LUNES 4,30

Revista de asuntos registrales

Año XXIII - Núm. 475 - marzo, 2010

LUNES 4'30

marzo2010 Nº475

Sumario

02 Casos Prácticos
por Cristina Martínez Ruiz.

04 Resoluciones
por Fernando Llopis Rausa.

09 Sentencias
por Alicia Mª de la Rúa Navarro.

24 Bases Gráficas Registrales
"Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 2009", por Pedro Fandos Pons.

35 Concurso de Artículos
"La calificación de las hipotecas: Un replanteamiento tras la Ley 2/2009 y la crisis", por Diego Vigil de Quiñones Otero.

42 Reseña Legislativa
BOE-DOG 1-31 de enero de 2010.

Fundador
Enrique Colomer Sancho

Coordinador general
Pedro Fandos Pons

Colaborador especial
José Bollaín Gómez

Consejo de redacción
Maria-Emilia Adán García
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Carbonell Serrano
Alicia Mª de la Rúa Navarro
Vicente Domínguez Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Consuelo García Pedro
Carmen Gómez Durá
Belén Gómez Valle
Marta Gozalbes y Fernández de Palencia
Susana Juste Ribes
Fernando Javier Llopis Rausa
Ana Isabel Llosa Asensi
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Silvino Navarro Gómez Ferrer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Ana María Sabater Mataix
Christian Sendín Martín
Miguel Soria López
Mª del Carmen Soto de Prado Otero

Maquetación
Julio Villamón Gamarra

Secretaría
María Dolores Fernández Puerta

Plaza de la Reina nº 5 • 46003 • Valencia
Teléfono: 96.353.27.65 • Fax: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos

por Cristina Martínez Ruiz. Registradora de la Propiedad

DETERMINACIÓN DEL PLAZO EN LAS HIPOTECAS A FAVOR DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

Se presenta en el Registro una escritura de constitución de hipoteca unilateral a favor de la Agencia Tributaria en garantía del aplazamiento y fraccionamiento de una deuda tributaria.

En dicha escritura no se indica cuál es el plazo y la Registradora se plantea si es de aplicación el artículo 48.5 del Reglamento General de Recaudación y si es suficiente con que resulte de la documentación aportada la fecha de pago del último aplazamiento o fraccionamiento.

El artículo 48.5 del RGR establece que "la vigencia de la garantía constituida mediante aval o certificado de seguro de caución deberá exceder al menos en seis meses al vencimiento del plazo o plazos garantizados".

En consecuencia, los contertulios entendieron que la exigencia de que la vigencia de la garantía exceda al menos en seis meses al vencimiento de los plazos garantizados, dado el tenor de dicho artículo, no es de aplicación cuando la garantía es una hipoteca.

Por otro lado, los contertulios entendieron que se ha de distinguir entre la duración de la obligación garantizada y la duración de la hipoteca.

En las hipotecas ordinarias, como es este caso, el artículo 12 LH tan sólo exige que se fije la duración de la obligación garantizada, a diferencia de lo señalado en el artículo 153. bis LH para las hipotecas flotantes, ya que dicho artículo 153.bis exige que se determine el plazo de duración de la hipoteca, que es un plazo de caducidad que exige dicho artículo ya que no están precisados los plazos de duración de las obligaciones garantizadas.

En consecuencia, en las hipotecas ordinarias, como es este caso, es suficiente con que conste el plazo de duración de la obligación garantizada, y si en la propia escritura o de los anexos se puede deducir claramente la fecha de vencimiento del último aplazamiento o fraccionamiento garantizado, el requisito del artículo 12 de la LH quedará cumplido, todo ello sin perjuicio de que si los interesados quieren, puedan pactar convencionalmente un plazo de caducidad de la hipoteca.

Además, hay que traer también a colación la RDGRN de 30 de septiembre de 2003 en la que se recogía un supuesto diferente al objeto de este caso, ya que se trataba de hipoteca unilateral a favor del Estado por deudas tributarias en litigio cuyo pago había sido objeto de un acuerdo de suspensión y en la que no se fijaba un día cierto de vencimiento pero se establecía que la hipoteca tendría vigencia hasta la resolución definitiva del Tribunal Económico Administrativo Central y en caso de acudir a la vía jurisdiccional, hasta la sentencia firme del Tribunal Supremo, siempre y cuando se mantuviera el acuerdo de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado.

En este caso la DG admitió la inscripción ya que se trata de una obligación sujeta a término incierto de exigibilidad pero que necesariamente ha de llegar (artículo 1125.II del CC) y que será aquél en el que se produzca la resolución firme.

TRANSMISIÓN DEL DERECHO A PERCIBIR LA OBRA FUTURA

En el Registro figura inscrita una cesión de un solar a cambio de la futura entrega de determinadas viviendas integrantes del edificio que se iba a construir en dicho solar.

Conforme al artículo 13 RH en su penúltimo párrafo, esta circunstancia se hizo constar en el Registro como forma de hacer constar la contraprestación, pero se advirtió que el derecho a la obra futura no era objeto de inscripción.

Esa obligación de entrega futura de las viviendas se garantizó con un aval prestado por una determinada sociedad, y dado que la construcción no se ha llevado a cabo y esta sociedad ha tenido que pagar al cedente, ahora otorgan una escritura pública en la que intervienen dicha sociedad y el cedente y el cesionario, por la que se hace constar que dicha sociedad se subroga en todos los derechos que tenía el cedente del solar en relación con la futura entrega de las viviendas.

Esta escritura se presenta en el Registro y el Registrador se plantea si es o no inscribible.

Algunos contertulios entendieron que sí debe inscribirse como si se tratara de una rectificación de la contraprestación y para tener unión causal con la futura entrega de las viviendas a la sociedad avalista y no al cedente del solar, sin embargo, la mayoría de los contertulios entendieron que carece de trascendencia real ya que se está refiriendo a una parte del negocio jurídico que no fue objeto de inscripción como antes se ha indicado. □

Resolución JUS/3883/2009 de 18 de diciembre

Licencia de segregación en títulos judiciales

Se presenta en el registro mandamiento para que, previa la cancelación de las inscripciones contradictorias, se inscriba el dominio de dos fincas segregadas, a título de herencia y compraventa o subsidiariamente, de usucapión.

El registrador suspende la inscripción alegando dos defectos, por un lado la falta de licencia de parcelación y por otro, faltan las circunstancias personales de las personas a favor de las cuales se tiene que inscribir la finca.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña desestima el recurso, confirmando los defectos del Registrador.

En relación al primero de ellos, el art.17.2 de la ley del suelo y el art.78 del RD 1093/1997, imponen la necesidad de aportar licencia de parcelación para inscribir las segregaciones contenidas en el título presentado. Además existe una doctrina registral consolidada de imposición de licencia para las segregaciones contenidas en documentos judiciales.

Con respecto a la falta de datos personales (edad, domicilio y estado civil), no supone que la sentencia éste incompleta, sino que para la inscripción el registrador necesitará que los interesados completen los datos personales que faltan.

Fernando Llopis

Resolución JUS/3888/2009 de 20 de diciembre

Consentimiento del cónyuge en la constitución de hipoteca

Se presenta en el registro escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre una vivienda y aval.

El registrador suspende la inscripción por no manifestar que la vivienda es necesaria para su vida familiar, o en caso que no lo sea, por no constar el consentimiento del cónyuge.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña desestima el recurso, confirmando los defectos del Registrador, en base al art.569.31.2 del Código civil de Cataluña: "la persona que hipoteca una vivienda, si ésta no tiene el carácter de familiar o común, lo tiene que manifestar expresamente en la escritura de constitución de hipoteca.

Fernando Llopis

RDGRN de 5 de enero de 2010
(BOE 08/02/10)

Rectificación de errores

Se presenta en el registro un escrito en el que se solicita la rectificación de errores en relación con diversas inscripciones de agrupaciones y segregaciones practicadas hace más de 20 años, de los que resulta una merma de la superficie inscrita.

El registrador deniega la práctica del asiento solicitado, señalando los siguientes defectos: la instancia presentada no cumple los requisitos de titulación autentica; la rectificación requiere del consentimiento de todos los titulares afectados o en su defecto resolución judicial; si estamos ante un exceso de cabida, no se han cumplido los requisitos previstos en la legislación hipotecaria.

La DGRN confirma la nota del registrador, señalando que los asientos del registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que no pueden ser modificados sin consentimiento de todos sus titulares o en virtud de resolución judicial firme.

Fernando Llopis

Resolución JUS/3654/2009 de 5 de noviembre

Cancelación del derecho de opción

El 10 de abril de 2008 se presentó en el registro escritura de constitución de un derecho de opción de compra entre dos sociedades que se inscribió. El 17 de abril de 2009 se presentó instancia ratificada ante el registrador por la cual la sociedad optante afirma haber adquirido la finca en ejercicio del derecho de opción y que la adquisición fue notificada de manera fehaciente a la concedente dentro del plazo señalado mediante acta de entrega, y se solicita la práctica de la inscripción. El 22 de abril se presentó instancia en el registro en la que la sociedad concedente de la opción solicita la cancelación de la misma, ya que citó al titular del derecho de opción para el otorgamiento de la escritura y no compareció, por lo que ha transcurrido el plazo para ejercitar la opción.

El registrador suspende la práctica de las operaciones solicitadas tanto por una como por otra parte. En relación con la cancelación alega que en el título de constitución se prevé

que el precio de la compraventa se ha de pagar en el momento de otorgar la escritura y que la entrega de la posesión de la finca a la compradora se efectuará simultáneamente de manera que, dado que no se ha pactado el ejercicio unilateral y como no ha habido tradición, la sociedad optante no ha adquirido la propiedad.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña estima el recurso interpuesto por la sociedad concedente, siendo por lo tanto, procedente la cancelación solicitada.

Afirma que el derecho de opción se ha extinguido por el simple vencimiento del plazo fijado convencionalmente dado que la sociedad optante no ha pagado el precio, ni ha recibido la posesión de la finca en los términos previstos en la escritura de 10 de abril. Este es el caso del derecho de opción que es objeto de este recurso que se extingue automáticamente y por caducidad por el simple transcurso del plazo.

Fernando Llopis

Resolución JUS/3555/2009 de 6 de noviembre

Acta de notificación del derecho de opción

Es el mismo supuesto que el anterior, pero el que interpone el recurso, es la sociedad que ejercita el derecho de opción, solicitando por tanto la inscripción.

El registrador suspende la inscripción entre otros defectos porque en el título de constitución se prevé que el precio de la compraventa se ha de pagar en el momento de otorgar la escritura y que la entrega de la posesión de la finca a la compradora se efectuará simultáneamente de manera que no se ha pactado el ejercicio unilateral y que como no ha habido tradición la sociedad optante no ha adquirido la propiedad. Además señala que no se puede inscribir el derecho de opción documentado en una simple acta que no tiene ninguna virtualidad posesoria.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña desestima el recurso, confirmando los defectos del Registrador.

Afirma que los documentos aportados no justifican el pago del precio ni la entrega de la posesión en la forma y en el plazo convenido en el título de constitución, es decir no son la escritura de compraventa en el ejercicio del derecho de opción. Se puede acreditar que se tomó la decisión de optar, pero no que se ha ejercido el derecho de opción. El acta de 6 de abril es una simple acta de notificación, y es en la escritura de compraventa en ejercicio del derecho de opción donde se debe contener la justificación del pago del precio pactado y la entrega de la posesión.

Fernando Llopis

RDGRN de 9 de enero de 2010
(BOE 19/02/10)

Obra nueva; licencia de primera ocupación

Se presenta en el registro escritura en la que se procede a la declaración de la obra nueva de una vivienda unifamiliar y, seguidamente, vende la finca y la vivienda cuya obra nueva previamente ha declarado a doña N.A.L. que, por medio de su representante, la compra.

El registrador suspende la inscripción por no acompañarse licencia de primera ocupación.

La DGRN estima el recurso, señalando que la legislación reguladora de la edificación no impone la exigencia de licencia de primera ocupación como requisito para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios.

Fernando Llopis

RDGRN de 14 de enero de 2010
(BOE 19/02/10)

Propiedad horizontal tumbada. Licencia de segregación

Se presenta en el registro escritura por la que los dueños por mitad y pro indiviso de una parcela sobre la que se halla edificada una vivienda, la dividen en dos elementos privativos, constituyen sobre la misma el régimen de propiedad horizontal y adjudican una vivienda a cada uno de los dueños.

El registrador suspende la inscripción, señalando que estamos ante una parcelación urbanística y que por lo tanto es precisa la oportuna licencia, en aplicación del art.66.2 de la ley 7/2002 de ordenación urbanística de Andalucía.

La DGRN estima el recurso, alegando que el precepto que señala el Registrador no se refiere a una edificación sino al terreno, finca o parcela. No se puede hablar de que en el presente supuesto exista la posibilidad de nuevos asentamientos en suelo urbano, ya que tal concepto sólo es aplicable al suelo no urbanizable.

La propiedad horizontal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico.

Fernando Llopis

RDGRN de 15 de enero de 2010
(BOE 19/02/10)

Certificado de licencia de obras

Se presenta en el registro escritura en la que se declara una obra nueva construida sobre un solar. Se incorpora licencia municipal de obras expedida por el Concejal de Urbanismo y certificado del arquitecto técnico acreditativa de la adecuación con el proyecto correspondiente, así como la licencia de primera ocupación expedida por el Secretario del Ayuntamiento.

El registrador suspende la inscripción señalando los siguientes defectos: El certificado de la licencia municipal de obras no está firmado por el Secretario del Ayuntamiento y según el proyecto de compensación de la Unidad de actuación, se fijó para la finca en concreto un volumen de edificabilidad de 222 metros cuadrados, resultando según el título una superficie total edificada de 274,12.

La DGRN estima parcialmente el recurso. En cuanto al primer defecto debe confirmarse la calificación del Registrador, ya que si bien sería admisible la comunicación directa por parte del Alcalde al Notario de la licencia correspondiente, en los demás casos, corresponde al Secretario del Ayuntamiento el control del acto administrativo.

En cuanto al segundo de los defectos, debe estimarse el recurso porque no coinciden forzosamente la superficie computable urbanísticamente con la total construida. □

Fernando Llopis

por Alicia Mª de la Rúa Navarro. Registradora de la Propiedad

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2008. Tercero hipotecario: anotación preventiva de demanda, vigente al tiempo de la adquisición por el tercero, cancelada después; fecha clave y buena fe.

Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier.

Artículos citados: 34, 38.1, 86 y 97 de la Ley Hipotecaria; 199 del Reglamento Hipotecario.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La entidad bancaria A, S.A. adquiere la propiedad del local comercial X en virtud de adjudicación en subasta en juicio ejecutivo e inscribe su dominio en el Registro de la Propiedad el 3 de marzo de 1987.

2º.- En virtud de una hipoteca muy anterior, se procede a su ejecución por el procedimiento del art. 131 LH y se adjudica a D. B, que inscribe su dominio el 23 de junio de 1987, cancelándose la aludida inscripción a favor del Banco A.

3º.- El Banco A formula demanda solicitando que se declare la nulidad de dicho procedimiento del art. 131 LH, por haberse prescindido de la notificación que exige la regla 5ª del mismo; se practica anotación preventiva de esta demanda el 18 de diciembre de 1988, prorrogada el 5 de agosto de 1992 y cancelada en 1998.

4º.- El 16 de mayo de 1989 el propietario y titular registral D. B vende el local a D. C, en cuanto a la nuda propiedad, y D. D y Dª E, en cuanto al usufructo, quienes adquieren la nuda propiedad, consolidando el pleno dominio, por herencia de aquél, el 4 de febrero de 1999.

5º.- Por sentencia firme de 24 de marzo de 1995 se declara la nulidad de las actuaciones desarrolladas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Y el 20 de octubre de 1998 se cancela la anotación preventiva de demanda, por la presentación del testimonio de la sentencia en el Registro de la Propiedad, conforme al art. 199.2 RH.

6º.- El Banco A formula demanda solicitando la nulidad de las adquisiciones de D. C y de D. D y Dª E.

7º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Su sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial en apelación. Los demandados D. D y Dª E recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La cuestión que se plantea es la validez de la adquisición en 1989 por los demandados, teniendo en cuenta que en aquel momento estaba vigente la anotación preventiva de la demanda que dio lugar a la sentencia que declaró la nulidad del procedimiento del art. 131 LH, cuya adjudicación en subasta es causa de la venta y adquisición, y que en el momento en que la entidad bancaria se dirige contra dichos adquirentes ya no está vigente la

anotación preventiva.

El Tribunal Supremo parte de dos consideraciones:

A) La fecha clave que determina la protección al tercero hipotecario que proclama el art. 34 LH como principio de fe pública registral es la de la adquisición ("El tercero que... adquiera... "), y en el presente caso, cuando los demandados adquirieron el local comercial estaba vigente la anotación preventiva de demanda que podía producir, como efectivamente ocurrió, la nulidad del procedimiento y, por ende, del título del transmitente.

B) La buena fe en el adquirente, que exige esta norma, es tanto el desconocimiento o ignorancia de la inexactitud del Registro de la Propiedad como la creencia en la exactitud del mismo, lo cual no se da en los demandados, que conocían o debían conocer la pendencia del proceso en el momento de la adquisición y, más tarde, conocieron la existencia de la sentencia firme.

Por tanto, la nulidad alcanzó al transmitente, y los adquirentes han quedado sin la protección registral por no alcanzarle en su adquisición.

Por todo ello, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008. Sucesión hereditaria: partición de la herencia hecha por la testadora.

Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier.

Artículos citados: 675, 1056 y 1079 del Código civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Dª A fallece, habiendo tenido dos hijos, el 16 de junio de 1996, bajo testamento abierto otorgado el 26 de febrero de 1985, al tiempo que su esposo D. B con idéntico contenido, en el que hace sendos prelegados a favor de cada uno de sus dos hijos, Dª C y D. D, y les instituye herederos en los siguientes términos: "Sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde a su citado esposo […], instituye herederos a sus dos nombrados hijos y, haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1056 del Código civil, distribuye entre los mismos su herencia, a saber: a su hija Dª C, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora de la casa X y del terreno anexo a la misma y del piso Y, que precisamente recae encima de la farmacia de dicha hija; todo ello en pleno dominio. A su hijo D. D, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora del piso Z y de la casa W; todo ello en pleno dominio. Y el resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. Es voluntad de la testadora se respete esta partición, aún cuando su valor fuere desigual, entendiéndose que el exceso que pueda existir en favor de cualquiera de ellos se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado. El hijo que le premuera, será sustituido vulgarmente por sus descendientes, por el orden legal de sucesión."

2º.- El piso Z, atribuido al hijo D. D, había sido vendido a un tercero por la testadora y su esposo después del testamento en el año 1991.

3º.- D. D presenta demanda contra los hijos de su hermana fallecida Dª C, sustitutos vulgares de la causante, en petición de que se ordene la partición de la herencia de ésta, se declare que una serie de bienes constituyen la misma y se proceda a la aceptación y partición de herencia no se ejercita la acción de complemento

de legítima, aunque se menciona en los fundamentos de derecho.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda por entender que se había practicado la partición por la propia testadora y se habían adjudicado los bienes concretos a los herederos, sentencia revocada por la Audiencia Provincial en apelación. Los demandados recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La testadora hace uso de la posibilidad que le otorga el art. 1056 C.c., que cita explícitamente, de hacer la partición de sus bienes, disponiendo de su patrimonio y concretando qué bienes recibirá cada uno de sus herederos. Según dicho precepto, en su primer párrafo, "cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos". Incluso previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a uno u otro de sus hijos, en cuyo caso el mayor valor de uno de los dos impuso que "se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado."

La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos. Esta partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita, ya que no llega a formarse.

No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así, la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio.

Por otro lado, la partición hecha por el testador, que en principio obliga a los herederos a pasar por ella, se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el art. 1075 C.c. concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador. Pero en todo caso, la facultad que tienen los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, nulidad o rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite con claridad suficiente para que se la pueda identificar.

Así, en el presente caso, hay una verdadera partición hecha por la testadora, aunque sea precisa una nueva partición referida a los bienes no incluidos por ella en el testamento, a los que también hace una referencia en él ("resto de sus bienes"). Por ello, no cabe realizar una nueva partición global de la herencia, y no se ha ejercitado la acción de complemento de legítima que prevé el art. 815 C.c. ni consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado la misma.

Por todo lo cual, se declara haber lugar al recurso de casación y se desestima la demanda.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2008. Fideicomiso de residuo: concepto y caracteres; subrogación real; interpretación del testamento.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 393 a 395, 675, 783, 1064 y 1158 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A fallece el 15 de junio de 1990, bajo testamento otorgado el 28 de julio de 1989, en el que dispone, entre otras cláusulas, las siguientes: "Primera.- Instituyo única y universal heredera en todos mis bienes, derechos y acciones en pleno dominio a mi querida esposa Dª B, quien podrá disponer, gravar y enajenar los bienes heredados, sean muebles o inmuebles, por actos entre vivos a título oneroso. Y en cuanto no hubiere dispuesto de los mismos por tales actos, los bienes que puedan quedar al fallecimiento de mi esposa, así heredados, sucederán en los mismos las personas que a continuación se indican en el modo y forma siguientes; Segunda.- Mi hermano D. C y mis siete sobrinos, hijos de mi fallecido hermano D. D, estos por estirpes, sucederán en las fincas rústicas de mi propiedad sitas en X e Y. Mi hermano D. C, los mencionados siete hijos de mi difunto hermano D. D, mis hermanos de vínculo sencillo D. E, D. F y Dª G, sucederán por partes iguales, si bien los sobrinos por estirpes, en representación de mi hermano premuerto, en los demás bienes que puedan quedar a mi fallecimiento y de los que mi esposa no hubiese dispuesto en los términos antes consignados. Todos mis hermanos y sobrinos nombrados, o quienes los sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo "si supererit", sin coartar ni impedir en lo más mínimo la libre disposición por actos entre vivos a título oneroso de los bienes heredados por mi mujer; Tercera.- Sustituyo a todos y cada uno de mis nombrados hermanos y sobrinos por sus respectivos descendientes."

2º.- Dª B fallece el 19 de febrero de 1994, bajo testamento otorgado el 23 de agosto de 1990, habiendo constituido legado para su sobrino D. H de la propiedad y negocio de cafetería Z, con todos los elementos que lo componen, e instituyendo heredera a su sobrina Dª I. Las operaciones particionales se llevan a cabo por contador-partidor nombrado por Dª B y se protocolizan mediante escritura de 26 de julio de 1994, en la cual se efectuaron las correspondientes adjudicaciones y, concretamente, a los fideicomisarios de residuo por valor de 10.948.912 ptas., adjudicándoseles la mitad indivisa de determinados bienes inmuebles (todos ellos pertenecían a la sociedad de gananciales en su día formada por D. A y Dª B) y la mitad del resto no satisfecho del precio de venta del piso W.

3º.- Varios de los herederos fideicomisarios interponen demanda contra la heredera de Dª B, su sobrina Dª I, y el legatario D. H, así como frente a otros fideicomisarios no demandantes, solicitando la nulidad de la partición de herencia de Dª B y la determinación en cuanto a diversos bienes de su sujeción al fideicomiso. Dª I formula reconvención en reclamación de ciertos gastos generados por la partición y por uno de los inmuebles adjudicado en comunidad a todos ellos.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvención. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. Los demandantes recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se plantea, en primer lugar, la aplicación del principio de subrogación real al fideicomiso.

El fideicomiso de residuo aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias al permitir el art. 783 C.c. que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia, en cuanto dispone, en su segundo párrafo, que «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa». Así, en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y ordena que el resto que quedare en el momento de la restitución (generalmente a la muerte del fiduciario) pase a otras personas a las que llama sucesivamente a la herencia. La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el presente, de fideicomiso si aliquid supererit, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo de la herencia del fideicomitente. Es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario, entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición "mortis causa" y contemplada con recelo la facultad de disponer "inter vivos" de forma gratuita, que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda. También ha de entenderse que la contraprestación adquirida por el fiduciario al enajenar no se entiende que subroga al bien salido del patrimonio, sujeta por tanto a restitución, salvo voluntad contraria del testador, pues en caso contrario se trataría en realidad de una sustitución íntegra en cuanto a su valor económico y no "de residuo".

Es, por tanto, la voluntad del testador, verdadera ley de la sucesión, la que ha de determinar los derechos de unos y otros herederos, lo que conduce en realidad al problema de la interpretación del propio testamento. Y en cuanto a esta cuestión, el Tribunal Supremo declara: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley; y c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto.

El Tribunal Supremo ratifica las conclusiones de la Audiencia Provincial a partir de la interpretación del testamento otorgado por D. A, de que se trata de la constitución de fideicomiso de residuo "si aliquid supererit", en el que se conceden amplísimas facultades para disponer inter vivos a título oneroso a la heredera Dª B, que claramente evidencia que la intención del testador era excluir cualquier modalidad de subrogación real y constituir el fideicomiso únicamente en relación con los bienes de los que la esposa no hubiera dispuesto en vida en la forma autorizada.

En segundo lugar, se discute la obligación de los comuneros de la vivienda X, que no están conformes con la partición y solicitan su nulidad, de contribuir a los gastos de la misma.

El Tribunal Supremo considera que sí están obligados, como deriva del art. 395 C.c., pues «todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común» y «sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio», sin que les releve de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de tales gastos el hecho de que se hayan desentendido de tal adjudicación por no mostrarse conformes con el contenido del cuaderno particional. Así resulta igualmente del art. 1064 C.c., y del art. 1158 del mismo código, dado que, estando obligados, el pago efectuado por tercero les ha sido útil, supuesto en el que quien pagó puede repetir frente al deudor incluso en el supuesto de que el pago lo hubiera efectuado contra su expresa voluntad.

Por lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2008. Derecho al honor del Registrador versus derecho a la libertad de expresión del Notario en recurso y escrito de denuncia.

Ponente: Almagro Nosete, José.

Artículos citados: 20 de la Constitución; 7.7 de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo, en defensa del honor.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El Registrador de la Propiedad de X devuelve la escritura de compraventa autorizada por el Notario de Y, el 29 de octubre de 2001, con nota de calificación desfavorable.

2º.- El Notario interpone recurso gubernativo al amparo del art. 325.b) LH, alegando una serie de causas de impugnación y refiriendo la existencia de "carencias, errores, corruptelas y arbitrariedades" en torno al despacho del título presentado, recurso presentado en el Registro de la Propiedad de X para su remisión a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

3º.- El Registrador, en contestación al escrito de recurso, comunica que la escritura ha sido despachada, aceptando las alegaciones del recurrente, por lo que, al no haber contención, no se forma el expediente ni se remite el recurso a la Dirección General de Registros y del Notariado.

4º.- Tras recibir la anterior comunicación, el Notario dirige una carta al Registrador de la Propiedad en la que, refiriéndose a él como "quien dice ser Registrador accidental del Registro de la Propiedad de X", se incluían, entre otras cosas, que "Esa última decisión sólo puede calificarse como una maquinación en el ejercicio de funciones públicas, consciente y deliberada urdida con el exclusivo fin de hurtar a la DGRN el conocimiento de las graves corruptelas y arbitrariedades, caprichos personales, opacidades y, en general, irregularidades que de forma generalizada y sistemática se producen en los Registros de X", "han manipulado el libro diario y la fecha de inscripción predatándola, o bien nos encontramos ante una declaración falsa de un funcionario público, en el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas, a sabiendas de que es falsa", "impedir groseramente la defensa del consumidor y del Notario autorizante de las arbitrariedades y caprichos del funcionario de turno", "la tosca maniobra del Registrador accidental -con o sin connivencia del Registrador

titular- no engaña a nadie, ni puede ser alegada para justificar la paralización del procedimiento", "se ordena al Registrador competente que dé inmediato curso al procedimiento registral elevando el expediente a la DGRN para su resolución", "si no se ha recibido comunicación expresiva del cumplimento de esta obligación antes de las 14 horas del día 11 de marzo del corriente, […] me veré en la obligación de presentar las denuncias y querellas". Y tras dicha carta, formula recurso de queja ante la Dirección General de Registros y del Notariado, consignando, entre otras, las siguientes expresiones: "Cuando el registrador accidental nos dice que no hay contención está faltando a la verdad. Quizá siendo conscientes de que tanto el registrador titular como el accidental pueden estar dictando a sabiendas resoluciones injustas (el primero invocando defectos inexistentes y el segundo impidiendo que la Dirección General conozca los tejemanejes denunciados), han diseñado una estrategia tan alambicada como tosca para impedir a toda costa el acceso de los interesados perjudicados por esta disfunción registral a los órganos administrativos que deben prestarle amparo y velar por la transparencia y legalidad del ejercicio de la función pública registral", "Este comportamiento constituye un clamoroso fraude que debe ser inmediatamente corregido disciplinariamente por la superioridad", "Lo cierto es que la organización colegiada registral pretende perpetuarse en la ilegalidad y se niega a prestar servicios en competencia".

5º.- La Dirección General de los Registros y del Notariado desestima el recurso de queja "al no haber contención ni necesidad de salvar la responsabilidad del Notario al haber aceptado los Registradores sus alegaciones, no procede la tramitación del recurso gubernativo. Lo cual puede por sí solo apreciarlo el Registrador, sin perjuicio de la posibilidad de apelar ante este Centro Directivo como se ha hecho en este caso. En consecuencia, este Centro Directivo acuerda que no proceden las medidas disciplinarias contra los Registradores denunciados, que actuaron procedentemente".

6º.- El Registrador de la Propiedad promueve contra el Notario demanda para la tutela y protección jurisdiccional del derecho al honor, por intromisión ilegítima.

7º.- La demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial lo acoge y estima en parte la demanda. El Notario demandado interpone recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Notario, en el recurso de casación, alega que, tanto la carta privada, como el recurso gubernativo y el posterior recurso de queja interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, respondieron al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en el marco del más amplio derecho de defensa y como manifestación del mismo, así como manifestación de la obligación de denuncia que pesa sobre un Notario, como funcionario público, ante la presencia de irregularidades en la conducta profesional de otro funcionario, sin que exista en las manifestaciones realizadas un ánimo o intención de injuriar, ni efectiva divulgación de las expresiones vertidas.

La decisión dependerá de la delimitación del contenido del derecho al honor frente al derecho a la libertad de expresión.

El art. 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Su protección

jurídica se concreta a través del art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, conforme al cual tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de la Ley la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. El Tribunal Supremo considera incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas, pues el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor profesional, incluso de especial gravedad.

El derecho de libertad de expresión reconocido en el art. 20 CE, alude, en general, a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, sin pretensión de sentar hechos y afirmar datos objetivos, y dispone de un campo de acción que sólo viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, ultrajantes u ofensivas, o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas.

En el conflicto entre ambos derechos fundamentales, el Tribunal Supremo señala que en el contexto de una impugnación en vía gubernativa de una calificación registral, las manifestaciones vertidas no eran estrictamente necesarias para lograr el fin perseguido con el recurso. Pero en este caso, su finalidad no era la meramente impugnatoria, destinada a la revisión y revocación de un acto considerado jurídicamente incorrecto, ya que además la desaparición de la traba a la inscripción registral de la escritura lleva a pensar que el perjuicio que con ello se causaba había igualmente desaparecido, sino que tenía por objeto denunciar hechos de especial gravedad, poniendo en conocimiento del organismo que tiene encomendada la superior dirección y el gobierno de la organización funcionarial a la que pertenece el actor determinados hechos que, para quien los denunciaba, evidenciaban un irregular proceder de éste en el ejercicio de sus funciones públicas y podían ser constitutivos de infracciones disciplinarias, lo que debía constituir precisamente el objeto de la investigación que se reclamaba del centro directivo.

En ese contexto, las manifestaciones en las que se concreta la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, lejos de presentar una finalidad difamatoria, de perseguir su desprestigio profesional y el desmerecimiento de su reputación mediante una imputación claramente falaz de conductas ilícitas o, cuando menos, reprochables, se muestran orientadas a denunciar supuestas irregularidades en el ejercicio de las funciones públicas y a lograr su corrección, y, en tal sentido, se encuentran amparadas por el contenido del derecho a la libertad de expresión en el marco del derecho de defensa ampliamente considerado.

Por ello, se declara haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008. Inmatriculación: suspensión de la fe pública registral; protección del tercero adquirente de derecho real.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 13, 17, 32, 34, 38 y 207 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 21 de septiembre de 1991 se practica la inmatriculación de la finca X por la vía del art. 205 LH, con la limitación que en cuanto a terceros se deriva del art. 207 LH.

2º.- El 5 de marzo de 1993 se otorga escritura de hipoteca a favor del Banco A, S.A., que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 26 de marzo siguiente, por tanto dentro de los dos años de suspensión de efectos de la inscripción inmatriculadora.

3º.- La Junta Vecinal B presenta demanda por doble inmatriculación referida a la expresada finca el 13 de julio de 1993 (dentro del plazo de suspensión de dos años del art. 207 LH), que no se dirige contra Banco A, S.A., que es objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad el 21 de abril de 1994 (ya transcurrido el plazo de dos años).

4º.- La Junta Vecinal B formula demanda contra los titulares de la finca X y los otorgantes de las escrituras públicas de transmisión del dominio y de constitución de hipoteca, solicitando la nulidad de dichas escrituras y la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales respectivas, así como la declaración de propiedad de la demandante sobre la finca.

5º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El Banco demandado recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La discusión se centra en la atribución o no al Banco acreedor hipotecario de la condición de tercero hipotecario, protegido por el Registro de la Propiedad, siendo, por tanto, válida y eficaz la escritura de crédito hipotecario y su correspondiente inscripción registral, dado que la hipoteca se inscribe dentro de los dos años, cuando están en suspenso los efectos del art. 34 LH; esto es, si el Banco A, S.A. consolidó su situación de tercero hipotecario protegido por la fe pública registral teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 205 y 207 LH, haciendo ya inatacable su posición jurídica registral y en consecuencia el derecho de hipoteca inscrito.

El art. 207 LH, según el cual «Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha», tiene su fundamento en la excesiva facilidad que la propia Ley Hipotecaria da para lograr la inmatriculación de fincas por medio de título público de adquisición y de certificaciones administrativas de dominio, con la finalidad de adecuar el contenido del Registro a la realidad jurídica; de modo que, ante la necesidad de evitar posibles fraudes, se adopta la medida de suspender la fe pública registral por dos años desde la fecha del asiento, sometiendo al mismo a una especie de período de prueba y abriendo un plazo de impugnabilidad que actúa como llamada al verus dominus para que acuda a desvirtuar la inmatriculación operada, defendiendo así su derecho de propiedad, al tiempo que advierte al adquirente de cualquier derecho real sobre la finca así inmatriculada de que, a pesar de tener la condición de tercero hipotecario, su plena protección no se produce durante dicho plazo y sólo será efectiva una vez transcurrido éste. De ahí que dicho "tercero" no queda amparado respecto de

la acción reivindicatoria o declarativa de dominio que dentro del referido período de dos años entable el dueño real o sus derechohabientes.

No obstante, transcurridos los dos años sin que, quien se considera verus dominus, haya instado la correspondiente reclamación para destruir la apariencia registral frente a quienes en el Registro aparecen como titulares de derechos inscritos, el tercero hipotecario queda protegido en cuanto a la adquisición de su derecho, sin quedar afectado por una posible anulación del derecho de su otorgante. En consecuencia, transcurrido el plazo sin reclamación dirigida contra él, se consolida la posición del tercero hipotecario de igual forma que si su inscripción se hubiera llevado a cabo una vez concluido el citado plazo.

Así ha ocurrido con la inscripción de hipoteca en el presente caso, y sin que dichas afirmaciones afecten a la acción por doble inmatriculación entablada por la Junta demandante, cuyo resultado final no consta, ya que ante el fenómeno de la doble inmatriculación no prevalece el derecho del tercero hipotecario y la misma se resuelve según la preferencia que se ostente conforme a las normas de derecho civil, alcanzando a éste la eventual cancelación de la inmatriculación indebidamente efectuada.

En consecuencia, el Banco A, S.A. ostenta la condición de tercero hipotecario protegido por la fe pública registral una vez transcurrido el plazo de dos años previsto en el art. 207, dado que no se ha acreditado que conocía la inexactitud del Registro y que no cabe entender que falta la buena fe del tercero por el mero hecho de haber aceptado la constitución de hipoteca sobre un bien inmatriculado al amparo del art. 205 LH, ni una presunta falta de diligencia por parte del tercero relacionada con dicha situación.

Por lo expuesto, se declara haber lugar al recurso de casación, declarando la validez de la escritura de hipoteca y la validez y eficacia de su inscripción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009. Propiedad horizontal: unanimidad para acuerdo de cerramiento de inmueble con verja.

Ponente: García Varela, Román.

Artículos citados: 12 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A y D. B, propietarios de locales comerciales ubicados en el edificio X, ejercitan, contra la Comunidad de Propietarios X, una acción de impugnación de acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios, solicitando la nulidad de aquél donde se disponía el cerramiento con una verja de la zona de aparcamiento y garaje, por no haber sido adoptado por unanimidad de los propietarios; y, subsidiariamente, por requerir su aceptación por los propietarios afectados, pues la colocación de la citada valla limita el derecho a ejercer libremente su actividad comercial, al dificultar o impedir su acceso a los eventuales clientes.

2º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda, siendo su sentencia revocada en apelación por la Audiencia Provincial. Los demandantes interponen recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El art. 17.1 LPH exige la unanimidad sólo para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el Título

Constitutivo de la propiedad horizontal o en los Estatutos de la Comunidad.

El Tribunal Supremo considera que el cerramiento acordado, consistente en la instalación de un verja en la zona de aparcamiento y garaje número 1, espacio en que están situados los locales comerciales de los actores, para dejar una puerta de salida al paseo y otra a la escalera que baja al garaje número 1 les ocasiona perjuicios (como dueños de locales comerciales y con independencia de que los mismos sean destinados en la actualidad a negocios abiertos al público, garajes o almacenes, en todo caso, no podrían desarrollar sus legítimas facultades dominicales, en el sentido de facilitar el acceso de clientela o de proveedores a sus locales, por lo que es procedente respetar a los propietarios en los derechos adquiridos, los cuales han sido menoscabados en sus posibilidades de utilización al impedir el flujo de clientes o de mercancías a los almacenes para cuyo fin adquirieron los demandantes los citados locales) y afecta al Título Constitutivo por suponer una alteración de los elementos comunes y debe acordarse en Junta de Propietarios por unanimidad.

Resultando acreditado que en la adopción del acuerdo de la Junta de Propietarios, no se alcanzó la unanimidad exigida legalmente conforme a los arts. 12 y 17.1 LPH, se declara haber lugar al recurso de casación, estimando la demanda.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2009. Propiedad horizontal: aplicación a las urbanizaciones de su normativa aún sin título constitutivo; improcedencia de la acción de división de cosa común respecto de los terrenos comunes de una urbanización.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 392, 400 y 406 del Código Civil; 24 de la Ley de Propiedad Horizontal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- En 1973, D. A, propietario de la finca registral X, y la mercantil B, S.A., propietaria de las fincas contiguas Y y Z, promueven la construcción del complejo residencial W, integrado por ochenta viviendas y zonas comunes de jardín, piscina y pistas deportivas, que se ubicará en el terreno formado por las tres fincas dichas, redactándose el oportuno proyecto y obteniéndose licencia municipal de obras.

2º.- La construcción se completa sólamente respecto de dieciséis de las ochenta viviendas proyectadas, situadas íntegramente sobre la superficie de la finca registral X, terminándose también las zonas comunes ubicadas sobre las otras dos fincas, Y y Z.

3º.- Previo otorgamiento de escritura de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal de la finca X, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, en las escrituras de venta de los apartamentos, D. A y la mercantil B, S.A., como vendedores, se obligan a terminar las instalaciones comunes y a agregar al solar de la finca en que se sitúan los apartamentos las dos parcelas de terreno colindantes, fincas Y y Z. Y en siete de los dieciséis apartamentos construidos, los promotores venden, además, una cuota indivisa del 0,060 % en las fincas registrales Y y Z, constando inscritas tales transmisiones en el Registro de la Propiedad.

4º.- Posteriormente, se produce el embargo de cincuenta y cuatro de los sesenta

y cuatro apartamentos no construidos, pero que figuran como fincas independientes en el Registro de la Propiedad, que son adjudicados a la mercantil C, S.A., la cual, a su vez, adquiere de B, S.A. la propiedad de los otros diez y del 99,580 % de las fincas registrales Y y Z.

5º.- C, S.A. vende todos esos inmuebles a D, S.L., que el 6 de octubre de 1994 otorga escritura pública de rectificación al objeto de adecuar el Registro de la Propiedad a la realidad física existente, solicitando y obteniendo la cancelación de la inscripción de las fincas independientes que corresponden a los sesenta y cuatro apartamentos no edificados sobre la originaria finca X.

6º.- D, S.L. presenta demanda contra los copropietarios de las fincas Y y Z, en ejercicio de la acción de división de cosa común respecto de las mismas, solicitando que se le adjudiquen a calidad de abonar a los demás copropietarios el exceso en dinero, o bien, se proceda a su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, si alguno de los copropietarios así lo pidiera, repartiendo el producto obtenido en la venta entre los condueños conforme a sus respectivas cuotas.

Los demandados formulan reconvención, solicitando que se declare que las fincas registrales X, Y y Z constituyen en realidad un Complejo Inmobiliario Privado regulado por el art. 24 LPH, y se proceda a otorgar la correspondiente escritura de agrupación registral de las mismas.

7º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, ordenando la adjudicación de las fincas a la actora D, S.L., a calidad de abonar a los demás copropietarios el exceso en dinero, y desestima la demanda reconvencional. La Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación, desestimando la demanda y estimando la reconvencional. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo confirma la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, que considera que en el caso y aun cuando no se halle formalmente constituida, existe una comunidad en régimen de propiedad horizontal que comprende no sólo la finca registral X, sino también las fincas Y y Z cuya división se pretende por la actora. Así, desde el momento de la enajenación de los primeros apartamentos, la promotora construyó y entregó una serie de elementos comunes ubicados sobre las fincas en cuestión: zona ajardinada, piscina, pistas de tenis y frontón, además de que las dos puertas de acceso al edificio que se levanta sobre la finca X se sitúan sobre dichas fincas Y y Z; la comunidad de propietarios de los apartamentos es la que mantiene en perfecto estado de uso dichos elementos y existe una comunicación directa y perfectamente visible entre tales elementos y los bloques construidos, con pasos abiertos a la piscina, jardín y pistas y a las salidas antedichas. Dicha realidad material encuentra además cierto reflejo en el Registro de la Propiedad, donde consta que los demandados reconvinientes son titulares de una cuota del 0,060 %, respectivamente, de las fincas controvertidas, y si bien es cierto que tal mención por sí misma no es determinante de un régimen de propiedad horizontal correspondiendo a una comunidad ordinaria, no cabe ignorar todos los demás elementos que constituyen datos suficientes de la presencia de un régimen que, lejos de una comunidad ordinaria y de suyo divisible, se presenta con las características de una

propiedad horizontal. Se concluye, pues, que se trata de un conjunto que integra una situación de propiedad horizontal de hecho existente sobre un complejo inmobiliario de carácter privado (art. 24 LPH), con la consecuencia de indivisibilidad que prevé el art. 4 LPH.

La posibilidad de que haya situaciones regidas por las normas de la propiedad horizontal sin que haya habido título constitutivo de la misma es evidente y así la reconoce el art. 2 LPH, cuando dice que la ley será de aplicación no sólo a las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo establecido en el art. 5, mediante otorgamiento de título, sino también a aquéllas comunidades que, reuniendo los requisitos del art. 396 C.c., no lo hubiesen otorgado. Cuando se ha constituido una situación de facto idéntica o semejante a las tipificadas en la legislación de propiedad horizontal, no puede dejar de aplicarse esa legislación y ello no es predicable sólo de los bloques de pisos, sino también de las urbanizaciones. Si se ha dividido en parcelas independientes una finca y se han formado viales, no podría sostenerse que respecto a esos viales pudiese ejercitarse una pretensión de cese en la indivisión. Tampoco sería procedente respecto de otros terrenos puestos al servicio del conjunto, por ejemplo para instalaciones recreativas o deportivas, como ocurre en el presente caso. Los terrenos, en principio segregables del conjunto, pero destinados a instalaciones de uso común, constituyen en realidad elementos comunes accidentales o por destino afectados al uso común por voluntad de los propietarios.

Por ello, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2009. Propiedad horizontal: urbanizaciones; ajuste de la construcción a los Estatutos, además de la normativa urbanística.

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

Artículos citados: 392 a 406 del Código Civil; 1, 2, 3, 5, 8, 17 y 24 de la Ley de Propiedad Horizontal; 8.4º y 34 de la Ley Hipotecaria; 2, 6.1 y 22 de la Ley 6/98 del Suelo y Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La Comunidad de Propietarios de X interpone demanda contra A, S.L., solicitando que se declare que los estatutos de la Comunidad son de obligatoria observancia para A, S.L.; que la división por A, S.L. de las fincas registrales Y y Z, y la construcción de chalets en las fincas resultantes, contradicen los citados estatutos y son, por tanto, contrarios a Derecho, condenándole a abstenerse de edificar más de dos chalets en cada una de las citadas fincas registrales y a demoler a su costa los que haya edificado sobre dichas parcelas en número superior a dos por cada una de ellas.

2º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, estimando la demanda. La demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La cuestión se centra en determinar si es preferente la aplicación de la

legislación en materia de suelo o si, por el contrario, ha de atribuirse prioridad a lo dispuesto en los Estatutos de la Comunidad. Se trata, en suma, de precisar si los dueños de las parcelas situadas en el ámbito de la comunidad han o no de ajustar la utilización y construcción a desarrollar a unos límites de edificabilidad impuestos por una mayoría de propietarios, frente a la posibilidad que el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid autoriza y aparece reconocido en licencias de construcción legítimamente obtenidas.

La actividad de las urbanizaciones privadas está regida por el art. 24 LPH, que denomina a dichas urbanizaciones como complejos inmobiliarios privados. Y en defensa de los intereses generales y del régimen de propiedad horizontal, autoriza a los propietarios, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 C.c., a configurar un régimen jurídico adaptado a esa peculiar naturaleza de las urbanizaciones privadas, limitando las facultades dispositivas de sus integrantes mediante la redacción de unos Estatutos en los que se disciplinan los derechos y obligaciones de todos ellos, en este caso, tendentes al equilibrio arquitectónico de la urbanización y a evitar un aumento de la densidad de la población en la misma, impidiendo la división o segregación de las parcelas en los términos que se establece en el art. 2; estatutos que tienen una eficacia configuradora absoluta y que producen efectos reales entre las partes que contribuyeron a su formación y constitución, a los que obliga junto a los demás que de los mismos traigan causa por virtud de un negocio jurídico posterior, al margen de la inscripción registral, como sucede en este caso.

Esto no implica que exista contradicción entre ambos regímenes jurídicos, administrativo y civil, ni se cuestiona la competencia para regular los usos del suelo. Las limitaciones legales del dominio en la esfera civil son perfectamente compatibles con la plena vigencia de la planificación urbanística y con las previsiones constitucionales y civiles sobre la regulación de usos de suelo y del derecho a la vivienda, vinculada al régimen propio de la Comunidad de Propietarios regida por la Ley de Propiedad Horizontal. La necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, de tal forma que el hecho de que la actuación que se impugna se haya adecuado escrupulosamente a la normativa urbanística, de la que deriva una concreta licencia administrativa, no supone sin más su acomodación a la normativa civil, ni sirve para dirimir conflictos de esta naturaleza. El orden administrativo regula aspectos diferentes del civil siendo ambos compatibles, de tal manera que la construcción de las obras aun cuando cuenten con licencia obtenida al amparo de las normas urbanísticas, pueden ser impedidas por los tribunales del orden civil a instancia de los titulares de un derecho a los que eventualmente puedan afectar, como sucede en el presente caso.

Por lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2009. Propiedad horizontal: individualización de determinados gastos comunes.

Ponente: García Varela, Román.

Artículos citados: 9 de la Ley de Propiedad Horizontal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A y D. B demandan a la Comunidad de Propietarios del Complejo Urbanístico residencial X, solicitando la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de 1 de febrero de 2000, en los que se individualizan los gastos de mantenimiento de viales, depuradoras, luz y basuras, imponiéndose únicamente a los propietarios de edificaciones y sin que tengan que soportarlos los propietarios de parcelas no edificadas.

2º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda. Su sentencia es revocada en grado de apelación por la de la Audiencia Provincial. Los demandantes formulan recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo determina que, para que quepa considerar como individualizables determinados gastos, es preciso que se determine la exclusión en el Título Constitutivo, o, en su caso, en los Estatutos comunitarios y, también, es factible su decisión en Junta de Propietarios mediante acuerdo tomado por unanimidad.

En el presente caso, no existiendo exclusión alguna respecto a la individualización de gastos en el Título Constitutivo, ni en los Estatutos, sino más bien al contrario, pues en ellos se detallan cuales son los elementos comunes y se establece que todos los propietarios deben contribuir, con arreglo a su cuota de participación, a su conservación y mantenimiento, sólo podría establecerse mediante acuerdo adoptado en Junta de Propietarios por unanimidad, por lo que no habiéndose obtenido ésta, no cabe tal individualización.

En consecuencia, se declara haber lugar al recurso de casación. □

por Pedro Fandos Pons. Registrador de la Propiedad

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 4 DE DICIEMBRE DE 2009

La reciente resolución de 4 de Diciembre de 2009, supone una vez más la confirmación de la distinción finca registral y parcela catastral como unidades territoriales distintas, la una destinada a circular en el tráfico jurídico inmobiliario y a que sobre ella se constituyan los derechos reales sobre las mismas, algunos tan importantes para nuestro sistema económico como el derecho real de hipoteca. El motivo del presente comentario no es el fondo de la resolución de la Dirección General, pues reitera, basándose en la inmejorablemente fundamentada nota, una doctrina correcta y consolidada en el Centro Directivo, sino si la utilización del sistema de bases gráficas registrales puede ayudar a una mejor colaboración entre el Registro y el Catastro y si puede reforzar la calificación del Registrador. A nuestro modesto entender, ambos objetivos son posibles. Trataremos de explicarlo.

Veamos en primer lugar el supuesto de hecho y los fundamentos de derecho de la resolución.

Se presenta en el Registro escritura por la que los cónyuges propietarios de una finca inscrita como rústica declaran que sobre la misma existe una construcción, cuya obra declaran, desde hace más de treinta años. Acompañan certificación de arquitecto, que acredita el hecho de existir una construcción en una finca cuyos linderos coinciden con los del Registro (los linderos se identifican sólo con los nombres de los titulares de los predios colindantes) y que se dice situada en el lugar determinado por una ubicación, protocolizándose certificación catastral de una parcela que radica en una ubicación con denominación semejante pero distinta de la anterior en la que no figura construcción alguna. El Registrador suspende la inscripción en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

El Arquitecto dice que ha efectuado una visita de inspección a la finca que se describe según el Registro, salvo su dirección, respecto a la cual no hay ningún dato por el que se determine que la finca registral esté situada en la dirección señalada por el certificado del arquitecto. La Certificación Catastral que se protocoliza es de la finca sita en una ubicación distinta, aunque semejante, cuyos datos tampoco constan del Registro.–La certificación del arquitecto no es documento fehaciente que acredite la situación de la finca. Consecuentemente

no se pueden tomar en consideración dichas certificaciones, toda vez que no se determina que la finca sobre la cual se declara la obra nueva sea la registral que consta en el Registro.

No se acredita mediante documento fehaciente que la vivienda declarada no se ha construido sobre suelo no urbanizable de especial protección, conforme a los Artículos 3 y 17 de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo No Urbanizable. Además, es de destacar que la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Ley Urbanística Valenciana, en su artículo 224 relativo a las obras terminadas sin licencia o sin ajuste a sus determinaciones establece respecto del plazo de prescripción lo siguiente: El plazo de cuatro años establecido en el apartado primero no será de aplicación a las actuaciones que se hubiesen ejecutado sobre terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes, viales espacios libres o usos dotacionales públicos, terrenos o edificios que pertenezcan al dominio publico o estén incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano: o sobre suelo no urbanizable protegido, respecto a los cuales no existirá plazo de prescripción, en cuanto a la posibilidad de restauración de la legalidad y reparación al estado anterior de los bienes a que se refiere este apartado.

El Notario anteriormente expresado impugna la calificación alegando: que el lugar donde dice el Arquitecto que está situada la finca no es necesario que coincida con el que se señala en el Registro, pues nada obliga a que haya que registrar cualquier cambio de denominación cada vez que se da nombre a una calle o un paraje; que igual ha de afirmarse del certificado catastral, cuya aportación, además no es necesaria; que sin embargo coinciden los linderos con los que figuran en el Registro; y, en cuanto a que no se acredita mediante documento fehaciente que la vivienda declarada no se ha construido sobre suelo no urbanizable de especial protección, no es un documento exigible.

Fundamentos de derecho:

Se trata de dilucidar si está identificada la finca sobre la que se dice existir una edificación antigua, siendo así que el paraje en que se dice sita no coincide en la certificación del Arquitecto, la catastral y la que resulta del Registro. Con anterioridad se ha dicho por este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Vistos») que se exige para la constatación registral de las obras nuevas terminadas respecto de las cuales no puede acreditarse la obtención de la licencia urbanística y la certificación del técnico competente, una serie de requisitos, entre los que se encuentran que se pruebe con certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, lo cual tiene su fundamento en asegurar que no exista duda acerca de que la edificación que se describe en el título es la misma que aquella respecto de la que se acredita su terminación en fecha determinada, de manera que demuestra haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción urbanística. Por otro lado, nada obsta a que la descripción de la edificación coincidente con el título y la antigüedad de la misma, se prueben por el mismo medio probatorio, o por medios probatorios distintos, la antigüedad por la certificación municipal y la descripción coincidente con el título por Certificación Catastral, siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación. Pero, en el presente supuesto, la certificación del

Arquitecto no identifica suficientemente la finca, pues se identifica sólo por los nombres de quienes se dice titulares colindantes, circunstancia ésta sobre la que el Arquitecto no tiene ni un conocimiento ni una competencia especial, divergiendo, por el contrario, en la descripción, sobre el nombre del pago o paraje en el que se sitúa la finca, circunstancia que sí puede ser conocida por dicho profesional. La Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

Hasta aquí la Resolución, pero qué incidencia puede tener en el caso la utilización del sistema de bases gráficas registrales. Para tratar de determinarla, debemos deslindar los dos defectos apuntados en la nota por el Registrador, los cuales, a nuestro juicio, corresponden a ámbitos diferentes del derecho de propiedad, uno que pertenece al ámbito del contenido esencial del derecho de propiedad, cual es la descripción de la finca objeto del derecho de propiedad; el otro que pertenece al ámbito de la delimitación de las facultades del propietario en aras de la función social que cada derecho de propiedad en concreto debe cumplir.:

A.- La falta de concordancia entre la descripción de la certificación del técnico, la catastral y la que consta en el Registro, no desaparece por la sola coincidencia de los linderos personales, pues éstos no están georreferenciados sobre el territorio, salvo que fueren fijos, en cuyo caso podría existir una mayor seguridad sobre la ubicación de la finca, pero no es el caso. Por tanto, si no existe una certificación administrativa que acredite la correspondencia de la finca registral o de la finca tal y como se describe en la escritura por la que se solicita la inscripción con la descripción de la parcela catastral sobre la que se declara la obra nueva, ésta no se puede inscribir. Pero ello no debe hacernos olvidar que la descripción de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad es una facultad del propietario, pues si lo es la de deslindar una finca, conforme a lo dispuesto en los artículos 384 y siguientes del Código Civil, con mayor motivo lo es la simple facultad de describirla, sin que la declaración de obra nueva sea un mero dato descriptivo, sino que debe ser considerado como acto jurídico de riguroso dominio. Por tanto correspondiendo la facultad al propietario, cuando se trate de obra nueva antigua, puede acreditar la antigüedad de la misma, principalmente, por certificación descriptiva y gráfica del Catastro o por certificación municipal, o por certificación del Arquitecto.

En el primer caso, si se acredita mediante certificación catastral, es cierto que la mera incorporación de una certificación catastral descriptiva y gráfica a la escritura no añade nada si la descripción de la finca no coincide con la de la parcela, aunque pueda coincidir la titularidad, pues la del Catastro es meramente indiciaria, mientras que la del Registro es la que produce efectos frente a terceros. Pero no es menos cierto, que el interesado en la escritura al describir su finca incorpora a su descripción en el título público una referencia catastral, y a esa declaración hay que otorgarle un cierto valor, aunque sea indiciario, teniendo en cuenta que los errores en la referencia catastral no afectan a la validez de la inscripción. Así, debe coincidir la descripción del catastro con la de la finca registral, para tener la seguridad jurídica de que se trata de la misma porción de territorio, y no sólo en cuanto a la descripción, sino en cuanto a la titularidad. En este caso, si no coincide la descripción, se necesita un requisito adicional que acredite la correspondencia entre finca registral y parcela catastral. Pero dado que ambas unidades territoriales no tienen porque coincidir y la declaración del

titular registral que incorpora determinada certificación catastral, cuya titularidad coincide, a la descripción de su finca registral para acreditar la antigüedad de la obra, es posible que en ese caso el Registrador pueda proceder a localizar dicha referencia catastral sobre su sistema de bases gráficas, lo cual puede determinar que no exista ningún indicio que pueda determinar con seguridad que estamos ante la misma porción del territorio, en cuyo caso será preciso que ello se acredite. Pero puede ocurrir que exista algún indicio que puede llegar a concluir con seguridad que estamos ante la misma porción de territorio, como cuando sea idéntica la titularidad y la descripción de la obra en el título y la del catastro, aunque no coincida la ubicación, la existencia de uno o varios linderos fijos, las bases gráficas validadas por el Registrador de las fincas colindantes, porque se ha acreditado la correspondencia de la ubicación registral con la catastral y que coinciden con las restantes parcelas colindantes de la certificación catastral incorporada de titularidades distintas de la que nos interesa.

En este caso, el Registrador dispone de un importante instrumento de calificación y puede proceder a inscribir la declaración de obra nueva con seguridad, pues el propietario acredita la antigüedad de la obra y mediante el sistema de bases gráficas podemos llegar a determinar que la ubicación de la obra nueva coincide en cuanto a su localización con la de la finca registral, sin que tenga el porqué coincidir el dato de la superficie, pues no tiene por qué ser la misma la de la finca registral que la de la referencia catastral. Por tanto, se puede inscribir la declaración de obra nueva como acto de riguroso dominio, y por tanto de derecho privado, previa solicitud del titular registral, que acredita la antigüedad de la obra pero no su localización, falta que puede subsanarse, o no, mediante el análisis y calificación de la representación gráfica de las fincas colindantes, si las mismas se encuentran validadas y reconocen como lindero colindante la de la certificación catastral que ahora se acompaña, cuya titularidad coincide con la de la finca registral sobre la que se pretende declarar la obra nueva antigua, si bien no se podría proceder a la incorporación de la referencia catastral, concepto administrativo, mientras no se acredite dicha correspondencia, en la misma forma; mientras tanto, se podría incorporar como dudosa por nota marginal, comunicando además al Ayuntamiento la inscripción de la terminación y su descripción, conforme al artículo 54 del RD 1093/97. Cierto es que el artículo 52 del mismo, en su apartado a), exige para inscribir las declaraciones de Obra Nueva que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento la terminación de la Obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, pero ello se puede interpretar en el sentido de que lo que debe coincidir es la descripción de la obra, sin ser estrictamente necesario que coincida la localización, si la misma puede acreditarse por otros medios, como el uso de las bases gráficas registrales, en los términos que hemos visto anteriormente; sólo en el caso en que ni siquiera así pueda acreditarse la coincidencia de la localización, debe acudirse al certificado para acreditar la correspondencia. Y ello porque dadas las localizaciones dispares, la referencia catastral no es indubitada y por tanto, no puede incorporarse a la inscripción, puesto que no hay ninguna seguridad jurídica sobre esa correspondencia, que tampoco tiene porque existir, dadas las distintas finalidades que finca registral y parcela catastral han de cumplir, ni los diferentes principios por los que ambas unidades se rigen.

Pero dado, que la coordinación en muchos casos es imposible, ello no nos debe llevar a renunciar a otro objetivo, que es más importante, dado el carácter autónomo de ambas

unidades territoriales, cual es el de la posible correlación. Y es que no todas las diferencias descriptivas deben valorarse de la misma manera. Por ejemplo, pensemos que una finca figura inscrita en el Registro como Calle de la naranja siete y la certificación catastral dice que es nueve, pero de la descripción de la finca en el Registro y de la certificación catastral gráfica resulta que la finca registral es la que hace esquina con la calle perpendicular, lo que ocurre es que ha habido una renumeración de la calle, que no ha tenido acceso al Registro. Esta diferencia determina que la referencia catastral no pueda incorporarse al asiento de inscripción por no ser indubitada, pero su realidad gráfica demuestra que se trata de la misma finca y que lo que falta acreditar es la realidad de un dato alfanumérico, cual es el número, pero no gráfico, dada que la ubicación de la finca en el Registro coincide con la del Catastro.

En estos casos, la correlación parece que puede llegar a lograrse, a través del asiento de la nota marginal cuando la referencia catastral no es indubitada, pero el Registrador puede otorgarle cierto valor a la declaración realizada en la escritura sobre la referencia catastral sobre la finca a que se refiere la escritura, si tras la oportuna calificación registral, el Registrador puede llegar a una presumible seguridad de que ambas unidades territoriales coinciden o se interseccionan en una misma porción de territorio. En estos casos, la referencia catastral, entendemos que puede incorporarse por nota marginal, cuando el Registrador no tiene la seguridad de que se refiere a la misma finca, pero con ello se consigue una incipiente correlación entre ambas y la posibilidad de que las posibles diferencias entre las mismas se localicen y traten, para lo cual los portales IDE (Identificación de Datos Especiales), pueden ser un cauce muy adecuado, sin que ambas realidades tengan porque coincidir en un mismo plano físico.

En segundo lugar, la antigüedad puede acreditarse mediante certificado del arquitecto que acredite la antigüedad de la obra. El alcance del certificado debe ser triple, primero en cuanto a que la persona que solicita la certificación es titular registral de la parcela que ha de visitar el arquitecto para declarar la antigüedad de la construcción, lo cual puede comprobar a través de la nota simple o escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad que le presente, segundo que según el propietario esa finca registral se corresponde con una determinada referencia catastral, y en tercer lugar que la edificación descrita con los requisitos de los artículos 45 y siguientes del RD 1093/97 es de una antigüedad superior a cuatro años. El Registrador, en este caso, controlará que coincida realmente la titularidad de la finca registral, que no conste expediente de disciplina urbanística incoado y que la descripción cumple todos los requisitos y si se ha constituido el seguro decenal o se ha declarado autopromotor y ha alegado su exención, cumplido lo cual puede proceder a georreferenciar en el sistema de bases gráficas la finca en cuestión para comprobar su localización y puede proceder a la inscripción de la obra nueva y si se superan los criterios de validación, a validar su base gráfica, aunque no se acredite por vía administrativa la correspondencia de la referencia catastral en cuestión, que se incorporará como dudosa por nota marginal.

Esta nota marginal de asociación de una determinada referencia catastral a la finca registral, calificada como dudosa por el Registrador, ¿puede tener fundamento legal?

A nuestro modesto entender sí, así parece desprenderse de de los siguientes artículos del Real Decreto Legislativo 1/2004 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario (TRLCI), basándonos en el principio general que inspira la regulación de esta materia y que se contiene en el artículo 48. 1 cuando dispone:

Artículo 48. Constancia registral de la referencia catastral.

1. La constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tiene por objeto, entre otros, posibilitar el trasvase de información entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario.

Sobre este principio fundamental, la regla general se contiene en el artículo 38 al disponer:

Artículo 38. Constancia documental y registral de la referencia catastral.

La referencia catastral de los bienes inmuebles deberá figurar en los instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales, contratos de arrendamiento o de cesión por cualquier título del uso del inmueble, contratos de suministro de energía eléctrica, proyectos técnicos o cualesquiera otros documentos relativos a los bienes inmuebles que se determinen reglamentariamente. Asimismo, se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos.

Pero incorporada la referencia catastral a la escritura, dispone el artículo 45:

Correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca.

A efectos de lo dispuesto en este título, se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos:

a. *Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constara esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.*

b. *Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 % y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiera habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que le constaran al órgano competente, notario o registrador.*

Por tanto, en estos casos, la referencia catastral se incorporará a la inscripción y producirá todos los efectos que la Ley concede a la misma. Pero el hecho de que existan diferencias en el nomenclátor y numeración de las calles, ¿dificulta la localización de las fincas si coincide la superficie y los linderos? Entendemos que no, pues la referencia catastral puede incorporarse en este caso, no al asiento de inscripción, pero sí a una nota marginal que advierta a terceros que la referencia catastral es dudosa, pues no se ha acreditado a los efectos de la seguridad jurídica preventiva, siendo esta información importante, pues como dispone el artículo 53.5 de la Ley 13/96 *"las discrepancias en la referencia catastral no afectarán a la validez de la inscripción"* y por tanto tampoco afectarán al asiento si la

referencia catastral incorporada a la nota marginal como dudosa no resulta ser la verdadera, tras la correspondiente verificación realizada por el Catastro tras la información recibida del Registro. Si el Catastro verifica que se trata de la misma unidad territorial, puede remitir su decisión al Registro de la Propiedad mediante documento electrónico con firma electrónica reconocida y el Registrador practicará la correspondiente nota marginal convirtiendo la referencia catastral dudosa en cierta. Si el Catastro verifica que la identidad territorial no es exactamente coincidente, aunque sí parcialmente coincidente, no remitirá comunicación alguna, pues la nota marginal ya avisa de que la referencia catastral es dudosa, pero ello posibilita el intercambio de información, a que se refiere el artículo 48.1, entre el Registro y el Catastro sobre la finca registral y la parcela catastral como realidades que no tienen porque coincidir.

Si el Catastro llega a la conclusión de que la referencia catastral se refiere a otra porción del territorio distinta de la finca registral en cuestión, remitirá su decisión al Registro de la Propiedad, en el mismo soporte para que el Registrador practique nota marginal que deje sin efecto la anterior declaración de incorporación de referencia catastral dudosa, puesto que ya se ha determinado que la misma corresponde a otra finca registral.

Por su parte, el artículo 48.2 del TRLCI dispone que *" el registrador, una vez calificada la documentación presentada, recogerá en el asiento como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible, cuando exista correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de la finca en los términos expresados en el artículo 45.*

Por tanto en base a este número, el Registrador puede extender su calificación a la referencia catastral y en consecuencia, puede incorporarla cuando es indubitada, denegarla cuando se refiere a otra finca distinta, pero, si hay alguna divergencia, puede calificarla como dudosa y asociarla a la finca registral a través de una nota marginal informativa, pues la expresión "asiento" a que se refiere este precepto se puede interpretar en el sentido propio del término, y no sólo como referente al asiento de inscripción.

A esta conclusión también podría llegarse a través del artículo 49.3 y 4 TRLCI, al disponer:

Constatación de la referencia catastral.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, en los documentos notariales, el notario, en caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble. Autorizado el documento, el notario se abstendrá de hacer constar la referencia comunicada por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes.

4. El registrador de la propiedad, cuando le sea remitido el certificado o documento informativo, previa calificación favorable, hará constar la referencia en el asiento, o si éste ya se hubiera practicado, por nota al margen de él, consignándolo, en su caso, también por nota, al pie del título.

Por tanto la extensión de la calificación registral a la aportación de la referencia catastral puede determinar como resultado:

1.- La coincidencia de referencia catastral y finca registral, una vez aplicados los criterios de validación, en cuyo caso la referencia catastral se incorpora a la inscripción y la finca registral puede ser georreferenciada y validada en su representación gráfica si todos esos criterios de validación determinan la realidad gráfica de la finca.

2.- La no aportación de la referencia catastral en el título, en cuyo caso, se advierte el incumplimiento por nota marginal, lo que no impide la inscripción, pero si la incorporación de la finca registral al sistema de bases gráficas y por tanto su georreferenciación.

3.- La aportación de una referencia catastral no exactamente coincidente en alguno de los aspectos de su descripción con la descripción de la finca registral, pero que como consecuencia de la aplicación de los restantes criterios de validación, podemos llegar a una alta, pero no segura, probabilidad de intersección de la superficie de la finca registral y de la parcela catastral sobre una misma porción de territorio, pudiendo incorporarse al Registro la referencia catastral como dudosa en virtud de nota marginal, para posibilitar el trasvase de información entre ambas unidades territoriales que permite el tratamiento e individualización de las diferencias entre ambas instituciones.

Por tanto, la constancia de la referencia catastral dudosa por nota marginal, si hay alguna divergencia que impide acreditar la identidad, como el cambio de número, que impiden incorporar la referencia catastral a la inscripción, permite, sin embargo, que la declaración del propietario en el documento público tenga cierta trascendencia y se asocie al asiento una información importante, y que permite el trasvase de información entre las dos unidades territoriales, sin que el propietario tenga que adaptar la descripción en su título a la que figura en la certificación catastral, puesto que se mueve en la órbita del contenido esencial del derecho de propiedad que ha de ser respetado por la ley, puesto que sigue siendo un derecho subjetivo patrimonial. Por ello, si incorporamos la referencia catastral como dudosa y procedemos a localizar la parcela mediante la referencia catastral, sobre la herramienta informática de que dispone el Registro, en ese momento el servicio de localización de fincas de la oficina registral procede a formar la base gráfica de la finca registral tomando por base las descripciones y declaraciones del propietario en el título y puede ocurrir que aparezcan más indicios que nos lleven a tener cierta seguridad sobre la correspondencia de la parcela, tras la oportuna calificación de los mismos, como la coincidencia de la superficie o, si alguna de las fincas colindantes está validada y reconoce como lindero la finca registral con la referencia catastral dudosa afectada, en ese caso, el Registrador puede proceder a dejar la base gráfica como provisional, pero por lo menos ha localizado la finca lo cual también es un efecto trascendente.

Con esta solución, sólo cuando la referencia catastral sea el elemento clave para determinar la antigüedad de la obra y la localización de la parcela no coincida con la del Registro y no pueda llegar a averiguarse mediante el sistema de bases gráficas registrales, deberá acreditarse mediante la certificación administrativa correspondiente la correlación entre ambas unidades territoriales. En los casos de la certificación del arquitecto, si versa

sobre el triple alcance indicado, podemos proceder a la inscripción de la obra nueva antigua, pero no a la incorporación de la referencia catastral, puesto que el arquitecto no tiene competencia para resolver acerca de la localización de una parcela, razón por la cual no se puede incorporar a la inscripción, pero sí para certificar la antigüedad de una construcción sobre una determinada finca registral, cuyo titular le solicita la certificación, que afirma que la misma se correlaciona con una determinada referencia catastral, razón por la cual se puede incorporar como dudosa, lo cual permitirá mejor la correlación entre finca registral y parcela catastral, reconociendo el carácter autónomo y distinto de ambas unidades. La posterior comunicación al Ayuntamiento realizada en virtud del artículo 54 del Real Decreto, debe provocar una respuesta de éste, mediante documento electrónico con firma reconocida, si es posible, que confirme la coincidencia de la referencia catastral con la que obra en sus archivos, lo que provocará una nota marginal que determine que la referencia catastral es cierta y se incorporará en el próximo asiento a la inscripción. En caso contrario, no será necesario pues ya constará la referencia como dudosa en la nota marginal.

B.- En cuanto al segundo de los defectos, entramos en el ámbito de la delimitación de las facultades del propietario, en aras de la función social que cada derecho de propiedad sobre el suelo ha de cumplir, puesto que aunque la facultad de edificar sigue formando parte del haz de facultades que integran el dominio, es el derecho administrativo el que determina cómo y dónde puede ejercitarse esa facultad. El Registrador da en el clavo, pues el hecho de que las declaraciones de obras nuevas antiguas solo prescribe a los cuatro años si no se asientan sobre suelo rural especialmente protegido, es decir, que debe acreditarse que están situadas sobre suelo no urbanizable de especial protección. El artículo 3 de la Ley 10/2004 de la Generalitat, sobre suelo no urbanizable en la Comunidad Valenciana dispone:

Categorías de suelo no urbanizable.

1. Integran el suelo no urbanizable aquellos terrenos que los planes urbanísticos o territoriales, con capacidad para clasificar suelo en virtud de su respectiva legislación, delimiten con los objetivos anteriormente definidos.

2. Dichos planes, calificarán el suelo no urbanizable en las siguientes categorías:

a. Suelo no urbanizable protegido.

b. Suelo no urbanizable común.

Y el artículo 17 dispone:

En el suelo no urbanizable protegido, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de su legislación o planeamiento sectorial determinante de su protección, sólo se podrán realizar instalaciones, construcciones u obras que tenga previstas el planeamiento por ser necesarias y compatibles con el mejor aprovechamiento, conservación, cuidado y restauración de los recursos naturales o para su disfrute público y aprovechamiento colectivo. Igualmente, se podrán llevar a cabo las obras e instalaciones necesarias para la gestión de los bienes de dominio público o de los servicios públicos o actividades de utilidad pública o interés general y para la minoración de los riesgos que motivaron su especial protección.

Por tanto el Registrador, con total acierto pide que se le acredite la clasificación del suelo, mediante la correspondiente resolución administrativa, puesto que sobre suelo urbanizable especialmente protegido, la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida es imprescriptible. Pero, si el Registrador dispusiera de una herramienta que le permitiera conocer la clasificación del suelo directamente, se reforzaría la seguridad jurídica, pues podría proceder directamente a la inscripción, acreditada la antigüedad anterior en cuatro años sin incoación de expediente de disciplina urbanística, si la finca no se hallare en este tipo de suelos o bien denegarla directamente, si la obra se hubiere declarado en suelo urbanizable especialmente protegido, dado el carácter imprescriptible de la prescripción en estos casos. Una solución para estos casos nos la puede ofrecer el sistema de bases gráficas registrales, a través de la posibilidad de asociación de información territorial a la base gráfica de la finca registral, concretamente la información territorial que se deriva del Planeamiento.

Para ello, sería necesario que la Administración competente para el planeamiento remitiera al Registro de la Propiedad territorialmente competente, el planeamiento digitalizado que afecte a su distrito hipotecario, para que disponga de un elemento más para calificar, pero sin responder de los posibles errores que se deriven del archivo digitalizado que le ha sido remitido, pues no es responsable de dicha información.

La complejidad de la regulación que hoy presenta el derecho subjetivo de propiedad sobre el suelo, determina que hoy la información que verse sólamente sobre su situación jurídica no sea suficiente para ofrecer una correcta información sobre el territorio, sino que además debe tenerse presente la delimitación que la ley hace de las facultades del propietario, delimitación que si bien es de origen legal y goza de publicación oficial, carece de una publicidad adecuada cercana al inversor adquirente, que aumente su difusión y disminuya las asimetrías informativas a las que tan reacio es el Mercado.

Ello determina que nos planteemos la posibilidad de la posible incorporación del planeamiento digitalizado y de la información que contiene al sistema de bases gráficas registrales, cuestión que siempre ha sido objeto de discusión doctrinal, dado su el carácter legal del plan, y que su ámbito territorial excede del de la finca registral, además de la complejidad técnica de su acceso registral, la cual se salva en la actualidad mediante la utilización de las nuevas tecnologías informáticas y la digitalización de los instrumentos de planeamiento y su asociación a las bases gráficas registrales, para dar mayor publicidad, aunque hay autores que se oponen, dado el carácter legal del plan y su ámbito territorial que excede al de la finca registral. GARCÍA GARCÍA califica estos obstáculos como tópicos, pues el Planeamiento afecta en último término a las fincas, incluso existen planes que se refieren a una o varias fincas, y aunque como dice ARNAIZ EGUREN *"El Plan de Ordenación y el Registro de la Propiedad se refieren a una misma realidad objetiva, el suelo, pero contemplada desde dos puntos de vista radicalmente distintos"*[1], *al* basarse la finca como superficie terrestre delimitada por su titularidad dominical y el Plan a la superficie en función de sus posibilidades de implantación de tejido urbano o de protección ambiental, ello no obsta para que la asociación de esa información a la base gráfica registral suponga un valor añadido pues concreta la parte de ese plan que se refiere a una determinada finca registral. Por otro lado, la naturaleza normativa del Plan, que produce sus efectos por la publicidad legal, sin necesidad de publicidad registral, no nos puede llevar a descartar la

publicidad de los Planes a través del Registro de la Propiedad para completar su fehaciencia e inmodificabilidad, aunque ésta no puede producirse de modo directo, dada la complejidad técnica del plan, la cual se reduce si se incorpora al sistema de bases gráficas registrales del distrito correspondiente, para asociarlo a las bases gráficas de las fincas registrales concretas, sin necesidad de que se haga constar en el folio registral de las mismas, sino que a través de la nota marginal de validación, que consta en el folio registral, al soporte en papel del mismo, que es el que produce los efectos sustantivos, se incorpora un archivo gráfico que asocia una información con el efecto de publicidad noticia que puede ser muy valiosa, tanto para la calificación registral, para asegurar el cumplimiento de la legalidad urbanística, como para la mayor celeridad y seguridad de la contratación inmobiliaria, al lograrse un mejor equilibrio entre las partes contratantes, reduciendo la opacidad de la legislación urbanística.

Con ello, se puede lograr una mayor coordinación entre Urbanismo y Registro, evitándose el caso de licencias ilegales si constara en el Registro la parcela mínima indivisible o el número de plantas edificables como máximo en una finca, o evitando la legalización de obras nuevas antiguas sobre suelo urbanizable especialmente protegido, como en el presente caso, al permitir que se logre una mayor coordinación de la descripción y naturaleza de las fincas, de modo que pueda determinarse si están en suelo urbano o rural y la clase de suelo sobre el que se asientan, por las distintas consecuencias legales que ello tiene, lo que exige una coordinación Registro-Urbanismo en la fase de planeamiento que permita superponer cada una de las fincas registrales en las distintas clases de suelo resultantes del planeamiento[2], evitando la desinformación del comprador que pueda determinar una rescisión del negocio, supuesto contemplado en el artículo 18 LS 8/2007. □

Notas a pie de página

1. ARNAIZ EGUREN, R. Registro de la Propiedad y Urbanismo. Marcial Pons. Madrid 1995. Página 74.

2. GARCÍA GARCÍA, J. M. Derecho Inmobiliario Registral. Tomo V. Urbanismo y Registro. Editorial Civitas. Madrid 1999. Página 38.

por Diego Vigil de Quiñones Otero. Registrador de la Propiedad y Mercantil de Buques de Ribadeo

LA CALIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS: UN REPLANTEAMIENTO TRAS LA LEY 2/2009 Y LA CRISIS

Sumario:

1.- Introducción: la calificación de las hipotecas, con especial referencia a las abusivas.
2.- Posiciones doctrinales sobre el tema.
3.- La posición de la DGRN, especialmente tras la ley 41/2007.
4.- La ley 2/2009 como punto de inflexión.
5.- La necesidad de revisar los criterios de la DGRN.
6.- Conclusiones.

1.- Introducción: la calificación de las hipotecas, con especial referencia a las abusivas

La Constitución Española de 1978 establece en su Art. 51.1, en sede de principios rectores de la política social y económica, que "*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*". Esta protección se desarrolló legislativamente en la Ley de consumidores de 1984, la cual experimentó reformas en 1998 y 2006, regulándose a día de hoy la materia por medio del Texto Refundido de la Ley para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre (en adelante TRLDCU).Entre las medidas contempladas por parte del mismo para la adecuada protección de los consumidores, el Art. 84 dispone que "*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*".

La adecuada comprensión de este precepto, requiere tener en cuenta otros dos de la Ley Hipotecaria (LH): el Art. 258.2 a cuyo tenor *"El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"* y el Art. 12.2 según el cual "*las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a*

favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización . Sobre el primero hemos de tener en cuenta que el Art. 10 bis recogía la lista de cláusulas que en todo caso se considerarán abusivas la cual, modificada en algunos aspectos por la Ley 44/2006, ha pasado a recogerse en los Artt. 85 a 90 del TRLGDCU, de modo que es al mismo al que debe entenderse hecha hoy la remisión. Sobre el segundo, indicar que el texto vigente procede de la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de Diciembre, de reforma del mercado hipotecario, entre cuyos fines están "la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación" (en palabras de su Exposición de Motivos).

De los preceptos citados, así como del más general Art. 18LH resultaría que los consumidores pueden confiar en la obtención de protección de parte de un agente calificador independiente. Pero tras esta afirmación general, aparecen una serie de precisiones técnicas tales cómo la de saber si tal calificación afecta a todas las cláusulas abusivas apreciadas como tales por el funcionario calificador, a sólo las recogidas en la ley, o a sólo las declaradas por Sentencia inscrita en el Registro de condiciones generales como tales. Precisada una respuesta a este primer interrogante, habría que abordar un segundo que resulta del Art. 12.2 LH: determinar si dicha calificación ha de ser sólo de las cláusulas abusivas que tengan trascendencia real o bien de todas.

En las siguientes páginas se hará un breve repaso a las posiciones doctrinales sobre el tema para, partiendo de ellas, analizar la novedad que resulta de la nueva Ley 2/2009, de 31 de Marzo y reflexionar sobre si, a la vista de tal ley, debería cambiarse por parte de la DGRN un criterio que podría estar chocando con principios esenciales de nuestro sistema.

2.- Posiciones doctrinales sobre el tema

A la hora de determinar el ámbito más o menos extenso que haya de tener la calificación registral de las cláusulas abusivas, existen dos posiciones bien diferenciadas: la de quienes entienden que la calificación debe extenderse al carácter potenciamente abusivo de las cláusulas y la que considera lo contrario. Éstos entienden que permitir a un operador no judicial llevar a cabo estos juicios sobre la legalidad podría implicar atribuirles funciones cuasi-jurisdiccionales A juicio de estos autores[1], impidiendo la calificación evitaremos una situación en la que, sin pronunciamiento judicial, se pudiese dejar sin efectos *erga omnes* una cláusula. Por el contrario, otros autores[2] consideran que las cláusulas son nulas por determinación de la ley y, en tanto el Registrador ha de calificar la validez de los negocios (Art. 18 LH), no podrá admitir la inscripción de cláusulas que, en un juicio por funcionario competente como el Registrador, resulten ser contrarias a las exigencias de la ley. Además, como indica GARCÍA GARCÍA, limitar la calificación registral a sólo las cláusulas declaradas nulas por Sentencia y no por ley, "haría de mejor condición a efectos de descontrol a los contratos de condiciones generales, que a los contratos individuales, lo cual sería un criterio interpretativo ilógico, descartable por el Art. 3 CC"[3].

3.- La posición de la DGRN, especialmente tras la ley 41/2007

Durante los primeros tiempos de la vigencia de la Ley de Consumidores de 1984, la DGRN admitió (así en Resoluciones de 1988 y 1990)[4] que el Registrador, calificando la validez de las cláusulas abusivas, pudiese denegarlas por nulas. Por entonces no existía una lista de cláusulas que, en todo caso, se considerarían nulas sino que estábamos ante un mero concepto general. Sin embargo, con posterioridad[5], el Centro Directivo cambió de criterio y en innumerables resoluciones posteriores se ha posicionado en contra, entendiendo que sólo cabrá denegar la inscripción de aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas por Sentencia inscrita (entre las más recientes, y por todas, citar la R. de 19 de Abril de 2006).

Vigente el nuevo Art. 12.2 LH, la DGRN se ha mantenido en su anterior criterio en cuanto a las cláusulas abusivas, pero si éstas fueren financieras o de vencimiento anticipado en los casos del Art. 12.2 LH no sólo no permite denegar las cláusulas nulas en tanto no haya Sentencia sino que excluye directamente de la calificación aquellas cláusulas que carezcan de trascendencia real. Así, la DGRN entiende que el Registrador debe limitarse a calificar y, en su caso, a inscribir las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria relativas al importe del principal de la deuda, el de los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando la obligación garantizada y su duración. En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada por la hipoteca debe proceder, no a su inscripción, sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas. Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede el Registrador apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas (en este sentido varias Resoluciones, por todas, siendo una de las más significativas, la R. 24 de Julio de 2008). De modo que si se celebra un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y se presenta a inscripción, aunque contenga cláusulas que por ser claramente abusivas sean susceptibles de ser declaradas nulas (o incluso lo hayan sido, dando lugar a correspondiente inscripción en el Registro de Condiciones Generales) no cabrá calificación alguna por el Registrador, y la cláusula deberá ser transcrita.

4.- La ley 2/2009 como punto de inflexión

Con posterioridad a la Ley 41/2007, se ha promulgado muy recientemente la Ley 2/2009, de 31 de Marzo reguladora de la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Como indica la Exposición de Motivos, se ha pretendido dar cobertura a dos fenómenos que hasta el momento carecían de una protección específica en las leyes sobre la materia afectantes a los consumidores, y que están adquiriendo en la actualidad un gran auge, como son los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación del crédito entre los que destacan las actividades de agrupación de deudas, realizadas por empresas que no entran dentro de la categoría de entidad de crédito. Así pues, el ámbito de aplicación (Art. 1) de la Ley se limita a las empresas distintas a las entidades de crédito que realicen, de manera profesional, cualquiera de las actividades mencionadas con consumidores. Esta ley impone a las indicadas

empresas una serie de obligaciones relativas a la transparencia (cuyo incumplimiento se sanciona con la nulidad, Art. 14.3), además de establecer una serie de obligaciones relativas a la tasación (Art. 15), oferta vinculante (Art. 16), y a los contratos**.** Como colofón a todas esas obligaciones, el Art. 18 dispone que no se deben autorizar escrituras relativas a contratos en los que falten dichos requisitos, añadiendo que "*del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley"*. De lo cual resulta que la nueva Ley no sólo permite la calificación de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo a que se refiere, sino que además determina la nulidad de todos aquellos que no cumplan determinadas obligaciones de transparencia y obliga a denegar la inscripción de todos aquellos en los que falten las mismas. Es más, la expresión "que no cumplan la legalidad vigente" podría ser interpretada en el sentido de que debe denegarse, no sólo la inscripción de aquellos que contengan cláusulas nulas, sino también los que incumplan determinadas obligaciones que la nueva Ley impone, aun cuando estas no determinen la nulidad (v.gr., las recogidas en los Art. 15 a 17 de la Ley). Ni que decir tiene que siendo esto así la calificación registral será amplísima, pues abarcará no sólo los aspectos relacionados con la validez del negocio (conforme a los Artt. 18 y 258.2 LH, 82 y ss del TRLGDCU y 2 a 14 de la Ley 2/2009), sino que implicará el control de otros aspectos del mismo (Artt. 15 a 17 nueva Ley). Ello implica una agravación del control administrativo sobre la contratación a través del Registro, lo cual lejos de ser una novedad, no hace más que continuar la línea ya iniciada en otros campos (así el administrativo o el medioambiental). Como indica ARRUÑADA[6], los Gobiernos consideran útil el uso del Registro como filtro de seguridad o *gatekeepers* (en expresión habitual de los economistas[7]), para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones públicas.

Habiéndose ampliado el ámbito de la calificación, podemos afirmar que la nueva Ley constituye un claro punto de inflexión en la evolución producida en la doctrina de la DGRN. Una evolución cuya rectificación no tendría porqué implicar cambios legislativos sino simplemente de interpretación, pues el Art. 12.2 LH puede ser aplicado, con una interpretación en la que quepa una calificación registral que, por otra parte, viene exigida por los principios esenciales de nuestro sistema, así como por los Artt. 12, 18 y 258 LH y, para los consumidores, por los mencionados Art. 82 y ss TRLGDCU. Artículos que están tan vigentes como el 12.2 LH.

5.- La necesidad de revisar los criterios de la DGRN

Como decimos, la novedad introducida por esta ley hace necesario revisar la doctrina mantenida hasta el momento por la DGRN. Sobre el particular se han hecho ya abundantes comentarios. A ellos podemos añadir algunos otros que son pertinentes teniendo en cuenta la nueva Ley:

1º En primer lugar, hay que recordar que ya en el Derecho Romano se manifestó la eficacia de la ley a través de las *legis actiones*, señalando el pretor la ineficacia de los pactos contrarios. Dicha fuerza se concretó más tarde en la doctrina de Teodosio según la cual los actos contrarios a la ley son nulos, aunque en ella no se disponga expresamente. La doctrina de Teodosio se recogió en el Derecho intermedio y las Partidas, y en la actualidad en el

Art. 6.3 CC. Como indica CASTRO, "la nulidad se produce ipso iure, los actos y contratos contrarios a las leyes son nulos en sí; no se requiere declaración judicial previa, y es obligación de los funcionarios públicos de todas las clases negarles su cooperación"[8]. Dándose esta nulidad, no debería llevarse a cabo ninguna inscripción. En esta línea profundiza la Ley 2/2009 sancionando con nulidad determinadas infracciones y ordenando que se deniegue su inscripción.

2º Si consideramos lo anterior, observaremos que se produce una diferencia entre la interpretación realizada del Art. 12 LH tras la Ley 41/2007 y el Código Civil, la nueva Ley 2/2009 y el resto del ordenamiento aplicable a la materia (singularmente los Art. 18 y 259 LH y 82 y ss TRLGDCU). En efecto, mientras la DGRN interpreta el Art. 12.2 LH en el sentido de que no cabe llevar a cabo en ningún caso la calificación de las cláusulas que no tengan trascendencia real; en la Ley 2 /2009, el Art. 18 ordena denegar, no ya la inscripción, sino más allá, la autorización de la Escritura, en tanto la misma no respete las obligaciones legales, singularmente las establecidas por dicha ley. Esto es lo mismo que decir que en unos casos (los del Art. 12. 2 LH) pueden entrar en el Registro actos parcialmente nulos en perjuicio del consumidor, y en otros (los regulados por la Ley 2/2009) actos perfectamente válidos pero que no han cumplido requisitos que la ley considera necesarios (así los establecidos por los Artt. 15 a 17 de la nueva Ley) dan lugar a la denegación, no sólo de la inscripción, sino incluso de la Escritura. Dicha contradicción, unida al hecho de que la Ley 2/2009 sólo se aplica a las empresas distintas de las entidades de crédito; y el Art. 12.2 LH sólo se aplica a "*las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario"*, da como resultado una protección menor de los consumidores cuándo estos contratan con estas entidades que cuando contratan con aquellas. Si a ello unimos el hecho de que las hipotecas concedidas a favor de personas que ni son entidades del mercado hipotecario ni son profesionales siguen sometidas al régimen de calificación normal del Art. 18 LH, se da cómo resultado la existencia, a día de hoy, de tres categorías de hipotecas con diferentes regímenes de intervención de los Registradores y una protección de los consumidores de intensidad variable según los casos: las del Art. 12. 2 LH, las de la Ley 2/2009, y las hipotecas en garantía de cualesquiera obligaciones concedidas por contratantes no incluidos en el mercado hipotecario ni en la Ley 2/2009, en las que el Registrador puede calificar todo lo que afecte a la validez del negocio (Art. 18 LH), y no se inscriben las cláusulas financieras.

La existencia de estas diferencias hace aconsejable la indicada variación de la línea interpretativa seguida. De otro modo, las entidades del mercado hipotecario tendrían vía libre para introducir en sus contratos cláusulas abusivas, lo cual es contrario a los principios esenciales del sistema. Una cosa es que la necesidad de introducir nuevos productos financieros y el especial régimen de las entidades del mercado hipotecario aconseje y justifique el régimen especial del Art.12.2 LH y otra muy distinta interpretarlo de manera que estas entidades puedan prescindir de las exigencias del resto del ordenamiento jurídico. La corrección de estos resultados, por tanto, debe venir antes de un cambio de doctrina que de un cambio de la Ley.

3º A estas consideraciones jurídicas, hemos de añadir otras económicas. En efecto, si analizamos todo lo dicho en el contexto de crisis económica, observaremos que a la vez que se imputa la misma a la falta de seguridad (las "hipotecas basura" se apoyan en un sistema de asimetría informativa generada por la falta de transparencia de los mercados) y se

aboga por una corrección a nivel mundial de los sistemas financieros que permita una mayor seguridad preventiva, en España la interpretación dada al Art. 12. 2 LH nos lleva a resultado contrario si se permite la entrada en el Registro de créditos garantizados con hipoteca en cuyo clausulado existen disposiciones nulas. Los consumidores, como parte débil en el contrato, deben tener la certidumbre de que existen agentes calificadores independientes que impidan la vulneración de sus derechos. Y junto a los consumidores, los terceros deben estar seguros de que los créditos hipotecarios que luego circulan en el mercado hipotecario son plenamente válidos. No es razonable generar confianza en la seguridad de unos créditos cuya eficacia puede quedar luego contradicha por una resolución judicial. Ello haría disminuir la seguridad y aumentaría los costes de agencia, pues si se genera desconfianza por falta de certeza sobre la plena legalidad de lo que entra en el Registro, la población comenzará a demandar información complementaria a la resultante sólo de la intervención del Registrador. Esa información generará nuevos costes y hará más cara la obtención de crédito y la hipoteca. Una carestía que el adecuado funcionamiento del Registro contribuye a evitar.

Además, los resultados expuestos pueden ir contra las mismas líneas de acción que han estructurado la Ley 41/2007 y que se recogen en las palabras del Preámbulo reproducidas más arriba. La aparición de nuevos productos, no puede ni debe alterar la seguridad sobre la que descansa el mercado hipotecario español.

6.- Conclusiones

Tras una etapa de progresiva limitación del ámbito de la calificación registral en el campo del control de las cláusulas abusivas, especialmente de contratos garantizados con hipoteca, por parte de la doctrina de la DGRN (llegando a establecer que no cabe denegar, por no ser calificables, cláusulas inscribibles contrarias a leyes imperativas), la Ley 2/2009 constituye un punto de inflexión. En efecto, la misma determina nuevas causas de nulidad de determinados contratos e impone requisitos formales, la falta de los cuales ha de originar que los contratos que adolezcan de su falta no se inscriban. Ello requerirá la calificación de todas las cláusulas. Y si en estos casos se produce la misma, no es razonable que no haya de llevarse al cabo en el resto de supuestos, sobre todo teniendo en cuenta que la calificación viene exigida por la legislación vigente y los principios esenciales sobre los que la misma descansa. Además, el daño económico que se podría originar en caso de seguir una tendencia que disminuye la seguridad lograda hasta el momento (y cuya falta en otros países estaría en la raíz de la crisis según los analistas), sería un paso atrás.

Por todo ello, sería conveniente un cambio de doctrina. Dicho cambio no requeriría un cambio legal y encontraría un fuerte apoyo en las reglas vigentes. A los argumentos que resultan de las mismas, debemos ahora añadir el poderoso argumento que constituye el que la última Ley en la materia haya querido seguir contando con el Registro y la calificación como medios óptimos para proporcionar a los consumidores la protección que necesitan y a los mercados la seguridad que demandan, para que siga adelante el crecimiento económico. □

Notas a pie de página

1. ABRIL CAMPOY, J.M. "Comentarios a los Art. 11 y 13 de la LCGC" en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación (I. Arroyo y J. Miquel Rodríguez, corrds.). pag. 115.
MARCO MOLINA, J., "La modificación por la nueva LCGC del sistema de publicidad formal en el Registro de la Propiedad". En Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998 de 13 de Abril. S. Espiau Espiau Ed. P.158.

2. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Derechos reales. Derecho Hipotecario, T.II Ed. CER, Madrid 1999, 3º edición.
GARCÍA GARCÍA, J.M. Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil. 5º ed. Thomson-Civitas. Madrid 2006.
BUSTO LAGO, J.M. El control registral de las condiciones generales de los contratos. RCDI. num.667.

3. GARCÍA GARCÍA, J.M. Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil. 5º ed. Thomson-Civitas. Madrid 2006, pag. 332.

4. Así las Resoluciones de 7 de Septiembre de 1988, 16 de febrero 1990, 16 de Marzo de 1990, 26 de Diciembre de 1990, y 17 de Marzo de 1994.

5. Así, las Resolciones de 8, 9, 10 y 11 de Octubre de 1991. Y posteriormente las de 4 de mayo de 1992, 1 de junio de 1992, 29 de Junio de 1992, 6 de Julio de 1992, 9 de Julio de 1992, 11 de Julio de 1992, 13 de julio de 1992, 14 de Julio de 1992 y 11 de Julio de 1992, entre otras muchas.

6. Como destaca ARRUÑADA, B. en La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico. Ed. CER, 2004.

7. Véase a este respecto KRAAKMAN, R.H "Gatekeepers: The AnatomY of a Trhird-Party Enforcemente Strategy". Journal of Law, Economics and Organization, vol.2. 1986.

8. DE CASTRO Y BRAVO, F. Derecho civil de España. Civitas. Madrid, 1984, p.539.

◄ DISPOSICIONES ESTATALES ►

♦ CONCURSO REGISTROS VACANTES

RESOLUCIÓN de 18 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 1/02), por la que se resuelve el concurso ordinario nº 278 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 12 de noviembre de 2009 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

♦ APLAZAMIENTO DEMARCACIÓN

ORDEN 2 de febrero de 2010 (BOE 10/02) del Departamento de Justicia, por la que se aplaza la ejecución de la demarcación registral prevista para el año 2009 en la Orden de 23 de octubre de 2007, por la que se dictan normas para la ejecución del RD 172/2007, de 9 de febrero, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

♦ PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

RD 133/2010, de 12 de febrero (BOE 16/02), por el que se establece la prórroga del programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado por la Ley 14/2009, de 11 de noviembre.

♦ VEHÍCULOS

RESOLUCIÓN de 10 de febrero de 2010 (BOE 16/02), de la Secretaría General de Industria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2009, por el que se modifica la normativa reguladora de los préstamos previstos en el Plan elaborado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para la renovación del parque automovilístico (Plan VIVE 2008-2010).

♦ MODIFICACIÓN LOTC Y LOPJ

LEY ORGÁNICA 1/2010, de 19 de febrero (BOE 20/02), de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

♦ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD nº 1017/2010 (BOE 27/02), en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña.

◄ DISPOSICIONES AUTONÓMICAS ►

♦ CASTILLA Y LEÓN – PRESUPUESTOS

LEY 11/2009, de 22 de diciembre (BOE 4/02), de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2010.

♦ ARAGÓN – PRESUPUESTOS

LEY 12/2009, de 30 de diciembre (BOE 10/02) de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010.

LEY 13/2009, de 30 de diciembre (BOE 10/02) de Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

♦ NAVARRA – PRESUPUESTOS

LEY FORAL 16/2009, de 23 de diciembre (BOE 18/02), de presupuestos generales de Navarra para el año 2010.

LEY FORAL 17/2009, de 23 de diciembre (BOE 18/02), de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

♦ COMUNIDAD VALENCIANA – NOMBRAMIENTOS REGISTRADORES

DECRETO 35/2010, de 19 de febrero (DOGV 22/02), del Consell, por el que se nombran registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles para proveer registros vacantes en la Comunidad Valenciana.

♦ GALICIA – PRESUPUESTOS

LEY 9/2009, de 23 de diciembre (BOE 23/02), de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010.

♦ GALICIA – CAJAS DE AHORROS

LEY 10/2009, de 30 de diciembre (BOE 23/02), de modificación del Decreto legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 7/1985, de 17de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de cajas de ahorros de Galicia. □

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana