad de pronunciarse sobre el posible carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

31.- Así pues, desde esta sentencia, el Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente esta obligación que pesa sobre el juez nacional (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, [C-618/10](#), [EU:C:2012:349](#), apartados 42 y 43; de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, [C-472/11](#), [EU:C:2013:88](#), apartado 22, y de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary, [C-32/14](#), [EU:C:2015:637](#), apartado 41)".

Como afirman las SSTJUE de 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 38, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 31, "es precisamente la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, la que justifica que el juez

nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional".

Ahora bien, apreciar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva no implica que pueda ser declarada de oficio la nulidad si el consumidor se opone a ello.

EL AQUIETAMIENTO DEL CONSUMIDOR

A pesar del control de oficio por el juez, no es posible declarar la nulidad de una cláusula por abusiva si el consumidor no lo estima pertinente. El argumento que ofrece la jurisprudencia comunitaria es claro: la tutela del consumidor no puede imponerse contra su voluntad. La sentencia del caso Pannon del TJUE de 4 de junio de 2009 afirma en su apartado 33 que *«el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula»*, de tal forma que *«cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone»*. La sentencia de TJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, al referirse a la articulación de mecanismos de contradicción, concluye que la posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre (RTC 2016, 148) cuya doctrina se reitera por las sentencias posteriores 206/2016 (RTC 2016, 206) , 207/2016 (RTC 2016, 207) y 208/2016, todas de 12 de diciembre (RTC 2016, 208)): *"Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas»*. Por ello, que una cláusula de un contrato haya sido declarada abusiva en un procedimiento en el que se ejercite una acción colectiva o una acción de impugnación individual no implica, de modo automático, que la nulidad de dicha cláusula sea predicable de otro contrato y para otro consumidor que no haya sido parte en dicho procedimiento. Será necesaria una nueva declaración de nulidad previa audiencia de las partes y sólo en el caso de que no exista aquietamiento del consumidor a dicha cláusula.

El aquietamiento del consumidor presenta singularidades frente a la convalidación del negocio nulo.

En principio, el negocio aquejado de nulidad estructural no produce efecto alguno. Sin embargo, excepcionalmente, se admite su convalidación. Es decir, un hecho nuevo que al sumarse al supuesto que se consideraba nulo le confiere validez.

Para que una cláusula sea declarada abusiva tiene que tratarse de una cláusula predispuesta e impresa en un contrato de adhesión. El consumidor no ha negociado individualmente la

cláusula (cfr. art. 3 de la Directiva 13/93). Ello sin perjuicio de la declaración como abusivas de las cláusulas particulares pero que están aquejadas de falta de transparencia

Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 los caracteres básicos de las condiciones generales de la contratación son: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición y d) generalidad. De tal manera que hasta que una cláusula sea declarada abusiva forma parte de un contrato que produce pleno efecto. El juez de oficio puede trasladar a las partes el posible carácter abusivo de alguna de las cláusulas de un contrato, pero no puede proceder de oficio a declarar su nulidad si el consumidor se opone a ello.

El aquietamiento del consumidor implica, en parte, la transformación de la naturaleza de la cláusula: desaparece la imposición. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 indica: *"La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar"*. En el caso del aquietamiento, el consumidor, tras ser previamente informado por el juez, renuncia a la posible declaración de nulidad de una cláusula. La convalidación no supone renuncia alguna. El negocio nulo, no convalidado, no ha producido efecto alguno, no se refiere a un título claudicante.

La convalidación se refiere a la nulidad estructural de los negocios. Se trata de un hecho nuevo que completa un negocio jurídico con un elemento que no formaba parte de él: el poder de disposición, por ejemplo, cuando el negocio se ratifica y fue originariamente otorgado por apoderado con facultades insuficientes. Ello determina que sólo produzca efectos "ex nunc", en perjuicio de terceros que en el interín hayan adquirido algún derecho. El aquietamiento pone freno a una posible declaración de nulidad. Pero la cláusula ha producido plenos efectos, interpartes y respecto de terceros, y los va a seguir produciendo.

Al apreciar el carácter abusivo de una cláusula, el juez tutela un interés público –la efectividad de la normativa comunitaria para la protección del consumidor- pero cuando traslada esta duda al consumidor concreto es el interés particular de este el prevalente. Decidirá si quiere que se declare la nulidad de la cláusula, o no.

La convalidación puede ser expresa o tácita y producirse en la esfera extrajudicial. El aquietamiento sólo puede ser expreso y debe verificarse en sede judicial, como veremos más tarde.

También presenta singularidades respecto a la confirmación del contrato anulable.

La confirmación se refiere a la renuncia a la acción de impugnación por parte del perjudicado por un vicio del consentimiento o ausencia de consentimiento –este último caso, en los supuestos de enajenación a título oneroso de bienes gananciales sin el consentimiento de uno de los cónyuges- Se refiere a los negocios anulables, negocios claudicantes que necesitan de la oportuna declaración judicial para que la ineficacia se produzca. La acción de anulación tutela el interés particular del que puede ejercitarla, de ahí que sea susceptible de renuncia. El juez no puede actuar de oficio. La confirmación purifica el contrato de los vicios que adolezca con efecto retroactivo, sin distinción entre partes y terceros. El negocio que produjo efectos va a continuar haciéndolo. Este es el punto común con el aquietamiento. El negocio continúa produciendo efecto y sin distinción entre partes y terceros. Sin embargo, en su origen las diferencias son relevantes. El aquietamiento se produce en el seno de un procedimiento en el que el juez que tutela un interés público –la protección del consumidor que se encuentra en

inferioridad de condiciones- tras considerar la posible nulidad de una cláusula trasladada este parecer al consumidor.

La confirmación se produce extrajudicialmente y puede ser parcial y tácita. El aquietamiento se produce en el seno de un procedimiento y no puede ser tácito ni parcial. La necesidad de que sea en el seno de procedimiento judicial excluye vías elusivas que pueden utilizar el predisponente en esta clase de cláusulas. La renuncia en la esfera extrajudicial, a posteriori del establecimiento de una cláusula, debe considerarse nula de pleno derecho, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria citada, porque contribuiría a "eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores". Como hemos visto, el Tribunal Supremo considera nula la novación modificativa de una cláusula abusiva en su origen. Si nula es la novación, con más razón debe serlo el aquietamiento que se produzca en la esfera extrajudicial.

Esta figura surge de la jurisprudencia comunitaria y siempre en el seno de un procedimiento en el que el juez tras apreciar la posible nulidad de una cláusula por abusiva la traslada al consumidor. El juez es el que tiene encomendada la tutela del consumidor al apreciar de oficio las cláusulas del contrato que se someten a su examen y quien puede declarar con carácter definitivo la nulidad de una cláusula concreta

El aquietamiento del consumidor debe ser total, no cabe que el consumidor solicite del juez la aplicación minorada de la cláusula –en ese sentido la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013 (Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito / Jahani BV, C488/11)

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Resulta claro que la nulidad como categoría de ineficacia determina la imprescriptibilidad de la acción que nace de la misma, lo que es plenamente aplicable a la acción para declarar la nulidad de las cláusulas abusivas. Lo que se discute es si la acción de restitución, resultado de la nulidad una cláusula abusiva, está sujeta a plazo de prescripción o no y, en este último caso, cuando empieza su cómputo.

Tratándose de cláusulas abusivas si el juez actúa de oficio y el consumidor no se aquieta a la cláusula controvertida, previa audiencia también del predisponente, procederá a declararla nula. En este caso, se podría sostener que el juez debe realizar todos los actos conducentes para la debida protección del consumidor, entre los cuales debe considerarse el obligar a la restitución de las prestaciones derivadas de la cláusula nula. Se trata de un efecto consustancial a la nulidad con arreglo al artículo 1303 del Código civil. Si aceptamos que procede la restitución cuando el juez aprecie de oficio la nulidad de la cláusula abusiva y después la declare, no parece razonable que el consumidor tenga un menor nivel de protección cuando el mismo ejercite la acción de nulidad. Siendo la restitución el efecto más relevante de la declaración de nulidad, la ausencia de este efecto privaría de eficacia a la declaración, con carácter absoluto en algunos casos, como cuando el contrato ya hubiese finalizado en el momento que se ejercita la acción. Defender la existencia de un plazo de prescripción de la acción supone favorecer la posición contractual del predisponente, evitando el efecto disuasorio que supone el que la cláusula abusiva se tenga por no puesta y que no produzca efecto alguno: el establecimiento de plazos de prescripción permite que los produzca y en muchos casos con plenitud.

Ciertamente el Tribunal de Justicia ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el

Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, apartado 41 y sentencia de 21 de diciembre de 2016) asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 64). No puede desconocerse, que el establecimiento de plazos de prescripción favorece la seguridad jurídica y que puede ocurrir que se declare la nulidad de una cláusula y el consumidor no solicite la devolución de las cantidades que se hayan abonado a su amparo y el juez no proceda en consecuencia. Por ello, parece que la solución más armónica sea considerar que el plazo de prescripción general para exigir la restitución comenzará desde que se declare la nulidad de la cláusula correspondiente, considerando que la restitución es accesoria de la declaración de nulidad (en ese sentido, las [sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 22 de marzo y 26 de abril de 2018](#), y de la Audiencia [Provincial de la Rioja, Sección 1.ª, de 21 de febrero de 2018](#)).

Esta posición, sin embargo, es contradicha por numerosas sentencias que diferencian entre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y la prescriptibilidad de la acción de restitución, considerando que el plazo comienza desde que la fecha en que se cumpla la prestación correspondiente (sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018 y de la Audiencia de Barcelona, Sección 15ª, de 25 de julio de 2018 y 23 de enero de 2019).

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Partiendo, como hemos visto, de que el carácter abusivo de una cláusula debe ser declarada por el juez con audiencia de los interesados y del posible aquietamiento del consumidor a dicha cláusula, su calificación presenta numerosas dificultades.

El artículo 84.2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores establece: *"Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación"*.

Sin embargo, el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, tiene la siguiente redacción: *"El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación"*.

Este último precepto recoge la doctrina que había fijado la Dirección General de Registros y Notariado sobre calificación de cláusulas abusivas.

La Dirección General a partir de la resolución de 1 de octubre de 2010 viene perfilando su doctrina en torno a las cláusulas abusivas. Después de reseñar numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la resolución de 13 de septiembre de 2013 llega a la siguiente conclusión: *"(...) Esta jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial, como pretende el recurrente. La nulidad de pleno derecho actúa «ope legis» o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial*

como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. Por este mismo motivo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en su párrafo 123, y en relación con los límites a la autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas, afirma que no obstante el límite que impone la exigencia de que la sentencia sea congruente con el suplico, «este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio «quod nullum est nullum effectum producit» (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo, «esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta». Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma ley, y el mandato legal de «tenerlas por no puestas» dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra», bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados».

La Dirección General en esa resolución y en las posteriores, para argumentar la calificación de las cláusulas abusivas, plantea su nulidad en un plano que nos recuerda a la nulidad estructural estudiada y no considera las peculiaridades que se presentan en estos casos, singularmente cuando se trate de cláusulas que no encajan de modo claro en los supuestos de 85 a 90 del TRLCU, sino que, con arreglo al artículo 3 de la Directiva 13/93, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

No es acertado decir que no tenga que ser declarada judicialmente su nulidad y tampoco que las cláusulas deben tenerse por no puestas tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. Todas las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que menciona se refieren a la posible apreciación de oficio de la nulidad por los jueces, no por otros funcionarios públicos, a la necesidad de contradicción y al posible aquietamiento del consumidor. Contradicción que en ningún caso pueden referirse al procedimiento registral. Ciertamente las cláusulas abusivas deben tenerse por no puestas. Lo que implica que si el acreedor exige cualquier prestación derivada de las cláusulas abusivas el juez va a poder apreciar de oficio la nulidad de las mismas, haya sido, o no, alegada la nulidad de las cláusulas o impugnada previamente por el consumidor, pero debe declararse judicialmente la nulidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 fija con claridad el ámbito de actuación de jueces y Tribunales, notarios y registradores en la aplicación del artículo 114 párrafo tercero de la Ley Hipotecaria en relación a intereses de demora: "(...) son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en

vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal". El juez puede acudir a numerosos criterios para determinar si los intereses de demora son, o no, abusivos, siempre con la intervención de las partes del contrato; no notarios y registradores. El control preventivo nada tiene que ver con el control judicial y efectivo del posible carácter abusivo de una cláusula.

Ahora bien, esto no es impeditivo de la calificación de las cláusulas abusivas, cuando tal calificación se adecue al procedimiento registral. A este encaje se refiere el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria que recoge la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado en los términos que se exponen a continuación.

El artículo 258.2 citado se refiere en primer lugar a la denegación de la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas. Deben entenderse comprendidas todas las cláusulas subsumibles en alguno de los supuestos previstos en los artículos 85 a 90 del TRLCU, o que vulneren otras normas prohibitivas o imperativas, recogiendo la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 19 de octubre de 2016: *"cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria"*. Creo que también deben considerarse en este punto aquellas cláusulas que establezcan para el consumidor un nivel de protección contradictorio con el que se ofrece a un particular en circunstancias similares conculcando de manera clara e indubitada el principio de efectividad citado. Por ejemplo, en los supuestos en los que no resulte la aplicación de la Ley 5/2019 (como los préstamos garantizados con hipoteca de inmuebles de uso no residencial y en los que intervenga un consumidor) si se establece un nivel de protección inferior al establecido en esta norma (en casos de vencimiento anticipado, cláusulas suelo, etc) debe entenderse que se está vulnerando el principio de efectividad resultante de la Directiva 13/93, norma que debe entenderse de aplicación directa para todos los operadores jurídicos.

En segundo lugar, el precepto se refiere al criterio fijado por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia, esté o no inscrita en el Registro de Condiciones Generales, y a las sentencias firmes inscritas en el Registro de Condiciones Generales.

Como cuestión previa hay que señalar que del artículo 11.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, tras la reforma de la Ley 5/2019, se ha modificado estableciendo la obligatoriedad de remisión al Registro de Condiciones Generales de las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas para su inscripción.

El artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria no distingue que se trate de sentencias dictadas en procedimientos donde se ejercita una acción individual o colectiva. La finalidad es clara: cuando se haya objetivado un criterio de nulidad para una cláusula abusiva en el procedimiento judicial oportuno y se haya dado la suficiente publicidad al mismo, notarios y

registradores, de modo preventivo, deben evitar su autorización o inscripción. Se trata, en el supuesto de la inscripción, de cláusulas claudicantes: de modo directo revelen que son susceptibles de ser declaradas nulas en el procedimiento oportuno. Si existen sentencias del Tribunal Supremo que objetivan ese criterio de nulidad de algunas cláusulas, deben igualmente ser objeto de calificación, háyanse, o no, inscrito las sentencias o la sentencia del Pleno. No existe razón para proceder de otro modo. La publicidad del Registro de Condiciones Generales impide que cuando se trate de sentencias firmes inscritas dictadas por cualquier Tribunal, y en cualquier instancia, no puedan ser desconocidas por los registradores y notarios. Cuando la objetivación proceda de sentencias del Tribunal Supremo, que constituyan jurisprudencia, es la propia esencia de ésta como complemento del ordenamiento jurídico la que permite ser tomada en consideración para evitar el acceso al Registro de cláusulas claudicantes. Ahora bien, como se ha indicado, el artículo 258.3 de la Ley Hipotecaria establece un mandato dirigido a los registradores, silencia a los notarios.

La reforma ha consolidado la calificación por parte del registrador de las cláusulas abusivas en el ámbito de su competencia y con las peculiaridades del procedimiento registral, ajeno a la contradicción. La finalidad de la calificación es doble: cooperar con la protección del consumidor y con el efecto disuasorio tantas veces citado y evitar, de modo preventivo, que tengan acceso al Registro cláusulas que quebrantan normas imperativas o que son claudicantes porque cláusulas idénticas o similares han sido objeto de reproche en el oportuno procedimiento judicial.

IV.- LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR LA ADMINISTRACIÓN POR CLÁUSULAS ABUSIVAS SIN PREVIA DECLARACIÓN JUDICIAL QUE LAS DECLARE

Numerosas normas autonómicas prevén sanciones administrativas por la utilización de cláusulas abusivas. Se plantea con ello la duda de si la Administración puede determinar si una cláusula tiene el carácter de abusivo al imponer la sanción o sólo puede imponer la sanción cuando la nulidad de la cláusula ha sido declarada en el procedimiento judicial oportuno. Este último criterio ha sido el defendido en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de **Andalucía** (Secc. 1ª) de 2 junio 2015, (Secc. 3ª) de 31 marzo 2016, (Secc. 3ª) de 25 mayo 2016, (Secc. 1ª) de 22 noviembre 2016, (Secc. 3ª) de 16 febrero 2017. Fundamentan su decisión en el artículo 83 del TRLCU y en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero del 2002 que anuló parcialmente el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación. Se consideró contrario a la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, la facultad concedida al registrador de determinar, con carácter vinculante, «el alcance o interpretación de alguna de las condiciones generales. Ello suponía que «se invaden competencias estrictamente jurisdiccionales, pues sólo los jueces y tribunales ostentan la potestad de determinar el alcance o interpretación de cláusulas controvertidas».

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Secc 1ª) de 28 de diciembre de 2016 mantuvo la posibilidad de imponer sanciones con independencia de que se haya dictado sentencia firme que haya declarado el carácter abusivo de las cláusulas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2017 ha resuelto las dudas que se habían suscitado. Sostiene que seguir la tesis negativa *“cercena el ejercicio de la potestad sancionadora de todas las Administraciones Públicas cuando se trata de aplicar el ilícito*

administrativo que sanciona la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, que establece el artículo 49.1.i) del citado Texto Refundido y el artículo 71.6.2 de la Ley andaluza 13/2013. De modo que se evidencia que el daño reviste la gravedad que exige el artículo 100 de la LJCA, ya citado. La doctrina que sienta la sentencia recurrida desapodera a la Administración de la potestad sancionadora en la materia de consumidores y usuarios, concretamente en una actividad tan sensible como la introducción de cláusulas abusivas. Dicho de otro modo, cuando la sentencia remite, para la fijación del carácter abusivo de las cláusulas, a una previa declaración de la jurisdicción civil, se está bloqueando la aplicación del catálogo de infracciones que describe el Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, además de la Ley andaluza citada”.

La competencia atribuida a la Administración de sancionar la utilización de cláusulas abusivas, nada tiene que ver con los problemas que estamos planteando y con la calificación por parte del registrador de este tipo de cláusulas. En estos procedimientos se está valorando una cláusula de modo genérico, no específico, y no con relación a un consumidor en concreto. La sanción impuesta no prejuzga los efectos de la cláusula abusiva en contratos en particular ni la posibilidad del consumidor de aquietarse a la cláusula abusiva cuando pueda plantearse ante la advertencia de la posible nulidad por el juez en el procedimiento correspondiente. La competencia de la Administración, como indica el Tribunal Supremo, viene recogida expresamente en el 49.1.i) del Texto Refundido de Consumidores y Usuarios.

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.

- ✓ ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER Y CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA POSTERIOR.
- ✓ ANOTACIÓN PREVENTIVA DISCIPLINA URBANÍSTICA. EJECUCIÓN DE SENTENCIA RECAÍDA. TRACTO SUCESIVO.
- ✓ CONCURSO DE ACREEDORES. Venta de la finca a un acreedor hipotecario mancomunado que deviene único tras un acuerdo previo de disolución de condominio.
- ✓ CONSTANCIA DE LA CUALIDAD DE PATRIMONIO PROTEGIDO.
- ✓ DERECHO DE HABITACIÓN. Determinación.
- ✓ DESCRIPCIÓN DE FINCA RÚSTICA FORMADA POR TRES RESTOS NO COLINDANTES TRAS UNA SEGREGACIÓN. DIVISIÓN DE FINCAS RÚSTICAS.
- ✓ DESVINCULACIÓN DE UN ANEJO.
- ✓ DIVISIÓN DE UN PISO MEDIANTE COMUNIDAD FUNCIONAL.
- ✓ DIVISIÓN DE UN LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.
- ✓ Ejecución hipotecaria mediante procedimiento declarativo ordinario o de ejecución ordinaria.
- ✓ ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA.
- ✓ EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO. NOTIFICACIÓN AL TITULAR REGISTRAL.
- ✓ INSCRIPCIÓN DE TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.
- ✓ LICENCIA DE SEGREGACIÓN PARA EXPROPIACIÓN DE PARTE DE UNA FINCA.
- ✓ LICENCIA URBANÍSTICA PARA DIVISIÓN HORIZONTAL.
- ✓ NECESIDAD DE NOTIFICAR AL CÓNYUGE DEL EMBARGADO EN LAS ANOTACIONES DE EMBARGO CAUTELAR DICTADOS INAUDITA PARTE.
- ✓ PLAZO DE CONSERVACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL ARCHIVO DEL REGISTRO.
- ✓ PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS POR CORREO ELECTRÓNICO.
- ✓ PROPIEDAD HORIZONTAL INSCRIPCIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD. PROCOMUNAL.
- ✓ PROPIEDAD SEPARADA DE SUELO Y SUBSUELO.
- ✓ TERMINACIÓN DE OBRA NUEVA DE AUTOPROMOTOR INDIVIDUAL.
- ✓ TÍTULO SUCESORIO EN LA SUCESIÓN INTESTADA.
- ✓ USO DE VIVIENDA FAMILIAR EN CONVENIO SUSCRITO POR PAREJA DE HECHO.
- ✓ USO FAMILIAR
- ✓ Venta extrajudicial en la ejecución hipotecaria. Calificación. Fijación de un tipo mínimo para la subasta

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER Y CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA POSTERIOR

Se trata de una finca inscrita a nombre de una sociedad sobre la que recae una anotación de prohibición de disponer de la AEAT al amparo del 170.6 de la LGT. Ahora se presenta una escritura de constitución de hipoteca unilateral a favor de la AEAT en garantía de la suspensión de la ejecución de un acto impugnado en la vía administrativa. Se plantea si debe haber algún acto expreso de la AEAT, bien de cancelación de la anotación de prohibición de disponer, bien de aceptar que queda supeditada la ejecución de la hipoteca a dicha cancelación, o si es posible la inscripción sin tales requisitos.

Puesto que la anotación de prohibición de disponer regulada en el artículo 160 de la Ley General Tributaria es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar el resultado de un procedimiento recaudatorio seguido frente a una sociedad distinta del titular registral, se entendió que deberían distinguirse dos supuestos:

- Si de la documentación presentada resulta de forma indubitada que la hipoteca unilateral garantiza la deuda del mismo procedimiento recaudatorio que ha motivado la prohibición de disponer, se consideró que sería admisible la inscripción de la garantía real, pues la finalidad de la garantía (asegurar el pago de la deuda tributaria) es la propia causa que ha motivado la prohibición de disponer. Ahora bien, la práctica de esta inscripción no conllevaría en modo alguno la cancelación de la medida cautelar, que ha de impedir el acceso al Registro de cualquier otro acto dispositivo.
- En otro caso, conforme a la regla general del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, debería suspenderse la práctica de la inscripción de la hipoteca en tanto no sea objeto de cancelación la prohibición de disponer, salvo que en la propia garantía real se establezca la imposibilidad de ejecución en tanto no se cancele la prohibición de acordada.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DISCIPLINA URBANÍSTICA. EJECUCIÓN DE SENTENCIA RECAÍDA. TRACTO SUCESIVO.

Sobre una finca dividida horizontalmente se inició expediente de disciplina urbanística por haberse dividido horizontalmente una edificación destinada a vivienda unifamiliar.

Sobre las fincas resultantes de la división horizontal constan los siguientes asientos:

Inscripción 1ª División horizontal

Inscripción 2ª Compraventa

Inscripción 3ª Hipoteca

Anotación letra A de incoación de expediente de disciplina urbanística. Al margen de la anotación consta nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas. Posteriormente se practicó nota al margen de la anotación letra A de la que resulta que la junta de gobierno local del Ayuntamiento declaró la comisión de una infracción urbanística consistente en haberse dividido horizontalmente una vivienda unifamiliar y se acuerda la

restitución de la legalidad urbanística. Con posterioridad a esta última nota marginal la anotación letra A fue prorrogada por un año más habiendo transcurrido ya su plazo.

Con posterioridad a la anotación letra A constan anotados embargos sobre algunas de las fincas así como ampliada y novada una de las hipotecas.

Sobre una de las fincas consta además inscrito un arrendamiento.

El acuerdo de la junta de gobierno local por el que se declaró la comisión de la infracción urbanística fue objeto de recurso contencioso administrativo habiendo finalizado el mismo mediante sentencia por la que se confirma el acuerdo municipal, se declara la comisión de la infracción urbanística y se ordena la restitución de la legalidad urbanística.

El Ayuntamiento va a iniciar procedimiento de ejecución de la sentencia y se plantean las siguientes cuestiones:

- ¿Es posible anotar la iniciación del procedimiento de ejecución de sentencia?
- ¿Es posible hacer constar en el Registro la sentencia recaída en el procedimiento contencioso administrativo?
- En ejecución de sentencia van a solicitar que ordene la cancelación de la división horizontal y se inscriba la finca matriz a favor de los titulares de cada uno de los elementos independientes en la división horizontal en proporción a la cuota que actualmente tienen en la división horizontal y que se trasladen las cargas que gravan cada una de las fincas independientes a su correspondiente cuota de participación en la finca matriz. ¿Es suficiente con que en el procedimiento de ejecución de sentencia se notifique a los titulares de dominio y cargas de las fincas o es preciso que en el procedimiento contencioso administrativo previo se haya notificado también a los titulares de las cargas?

Alguna de las hipotecas que gravan las fincas independientes se encuentran en ejecución, cuando se adjudiquen las fincas en los procedimientos de ejecución ¿se reabrirá de nuevo el folio de la finca independiente gravada con la hipoteca o será preciso que lo que se adjudique sea la cuota correspondiente a la finca en la división horizontal?

El arrendamiento que consta inscrito sobre una de las fincas, ¿se trasladará a la cuota que corresponda a la finca arrendada en la división horizontal o se trasladará a la finca matriz especificando la parte de la misma arrendada?

En el estudio de este complejo supuesto de hecho se distinguió entre los efectos que debían atribuirse a la anotación preventiva practicada, la posibilidad de constancia registral de la iniciación del procedimiento judicial para la ejecución de la resolución administrativa y los distintos problemas que plantearía la constancia registral de la resolución judicial que ordenase la cancelación de la propiedad horizontal.

Respecto a la anotación preventiva, al constar por nota al margen la conclusión del procedimiento declarando la ilegalidad de la división horizontal, se consideró que debería producir los efectos previstos en el artículo 73 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

En efecto, de acuerdo con la regulación establecida en los artículos 56 y siguientes del citado Real Decreto, relativos a las anotaciones preventivas dictadas en procedimiento administrativo de disciplina urbanística, una vez practicada la anotación preventiva, la firmeza de la resolución de la Administración por la que se declare la existencia de la infracción determinará la constancia registral de la conclusión del expediente por nota al margen de la anotación, que producirá los efectos generales a que se refiere el artículo 73, es decir, el de dar a conocer, a quien consulte el contenido del Registro de la Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiera el título que las origine.

En segundo lugar se consideró que era posible la práctica de una anotación preventiva para la constancia registral de la iniciación del procedimiento de ejecución de sentencia, pues el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, permite el acceso al Registro de la incoación de expedientes que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de las resoluciones dirigidas a restablecer el orden urbanístico infringido.

Mayores problemas se plantearon en el estudio de los titulares registrales que debían intervenir para la práctica de los asientos registrales derivados del procedimiento de ejecución. Se señaló al respecto, con carácter previo, que la constancia por nota al margen de la anotación preventiva ya realizada de la conclusión del expediente administrativo debería haber exigido la intervención de los titulares registrales, pues conforme a los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, practicada la anotación preventiva de incoación de expediente administrativo, el registrador debe expedir certificación de dominio y cargas de la finca anotada, en la que se haga constar el domicilio de sus respectivos titulares, debiendo la Administración actuante notificar la adopción del acuerdo por el que fue ordenada la práctica de la anotación a todos los titulares.

Respecto al procedimiento judicial, el principio registral de tracto sucesivo, que impone la intervención en el mismo de todos los titulares afectados por la resolución dictada, se ve sin embargo matizado en el ámbito urbanístico, propio de la jurisdicción contenciosa administrativa, como ha señalado el Centro Directivo en resolución de 24 de septiembre de 2015, la cual afirma “La Sala de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestar recientemente en su Sentencia de 16 de abril de 2013, en relación con la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2013, en la parte de su doctrina coincidente con los precedentes razonamientos jurídicos, que «esta doctrina, sin embargo, ha de ser matizada, pues tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional”, doctrina novedosa que ha sido objeto de un interesante artículo de Vicente Laso

Baeza publicado en el número 754 de Revista Crítica de Derecho Inmobiliario que lleva por título “El emplazamiento de los titulares registrales en el proceso contencioso-administrativo y la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo vinculada a la tramitación de expedientes de disciplina urbanística”.

Se consideró por ello que la resolución judicial que ordenase en su caso la cancelación de la división horizontal debía afectar a la hipoteca inscrita, si el órgano judicial expresa que el acreedor hipotecario ha tenido la intervención oportuna en el procedimiento, pasando la garantía real a gravar la cuota en el condominio, e indudablemente tal circunstancia afectaría igualmente al posible adquirente en la ejecución hipotecaria, quien ya ha de tener conocimiento de la resolución administrativa dictada que determina la nulidad de la división horizontal por su constancia registral, y por el deber que impone al registrador el artículo 135 de la Ley Hipotecaria de notificar al Tribunal ante el que siga la ejecución de la hipoteca de los nuevos asientos que practique y que afecten al objeto de la ejecución.

Finalmente, respecto al arrendamiento inscrito, se consideró que no existía inconveniente en determinar, una vez cancelada la división horizontal, la parte del edificio al que se refiere, pues el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos, permite en su artículo 3 que el arrendamiento se inscriba sobre parte de una finca.

CONCURSO DE ACREEDORES. VENTA DE LA FINCA A UN ACREEDOR HIPOTECARIO MANCOMUNADO QUE DEVIENE ÚNICO TRAS UN ACUERDO PREVIO DE DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO

Se trata de una venta de varias fincas en fase de liquidación del Concurso de acreedores de la titular registral. La venta se ha hecho mediante subasta notarial. La venta realizada ha sido aprobada judicialmente mediante auto firme. La venta se hace como mejor postor a uno de los Bancos titulares en proindiviso de tres hipotecas por cuotas por un importe X, entre 18 bancos.

El problema surge porque el precio no se paga sino que se dice se compensa en pago parcial de la deuda derivada de las tres hipotecas mancomunadas existentes y de las que ahora el único acreedor adjudicatario dice resulta único acreedor como consecuencia de un acuerdo previo homologado judicialmente de disolución del condominio de acreedores con asignación a cada acreedor de una o varias fincas de las hipotecadas a las que se adscribe su participación en la deuda hipotecaria total.

Dicho acuerdo de disolución de condominio de acreedores homologado judicialmente no está inscrito.

El resto de acreedores hipotecarios que han resultado adjudicatarios como mejores postores en las otras subastas notariales celebradas sobre otras parcelas han pagado el precio de la mejor postura como mejor postor no como acreedor hipotecario único, y por lo tanto no se ha hecho necesario la inscripción de dicha disolución previa.

Sin embargo, en esta ocasión el acreedor hipotecario que resulta adjudicatario como mejor postor no paga el precio sino que compensa con parte de la deuda garantizada con las 3

hipotecas que gravan las fincas hipotecarias, de las que se dice es único titular como consecuencia de dicho acuerdo de disolución previo.

¿Es necesaria la previa inscripción del Acuerdo homologado judicialmente de disolución del condominio de acreedores, previa su presentación y calificación, o por el contrario dado que la venta ha sido aprobada mediante auto judicial expreso, debe entenderse no procedente dicha previa inscripción siempre que todos los acreedores titulares de las tres hipotecas inscritas hayan sido notificados del auto de aprobación de la venta y cancelación de cargas?

Se debatió si el acuerdo judicialmente homologado debía ser objeto de una previa inscripción, por afectar el mismo a la titularidad de la hipoteca inscrita, y por ser determinante del medio de pago de la venta realizada.

Mayoritariamente se consideró que estando judicialmente aprobada la venta mediante auto judicial expreso no sería exigible la previa inscripción del auto que homologaba el acuerdo entre los acreedores hipotecarios. Y ello porque la aplicación del principio de tracto sucesivo no impone que dicho acuerdo, aun cuando afecte a la titularidad de la hipoteca, deba ser objeto de una previa inscripción, puesto que la venta de la finca se realiza por el administrador concursal y la cancelación de las cargas se ordena por el Juez del Concurso, sin que registralmente deba exigirse al acreedor hipotecario otra intervención distinta a las preceptivas comunicaciones que ha de recibir del Juez de lo Mercantil impuestas por la normativa concursal y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Respecto a la causa del pago e identificación de sus medios, se consideraron excluidas del ámbito de la calificación registral, por no estar comprendidas en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y aludir el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, relativo a la identificación de los medios de pago, únicamente a las escrituras públicas.

Cuestión distinta sería si el Banco adjudicatario solicitase la cancelación de las hipotecas por confusión de derechos, al amparo del artículo 190 del Reglamento Hipotecario, por considerarse el único acreedor hipotecario, en cuyo caso sí sería exigible la inscripción del acuerdo de acreedores homologado judicialmente por aplicación del principio de tracto sucesivo.

CONSTANCIA DE LA CUALIDAD DE PATRIMONIO PROTEGIDO

Para la constancia registral de la cualidad de patrimonio protegido de un bien al tiempo de inscribir su adquisición por el titular ¿Es exigible la previa inscripción en el Registro Civil Central de la constitución de este patrimonio?

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, únicamente prevé en su artículo 8.1 la inscripción en el Registro Civil del nombramiento de administrador del patrimonio protegido en los supuestos previstos en el artículo 5.7 de la Ley, es decir, cuando la administración del patrimonio protegido no

corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores. Al regularse la constitución del patrimonio protegido en su artículo 3 no se hace referencia alguna a la necesaria u obligatoria inscripción en el Registro Civil. La exposición de motivos se refiere a la publicidad en el Registro Civil y de la Propiedad en los siguientes términos: *“Por último, se adoptan dos medidas de publicidad registral importantes, ya que: De un lado, cuando la administración del patrimonio protegido no corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores, la representación legal que el administrador ostenta sobre el beneficiario del patrimonio para todos los actos relativos a éste debe de hacerse constar en el Registro Civil; De otro, se prevé que en el Registro de la Propiedad conste la condición de un bien o derecho real inscrito como integrante de un patrimonio protegido”*.

Los artículos 18 y 46 bis de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 regulan las inscripciones del patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores del mismo. El artículo 46 bis prevé que los encargados de los Registros Civiles Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales de constitución de patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Civil Central para su extensión en el "Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos". La inscripción se practicará en virtud de comunicación remitida de oficio, junto con testimonio bastante de la escritura de constitución del patrimonio protegido o de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos, que el notario autorizante deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado del Registro Civil competente.

Atendiendo a esta regulación, mayoritariamente se consideró, siguiendo la doctrina de la Dirección General respecto de resoluciones concursales para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos realizados por el concursado (vid. resoluciones de 23 de julio de 1998, 28 de junio de 1999 y 26 de enero de 2012), que no es necesaria la acreditación de la inscripción en el Registro Civil de la inscripción de patrimonio protegido para hacer constar en el Registro de la Propiedad esta situación respecto de un bien determinado. La preocupación del legislador, como se pone de manifiesto en el artículo 8.2 citado y en la exposición de motivos, es dar publicidad a través del Registro de la Propiedad de las situaciones que afecten a bienes concretos, todo ello sin perjuicio de su publicidad en el Registro Civil con arreglo a los artículos 18 y 46 bis de la Ley de Registro Civil de 1957.

DERECHO DE HABITACIÓN. DETERMINACIÓN

En una misma escritura el titular de un piso lo vende, y a continuación el comprador constituye a título oneroso, a favor del vendedor derecho de habitación sobre el mismo piso con carácter vitalicio. En la escritura calificada solo se indica que se constituye derecho de habitación vitalicio, conforme al art 524 Cc, derecho que faculta para ocupar las estancias del inmueble "necesarias" para el vendedor. ¿Es suficiente esta identificación de "necesarias para el

vendedor" o es necesaria mayor precisión indicando si son todas las estancias, o si no cuales de ellas están afectas por tal derecho?

Algunos compañeros consideraron que conforme al principio de especialidad que rige en el ámbito registral la inscripción de la escritura calificada exige que se señalen las concretas piezas de la vivienda que se tiene el derecho a ocupar, obteniendo así una perfecta identificación del ámbito objetivo del derecho, criterio que fue el seguido en el número 33 de los Cuadernos de este Seminario.

No obstante, se consideró mayoritariamente que la inscripción del derecho de habitación no precisa especificar las estancias que puede ocupar el habitacionista, ya que por definición, conforme al artículo 524 del Código Civil, el titular del derecho puede ocupar aquellas que necesite, pudiendo además las mismas variar en el tiempo. Este segundo criterio ha sido el adoptado por la consulta de 25 de julio de 2015 de la Comisión de Consultas Doctrinales, relativa a la posibilidad de inscripción de los derechos de uso y habitación constituidos sobre una cuota indivisa de una finca.

DESCRIPCIÓN DE FINCA RÚSTICA FORMADA POR TRES RESTOS NO COLINDANTES TRAS UNA SEGREGACIÓN. DIVISIÓN DE FINCAS RÚSTICAS

Una persona plantea que está interesado en comprar tres fincas rústicas independientes, que constituyen también tres parcelas catastrales, pero que registralmente son una sola. De la situación registral de la finca resulta que las tres fincas son RESTO de una registral que fue en su día objeto de segregación para aportar a una junta de compensación.

El interesado, conocedor de esa situación, consultó en el Ayuntamiento para que le dieran licencia para poder dividir ese RESTO en las tres fincas que hay sobre el terreno. El ayuntamiento se niega alegando que ese resto es finca rústica y no le compete. Las tres fincas ni siquiera suman la superficie de la UMC en la zona por lo que tampoco cabe acudir a esa posibilidad.

A esta situación se ha llegado porque la linde de la finca originaria era muy quebrada y el ordenamiento urbanístico, lógicamente, tiro una línea recta por ese lado. El resto quedó pues como tres fincas discontinuas y este hecho, lamentablemente, no se consignó registralmente en su día.

¿Qué se puede hacer? ¿Podría acudirse al procedimiento del 199 LH para, previa explicación de cómo se ha producido el caso y de que no hay segregación ni consiguiente elusión de la exigencia de licencia, se georreferencien debidamente las fincas -ya que no hay exacta coincidencia con la certificación catastral- y se puedan separar del resto de la matriz y continuar su vida registral como lo que realmente son: tres fincas independientes?

Figurando como una única finca registral, la solución pasa necesariamente por obtener licencia de segregación, prevista en el artículo 143 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid, que la exige para cualquier acto de parcelación, entendiendo por tal cualesquiera que supongan la modificación de la forma, superficie o lindes de una o varias

fincas, con independencia de su finalidad concreta y de la clase de suelo. Debe tenerse en cuenta que la finca constituye un único objeto jurídico, y que su división crearía nuevas fincas independientes jurídicamente. Por ello, la realidad fáctica de la que se parte -el estar integrada la finca por tres parcelas discontinuas e independientes como consecuencia de unas segregaciones previas- no exime de esta exigencia.

Este criterio fue seguido por la DGRN en la resolución de 25 de abril de 2014 que exigió licencia de segregación en un caso en que se partía de una previa expropiación de parte de la finca matriz que había provocado en ésta un resto formado por tres parcelas discontinuas, una de las cuales era la que se segregaba.

Además, tratándose de suelo rústico deberán cumplirse las exigencias de la legislación agraria en cuanto a unidades mínimas de cultivo, no siendo suficiente la licencia municipal de segregación (RDGRN de 27 de noviembre de 2012). Por ello, aun en caso de que se obtuviera aquella licencia municipal, si el registrador, a la vista de la superficie de las parcelas discontinuas segregadas, apreciara que no se ha respetado la unidad mínima de cultivo deberá, conforme al artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, remitir copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente para que adopte el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio (RDGRN de 27 de junio de 2018).

DESVINCLACIÓN DE UN ANEJO

Para la desvinculación de un trastero del piso, ¿exigimos licencia de segregación? Son ya dos entidades independientes situadas en plantas diferentes. ¿Qué mayoría de la Junta de Propietarios es exigible? ¿Puede entenderse amparada la autorización de la Junta por la norma estatutaria que autoriza a dividir, segregar, agrupar, etc. sin necesidad de acuerdo comunitario?

De acuerdo con el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, en redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, requiere autorización administrativa la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes, siempre que, como ha señalado el Centro Directivo (así, resolución de 26 de octubre de 2017) dicha división suponga un aumento de componentes privativos.

En el caso de desvinculación, puesto que no existe un aumento del número de plazas de garaje, sino sólo un cambio de su régimen jurídico, se consideró que no era necesaria autorización de la administración, pues la norma tiene una finalidad claramente distinta: evitar la creación de más pisos o locales de los ya existentes y de los amparados por una licencia de obras. Como excepción, se señaló que sí requeriría licencia la desvinculación si se tratase de Viviendas de Protección Pública, en las que la cédula de calificación exigiese que los pisos tuviesen

vinculados garajes, pues en tal supuesto la vinculación viene determinada en un título administrativo.

Respecto a la mayoría necesaria, se consideró que sería exigible la unanimidad, pues la excepción prevista en el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, que admite una mayoría de tres quintas partes del total de los propietarios, se refiere a los supuestos de división, segregación o agregación de pisos o locales, pero no a su desvinculación, que son supuestos claramente distintos.

Así lo ha entendido el Centro Directivo en reiteradas resoluciones (así, resolución de 26 de mayo de 2007), al afirmar que la norma estatutaria que permite al propietario segregar, dividir o agregar, no permite la desvinculación de los anejos, puesto que mientras las primeras son operaciones que provocan un cambio físico, la desvinculación de anejo supone un cambio de régimen jurídico, lo que impide su asimilación.

DIVISIÓN DE UN LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

En el municipio de Madrid se pretende dividir un local comercial de un edificio en régimen de propiedad horizontal en dos o más. Aportan declaración responsable ¿Es suficiente o sería exigible licencia en todo caso?

Tratándose de actos comprendidos en el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, la Dirección General, a diferencia de los supuestos de obras nuevas, mantiene una posición flexible en cuanto al grado de intervención administrativa, remitiéndose a la legislación urbanística autonómica aplicable. En este sentido las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 13 de noviembre de 2017, 26 y 27 de febrero y 25 de abril de 2018:

“Cabe afirmar, no obstante el carácter básico de la normativa citada, que la determinación del concreto título administrativo habilitante exigido para los actos de división o segregación de locales y demás previstos en el citado artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, corresponderá a la legislación autonómica competente en materia de ordenación territorial y urbanística, según la doctrina reiterada de este Centro Directivo, acorde con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Es por tanto la respectiva legislación urbanística autonómica la que determinará, en última instancia, el tipo de intervención administrativa, sea licencia, declaración responsable o comunicación previa, en el caso concreto de división de locales integrados en una propiedad horizontal, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral –cfr. por ejemplo, el artículo 187 bis del texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, introducido por Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, pues ciertamente se trata de un ámbito, el de la actividad comercial,

donde se han introducido importantes medidas de simplificación administrativa, afectando, incluso, a la normativa urbanística—.

En caso de no concretar dicha normativa el tipo de título administrativo habilitante, y a los efectos de cumplir la exigencia de autorización administrativa requerida «en todo caso» por el citado artículo 10, esta Dirección General (cfr. Resolución de 26 de octubre de 2017) ha estimado suficiente, a efectos de inscripción, que se acredite la resolución administrativa de la que resulte autorizado el acto de división de locales, como puede ser la licencia o, en su caso declaración responsable, de obra para segregación de local, independiente del uso final del mismo, o cuando el mencionado elemento ya se encuentra autorizado en una licencia de obra u actividad, interpretación apoyada en la propia excepción que ampara el artículo 26.6.a) de la Ley de Suelo, todo ello de modo conforme a la ley urbanística autonómica y por remisión de ésta, a las ordenanzas locales respectivas”.

En la Comunidad de Madrid, Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial, prevé, en sus artículos 3 y 4, como mecanismo de intervención por parte de la Administración Municipal, la declaración responsable para obras requeridas de proyecto técnico, o no, y para actos de implantación y ejercicio de actividad o modificación de la existente; por su parte, el artículo 5 prevé comunicación previa para el resto de los actos de naturaleza urbanística. Se trata de una norma que tiene vocación de regulación unitaria de todos los actos de naturaleza urbanística que afecte a dichas actividades. La ley se aplica, según su artículo 2, “a las actividades comerciales minoristas y de servicios, en los términos de los artículos 2 y 4.1 de la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid, así como a aquellas actividades que se realicen en oficinas, incluidas en el Anexo, y sean realizadas en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid”

Partiendo de estos antecedentes, cuando se trata de división o segregación de locales comerciales que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 2/2012, y que no necesiten de proyecto de obras para su ejecución, no es necesaria la licencia bastando de la mera declaración responsable. La Dirección General se remite a la legislación autonómica, como se ha indicado, y la de la Comunidad de Madrid no exige licencia previa en estos casos.

Cuando dichos actos, en los reseñados locales, precisen de obras con el oportuno proyecto técnico para su ejecución, a pesar del artículo 3 de la Ley 2/2012, sería exigible licencia, siguiendo la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de 25 de febrero y 18 de septiembre de 2018, que hacen prevalecer los artículos 11.3 y 28 del Texto Refundido de la Ley del Suelo sobre el artículo 3 de la ley autonómica citada.

Fuera de los supuestos de aplicación de la Ley 2/2012 -vivienda o locales en los que no se desarrolle actividad que entre dentro del ámbito de aplicación de esta ley-, sería igualmente exigible la licencia (en este sentido, resolución de la Dirección General de 25 abril de 2018 para una comunidad funcional de finca destinada a trasteros en Madrid).

DIVISIÓN DE UN PISO MEDIANTE COMUNIDAD FUNCIONAL

Se pregunta si es posible eludir el consentimiento de la Junta de Propietarios (3/5) para la división de un piso en dos o más viviendas, constituyendo sobre la finca una comunidad funcional que se enajene por cuotas con asignación de uso exclusivo de un espacio delimitado.

Ha sido frecuente en la práctica la configuración de locales destinados a garajes o trasteros como una finca independiente dentro del edificio, constituyendo sobre ella lo que la doctrina ha denominado "comunidad funcional" dividida en cuotas, que por su naturaleza y tendencia a permanecer, a diferencia de la comunidad ordinaria, excluiría el derecho de retracto y la acción de división.

Se realizaron en todo caso dos importantes precisiones sobre estas comunidades:

-Por una parte, que una vez constituidas, los actos que incidan sobre el régimen de la comunidad requieren unanimidad. En este sentido, ha señalado el Centro Directivo en resolución de 19 de julio de 2011 que no puede el titular de una cuota indivisa de una finca destinada a plazas de garaje y trasteros atribuir por sí solo a dicha cuota el uso y disfrute exclusivo de una concreta plaza de garaje y trastero, debiendo en tal caso prestar su consentimiento todos los propietarios, dado el carácter de acto de alteración de la comunidad que significa.

-Por otra, que tras la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 8/2013, los actos de división de los locales o garajes requieren autorización administrativa, como expresamente ha señalado el Centro Directivo en resolución de 26 de octubre de 2017. Así, señala la Dirección General que aun cuando el art. 53.a RD 1093/1997, antecedente legislativo del art. 10.3.b LPH, excepciona de la necesidad de licencia el caso de que los nuevos elementos de la división horizontal sean locales o garajes, la redacción de la Ley de Propiedad Horizontal es deliberadamente distinta a la del Real Decreto 1093/1997, y en dicha redacción legal se ha suprimido el inciso o exención especial relativa a los locales comerciales o plazas de garaje.

Partiendo de estas consideraciones, se entendió que la constitución de una comunidad funcional sobre un piso por cuotas con asignación de uso exclusivo de un espacio delimitado, requeriría tanto autorización administrativa como los consentimientos exigidos en la Ley de Propiedad Horizontal para realizar actos de división.

Así, respecto a la oportuna licencia, se señaló que la misma es imperativa tras la reforma de la Ley 8/2013, sin que pueda el registrador amparar actuaciones fraudulentas dirigidas a eludir el control administrativo. Especialmente significativa en este sentido ha sido tanto la doctrina del Centro Directivo como posteriormente el propio tenor de la legislación urbanística respecto a los actos de división, equiparando a la segregación la venta de cuotas indivisas con asignación de uso exclusivo.

Y respecto a la autorización de la comunidad de propietarios, es indudable que la constitución de estas comunidades es absolutamente equiparable a la división del piso, por lo que debe exigirse el régimen de mayorías establecidos en el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

EJECUCIÓN HIPOTECARIA MEDIANTE PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ORDINARIO O DE EJECUCIÓN ORDINARIA

En diversos juzgados se encuentra suspendida la tramitación de las ejecuciones hipotecarias a la espera de una consulta que debe resolver el TSJCE, sobre vencimiento anticipado. En esta situación, algunas Entidades de Crédito han decidido iniciar procedimientos declarativos en los que solicitan la resolución del contrato por impago de una serie de cuotas, o la reclamación de las cantidades adeudadas en virtud del contrato de préstamo y en ejecución de sentencia solicitan la ejecución de la hipoteca. A continuación, inician un procedimiento ejecutivo, en ejecución de títulos judiciales y se pretende que en un procedimiento ejecutivo ordinario se lleve a cabo la ejecución de la hipoteca.

Del problema se ha ocupado la DGRN como consecuencia de las calificaciones de los registradores cuando en dicho procedimiento ejecutivo ordinario se presenta en el Registro el mandamiento ordenando la expedición de la certificación de dominio y cargas, prevista en el artículo 656 LEC (RDGRN del 23 de mayo de 2018, 25 febrero 2014, 17 de julio y de 14 diciembre 2015 y 1 de febrero de 2017).

La resolución de 23 de mayo de 2018 sí se refiere a la ejecución de la hipoteca siguiéndose el procedimiento de ejecución ordinaria, resaltando que en este caso hay importantes diferencias con el procedimiento del artículo 681 entre ellos que deben de cumplirse trámites tan esenciales como el embargo (artículo 584 LEC) y la valoración de los bienes embargados (artículo 637 y siguientes de la LEC). En cuanto al embargo, la DGRN entiende que así lo exige el artículo 127 de la ley hipotecaria.

Cuestiones:

Es necesario que se ordene el embargo y se anote en el Registro, al menos según el criterio de la DGRN.

La nota marginal de expedición de la certificación de cargas, se practicará al margen de dicha anotación preventiva y no parece por lo tanto que deba de extenderse al margen de la hipoteca.

¿Cómo afecta esta ejecución, si existen terceros poseedores o titulares de otros derechos reales limitados o anotaciones preventivas de embargo posteriores a la hipoteca que se ejecuta, pero anteriores al embargo que ahora se decreta? ¿Quién y cómo tendría que realizar las notificaciones a esos terceros para que puedan ser parte el procedimiento? ¿Se cancelarían las incisiones posteriores a la hipoteca que "se ejecuta" y anteriores al embargo y con qué requisitos?

Parece que, aparte de otros posibles requisitos, será necesaria una nueva tasación y no podrá utilizarse como valor de tasación el que conste en la inscripción de hipoteca, al menos según resulta de la citada resolución (artículo 637 y siguientes de la LEC).

A pesar de las dudas que suscita el artículo 579 del Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo 5.º de este título, y que

ha llevado a algunos a considerar que no cabe la ejecución de la hipoteca por el procedimiento ejecutivo ordinario, sino que se debe acudir al procedimiento de los artículos 681 y siguientes de la misma L.E.C, la Dirección General en numerosas resoluciones ha considerado plenamente aplicable este procedimiento para la ejecución de la hipoteca (Resoluciones 18 y 25 de febrero de 2014, de 17 de julio y 14 de diciembre de 2015, 1 de febrero de 2017, 23 de mayo y 29 de octubre de 2018). Los argumentos que utiliza la Dirección General son las previsiones de la Ley Hipotecaria (artículos 126 y 127), así como de las de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tanto en la Ley de 1881 como en la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, no imponen una restricción al respecto.

Algún compañero pone de manifiesto que cuando se obtiene una sentencia en un procedimiento declarativo que estima el vencimiento anticipado de una obligación garantizada por la hipoteca por aplicación del artículo 1124 de Código Civil, y se procede a la ejecución de la sentencia a través del procedimiento ejecutivo ordinario, en principio, nos encontramos ante el desenvolvimiento de una acción de naturaleza meramente personal que permitiría al acreedor obtener el embargo además del bien hipotecado de otros que no lo han sido, lo que puede plantear numerosos problemas con la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca y anteriores a la anotación de embargo que se practique en el ejecutivo ordinario. Sin embargo, frente a esta objeción, otros consideran que existen numerosos supuestos -obligaciones de hacer, de no hacer, vencimiento anticipado por causas que no sean la falta de pago- en los que indefectiblemente se tiene que acudir a un procedimiento declarativo con carácter previo a la ejecución de la hipoteca. Los posibles problemas que pueden plantearse desaparecerían si el acreedor en la demanda solicita junto al vencimiento anticipado de la obligación que se proceda, si la sentencia es favorable a sus pretensiones, a la ejecución de la garantía hipotecaria.

Partiendo de la necesidad de practicar anotación de embargo una vez que se proceda a la ejecución de la sentencia, siguiendo la doctrina de la Dirección General en las resoluciones citadas, lo que no se pone en duda por ninguno de los asistentes, la cancelación de los titulares de cargas posteriores a la hipoteca y anteriores a la anotación de embargo, como indicaba la resolución de 10 de diciembre de 1997, devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Por ello como indica la misma Resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación embargo), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario. Como indica la Dirección, debe tenerse

especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria. La nota de expedición de certificación de cargas debe hacerse constar al margen de la anotación de embargo, pero siguiendo con la singular conexión entre el embargo y la hipoteca y dada la necesaria notificación, por parte del registrador, a los titulares posteriores a la hipoteca y a la anotación de embargo y anteriores a la nota de expedición de certificación de cargas, debe figurar también la expedición por nota al margen de la hipoteca con arreglo al artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para cancelar estas cargas se precisa que: a) los acreedores intermedios no sólo tengan conocimiento de la ejecución sino también de que en ésta se estaba haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos; y b) que de los autos y de los anuncios de subasta resulte claramente que se estaba ejecutando la referida hipoteca, a fin de que los postores no descontaran de sus pujas el importe de las cargas intermedias, al estar éstas destinadas a ser canceladas.

En cuanto a la necesidad de nueva tasación, tratándose de procedimiento ejecutivo ordinario no pueden aplicarse las normas previstas para el ejercicio de la acción directa: será necesaria una nueva tasación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO DE COMPRAVENTA

Una finca figura inscrita por cuartas partes a nombre de cuatro hermanos de estado civil casados quienes la adquirieron por título de compra y en cuya inscripción se dice: sin que se haya alegado nada al respecto el carácter privativo del dinero invertido. Por documento privado de fecha 1 de enero de 1963 los cónyuges titulares vivos, y por el fallecimiento de alguno de ellos quienes dicen ser sus herederos, vendieron la finca a una persona de estado civil casada.

Por acta de requerimiento autorizada en el año 1964 a instancia del comprador, éste afirma que adquirió la finca por la venta en el documento privado citado, por el precio que en el mismo se dice; que parte del precio se entregó y el resto se retuvo para hacer frente a la hipoteca que gravaba la finca, en la que se subrogó el compareciente. A continuación, se describe la finca y requiere al notario para que se dirija a los vendedores para que reconozcan que es cierto lo expuesto, es decir, que han venido privadamente la finca, que el precio se pagó en la forma indicada, así como que se avengan a formalizar la correspondiente escritura pública de venta. Por diligencias posteriores el notario hace constar la comparecencia de los vendedores (en caso de fallecimiento, la de sus herederos) y dicen que se dan por notificados y requeridos, que es cierto cuanto se dice en el requerimiento y que están dispuestos a formalizar la escritura de compraventa de la finca descrita en el acta, en la fecha y ante el notario que les indique el comprador, reconociendo que nada les queda adeudado de éste.

Esta escritura nunca llegó a otorgarse. Dejando aparte el problema de acreditar la condición de herederos de los vendedores fallecidos ¿puede considerarse esta acta de requerimiento

título hábil para inscribir la compra en el Registro? ¿O será preciso el otorgamiento de la correspondiente escritura pública?

De manera unánime se concluyó por los asistentes que el documento privado junto con el acta de requerimiento no es título suficiente para producir la inscripción del dominio en el Registro a favor de los compradores, debiendo procederse a la elevación de la correspondiente escritura pública por parte de los otorgantes y, caso de haber fallecido, por quienes acrediten de forma auténtica ser sus herederos (Resoluciones DGRN de fecha 9 de enero y 4 de julio de 2018, entre otras).

En el acta aportada, los requeridos se manifiestan dispuestos a formalizar la escritura pública de compraventa de la finca descrita en el acta, en la fecha y ante el Notario que les indique el comprador, reconociendo que nada les queda adeudado por éste del precio de la venta. Esta escritura pública parece ser que nunca ha llegado a otorgarse; y desde luego no se ha presentado.

Sin embargo, en ningún caso puede entenderse que el acta notarial de requerimiento pueda suplir a la escritura pública de elevación a público de contrato privado de compraventa, ni ser apta, en consecuencia, para practicar la inscripción del dominio en favor de los vendedores. Como ha declarado la DGRN en diversas ocasiones (Resoluciones DGRN de 20 de febrero y 5 de junio de 2018, entre las más recientes) a propósito de la inteligencia y eficacia registral de las declaraciones suplidas por el artículo 708 LECiv, las declaraciones de voluntad deberán someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública (cfr. artículos 1217, 1218, 1279 y 1280 del Código Civil, artículo 3 de la Ley Hipotecaria y artículos 143 y 144 del Reglamento Notarial).

Las reglas por las que se rige el Registro de la Propiedad exigen que los negocios jurídicos susceptibles de inscripción consten en escritura pública (artículo 3 Ley Hipotecaria) no siendo asimilables, a estos efectos, las actas notariales, como se desprende claramente de la legislación notarial. Conforme al artículo 17 Ley del Notariado y 144 del Reglamento Notarial "Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases" mientras que las actas notariales tienen como contenido "la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones". Y ello sin perjuicio del valor que debe darse a las contestaciones vertidas en el acta de requerimiento a los efectos de prueba en procesos judiciales o en otras esferas, como las posibles consecuencias fiscales.

Y en nada se altera esta conclusión por el hecho de que se pretenda ahora completar el acta de requerimiento con otro documento que recoge unos justificantes (contratos de arrendamiento antiguos, recibos de agua y luz, etc.) con los que se pretende acreditar la tradición, pues su

valoración no corresponde al registrador ni es el procedimiento registral el cauce idóneo para ello.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE REANUDACIÓN DE TRACTO. NOTIFICACIÓN AL TITULAR REGISTRAL.

Se trata de un expediente de dominio de reanudación de tracto en el que concurren las siguientes circunstancias: la finca consta inscrita a favor de una S.A.; la sociedad está disuelta según resulta de certificación del RM que se incorpora al acta de inicio; en la inscripción del RM consta que no se procede a repartir cuota de liquidación alguna a los accionistas, dada la inexistencia de haber social; la inscripción contradictoria tiene más de treinta años de antigüedad; no se ha intentado notificación alguna de tipo personal al titular registral; y en el edicto publicado en el B.O.E. consta lo siguiente: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 203, regla 5ª, de aquella, yo, el notario, procedo a notificar la pretensión de reanudación del tracto sucesivo interrumpido de la finca mencionada, 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, así como a los titulares de las fincas colindantes según el Catastro, y a cualquier otra persona que pudiera resultar interesada en el objeto del citado expediente notarial, procediendo a publicar el presente edicto en el B.O.E.” ¿Se puede entender con ello cumplida la exigencia de LH 208, regla Segunda, apartado 3º?

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

Como indica la resolución de la Dirección General de 3 de enero de 2017 *“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 aquellos, 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 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”*.

En relación con lo anterior, resulta esencial, la citación al titular registral o a sus herederos. Dispone al respecto el artículo 208 de la Ley Hipotecaria, en su apartado segundo, norma 3.ª, que *“junto a los interesados referidos en la regla quinta del apartado 1 del artículo 203, deberá*

ser citado en todo caso quien aparezca, según la última inscripción vigente, como titular del dominio o derecho real cuyo tracto interrumpido se pretende reanudar o, si consta fallecimiento de éste, sus herederos, debiendo acreditar el promotor tal extremo y la condición e identidad de éstos”. Este apartado del citado artículo 208 de la Ley Hipotecaria, como ha señalado dicha Dirección General en sus Resoluciones de 23 de mayo de 2016 y 3 de abril de 2017, debe ser interpretado conjuntamente con la regla segunda, norma 4.ª, del mismo artículo, cuando dispone que “cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, la citación al titular registral o sus herederos deberá realizarse de modo personal”.

Armonizando adecuadamente ambas normas, debe entenderse que cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos. Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también pueden ser citados por edictos, sólo hace falta que sea nominal cuando conste su identidad en la documentación aportada (RDGRN de 1 de febrero de 2019).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencias de 27 de diciembre de 2011, 20 de marzo de 2013 y 24 de mayo de 2017- es clara al señalar que por más que una sociedad mercantil haya sido disuelta y liquidada e inscrita la liquidación en el Registro Mercantil, su personalidad jurídica persiste mientras existan o puedan existir o aparecer con el transcurso del tiempo, efectos jurídicos derivados de los contratos, relaciones jurídicas o de los actos de cualquier tipo llevados a términos durante el tiempo en que realizó su actividad empresarial, sin necesidad de solicitar la nulidad de la cancelación. Las sentencias reseñan las Resoluciones de la Dirección General en este sentido de 13 de mayo 1992, 27 de diciembre de 1999 y 14 de diciembre de 2016, entre otras.

Por lo tanto, que la sociedad esté disuelta y liquidada no es óbice para la notificación. No bastando una notificación genérica, como la realizada, debiendo ser nominativa.

INSCRIPCIÓN DE TRANSFERENCIA DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

Se plantea la posibilidad de inscribir determinada transferencia del aprovechamiento urbanístico de una finca a otra.

Según RDGRN 17 de marzo de 2017 para obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico entre fincas distintas es necesario, por un lado, que la legislación urbanística aplicable admita o prevea esta posibilidad y, además, que cuando dicha legislación exija una autorización previa o la obtención de una licencia específica o la inscripción en un Registro administrativo, dicha autorización, licencia o inscripción en el correspondiente registro administrativo se hayan obtenido previamente, pues

las mismas constituyen requisito de acceso al Registro de la Propiedad de la transmisión o distribución del aprovechamiento urbanístico.

También el artículo 33 de las Normas aprobadas por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, comienza diciendo *“en aquellos casos en los que la legislación urbanística aplicable admita o prevea la realización de transferencias de aprovechamiento urbanístico...”*. La ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid no lo prevé ni lo admite expresamente. Pero su artículo 92 prevé que la ocupación directa para la obtención de terrenos destinados por el planeamiento a redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, se haga mediante el reconocimiento a su titular del derecho de un aprovechamiento urbanístico con determinación del sector o unidad de ejecución en la que haya de integrarse.

Originariamente la transferencia de aprovechamiento nace como una técnica de gestión urbanística que permite a la Administración obtener gratuitamente terrenos destinados a dotaciones públicas a cambio de permitir que el particular, titular de estos, pueda transferir el exceso de aprovechamiento que le corresponda sobre estos a otros terrenos que tengan un déficit a fin de que pueda edificarlos. Es el planeamiento el que prevé los excesos y defectos de aprovechamiento para que puedan desarrollarse este tipo de actuaciones.

En este contexto, la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid regula en los artículos 92 y 93 la ocupación directa y la permuta forzosa para la obtención de terrenos destinados para las redes públicas. La Ley considera como ocupación directa *“la obtención de terrenos destinados por el planeamiento a redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, mediante el reconocimiento a su titular del derecho a integrarse en un ámbito de actuación, sector o unidad de ejecución en el que el aprovechamiento urbanístico total permitido por el planeamiento exceda del aprovechamiento que corresponda a sus propietarios”*. A estos preceptos hay que añadir la disposición transitoria sexta.

La Ley del Suelo de la Comunidad no prevé las transferencias de aprovechamiento fuera de estos supuestos de hecho.

La Dirección General de Registros y Notariado– Resoluciones de 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016, 17 de marzo de 2017 y 25 de junio de 2018– admite los negocios relativos a la transferencia de aprovechamiento urbanístico subjetivo reconocido al propietario, como parte que es de las facultades de aprovechamiento que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, siempre que la legislación y/o el planeamiento urbanístico lo permitan, con disminución del aprovechamiento urbanístico de una finca, en favor de otra, la finca de destino, que acrece su contenido de aprovechamiento en la misma medida en que la de origen lo disminuye.

Por todo ello, se consideró que no estando prevista en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid las transferencias de aprovechamiento ni, en consecuencia, licencias para tal fin, solo en los supuestos en los que el Planeamiento las prevea serían admisibles. A fin de evaluar este extremo, resulta necesario su reconocimiento por el Ayuntamiento sobre las fincas respecto de

las que se pretende, con especificación de todos los requisitos necesarios para su inscripción que prevé el Real Decreto 1093/97 de 4 de julio. La intervención de la Administración se considera necesaria, dado que de preverse en el planteamiento las transferencias, lo son con una finalidad determinada, siendo la Administración la que tiene que acreditar el cumplimiento de la misma.

LICENCIA DE SEGREGACIÓN PARA EXPROPIACIÓN DE PARTE DE UNA FINCA

Para la expropiación de una parte de finca ¿exigimos licencia del Ayuntamiento o declaración de innecesariedad?

El artículo 180.1 del TRLS de 1976 estableció la regla general de licencia para todos los actos sujetos a la misma que se promuevan por órganos del Estado o Entidades de Derecho público que administren bienes estatales. Criterio que pasó al artículo 244 del Texto Refundido de 1992. Por razones de urgencia o excepcional interés público, los artículos 180.2 del TRLS de 1976 y 244.2 del TRLS de 1992 establecían un procedimiento que simplificaba la tramitación de la licencia previa con una comunicación al Ayuntamiento. En caso de disconformidad de éste, correspondía al Consejo de Ministros decidir si procedía o no ejecutar el proyecto con la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento.

La regla general era el control preventivo por parte del Ayuntamiento de todo acto sujeto a licencia. La excepción confirma la regla y solo procede en casos de urgencia o excepcional interés público a través de un procedimiento especial.

Con matices, la regulación se mantiene en las sucesivas reformas de las leyes del suelo y pasa a la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio y con posterioridad a la vigente disposición adicional décima de Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana que indica:

1. Cuando la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística en vigor.

En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al titular del Ministerio competente en materia de suelo y vivienda, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe del órgano competente de la comunidad autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda, conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora.

2. El Ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el apartado 1 de este artículo cuando se pretendiesen llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación, de conformidad con la ordenación urbanística y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano redactor del proyecto y al Ministro competente en materia de suelo y vivienda, a los efectos prevenidos en el mismo.

3. Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro competente en materia de suelo y vivienda, previa solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa.

La Sentencia del Tribunal Supremo 15 de diciembre de 2014 resume los antecedentes de la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. De esta doctrina se deduce que el Estado podrá ejercer la facultad de acordar la ejecución de proyectos de obras, actividades o servicios que puedan resultar eventualmente contrarios con las determinaciones de los instrumentos de ordenación territorial o las de los planes urbanísticos cuando lo haga en uso de una competencia reservada ex art. 149.1 de la Constitución, y siempre que se den los presupuestos que se recogen en la disposición adicional décima citada de urgencia y excepcional interés público:

“A) Que un precepto similar era el artículo 180.2 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana , aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLR76), habiéndose discutido ---por parte del Gobierno Vasco--- sobre la titularidad ---que no sobre la constitucionalidad--- de la potestad excepcional en el mismo articulada; discusión que fuera resuelta por la STC 56/1986, de 13 de mayo . No obstante tratarse, lo que se resolvía, de un Conflicto positivo de competencias, el Tribunal Constitucional realiza un examen del contenido del precepto, de su ámbito y de su viabilidad constitucional, señalando en sus últimos Fundamentos Jurídicos lo siguiente: "3. El art. 180.2 de la LS establece una excepción al régimen urbanístico general, que debe interpretarse de acuerdo con la distribución competencial que establece la Constitución con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Suelo, que es una Ley preconstitucional. Enfocada así la cuestión es cierto, como dice la representación del Gobierno Vasco, que todas las competencias urbanísticas, incluida la excepcional reconocida por el art. 180.2 de la LS, han sido asumidas por la Comunidad Autónoma del País Vasco en virtud de los citados arts. 10.31 EAPV. Lo único que cabe plantearse es si esa asunción es tan exhaustiva que excluye toda posibilidad, incluso en casos excepcionales, de que el Estado puede ejercer competencias de contenido distinto de la urbanística, pero que requieran para su ejercicio una proyección sobre el suelo de una Comunidad Autónoma. Ahora bien, tal posibilidad no puede ser excluida, porque el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una

competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma, según declaró ya la Sentencia de este Tribunal Constitucional núm. 1/1982, de 28 de enero, pues tal ineficacia equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución. Estos criterios son aplicables a las facultades excepcionales reconocidas por el art.180.2 de la LS. El Estado podrá ejercerlas en cuanto lo haga en uso de una competencia exclusiva a él atribuida y siempre que se den los presupuestos que señala el mismo art. 180.2 de la LS, es decir, la urgencia y excepcional interés público, de forma que sólo acudiendo a lo preceptuado en dicho artículo sea posible el ejercicio de las referidas competencias. Estos criterios son aplicables a los casos aquí examinados. En efecto, la Constitución reconoce al Estado competencias exclusivas en materia de seguridad pública (art. 149.1.29), sin perjuicio de la posibilidad de creación de Policías autónomas, lo que puede llevar consigo la necesidad de edificar Cuarteles o Comisarías de Policía cuyo emplazamiento o localización no puede ajustarse, por los motivos apuntados, a las determinaciones de los planes urbanísticos ... y, en general, respecto a obras públicas de interés general (149.1.24) El ejercicio de estas competencias puede permitir al Estado ejercitar la facultad extraordinaria que reconoce el art. 180.2 de la LS cuando se den los presupuestos de ese precepto. 4. Téngase en cuenta, también, para fijar con más precisión las facultades que el Estado (y, en su caso, la Comunidad Autónoma), pueden asumir conforme el art. 180.2 de la LS, que tales facultades no pueden ser interpretadas como la posibilidad de realizar actos urbanísticos libremente y sin respetar el planeamiento previsto siempre que se den los presupuestos de urgencia y excepcional interés público, ni que la concurrencia de tales requisitos pueda ser estimada discrecionalmente por el Gobierno. Respecto al primer punto conviene recordar que el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución). El Estado tendrá que conformar en principio los actos que pretenda realizar al planeamiento existente. Sólo cuando esto no resulte posible y el excepcional interés público exija no sólo proceder por vía de urgencia que exime de solicitar previamente la licencia municipal, sino no respetar el planeamiento establecido, cabrá apartarse de éste y ordenar la iniciación del procedimiento de revisión o modificación del planeamiento previsto en el mismo art. 180.2. Y, naturalmente, los acuerdos que en aplicación de ese art. de la LS adopte el Gobierno son recurribles ante la jurisdicción competente, tanto por el municipio afectado como por el Gobierno Vasco, e incluso por cualquier ciudadano, ya que la legislación urbanística reconoce la acción popular (art. 235 LS); y a los Tribunales corresponde decidir si se han dado determinados los presupuestos de urgencia y excepcional interés público, y si era necesario, en su caso, apartarse del planeamiento establecido". Tal doctrina ---también desde una perspectiva competencial--- es reiterada en la posterior STC 149/1998, de 2 de julio, en la que, en síntesis, se declaraba la constitucionalidad del artículo 25 de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco, que contenía una remisión al estatal 180.2 TRLS76. No obstante tal constitucionalidad del precepto autonómico, el Tribunal Constitucional reitera también la competencia estatal. "En otras palabras, el Estado podrá ejercer la facultad de acordar la

ejecución de proyectos de obras, actividades o servicios que puedan resultare eventualmente contrarios con las determinaciones de los instrumentos de ordenación territorial o las de los planes urbanísticos cuando lo haga en uso de una competencia reservada ex art. 149.1 C.E. y siempre que se den los presupuestos que se señalaban en el art. 180 T.R.L.S. (1976) y que hoy recoge el vigente art. 244 T.R.L.S. (1992), es decir, razones de urgencia o excepcional interés público, de forma que sólo acudiendo a lo preceptuado en dicho artículo sea posible el ejercicio de las referidas competencias (STC 56/1986, fundamento jurídico 3º).

B) Que tal potestad, como ya se ha adelantado en la cita jurisprudencial efectuada, continuó (artículo 244.2) en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRLS92), que fue declarado vigente por la STC 61/1997, de 20 de marzo. C) Que la misma no fue alterada por la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), que expresamente mantuvo la vigencia del citado artículo 244.2 del TRLS92. D) y que, de ahí, pasa al precepto que nos ocupa: Disposición Adicional Décima del TRLS08, sin que la misma haya sido alterada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que ha modificado algunos artículos del citado TRLS08.”

Complemento de esa regulación general es la sectorial. Numerosas normas exceptúan de manera expresa el control preventivo municipal para determinados actos (artículo 18 de Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras; artículo 10 del Real Decreto 2591/1998, de 4 diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio; artículo 60 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, artículo 7.3 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario) .

Mayoritariamente se consideró que dado que en los expedientes de expropiación forzosa es necesaria la intervención de la Administración Local (artículos 18, 48, 52, 110, 111 de la Ley de Expropiación Forzosa) y la utilidad pública y el interés social de todo procedimiento de esta naturaleza, no es exigible el control preventivo de la segregación. Solicitar licencia podría suponer una abdicación de la competencia que corresponde a otra Administración Pública, teniendo en cuenta que la ejecución de la obra si va a precisar de ella salvo que se den los supuestos singulares de la disposición adicional décima citada.

Atendiendo a estos antecedentes, algunos intervinientes consideraron que, dado que con carácter general es exigible el control municipal de todos los actos que cada norma de suelo autonómica sujete a licencia, salvo que ésta exceptúe el requisito (en este sentido la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana en su artículo 228 que exceptúa la licencia para divisiones o segregaciones procedentes de expropiación forzosa), será exigible a menos que nos encontremos en el supuesto de hecho de la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Suelo o en una norma sectorial que no la exija.

LICENCIA URBANÍSTICA PARA DIVISIÓN HORIZONTAL

En una finca registral consta la siguiente indicación descriptiva: "en la finca existen dos edificios, uno destinado a concesionario de vehículos con una superficie aproximada de 860 metros cuadrados y otro destinado a mesón-bar con una superficie de 670 metros cuadrados". La finca descrita tiene dos referencias catastrales.

Ahora, previa justificación de que el mesón-bar fue objeto de ampliación de obra nueva en el año 2001, haciendo una nueva planta, pretenden dividir horizontalmente la finca en tres. No aluden a ninguna licencia municipal, que parece exigible a la vista del artº 53 del Rgto. 1093/1997 y 10,3 LPH, entre otros. Pero, y si sólo se dividiera en los dos elementos que ya se mencionan en la inscripción ¿debería exigirse la licencia del Ayuntamiento?

Mayoritariamente se considera que será la voluntad del constituyente del régimen el que determine el régimen jurídico aplicable al mismo. Si se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, nos encontraremos ante una propiedad horizontal tumbada, no será necesaria licencia de parcelación (vid. Resoluciones de 3 de diciembre de 2009, 21 de enero y 17 de octubre de 2014, 13 de julio de 2015, 15 de febrero y 22 de mayo de 2018, entre otras). Si por el contrario se pretende la existencia de pluralidad de edificaciones cuyo suelo y vuelo sean privativos y la existencia de una copropiedad de esos elementos independientes sobre otros elementos inmobiliarios, viales o servicios (elementos comunes), nos encontraremos ante un complejo inmobiliario y será preceptiva la oportuna licencia.

Frente a la posición mayoritaria, algunos intervinientes consideraron que la existencia de una pluralidad de edificaciones independientes, aisladas las unas de las otras, y sin elementos estructurales comunes, nos conducen ineludiblemente a un complejo inmobiliario, lo que se refuerza, en este caso, por la existencia dos departamentos que forman un edificio, con elementos estructurales comunes, y otro departamento que es totalmente independiente.

No se consideró aplicable el artículo 10.3 de la Ley de la Propiedad Horizontal. Siguiendo la doctrina de la Dirección General, este precepto es aplicable a los supuestos de creación de un nuevo elemento en una propiedad horizontal ya constituida, no cuando se constituye el régimen (vid resoluciones de 17 de octubre de 2014, 13 de julio de 2015 y 10 de septiembre de 2018)

NECESIDAD DE NOTIFICAR AL CÓNYUGE DEL EMBARGADO EN LAS ANOTACIONES DE EMBARGO CAUTELAR DICTADOS INAUDITA PARTE

Se presenta mandamiento de anotación de embargo por un juzgado de lo Mercantil, pieza de medidas cautelares en un procedimiento ordinario, en que el Juez acuerda en Auto como medida cautelar en base al artículo 733-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin previa audiencia de la parte demandada, la anotación de embargo preventivo sobre una finca registral que está inscrita a favor del demandado y de su cónyuge para su sociedad de

gananciales. ¿Debe exigirse la notificación al cónyuge titular registral que no es demandado ni por tanto parte en el procedimiento ex. art 144-1 RH y 541 -2 LEC?

Por la mayoría de los asistentes, aunque hubo posturas en contra, se consideró anotable el embargo preventivo sin necesidad de acreditar la notificación al cónyuge. Será en el momento de su conversión en embargo ejecutivo, si ésta llega a producirse, cuando proceda exigir la notificación del artículo 144.1 LH.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Criterios de Calificación en un informe de 4 de enero de 2017, señalando que la DGRN sostuvo en su Resolución de 1 de octubre de 2005 la no necesidad de notificación al deudor para la anotación de un embargo cautelar administrativo, remarcando las diferencias entre los embargos ejecutivos y los cautelares, y señalando entre otros motivos “la específica previsión en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del afectado (cfr. artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”. Conforme a esta doctrina, será en el momento de la conversión del embargo cautelar en embargo ejecutivo cuando habrá de acreditarse la notificación al titular registral y el resto de notificaciones legalmente exigibles.

Este mismo informe añade que tampoco la falta de notificación al cónyuge se considera obstáculo que impida la anotación. Será en el momento de conversión del embargo cautelar en embargo ejecutivo cuando habrá de acreditarse la notificación al cónyuge del titular registral (artículos 144.1 RH).

Rivas Torralba en su obra sobre las anotaciones de embargo, tras señalar las diferencias doctrinales en el tema, también acepta en la página 94 de su obra “Anotaciones de Embargo” la anotación del embargo preventivo sobre bienes gananciales sin audiencia del demandado aunque no se acredite la notificación al cónyuge. Pero posteriormente señala que si con posterioridad a la anotación de embargo no se ordena ni se practica la conversión del embargo preventivo en ejecutivo y por tanto no consta la notificación al cónyuge del demandado puede justificar la denegación de la inscripción del auto de adjudicación en su día. En la misma obra cita la Sentencia del TS de 26 de mayo de 1998 que declara la indefensión del cónyuge del demandado que no ha sido notificado y justifica la indemnización de daños y perjuicios a su favor.

Como se ha dicho, la postura no fue unánime defendiéndose por algún compañero la aplicación del artículo 144.1 RH, dado que este precepto reglamentario habla de anotación de embargo de bienes sin distinguir si se trata de embargos cautelares o ejecutivos, por lo que no procede hacer una aplicación diferente en uno y otro supuesto.

PLAZO DE CONSERVACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL ARCHIVO DEL REGISTRO

Aunque no es cuestión de calificación, quería plantear por cuánto tiempo debemos conservar en la oficina cartas de pago, solicitudes de notas de notario, etc.

Se recordó que la materia está tratada en el Manual de tratamiento de datos de carácter personal para el Registro de la Propiedad, fechado en diciembre de 2014, páginas 57 y 58 y disponible en la intranet colegial. Existe otro manual para Registro Mercantil y de Bienes Muebles. Del primero resultan los siguientes plazos:

3.4.6. Plazo legal de conservación de los documentos

En primer lugar, es preciso considerar que la normativa de protección de datos no establece plazos de vigencia concretos para la información. Así, la vigencia de la misma deberá determinarse atendiendo a la finalidad para la cual fueron recabados los datos de carácter personal objeto de análisis, y siempre atendiendo a la normativa sectorial aplicable.

No obstante lo anterior, es posible citar a modo orientativo los plazos de vigencia que la normativa interna del Colegio de Registradores consideró adecuados (Documento Colegial de Plazos de Conservación de Legajos en Registros, de 10 de junio de 2008) atendiendo a la principal tipología de documentos que manejan los Registros. Así, es posible recomendar al menos un plazo de conservación de los mismos:

Documentos privados. Dado que no tienen matriz ni duplicado que se guarde en otra oficina pública, en principio deberían conservarse indefinidamente, pero en aplicación de la prescripción “secundum tabulas” del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se recomienda que se conserven durante 20 AÑOS.

Documentos judiciales y administrativos. Dado que normalmente tienen matriz en otras oficinas, se deben guardar durante el plazo de 20 AÑOS señalado expresamente por el artículo 414 del Reglamento Hipotecario.

Documentos públicos generados por el propio Registro (edictos o expedientes de rectificación de errores en los asientos). Se entiende aplicable lo dicho respecto a los documentos privados.

Cartas de pago de los impuestos. Dado que existen distintas normativas implicadas a la hora de interpretar los plazos de conservación aplicables a este supuesto (principalmente normativa hipotecaria, fiscal y autonómica en su caso), desde el departamento de protección de datos del CORPME se recomienda atender al criterio más restrictivo. Esto es, los legajos de cartas de pago y sus copias podrán inutilizarse una vez transcurridos 20 AÑOS desde que fueron formados.

No obstante lo anterior, puede ser correcta la interpretación de criterios menos restrictivos de conservación de estos documentos. En todo caso, se deberá atender a la normativa específica.

Planos. Su conservación debe ser INDEFINIDA, salvo que se sustituyan por otros, por la modificación planimétrica de la zona a que se refieren o se incorporen a bases gráficas digitalizadas.

Notas de calificación. Dada su obligatoria constancia en el Libro Diario (artículo 323 de la Ley Hipotecaria y 429 del reglamento Hipotecario) y su inmediato conocimiento por los afectados (artículo 322 de la Ley Hipotecaria), sólo deberían conservarse durante el año de la acción civil contra el Registrador. Pero dado que las notas denegatorias actuales pueden ser de una extensión que impida su reflejo en el libro Diario, se recomienda que se forme con ellas anualmente un libro auxiliar -artículo 362 del Reglamento Hipotecario- de conservación INDEFINIDA.

Expedientes formados como consecuencia de los recursos contra la calificación. El artículo 327 de la Ley Hipotecaria sólo obliga a remitirlo a la DGRN, no a guardar un duplicado. Sin embargo, dado su conexión con la nota de calificación, pues su resultado puede motivar una reclamación de responsabilidad civil, y a su generalmente escaso número, no se ve inconveniente en su archivo en el indicado libro auxiliar debidamente relacionado con la nota de la que derivan. Su conservación puede ser, por tanto, INDEFINIDA.

Notificaciones que el Registrador debe de hacer como consecuencia de los procedimientos de ejecución (artículos 660 de la LEC y 135 de la LH). Podría considerarse que se deben archivar junto a los mandamientos que han dado lugar a los asientos registrales de los que derivan y, por tanto, se inutilizarían con aquellos. No obstante, dado que el plazo de responsabilidad del Registrador por su omisión (15 años desde su omisión del artículo 1964 del Código civil en relación con el 311 de la Ley Hipotecaria) puede ser superior al de conservación de los mandamientos en el caso de prórrogas sucesivas, se recomienda su archivo separado y su conservación durante los citados 15 AÑOS. **TÉNGASE EN CUENTA LA MODIFICACIÓN ARTÍCULO 1.964 CC QUE REDUCE EL PLAZO A 5 AÑOS** (en vigor desde el 07/10/2015).

Solicitudes de publicidad formal. Según dispone la norma sexta de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 de la DGRN, sobre principios generales de publicidad formal “quedarán archivadas, de forma que siempre se pueda conocer la persona del solicitante, su domicilio y su documento nacional de identidad o número de identificación fiscal durante el periodo de 3 AÑOS”, para que si lo solicita el titular de las fincas afectadas, se le pueda informar de quién ha solicitado información respecto a su persona y bienes y pueda ejercitar, si lo estima oportuno, las acciones que le competan.

Duplicados de las certificaciones y notas simples expedidas a particulares. No existe obligación de conservación, si bien a efectos de responsabilidad civil por posibles reclamaciones y para poder acreditar su verdadero contenido, se recomienda guardarlas durante 15 AÑOS, plazo máximo para el ejercicio de la misma (artículo 1964 del Código civil en relación con el artículo

311 de la Ley Hipotecaria). TÉNGASE EN CUENTA LA MODIFICACIÓN ARTÍCULO 1.964 CC QUE REDUCE EL PLAZO A 5 AÑOS (en vigor desde el 07/10/2015).

Comunicaciones de presentación de fax por notarios y autoridades judiciales y administrativas. No existe obligación legal de conservación, lo cual viene reforzado por su constancia en el Libro Diario, que está bajo la salvaguardia de los Tribunales y, en principio lo hace innecesario. Sin embargo, se estima prudente ante la posible alegación de errores (hora del fax, etc.) guardarlas durante 1 AÑO, tiempo que duraría la acción de responsabilidad civil debido a la inmediata notificación de la presentación con la hora y demás circunstancias obligatorias.

Conservación de solicitudes de notas simples remitidas por notarías. No es obligatoria su conservación, pues al estar legitimados los notarios como funcionarios públicos para solicitarlas, no les es aplicable la norma indicada para los particulares. No obstante, se recomienda su conservación durante 1 AÑO por la misma razón del punto anterior, dado que, como regla general, la posible discordancia se averiguará casi simultáneamente, pues la presentación de la escritura otorgada en base a la nota por medio del fax es, en la mayoría de los casos, automática.

Documentos en papel que sean simple reproducción de las escrituras presentadas telemáticamente. Una vez realizada la inscripción pueden y deben destruirse. Otro caso distinto es la conservación del documento electrónico en dicho formato. No existe regulación sobre este punto, por lo que de momento debe conservarse de una manera INDEFINIDA, máxime si además se considera que forma parte del llamado “expediente electrónico” (artículo 32 de la Ley 11/2007, de 22 de junio).

PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS POR CORREO ELECTRÓNICO

Un notario consulta telefónicamente cómo presentar una petición de certificación para un procedimiento de venta extrajudicial. Se le informa que intente hacerlo mediante presentación telemática como si fuera una escritura. Parece que el intento fue infructuoso porque recibo un correo electrónico, firmado por el notario con su firma electrónica notarial, en el que solicita que expida la certificación ¿Es éste un canal adecuado para causar un asiento de presentación?

Se consideró unánimemente que no podía admitirse el correo electrónico como un medio adecuado para la presentación de documentos en el Registro de la Propiedad, puesto que la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que estableció la implantación obligatoria de sistemas telemáticos, exige que la remisión de documentos por el notariado se realice a través de redes privadas telemáticas que deberán garantizar una interconexión segura por procedimientos exclusivos.

Se señaló además que aun cuando el artículo 418 del Reglamento Hipotecario admite la presentación de documentos por correo, no es admisible la aplicación analógica al correo

electrónico, puesto que la presentación por medios telemáticos ha sido objeto de una regulación específica en la citada Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

En el mismo sentido, el artículo 248 de la Ley Hipotecaria, en su apartado segundo, distingue como medios de presentación distintos el correo y la remisión telemática de documentos, debiendo adecuarse este segundo modo de presentación a las exigencias impuestas por la normativa citada.

PROPIEDAD HORIZONTAL INSCRIPCIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD. PROCOMUNAL

Una comunidad de propietarios se plantea adquirir un local del mismo edificio, que es un elemento independiente con su propia cuota de participación. La intención es destinarlo a servicio y uso de la comunidad, como lugar de reuniones, etc. ¿Podría inscribirse directamente a nombre de la Comunidad de Propietarios? ¿Cómo podría quedar configurada la nueva situación creada?

Se consideró que aun cuando fuese deseable, *lege ferenda*, la admisibilidad de la inscripción a favor de la comunidad de propietarios, la normativa vigente únicamente permite la práctica de anotaciones preventivas de demanda y de embargo a su favor (artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por la Ley 13/2015), habiendo admitido sólo con carácter excepcional la Dirección General de los Registros y del Notariado la práctica de inscripciones a su nombre, cuando la misma traiga por causa adjudicaciones judiciales a favor de la comunidad de propietarios (así, resolución de 26 de julio de 2017), pero siempre con carácter transitorio y como mero puente que haga tránsito a una posterior transmisión de la finca, sin que en modo alguno quepa la inscripción de una titularidad que nace con la vocación de permanente (resolución de 3 de abril de 2018).

Como consecuencia de ello, el objetivo perseguido por los interesados podría conseguirse por dos vías. Una de ellas sería la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, configurando la finca como elemento común y cancelando en consecuencia su historial registral, distribuyendo su cuota entre los restantes departamentos.

La otra opción sería la configuración de la finca como un elemento procomunal, supuesto que ha sido admitido por el Centro Directivo en resolución de 20 de diciembre de 1973, o las más recientes de 4 de octubre de 2013 y 22 de febrero de 2017, siendo para ello necesario que el título de modificación de la propiedad horizontal determinarse los elementos o características esenciales de ese departamento, especificándose tanto “la cuota o proporción en que dicho elemento se adquiere por los propietarios –por ejemplo, en proporción a su respectiva cuota en los «elementos, pertenencias y servicio comunes» a los que se refiere el artículo 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal–, como la conexión «ob rem» de dicha cotitularidad con la respectiva propiedad del elemento o departamento privativo de la que sería así inseparable”.

PROPIEDAD SEPARADA DE SUELO Y SUBSUELO

La propietaria de una finca quiere construir sobre ella un edificio de viviendas. El Ayuntamiento le exige un retranqueo para ampliar el vial, pero el proyecto de obra contempla que el sótano de la edificación se extienda bajo la superficie del retranqueo.

Una forma de regular los derechos del Ayuntamiento y del promotor es la constitución de un complejo inmobiliario. Pero parece una solución demasiado aparatosa para este caso.

Otra solución pudiera ser que el promotor conservase su finca sin ninguna alteración con la única salvedad de reconocer que una superficie, convenientemente delimitada, de la rasante quede destinada perpetuamente a uso público para vial.

La solución definitiva a la cuestión planteada dependerá de cuáles sean las concretas exigencias que imponga el Ayuntamiento para dar cumplimiento a la normativa urbanística.

Si el Ayuntamiento condiciona la concesión de la licencia de obras a la cesión de una superficie para la ampliación de un vial, deberá transmitirse la propiedad del terreno. En este caso, la solución pasaría por constituir un complejo inmobiliario entre el volumen del subsuelo sobre el que se va a extender el sótano del edificio a construir, previa su desafectación, y la superficie de la que procede como se admitió en las resoluciones de 5 de abril de 2002, 24, 26 y 27 de febrero de 2007.

En caso de que el Ayuntamiento no exija la cesión de la propiedad del terreno y acepte que queden cumplidas las exigencias urbanísticas condicionando la concesión de la licencia de edificación a la constitución de una servidumbre de uso público, deberá constituirse ésta con todos los requisitos que impone el principio de especialidad para su acceso al Registro: superficie afectada, destino, etc. de manera que quede perfectamente definido el contenido y extensión del derecho.

A este respecto se recordó cómo hoy en día no hay ningún obstáculo para la inscripción de estos derechos de dominio y uso público. La redacción primitiva del artículo 5.2 del Reglamento Hipotecario exceptuaba de inscripción las servidumbres impuestas por la ley que tuvieran por objeto la utilidad pública o comunal. Sin embargo, mucho antes de la modificación de este precepto (para eliminar la prohibición) por la reforma de 1998 ya se venía admitiendo, como regla general que resultaba de múltiples disposiciones legales que, para dar seguridad a terceros y a los mismos intereses públicos, no se debía cerrarse el Registro al dominio público cuando afecta a bienes que por naturaleza no son de dominio público ostensible.

TERMINACIÓN DE OBRA NUEVA DE AUTOPROMOTOR INDIVIDUAL.

Una SL, dueña de cuatro parcelas colindantes, que son fincas registrales independientes, las transmite a diferentes compradores. A continuación, cada uno de los compradores declara una obra nueva en construcción sobre su parcela en calidad de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. La licencia de obras autoriza a la construcción de

cuatro viviendas unifamiliares adosadas, licencia que es solicitada por Residencial Siete Picos, C.B.

En las cuatro escrituras de declaración de obra nueva consta literalmente la siguiente servidumbre (que no se ha inscrito): "Se constituye servidumbre recíproca de estructura con las fincas registrales *** y ***, de forma que esta vivienda, junto con las otras tres comprendidas en la citada licencia que se construirán sobre las citadas fincas registrales, no puede ser objeto de demolición o actuación estructural si no es en una actuación conjunta para las cuatro viviendas definidas en el proyecto conjunto, comprometiéndose la parte compradora a respetar dicha advertencia y a ponerla de manifiesto en siguientes transmisiones".

Se plantea ahora, en la declaración de la terminación de la obra, si es exigible el seguro decenal. Véase al respecto la Resolución de 29 de noviembre de 2017.

La exención del seguro decenal prevista en la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación exige dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo: que se trate de la construcción de "una única vivienda unifamiliar" y que sea "destinada a uso propio". Según la resolución DGRN de 29 de noviembre de 2017, el subjetivo existirá cuando el autopromotor pretenda disfrutar de ella, no destinarla a su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros. Y el objetivo implica el concepto de vivienda unifamiliar que viene dado por unas características constructivas y arquitectónicas determinadas, y especialmente por una concreta ordenación jurídica, que configuran a la edificación como autónoma, separada y que se destina a un uso individual. Jurídicamente se estructura como una única entidad física y registral, susceptible de una sola titularidad.

Con relación a este requisito objetivo, se consideró por buena parte de los asistentes que no se daba el presupuesto fáctico que permite la exoneración del seguro decenal. En efecto, la necesidad de constituir la servidumbre recíproca de estructura en los términos que se recogen en la escritura evidencia que no se trata de una vivienda unifamiliar estructuralmente independiente, sino de una edificación única que comprende cuatro viviendas unifamiliares. Recogiendo los argumentos de la resolución antes citada, no concurre en el supuesto planteado esta independencia estructural de las viviendas, lo que imposibilita su asimilación a una vivienda unifamiliar. No concurre en este caso el requisito objetivo de la exoneración de la obligación legal de constitución del seguro decenal, pues no se trata de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado por cuatro viviendas.

Está claro que el registrador no puede calificar desde la perspectiva del fraude pero, en este caso, de los datos apartados (enajenación de cuatro parcelas colindantes e inmediata declaración de obra nueva en construcción por los adquirentes; licencia conjunta para las cuatro viviendas; necesidad de constituir la denominada servidumbre de estructura) resulta que por el promotor de la edificación se está eludiendo el cumplimiento de la exigencia legal impuesta por la Ley de Ordenación de la Edificación. La exigencia de depositar en el Registro

para su archivo el Libro del Edificio, ex. artículo 202 LH, también permitirá comprobar si se trata de construcciones estructuralmente independientes o de una edificación única, y así poder reforzar la argumentación en una eventual nota de calificación negativa.

Por algunos de los asistentes se propuso que, dado que el seguro de daños o caución garantiza durante diez años el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, podría salvarse la inscripción por medio de un certificado expedido por técnico competente que acreditara que las cuatro viviendas, en cuanto a estos elementos, son independientes entre sí y que el vicio o defecto que tenga su origen en los correspondientes a cada una de ellas no afectaría a las restantes.

TÍTULO SUCESORIO EN LA SUCESIÓN INTESTADA

C fallece en 2015 estado de casado, sin descendientes y sin haber otorgado testamento. Por acta notarial se declaran herederos a su madre D (artículos 935 y 936 CC), con respeto a la viuda A que tiene como legítima del usufructo de la mitad de la herencia (artículo 837 CC).

La madre D fallece en 2016 en estado de viuda bajo testamento en el que instituye herederos universales a sus hijos C y M por partes iguales, sustituidos para los casos de premoriencia, renuncia e incapacidad por sus respectivos descendientes.

El hijo C premurió a su madre sin descendientes, como se ha dicho. Y la hija M, en el ejercicio del derecho de transmisión del artículo 1.006 CC, renuncia a la herencia de su hermano C.

¿Puede considerarse a la viuda A heredera única de C? ¿Sería necesario acreditar que la hija M no tiene herederos? ¿Debería tramitarse acta de notoriedad que declarara heredera a la viuda A?

Ver RDGRN de fecha 19 de junio de 2013 (BOE de 29 de julio). En ella se resolvió que, fallecido el causante sin otorgar testamento sobreviviéndole su madre y esposa, basta acreditar la renuncia de la madre para inscribir a nombre de la esposa pues, constituyendo el título de la sucesión intestada la ley, hay base suficiente para que el registrador realice una calificación positiva atendiendo a la ley y los datos fácticos que resultan acreditados en el acta.

Como señala La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964 “la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente «ope legis»”. En definitiva, el llamamiento al heredero lo hace la ley (cfr. art. 657 del Código civil); la resolución judicial o el acta notarial se limita a concretar una delación ya diferida (vid. Resolución de la Dirección General de 12 de noviembre de 2011). Por ello, cuando resultan acreditados de modo indubitado todos los elementos para que se entienda producido el llamamiento abintestato en favor de una persona, no es necesaria el título formal, acta de

notoriedad, que lo determine (en este sentido la Resolución de la Dirección General de 19 de junio de 2013).

En el supuesto de hecho planteado, se consideró innecesaria una nueva acta de declaración de herederos abintestato de C, pero solo en el caso de que quedase acreditado que carece de otros ascendientes de las líneas paterna y materna. En el caso de D, la madre, resulta de su testamento que carece de ascendientes lo que a juicio de los asistentes constituye prueba suficiente. Sin embargo, no queda acreditada la inexistencia de ascendientes por línea paterna. Con arreglo al artículo 923 del Código civil, con relación a los artículos 936 y 937, tras la repudiación de la herencia por M, son llamados los ascendientes de grado siguiente de C.

USO DE VIVIENDA FAMILIAR EN CONVENIO SUSCRITO POR PAREJA DE HECHO

Se plantea la cuestión de si es inscribible un derecho de uso sobre la vivienda familiar acordado en un convenio judicialmente aprobado en un procedimiento de medidas paterno filiales, entre dos personas que son pareja de hecho.

Con carácter previo al debate, se señaló que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun cuando ha rechazado la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil en alguna sentencia a las uniones de hecho (así, las STS 611/2005, de 12 septiembre, o la STS 6227/2011, de 6 de octubre, según las cuales "debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC , ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad"), lo ha aceptado en otras (así, la STS 190/2015 , de 16 de enero, la cual afirma "Las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso").

De acuerdo con esta premisa, se señaló que existían argumentos para defender que la cláusula relativa al derecho de uso sobre la vivienda de la unión no era inscribible de no existir vínculo matrimonial, de modo que la validez de tal estipulación se limitaría a las relaciones personales entre las partes, sin que puedan establecerse limitaciones a las facultades de disponer frente a terceros que no han sido previstas legalmente. Y ello tanto por el hecho de las limitaciones a la facultad de disposición han de ser objeto de una interpretación estricta, por afectar a las facultades dominicales del propietario, como porque la regla del artículo 96 del Código Civil, en lo relativo a la limitación de la facultad de disposición, no es más que la previsión de que continúen las reglas de disposición de la vivienda familiar previstas en el artículo 1320 del propio Código en los supuestos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio. Y la regla del artículo 1320 del Código Civil (que tiene su reflejo registral en el artículo 91 del Reglamento

Hipotecario), en derecho común, es aplicable únicamente en los supuestos de matrimonio, a diferencia de otros derechos forales, que la consideran de aplicación a la unión de hecho (así, en Cataluña, conforme al artículo 234-3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia).

Carecería así de sentido que, de reconocerse un derecho de uso sobre la vivienda común a la unión de hecho, hubiese el mismo de regir en el ámbito de registral en el caso de ruptura de la convivencia, cuando tal derecho no tiene relevancia alguna mientras dura la unión, como lo demuestra el hecho de que el Centro Directivo ha considerado que la manifestación del artículo 91 del Reglamento Hipotecario (reflejo registral, como se ha dicho, del artículo 1320 del Código Civil) no es exigible en modo alguno en derecho común a las personas no casadas (así, resolución de 30 de noviembre de 2013).

Es también significativa en este sentido la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa al convenio regulador de las medidas de guarda y custodia de hijos no matrimoniales, que ha negado a tales convenios unos efectos jurídicos análogos a los de separación o divorcio. Así, la resolución de 24 de octubre de 2018 señala que no puede admitirse este convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de una disolución de una comunidad de bienes adquiridos al margen o en ausencia de todo régimen conyugal. Y también la resolución de 11 de mayo de 2013, que rechaza la inscripción de un acta de conciliación dictada por juez de Paz en la cual las partes se avienen sobre determinados extremos obligacionales –uso provisional y pagos– relativos a una vivienda de la que son únicos titulares, todo ello con ocasión de la ruptura de su convivencia, sin que consten más datos sobre su situación personal, ni si se ha presentado o no demanda de separación o divorcio.

Sin embargo, se entendió mayoritariamente que la cláusula sería susceptible de inscripción, pues si la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado aplicable, como vimos, la disposición del artículo 96 del Código Civil a las uniones de hecho, ningún obstáculo debe existir para su reflejo registral. En efecto, si el derecho de uso sobre la vivienda familiar tiene acceso al Registro de la Propiedad es precisamente por la limitación del derecho de disposición que el mismo implica. En este sentido, señala la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de octubre de 1999 que con independencia de que el derecho de uso sobre la vivienda familiar sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos "erga omnes", por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el art. 34 de la Ley Hipotecaria. Y en el mismo sentido, la resolución de 20 de octubre de 2016 señala que el derecho de uso es inscribible, teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer (art. 26.2 LH) o como verdadero derecho real, ya que constituye una limitación a las facultades del cónyuge propietario. Y si esta limitación ha sido reconocida tanto en el caso de ruptura del matrimonio

como en el de ruptura de la unión de hecho, sólo se conseguirá su efectividad frente a terceros permitiendo su acceso al Registro.

Se señaló además que la doctrina citada del Centro Directivo se refería siempre a las consecuencias patrimoniales de la ruptura de la unión de hecho, que efectivamente no han de tener acceso al Registro en procesos relativos a medidas paterno filiales, pero en ningún caso debe ser objeto de aplicación esta doctrina al derecho de uso sobre la vivienda familiar, que sí es necesariamente objeto de este tipo de procedimientos judiciales.

USO FAMILIAR

Consta inscrito en el Registro un derecho de uso a favor de un ex-cónyuge y su hija en virtud de convenio regulador de un divorcio. La propiedad es del otro cónyuge con carácter privativo por título de herencia.

Se presentó en su día un mandamiento de embargo AEAT dirigido contra el padre, titular del dominio de la finca, solicitando el embargo del pleno dominio. Se denegó el embargo con la siguiente nota de calificación: "Estando inscrito en virtud de mandamiento judicial un derecho de uso y disfrute a favor de doña XXX, menor de edad, y de su progenitora, doña YYY, es necesario que la demanda se dirija no sólo contra el don ZZZ sino contra las dos señoras citadas habida consideración de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, así como también habrá que tener en cuenta la autorización judicial correspondiente del artículo 166 del Código Civil en caso de realizarse la enajenación por subasta por ser una de los interesados menor de edad".

Ahora se aporta una diligencia al objeto de subsanar los defectos que dice que la diligencia de embargo ha sido notificada a la hija y a la excónyuge como progenitor custodio.

Se plantean dos cuestiones al respecto:

- 1) Posibilidad de practicar el embargo y en qué términos.
- 2) Qué ocurrirá con ese derecho de uso inscrito con carácter preferente al embargo en caso de que se presente la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución del embargo.

La escasa regulación en nuestro Código Civil de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial (nótese que sólo tenemos los artículos 96 y 1.320) ha contribuido a crear mucha confusión sobre la naturaleza jurídica y efectos de esta figura. Seguramente esta es la razón que justifica que, con relativa frecuencia, se planteen este tipo de casos en el Seminario. También ha dado lugar a variadas posturas doctrinales y pronunciamientos de los Tribunales. Tampoco ha colaborado mucho a aclarar su naturaleza recientes resoluciones DGRN que han venido a cuestionar o desdibujar la doctrina que, con mayor claridad, habían ido perfilando otras anteriores, y cuyo criterio ha sido recogido por importantes sentencias del Tribunal Supremo.

De especial trascendencia es la de fecha 14 de enero de 2010 (STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 859/2010 de 14 de enero), con el concurso del Pleno que, con fines de unificación de doctrina, señala:

Que de la ubicación sistemática del artículo 96 CC y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido, *se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, **cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia** o a aquél que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección.*

*Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular **no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge**, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello inscribible en el Registro de la Propiedad.*

De la jurisprudencia del TS resulta que:

1.- La atribución judicial del uso no es un derecho real sino un derecho de carácter familiar que se manifiesta y ejerce en la esfera de las relaciones privadas familiares. Resuelve entre los dos cónyuges quién ha de continuar viviendo en lo que hasta la ruptura del matrimonio era el hogar familiar (artículo 68 CC) con independencia de su titularidad. Es un derecho que se ejerce por uno frente al otro, pero sin crear ningún derecho nuevo que antes no existiera, pues la sentencia no tiene virtualidad para ello.

2.- El título que legitima al cónyuge no propietario a ocupar en exclusiva la vivienda es exigible únicamente frente al otro cónyuge, pero no frente a terceros adquirentes ajenos a las obligaciones familiares. Y, como no se puede obligar a extraños al vínculo matrimonial a mantener necesidades familiares, por muy dignas que sean de protección, con el fin de evitar que la eficacia del derecho de uso se frustre por una enajenación realizada por el cónyuge propietario no usuario, se impone a éste una limitación para la realización de actos dispositivos, exigiendo el concurso del cónyuge no titular para su validez.

3.- Desde el punto de vista patrimonial, en relación con los terceros ajenos a estas relaciones creadas por el vínculo matrimonial, el derecho de uso atribuido judicialmente se manifiesta en la limitación impuesta por el párrafo cuarto del artículo 96 CC "*Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*". Y como la única posibilidad de que tal limitación de las facultades dispositivas sea verdaderamente efectiva es su constancia registral, para que sea oponible a terceros, se declara inscribible en el Registro de la Propiedad.

4.- La razón de ser de esta constancia registral no radica, pues, en si es un derecho real o no sino en que, respecto de terceros, implica una limitación de las facultades dispositivas del titular registral con efecto "*erga omnes*" y por ello inscribible.

Partiendo de estas premisas, en el caso de embargo de bienes cuyo uso haya sido atribuido judicialmente, el consentimiento previo exigido por el 96.4 CC para las enajenaciones voluntarias se sustituye por un sistema de notificaciones al cónyuge no titular, conforme al artículo 144.5 RH.

En los procesos de ejecución, la protección de la vivienda familiar se hace efectiva mediante la regla contenida en el apartado 5 del artículo 144 RH. Los efectos de esta notificación se reducen a que el cónyuge no titular tenga conocimiento de la ejecución, pero sin que pueda oponerse por el único hecho de tratarse de la vivienda familiar. Podrá exigir la aplicación del artículo 541 LEC, en caso de ser bienes gananciales, o podrá señalar otros bienes que puedan ser de orden preferentes para el embargo (ex. artículo 592 LEC), pero la ocupación de la vivienda por la familia no será obstáculo para la ejecución, ni será oponible al rematante o adjudicatario.

Pues bien, dado que, en una situación de estabilidad del matrimonio, si llegara a consumarse la ejecución y la vivienda pasara a un tercer adjudicatario, éste recibirá el bien libre de cualquier carga o limitación y la familia será desalojada de la finca, lo mismo ocurrirá si ha habido ruptura del vínculo y se ha atribuido el uso familiar al cónyuge no titular. Y este efecto se producirá tanto si consta inscrito sobre la finca en cuestión la atribución judicial del uso como si no, y tanto si el uso es anterior o posterior al embargo o a su anotación. La única salvedad consiste en que si consta ya inscrito el derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando se presenta el mandamiento de embargo, el registrador exigirá la notificación prevista en el artículo 144.5 RH para poder practicar la anotación. El cónyuge a quien se le ha atribuido el derecho de uso puede hacerlo valer solicitando la inscripción registral, pero no puede impedir la realización ejecutiva para dar satisfacción a créditos exigibles (STS, Sala 1ª, número 1234/2014, de 14 de diciembre de 2004). En definitiva, la inscripción de la adjudicación llevará consigo la extinción de la atribución judicial del uso.

Algunos autores (vid. José Manuel García García en la nota al pie del artículo 144.5 RH en el Código de Legislación Hipotecaria) consideran que la aplicación del artículo 144.5 RH no sólo implica que, si consta inscrito el derecho de uso, habrá de acreditarse la notificación que este artículo exige para poder practicar la anotación preventiva del embargo en procedimiento seguido contra el cónyuge titular registral. Entienden también, por otro lado, que al constar inscrito el derecho de uso del otro cónyuge, procede denegar la anotación respecto del derecho de uso por constar inscrito a nombre de persona distinta del demandado.

Sin embargo, parece que exigir la notificación al cónyuge no propietario es incompatible con la denegación del embargo respecto del derecho de uso inscrito. Si se entiende que debe denegarse el embargo sobre el derecho de uso ¿para qué exigir la notificación? Nuestro sistema registral

nunca exige notificar a ningún derecho que sea anterior y preferente, puesto que no se va a ver afectado por el embargo posterior. Si se exige esta notificación es para advertir al titular del uso que, en caso de ejecución, su derecho va a desaparecer, y evitar que este inexcusable efecto se produzca sin tener conocimiento siquiera del procedimiento.

Entender que la atribución judicial del uso debe subsistir, no obstante la adjudicación de la finca a un tercero, supondría “de facto” excluir la vivienda familiar del principio de responsabilidad patrimonial universal. Además, no se trata de cancelar un derecho inscrito en el Registro, en este caso el uso familiar, con una simple notificación a su titular pues, como se ha dicho, la atribución judicial del uso no ha creado ningún derecho nuevo; el cónyuge usuario no es titular de ningún derecho real y su constancia registral se limita a publicar la limitación de las facultades dispositivas del cónyuge titular no usuario.

Estas reflexiones están tomadas, y así se expusieron en el Seminario, de la ponencia LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL publicada en el número 37, abril-junio de 2018 de la Revista “Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo”.

VENTA EXTRAJUDICIAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. CALIFICACIÓN. FIJACIÓN DE UN TIPO MÍNIMO PARA LA SUBASTA

Se presenta en el Registro escritura pública de adjudicación al acreedor hipotecario de una finca sita en este Distrito Hipotecario como consecuencia de venta extrajudicial ante notario en ejecución de la hipoteca inscrita, acompaña de copia del acta de tramitación de dicha venta extrajudicial.

Se plantean las siguientes cuestiones:

a) Al margen de la hipoteca ejecutada, no consta extendida nota de expedición de certificación de cargas. Se comprueba en el Registro que el notario pidió en su día una certificación por Floti, sin indicación alguna a que la misma se solicitaba a los efectos de la ejecución en tramitación, ni que tuviera que ser continuada, alegando como motivo de la petición, “investigación patrimonial y crediticia”.

La certificación se expidió sin más, dado que no podíamos saber de la existencia del procedimiento.

Aun cuando la DGRN tiene establecido que la expedición de dicha certificación es trámite esencial del procedimiento, dado que en este supuesto no existen acreedores posteriores a su expedición que hubieran tenido que ser notificados, ¿puede practicarse la inscripción a pesar de la incorrecta cumplimentación del trámite?

b) A los efectos de calificación del Acta tramitada, el notario se limita a declarar que ha notificado a los acreedores posteriores, sin indicar a quién y cómo ha hecho dichas notificaciones.

¿Es suficiente esta declaración o debe exigirse que se indique a quién ha practicado dicha notificación y el medio de notificación y resultado de la misma, acreditado documental y fehacientemente mediante la correspondiente diligencia de notificación personal, o bien

mediante la incorporación del justificante de correos del acuse de recibo de la misma, o del burofax remitido?

c) Y por último, la cuestión más relevante. En el Acta de tramitación de la subasta se incorpora el pliego de condiciones establecido por el ejecutante, el acreedor hipotecario, para la celebración de la subasta.

Entre las condiciones impuestas, hay una especialmente delicada. El pliego fija un tope mínimo de 1.500.000 euros para poder participar en la puja. Entiendo que, si bien en las subastas extrajudiciales ordinarias cabe establecer este tipo de condición, no así en las que se celebran en ejecución de una hipoteca inscrita. Respecto de estas se aplican subsidiariamente las normas de la ejecución hipotecario de la LEC, entre ellos los artículos 670 y 671 LEC.

De admitir este tope se estaría limitando la libre y máxima concurrencia pretendida en estos procedimientos en garantía tanto de los derechos del deudor como del acreedor hipotecario.

En estas subastas en las que el pliego de condiciones lo establece el ejecutante que es el acreedor hipotecario, permitirle establecer este tipo de condiciones, le permite manipular en su beneficio el resultado de la subasta.

Así ha ocurrido en el presente caso, ya que el precio de tasación del bien hipotecado era de 2.714.130 euros, por lo que establecer un tope mínimo de pujas de 1500.000 euros superior al 50% del valor de subasta, le ha permitido al acreedor hipotecario adjudicarse la finca por valor de 1.357.065,00 (50% del valor de tasación) al haber quedado la subasta desierta en las condiciones establecidas, en aplicación del 671 LEC.

¿Hubiera quedado desierta la subasta sin el tipo mínimo de puja establecido en el pliego?

El derecho de hipoteca es un derecho de realización de valor. El acreedor tiene derecho a obtener, a través de los procedimientos legalmente previstos, la enajenación forzosa de la finca en caso de impago de la obligación garantizada para satisfacer su derecho (cfr. artículos 1858 y 1884 del Código civil). La atribución del “ius vendendi” al acreedor es un elemento esencial en la estructura de este derecho. La enajenación forzosa constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca, de suerte que tal enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca (cfr. art. 1.858 del Código Civil y resolución de 8 de noviembre de 1990). Habida cuenta de la elasticidad y carácter abstracto del dominio, cabe constituir un derecho real, como el de hipoteca, que confiere a su titular el ius disponendi sobre una cosa ajena, la perteneciente al deudor, sobre la que se constituye la garantía, para el caso de incumplimiento de la obligación asegurada. Como expresaba la Exposición de Motivos del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, «la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado –el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada– que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado». Lo que ocurre es que, conforme a la interdicción del comiso, contenida en el artículo 1.859 del Código Civil no se trata de una enajenación que pueda realizar por sí solo el acreedor, en las condiciones libremente fijadas por él, sino una enajenación que ha de ajustarse necesariamente a los trámites y requisitos establecidos. Trámites que en sede de ejecución extrajudicial son completamente ajenos a la voluntad de los interesados (cfr. arts 129.2 de la Ley Hipotecaria).

Respecto a la primera cuestión, dada la finalidad de la nota de expedición de certificación de cargas que es publicar que la hipoteca está en ejecución, teniendo un valor de notificación respecto de los titulares cuyos asientos se practican con posterioridad a la nota, si la ejecución se ha llevado a cabo por el titular inscrito de la hipoteca y con arreglo a las cláusulas que han accedido al Registro, la ausencia de la nota al margen de expedición de certificación de cargas no es impeditiva de la inscripción de la adjudicación.

Con relación a la segunda cuestión planteada, se entendió unánimemente que tratándose de un documento notarial el registrador tiene que calificar todos los trámites del procedimiento entre los cuales está el de las notificaciones habidas por aplicación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto al último punto, el artículo 129.2 d) de la Ley Hipotecaria es claro al señalar que *“La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. Por ello, la fijación de un tipo mínimo en la subasta es totalmente contrario a lo determinado por el artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, podría ser fraudulento para disuadir a posibles postores para que no pueden hacer pujas más bajas y con ello facilitar la adjudicación del acreedor al quedar desierta la subasta. Un compañero señala que el notario ha confundido la subasta voluntaria del artículo 108 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria con la prevista en el artículo 670 citado. El propio artículo 108 delimita el ámbito de actuación de estas subastas para los casos en que no se trate de un procedimiento de apremio y lo sea a instancia del propio interesado.

RESOLUCIONES JUDICIALES CON TRASCENDENCIA REGISTRAL

PRIMER TRIMESTRE DE 2019

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:](#) DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS: COMISIÓN DE APERTURA, IAJD, ARANCELES DE NOTARIO Y REGISTRADOR Y GASTOS DE GESTORÍA

[2º. Resolución:](#) LA IMPOSICIÓN DE LA RENUNCIA DE ACCIONES PARA EL CANJE DE BONOS U OBLIGACIONES DE BANCOS EN RIESGO DE DESAPARICIÓN CONSTITUYE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

[3º. Resolución:](#) ACCIÓN DE UN TERCERO PARA RECLAMAR, EN VÍA DE REGRESO, EL PAGO LIBERATORIO DE LO SATISFECHO TRAS ASUMIR LA DEUDA DE UN PRESTATARIO

[4º. Resolución:](#) Deberes de información de las entidades de planes de pensiones sobre los riesgos de la modalidad escogida para el cobro de la prestación una vez producida la jubilación; especialmente, en la modalidad de "renta asegurada".

[5º. Resolución:](#) Legitimación del notario para impugnar judicialmente la calificación negativa del registrador. Alcance de la calificación registral. Posibilidad de revisión por el registrador del juicio de validez y vigencia del poder realizado por el notario autorizante.

[6º. Resolución:](#) JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES SUPREMOS PARA LA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LA DOCTRINA CON RELACIÓN A LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN DE UNA DIRECTIVA

[7º. Resolución:](#) EXCEPCIÓN AL REPARTO GENERAL DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ NACIONAL Y EL JUEZ DE LA UNIÓN: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANULA LA DECISIÓN DE UNA AUTORIDAD NACIONAL

[8º. Resolución:](#) Conceptos de "consumidor" y de "profesional". Financiación de la adquisición de la vivienda principal. Préstamo hipotecario concedido por un empresario a su empleado.

9º. Resolución: CONSUMO. PRÉSTAMO MULTIDIVISA. TIPO DE CAMBIO. REFORMA LEGISLATIVA. JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE TRIBUNAL SUPERIOR. INDEPENDENCIA JUDICIAL. ALTO NIVEL PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

10º. Resolución: Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario. Declaración del carácter parcialmente abusivo de la cláusula. Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de "abusiva". Sustitución de la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional