

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**8818** *Resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Albaida, por la que se suspende la inscripción de una rectificación de una escritura ya inscrita de declaración de obra nueva en construcción.*

En el recurso interpuesto por don G. A. B. contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Albaida, doña Paula Ruiz Jara, por la que se suspende la inscripción de una rectificación de una escritura ya inscrita de declaración de obra nueva en construcción.

#### Hechos

##### I

En escritura de declaración de obra nueva en construcción autorizada en Benigànim el día 18 de noviembre de 2010, por su notario don José Manuel Rodrigo Paradells, número de protocolo 826, doña M. L. P. B. en estado de soltera y siendo titular registral con carácter privativo por donación de la finca registral 5.409 de Quatretonda, declaró sobre ella una edificación en construcción, que se inscribe el día 28 de diciembre de 2010. Posteriormente, se otorgó escritura de rectificación de la anterior escritura, autorizada en Benigànim el día 9 de junio de 2015 por su notario, don Sergio Mocholi Crespo, número de protocolo 404, en la que la citada doña M. L. P. B., ahora ya en estado de casada, y su marido, don G. A. B., declaran que en la primera escritura se omitió que, previamente a declarar la obra nueva, doña M. L. P. B. concedió a don G. A. B. un derecho de superficie sobre la mitad indivisa de la finca, de tal manera que la propiedad de la edificación declarada correspondiera a ambos por mitades indivisas, y a tal efecto rectifican la comparecencia de la primera escritura, para decir que también compareció en ella don G. A. B., y también rectifican y dan nueva redacción a determinados párrafos de su parte expositiva y de sus estipulaciones para constituir el referido derecho de superficie.

##### II

El día 20 de abril de 2016 se presentó la escritura de rectificación, junto con la escritura por ella rectificada, en el Registro de la Propiedad de Albaida, y fueron objeto de calificación negativa mediante nota de calificación en los siguientes términos: «Registro de la Propiedad de Albaida (Valencia) Entrada: 2098/2016 de fecha veinte de abril del año dos mil dieciséis. Asiento: 1293 del Diario 86. Documento: Escritura de declaración de obra nueva en construcción autorizada en Beniganim el día dieciocho de noviembre de dos mil diez, por su Notario don José-Manuel Rodrigo Paradells, protocolo 826/2010; junto con: Escritura de rectificación autorizada en Beniganim el día nueve de junio de dos mil quince, por su Notario don Sergio Mocholi Crespo, protocolo 404/2015. Presentante: F. F. F. (Notaria de Beniganim). Previa calificación del precedente documento, en los términos a que se refiere el artículo 18 y demás aplicables de la Ley Hipotecaria, en el día de hoy, se deniega la inscripción solicitada, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: Por no constar debidamente constituido ni configurado el derecho de superficie que pretende entrar en el registro. Por falta de tracto sucesivo. Fundamentos de derecho: –Artículos 1, 9, 18, 20, 38 y 218 de la Ley Hipotecaria. –Artículos 51 y 98 del Reglamento Hipotecario. –Artículo 53 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación

Urbana. –Artículo 1259 del Código Civil. –Artículo 24 de la Constitución Española. Dichos asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirá todos los efectos previstos en las legislaciones mientras no se declare su inexactitud, en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria. Albaida a nueve de Mayo del año dos mil dieciséis. El Registrador (firma ilegible) Fdo. Doña Paula Ruiz Jara. Contra dicha calificación (...)».

## III

Don G. A. B., mediante escrito de fecha 6 de junio de 2016, interpuso recurso contra la anterior nota de calificación registral negativa en el que, en esencia, alega lo siguiente: Que, desde el año 2006, doña M. L. P. B y el recurrente mantenían una relación sentimental que derivó en matrimonio formalizado en julio de 2013; Que, en diciembre de 2009, siendo doña M. L. P. B propietaria de una vivienda antigua cuya rehabilitación resultaba inviable, decidieron proceder al derribo y nueva construcción de una vivienda, y que, previamente al inicio de las obras, acordaron verbalmente diferenciar entre la propiedad del suelo (100 % de doña M. L. P. B.) y la nueva construcción (50% de doña M. L. P. B y 50 % del ahora recurrente), pero que dada la relación sentimental existente, no consideraron necesario formalizar contrato escrito de ello. Añade el recurrente que en el proyecto de ejecución de obra, visado en el día 3 de septiembre de 2010 por el Colegio Territorial de Arquitectos de Valencia, ya constan ambos como promotores de la misma y que desde el primer momento, el coste de la construcción, así como los tributos, trámites y cualquier otro gasto necesario, fueron asumidos de forma conjunta e indistinta entre ambos, tal y como se había acordado previamente al inicio de la obra. «Así pues –dice el recurrente–, el derecho de superficie se constituye de facto previamente al inicio de la construcción, y cualquier título que contravenga este hecho no refleja la realidad de lo acordado entre las partes». Que «por error ajeno a nuestra voluntad y del cual no éramos conscientes, no se reflejó en las escrituras de Declaración de Obra Nueva en Construcción (18/11/2010), Préstamo Hipotecario (18/11/2010) y Acta de Finalización de Obra (1/12/11) la diferenciación antes citada entre la propiedad del suelo (100 % M. L.) y la construcción (50 % M. L.–50 % G.), por cesión del 50% del derecho de superficie con la voluntad de proceder a la autopromoción conjunta de la vivienda, destinada a ser la residencia familiar». Pero que «desde el momento en que fuimos concededores del error (abril 2015), no hemos cesado en nuestra voluntad de subsanar el mismo, aportando documentación justificativa y realizando las gestiones necesarias ante cualquiera que así lo ha requerido, así como formalizando Escritura de Rectificación de todas las otorgadas erróneamente, lo cual debiera ser tenido en consideración». Y se remite a que la escritura de rectificación cuya calificación se recurre «fue formalizada contando con el consentimiento expreso de todos los intervinientes en la escritura matriz (en virtud del artículo 153 del Reglamento Notarial), y ante el Notario de la misma plaza (...) adicionalmente a lo declarado por los intervinientes (prosigue el recurrente) resulta probada la discordancia con la realidad extrarregistral mediante diversos medios de prueba igualmente válidos (facturas, extractos bancarios, justificantes de pago, certificados de obra, proyecto de ejecución de obra, etc.), (...) y que permiten concluir que la escritura formalizada en fecha 18 de noviembre de 2010, no refleja el acuerdo alcanzado entre las partes, omitiendo una parte fundamental del mismo, como es la cesión del 50 % del derecho de superficie (...) lamento profundamente la posición tomada por el Sr. Registrador y espero acceda a reconsiderar su postura, haciendo prevalecer lo estipulado en el artículo 1281 del Código Civil, donde se indica explícitamente «Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». Asimismo, el artículo 1282 establece que «Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato». Por otra parte, argumenta el recurrente lo siguiente: «la interpretación del tracto sucesivo hecha por el Sr. Registrador resulta ser, a nuestro entender, totalmente subjetiva puesto que M. L. aparece como titular del pleno dominio de la finca, tanto actual como anteriormente al inicio de la construcción, siendo la misma quién transmite el derecho de superficie que se pretende inscribir, y sin que todo ello cause perjuicio alguno a tercero. Adicionalmente, y habiéndose detectado la

discrepancia entre lo inscrito en el Registro y la realidad extrarregistral, se procede a la rectificación no sólo de la omisión producida en la cesión del 50 % del derecho de superficie, sino de todos los actos jurídicos formalizados erróneamente, recogiendo la voluntad real declarada por los intervinientes (...): Por otra parte, según se indica en el artículo 216 de la Ley Hipotecaria, «Se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido». Entendiendo que dichas circunstancias se asimilan suficientemente a nuestro caso en particular, según lo estipulado en el artículo 217 de la Ley Hipotecaria: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene». Así pues, nos encontramos ante una situación que consideramos totalmente injusta, puesto que habiendo reconocido los interesados que la Escritura Pública de Declaración de Obra Nueva celebrada en fecha 18/11/2010 no se ajusta a la realidad extrarregistral; prestado su consentimiento para su rectificación todos los intervinientes y titulares de derechos actualmente inscritos que recaen sobre la finca (M. L. P. B. y Bankia, S.A.); y aportado soporte documental fehaciente sobre el que se sustenta la rectificación solicitada, su efectiva regularización queda sujeta a la interpretación subjetiva del Sr. Registrador. La propia DGRN ha admitido en diversas Resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005 y 19 de junio de 2010) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro cuando resulte probado de un modo absoluto con documentos fehacientes, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados, pues en tales casos bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. A tal efecto, se puede comprobar como M. L. P. B. y G. A. B. aparecemos como cotitulares en el Proyecto de Ejecución de Obra, el Certificado Final de Obra o la cuenta corriente donde se realizó el pago de la mayor parte de las facturas y vinculada al préstamo hipotecario, todo ello en fecha incluso anterior al inicio de la construcción. Asimismo, se puede comprobar como las facturas fueron emitidas en idéntica proporción, en consonancia con el acuerdo alcanzado. Las citadas facturas, adicionalmente a ser justificantes de las entregas de bienes y prestaciones de servicios recibidos, sirven para legitimar el ejercicio de las transacciones y documentar las operaciones mercantiles, así como probar los hechos desde el punto de vista legal, cumpliendo en todo momento los requisitos formales exigidos por la legislación. A nuestro entender, resulta tan evidente la situación que sólo podemos apelar a la reflexión del Sr. Registrador para que, esta vez sí, acepte la inscripción solicitada, ante el reconocimiento de los intervinientes y la multitud de pruebas documentales aportadas, al objeto de evitar la apertura de un procedimiento judicial que, estando todas las partes involucradas de acuerdo, no tendría ningún sentido y que entendemos totalmente innecesario».

#### IV

Dado traslado por el Registrador del recurso a los Notarios autorizantes, se recibió en plazo escrito de alegaciones de José Manuel Rodrigo Paradells, notario de L'Olleria en calidad de notario autorizante del documento calificado, en el cual hace las siguientes alegaciones: «Primero.—Las presentes alegaciones no tienen otra finalidad que la de defender mi actuación profesional frente a las manifestaciones del recurrente, que tacha de incorrecta la escritura por mí autorizada, al no reflejar de manera fiel la voluntad de la otorgante, por causa imputable a mi propia actuación. Segundo.—Con fecha de 18 de noviembre de 2010, siendo Notario de Beniganim, y con el número 826 de protocolo, autoricé escritura de Declaración de Obra Nueva en Construcción, siendo otorgante, como propietaria del inmueble, doña M. L. P. B. La misma fue objeto de la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad de Albaida. Tercero.—Dicha escritura fue posteriormente rectificada en virtud de otra autorizada por el Notario de Beniganim, don Sergio Mocholí Crespo, el día 9 de junio de 2015, con el número 404 de su protocolo. Cuarto.—Ante la

negativa de la Registradora de la Propiedad de Albaida de inscribir de nuevo el documento por mí autorizado en 2010 junto con la mencionada rectificación, el señor A. B. interpuso recurso gubernativo ante la Dirección General de Registros y del Notariado, del que con arreglo a la Ley Hipotecaria, y como notario autorizante de uno de los documentos cuya inscripción se solicita, se me da traslado al efecto de formular las alegaciones que estime pertinentes. Quinto.—En su recurso, el señor A. escribe «Por error ajeno a nuestra voluntad y del cual no éramos conscientes, no se reflejó en las escrituras de Declaración de Obra Nueva en Construcción (18/11/2010)... la diferenciación antes citada entre la propiedad del suelo (100 % M. L.) y la construcción (50 % M. L.—50 % G.), por cesión del derecho de superficie, con la voluntad de proceder a la autopromoción conjunta de la vivienda, destinada a ser la residencia familiar.» Y posteriormente, indica que «En nuestro caso, adicionalmente a lo declarado por los intervinientes, resulta probada la discordancia con la realidad extrarregistral mediante diversos medios de prueba igualmente válidos que adjuntamos al presente recurso y permiten concluir que la escritura formalizada en fecha 18 de noviembre de 2010, no refleja el acuerdo alcanzado entre las partes, omitiendo una parte fundamental de la misma, como es la cesión del 50% del derecho de superficie.» Es decir, que el recurrente hace constar que en la escritura de declaración de obra nueva en construcción autorizada en 2010 se omitió un pacto de cesión de derecho de superficie entre la otorgante y el propio recurrente (que ni siquiera intervino en el otorgamiento de la escritura), por causa imputable al notario. Ignoro los motivos que pueden llevar al señor A. a llevar a cabo esta aseveración y la consiguiente rectificación, prácticamente cinco años más tarde (recordemos que la escritura de rectificación se otorgó el 9 de junio de 2015). Evidentemente, las afirmaciones anteriores no son verídicas. En la escritura autorizada por mí se hizo constar expresamente la voluntad de la otorgante: la declaración de obra en construcción sobre un solar de su propiedad, con la consecuencia que se deriva del principio de accesión, que lleva a que la propiedad del suelo absorba la de lo edificado, independientemente del origen de los fondos que sufraguen la construcción. Y es palmario que no se pudo omitir un pacto de la relevancia de una constitución de un derecho de superficie, en caso de haber sido indicado por la interesada, y más cuando en ningún momento el señor A. fue otorgante de la escritura. Es evidente que para la existencia de un pacto, acuerdo, convenio, o constitución de un derecho de superficie se precisa el concurso de más de una voluntad, lo cual no se daba en nuestro caso. Y en el improbable caso de que se hubiera producido esa omisión en la redacción de la escritura, ¿por qué no se manifestó dicha omisión por la otorgante, señora P. B., en el acto de lectura de la misma, en el que se le explicó claramente cuáles eran las consecuencias del otorgamiento? Estamos hablando de una cuestión de suficiente enjundia para que sea tenida en cuenta y no pueda pasar por un mero descuido o despiste. Sexto.—La conclusión que debe extraerse de lo anterior es que la ausencia del pacto de superficie al que se refiere en su recurso el señor A. no se debe en ningún caso a un error del notario, como se desprende de las afirmaciones del recurrente, sino a que no se dejó constancia de su existencia por parte de la interesada: o dicho de otro modo, en ningún caso se manifestó la voluntad de que la construcción que se declaraba en la escritura llegase a pertenecer de un modo u otro a persona distinta de la propia otorgante, señora P. B.. En tal caso, no cabe duda de que así se hubiera hecho constar. En mi Notaría se actuó en todo momento de manera correcta, redactando la escritura de manera que reflejase de manera fiel la voluntad de la otorgante. Si la otorgante no quiso o no estuvo conforme con manifestar la existencia de un pacto de superficie, o mudó esa voluntad en un momento posterior al otorgamiento, no es motivo para achacar la existencia del error a la labor profesional del notario».

V

Mediante escrito, de fecha 23 de junio de 2016, la registradora se ratificó en su calificación negativa, emitió informe y remitió el expediente a este Centro Directivo, haciendo constar que se trasladó el recurso, mediante correo certificado con acuse de recibo, al Notario de Benigánim, don Sergio Mocholí Crespo, y al Notario de L'Ollería, don José Manuel Rodrigo Paradells, y que sólo este segundo ha formulado alegaciones.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1218 del Código Civil; 143 y 153 del Reglamento Notarial; 53 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y 20, 38, 39, 40 y 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

1. Consta inscrita una finca a favor de doña M. L. P. B., como titular privativa por haberla adquirido por donación y en estado de soltera, y sobre ella consta inscrita también a favor de dicha señora, y con carácter privativo una edificación declarada en construcción en virtud de escritura pública otorgada por ella en el año 2010.

Ahora se presenta a inscripción una escritura pública del año 2015, otorgada por dicha señora, ahora ya casada, y por su marido, que rectifica la escritura del año 2010, en el sentido de que debió también tenerse al dicho señor por compareciente en la primera escritura, y que ambos comparecientes, con carácter previo a la declaración de la obra nueva, constituyeron en aquel acto un derecho de superficie a favor de dicho señor sobre la mitad indivisa de la finca, por lo que se solicita que se rectifique la inscripción registral de modo que la propiedad del suelo quede a nombre de la señora en un 100 %, y la de la edificación a nombre de ambas personas por mitades indivisas.

La registradora deniega la rectificación solicitada por dos motivos: «por no constar debidamente constituido ni configurado el derecho de superficie que pretende entrar en el Registro» y «por falta de tracto sucesivo».

El marido, y ahora recurrente, alega que previamente al inicio de las obras, acordaron verbalmente diferenciar entre la propiedad del suelo (100 % de doña M. L. P. B.) y la nueva construcción (50 % de doña M. L. P. B. y 50 % del ahora recurrente), pero que dada la relación sentimental existente, no consideraron necesario formalizar contrato escrito de ello. Y que ahora han otorgado la escritura de rectificación expresada, sin que quepa oponer defecto de falta de tracto sucesivo pues la finca sigue inscrita a nombre de la señora otorgante.

Por tanto, la cuestión que se plantea es, en síntesis, la de si procede inscribir una rectificación de una escritura ya inscrita y otorgada por un solo compareciente, cuando la escritura de rectificación se otorga cinco años después y en el sentido de que se tenga por compareciente en la primera escritura a otra persona adicional y por efectuadas determinadas estipulaciones contractuales entre ambas personas, en concreto, por constituido un derecho de superficie por la titular registral a favor de la otra persona, hoy su marido, y actual recurrente, sobre el 50 % de la finca.

2. Como ha tenido ocasión de manifestar este Centro Directivo (cfr. Resolución 28 de noviembre de 2013), como principio general, se pueden alterar los términos de una escritura cuando estos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial.

No obstante, tal alteración siempre ha de estar supeditada al hecho de que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente (artículos 1261 y 1275 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación, a fin de evitar que por la vía indirecta y fraudulenta se puedan alterar las reglas generales que regulan la transmisión de los bienes y derechos (y las consecuencias fiscales derivadas de las mismas).

En definitiva, nada impide que se deje sin efecto un título inscrito con el consentimiento de todos los titulares (ex artículo 82 de la Ley Hipotecaria) con base en el error de consentimiento de alguno de los contratantes, ahora bien, con su propia prioridad y dejando a salvo los derechos de los terceros (cfr. artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria).

3. En el presente expediente concurre la circunstancia de que se pretende rectificar una escritura haciendo comparecer a quién en su día no compareció, constituyendo un negocio jurídico ex novo, derecho de superficie, que de conformidad con el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, conforme al cual «para que el derecho de superficie quede válidamente

constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad».

Por todo ello, si, como reconoce el recurrente, en su momento «dada la relación sentimental existente, no consideraron necesario formalizar» en escritura pública el derecho de superficie, no cabe sino concluir que tal supuesto derecho no quedó constituido en modo alguno. Por tanto, ni hubo error notarial en la redacción y autorización de la escritura pública otorgada en el año 2005, ni hubo error registral en su inscripción.

Como señala en sus alegaciones el notario autorizante de la primera escritura, que fue rectificada por otra escritura, ante otro notario cinco años después, la ausencia del pacto de constitución del derecho de superficie al que se refiere el recurrente no se debió en ningún caso a un error del notario, sino a que no se manifestó la voluntad de que la construcción que se declaraba en la escritura llegase a pertenecer de un modo u otro a persona distinta de la propia otorgante.

Tampoco resulta admisible su afirmación de que «el derecho de superficie se constituye de facto previamente al inicio de la construcción, y cualquier título que contravenga este hecho no refleja la realidad de lo acordado entre las partes», puesto que como se ha expresado el derecho de superficie exige su formalización en escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Lo anteriormente expuesto no impide que si la titular registral de la finca desea constituir ex novo algún derecho de superficie a favor de determinada persona, puede hacerlo, pues tiene a su favor la legitimación registral que le otorga el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y el cumplimiento del requisito del tracto sucesivo que exige el artículo 20 de la misma Ley –por lo que en este punto sí ha de ser revocada parcialmente la nota de calificación registral–, pero partiendo de la situación y descripción registral vigente, y en todo caso debiendo cumplir los requisitos formales y sustantivos necesarios para la válida constitución de tal derecho de superficie, pero con su propia prioridad registral.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación registral, salvo en su último inciso alusivo a la «falta de tracto sucesivo», que procede revocar.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de septiembre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.