

CRISTINA MARTÍNEZ . Registradora de la Propiedad

EFICACIA DE LA NOTA MARGINAL DE PROHIBICIÓN DE DISPONER EN LAS VIVIENDAS PROTEGIDAS.

En el Registro figura inscrita una vivienda protegida a nombre de un determinado señor que obtuvo ayudas para la adquisición de la misma, por lo que al margen de la inscripción de su adquisición consta la nota marginal de prohibición de disponer durante 10 años.

Esa finca fue objeto, en su día, de una anotación preventiva de embargo. El embargo se ejecutó, la finca salió a pública subasta y ahora se presenta en el Registro el testimonio del auto de adjudicación junto con el mandamiento de cancelación de cargas, antes de que hayan transcurrido esos 10 años.

La cuestión que se plantea la Registradora, es si puede inscribir esa adjudicación o si por el contrario la existencia de la nota marginal de prohibición de disponer impide dicha inscripción.

Todos los contertulios entendieron que la adjudicación es inscribible ya que esa nota marginal lo que trata de impedir es la venta voluntaria, pero no la venta forzosa, como sería este caso. Es decir, si el titular registral quisiera vender voluntariamente la finca, necesitaría la previa autorización de la Administración correspondiente, para que dicha venta fuera inscribible.

Otra cuestión es, qué ocurre con la nota marginal, ya que se plantea si al inscribir esa adjudicación puede cancelarse automáticamente dicha nota o, si por el contrario es necesario para la cancelación la correspondiente resolución administrativa.

En este punto, no hubo acuerdo entre los contertulios ya que, parte de ellos entendían que al inscribirse la adjudicación debe cancelarse automáticamente dicha nota marginal, pues esta prohibición de disponer sólo puede afectar al titular que obtuvo las ayudas para la adquisición de la vivienda, pero no a un tercero que no tiene nada que ver con dichas ayudas.

Sin embargo, otros contertulios entendieron que esa nota marginal funcionaría como una especie de carga previa y no se puede cancelar sin la correspondiente resolución administrativa, ya que es a la Administración competente a la que corresponde el control de la devolución de las ayudas, puesto que de lo contrario se vería perjudicada dicha Administración.

DESAFECTACIÓN DE LA VIVIENDA DEL PORTERO.

Se presenta en el Registro una escritura en la que se desafecta la vivienda del portero, que hasta entonces era un elemento común del edificio, para convertirla en un elemento privativo que posteriormente ha sido vendido en otra escritura.

El edificio está compuesto por diez elementos privativos, ocho de los cuales tienen cargas y dos de ellos están libres de cargas.

En el acuerdo de la comunidad de propietarios, adoptado por unanimidad, se acuerda desafectar la vivienda del portero, atribuyéndole determinada cuota de participación, que resulta de la cesión de parte de la cuota que tenían los dos elementos privativos que no tienen cargas.



Como consecuencia de ello, se indica tanto en esta escritura, como en la de compraventa, que esta vivienda de portero desafectada está libre de cargas.

El Registrador se plantea varias cuestiones:

1º- Hay que distinguir dos cuestiones diferentes. Una cosa es determinar qué elementos privativos van a reducir su cuota para atribuírsela al nuevo elemento privativo desafectado, y otra cosa es el arrastre de cargas.

En una propiedad horizontal, tal y como establece el artículo 396 CC y el artículo 3.b) LPH, al dueño de cada piso o local le pertenece, además del derecho singular y exclusivo sobre su piso o local, la copropiedad junto con los dueños de los demás pisos y locales de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes. En consecuencia, la titularidad de la vivienda del portero pertenece a cada uno de los dueños de los pisos y locales, y estas partes en copropiedad son enajenadas y gravadas juntamente con el elemento privativo del que son anejo inseparable. Por ello, cuando la vivienda del portero se desafecta y pasa a ser elemento privativo, dado que procede de todos y cada uno de los elementos privativos existentes en ese momento, debe arrastrar todas y cada una de las cargas y gravámenes que afecten a dichos elementos privativos, y ello con independencia de los pisos o locales concretos que hayan reducido su cuota para cederla a la vivienda del portero.

Únicamente, podría estar este nuevo elemento libre de cargas, si los titulares de las mismas consintieran dicha liberación, ya que sino consintieran y no se arrastraran dichas cargas, los titulares de las mismas se habrían visto perjudicados como consecuencia de dicha desvinculación, ya que cuando se gravó ese piso o local, también se gravó la parte en copropiedad sobre la vivienda del portero, y, en consecuencia, cualquier modificación sobre el objeto gravado debe ser consentida por el titular de esa carga.

2º-Dado que hay dos propietarios especialmente perjudicados por este acuerdo ya que sólo ellos reducen su cuota a favor de la vivienda del portero, se consideró por la mayoría de los contertulios que respecto de ellos no puede considerarse el acuerdo de la Junta como un acto colectivo que puede ser elevado a público por el Presidente, si no que sería un acto *uti singuli* (para seguir con la terminología utilizada por la DGRN en sus resoluciones) ya que afecta directa e individualmente a su derecho de propiedad y, en consecuencia, deberían haber ido al otorgamiento de la escritura para consentir expresamente dicho acto.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA. INTERVENCIÓN DEL DEUDOR.

Se presenta en el Registro una escritura en la que se constituye hipoteca en garantía de una cuenta de crédito en la que se van a cargar las deudas de un tercero, es decir, que se constituye la hipoteca en garantía de una deuda ajena, pero sin que al otorgamiento haya concurrido el deudor.

En la escritura se indica el número de cuenta, el plazo de entrega, las operaciones que se van a cargar, entre ellas unas pólizas que no se protocolizan, la regulación de dicha cuenta, ..., es decir, todo lo relativo al funcionamiento de dicha cuenta de crédito, y que va a afectar al deudor, y sin embargo éste no comparece.

Se plantea el Registrador si es o no necesaria su comparecencia para poder inscribir la hipoteca. Los contertulios se dividieron, ya que mientras que unos entendieron que sí que era necesaria la intervención del deudor para causalizar la hipoteca y la cuenta y porque el reconocimiento de una deuda sólo puede hacerse por el deudor, otros, sin embargo, entendieron que no era necesaria su presencia ya que estaba suficientemente acreditada la causa y la obligación garantizada.



EJERCICIO DEL RETRACTO ENTRE COLINDANTES.

En su día se inscribió en el Registro una escritura por la que el titular registral de una finca rústica (A) la vendía a otro señor (B), que estaba casado en régimen de gananciales pero que no expresó que la adquiriría para su sociedad conyugal, por lo que se inscribió la finca a favor de B con carácter presuntivamente ganancial (art. 94.1 RH).

Uno de los colindantes (C) ejercita judicialmente el derecho de retracto dirigiendo la demanda únicamente contra B.

B alega en el juicio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que la demanda debía haberse dirigido también contra su esposa. El Juez resuelve expresamente sobre este asunto entendiendo que no existe ese litisconsorcio pasivo necesario, ya que la demanda de retracto debe dirigirse únicamente contra quien en su día compareció a la compraventa como comprador.

En la sentencia el Juez estima la demanda y obliga al demandado (B) a otorgar una escritura de compraventa de la finca a favor del colindante (C) y por un precio de 460.000 pesetas.

Tanto B como C otorgan la indicada escritura de compraventa y al final hay una diligencia en la que interviene la esposa de B indicando que se opone a dicha venta.

La Registradora se plantea si puede inscribir esa escritura de compraventa ya que partiendo del artículo 94.3 RH, en principio, parece que no sería inscribible por no contar B con el consentimiento de su esposa.

Sin embargo, los contertulios entendieron que esta escritura sí que es inscribible ya que en ella B no está realmente haciendo un acto de disposición, sino que está ejecutando un fallo de una sentencia declarativa de un derecho legal y objetivo, como es el retracto, y porque no está vendiendo propiamente la finca sino deshaciendo una venta anterior, y por ello, sólo debe concurrir a deshacer esa venta la persona que concurrió en su día a la compra, por ello, el Juez en su momento desestimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

PACTO COMISORIO Y DESISTIMIENTO

Se presenta en el Registro una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un pagaré que está intervenido notarialmente y en la misma escritura se pacta un derecho de opción de compra a favor del acreedor para el caso del impago.

Este derecho de opción de compra no es inscribible, pues es evidente que en el presente supuesto la opción se concede en función de garantía, dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida (cuyo impago determina la concesión de la opción y su extinción se produciría caso del ejercicio de tal opción). En consecuencia, y como ha dicho en diversas ocasiones la DGRN, la última en la Resolución de 26 de noviembre de 2008, estableciéndose en el documento calificado un derecho de opción en función de garantía, ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio; la cual sigue vigente en nuestro ordenamiento, tal como confirman los artículos 1. 859 y 1. 884 del Código Civil.

A continuación, el presentante plantea si él solo puede desistir de la inscripción del derecho de opción para que se pueda inscribir la hipoteca. Sin embargo ésto no es posible ya que estamos ante un negocio indisoluble y hay una unidad sustantiva entre ambos pactos, la hipoteca y la opción de compra, por lo que será necesario que acreedor y deudor otorguen una escritura de rectificación debiendo necesariamente volver a exhibir el pagaré al Notario autorizante como medio de acreditar la condición de acreedor.



ADJUDICACIÓN EN VACÍO

En 1960, D.AAA vendió verbalmente una finca a D. BBB, pero el vendedor en 1961 falleció antes de dejar constancia por escrito de dicha venta.

En 1962, la viuda y los hijos de D.AAA, como legítimos herederos e integrantes de la comunidad hereditaria de la herencia de D. AAA, ya que ésta todavía no había sido partida, plasmaron en un documento privado la venta que su marido y padre, respectivamente, había hecho a favor de D. BBB.

En 1970, se hace la partición de la herencia de D. AAA y esta finca se le adjudica a uno de los hijos, D. CCC, es decir, estamos ante lo que la doctrina denomina «adjudicación en vacío» ya que se trata de una adjudicación sin contenido económico, ya que se adjudica un bien, pero a los simples efectos de que posteriormente se formalice una transmisión anteriormente efectuada.

En 1990, se eleva a público el contrato privado de compraventa y a dicho otorgamiento tan sólo concurre el comprador y el hijo adjudicatario, D.CCC, y la Registradora se plantea si a dicha elevación a público deben concurrir los demás interesados en la herencia y que en su día formalizarón el documento privado, es decir, la viuda y los demás hijos.

Todos los contertulios entendieron que no es necesaria su comparecencia ya que, si bien en el documento privado debieron intervenir todos como titulares de la comunidad hereditaria, en el momento del otorgamiento de la escritura ya existe un titular adjudicatario de dicha finca.

SUBROGACIÓN ACTIVA EXISTIENDO DOS HIPOTECAS CON IGUALDAD DE RANGO

En el Registro consta que sobre una misma finca figuran inscritas dos hipotecas a favor de una misma entidad bancaria, existiendo entre ellas el pacto de igualdad de rango.

El artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo de subrogación y novación de préstamos hipotecarios, en su redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, establece en el inciso segundo de su párrafo segundo lo siguiente: « *Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos*».

En la escritura de subrogación la nueva entidad sólo se subroga en el primero de los préstamos hipotecarios, ya que parece que la misma interpreta que, al existir el pacto de igualdad de rango, no sería necesaria la subrogación en ambas hipotecas, puesto que en caso de ejecución de la primera hipoteca no se produciría la purga o cancelación de la segunda.

Sin embargo, los contertulios entendieron que el tenor de la norma es muy claro y no recoge excepción alguna, ya que evitar la posible purga por la ejecución de la primera hipoteca no es la única finalidad de dicha norma.

TESTAMENTO CON LIMITACIONES

Se presenta en el Registro una escritura de partición de herencia otorgada por los tres hijos de causante fallecido.

En el testamento dicho causante instituyó herederos por partes iguales a los tres hijos, pero en relación a uno de ellos, estableció una serie de limitaciones estableciendo que dichas limitaciones



subsistirían hasta que hubieran transcurrido cinco años del fallecimiento de la madre y se acreditara por el certificado médico expedido por dos facultativos que el hijo estaba rehabilitado.

En la escritura de partición de herencia los hijos se adjudican por terceras partes todas las fincas y no hacen mención alguna a las limitaciones condicionadas antes indicadas y la Registradora se plantea si esta escritura en estos términos es inscribible.

Todos los contertulios entendieron que no es inscribible y la subsanación puede hacerse de dos maneras:

- o bien acreditando que las condiciones se han cumplido (certificado médico más certificado de la defunción hace más de cinco años de su madre),
- o bien rectificando la escritura para determinar del tercio que se ha adjudicado ese hijo, la parte que le corresponde por legítima, que estará libre de toda carga y gravamen, y el resto, que quedará gravado con las limitaciones impuestas en el testamento.

VENTA DE LA VIVIENDA PORTERO DESAFECTADA

Se presenta en el Registro una escritura en la que se vende una vivienda que en el protocolo anterior había sido desafectada por haberse destinado hasta entonces a vivienda del portero.

En la escritura de compraventa interviene:

- en representación de la comunidad de propietarios, el secretario/administrador, y
- en representación de la Sociedad Limitada compradora, el administrador único, que resulta ser el Presidente de dicha comunidad de propietarios.

Esta escritura no puede inscribirse dado que el legal representante de la comunidad de propietarios es el Presidente, tal y como resulta del artículo 13.3 de la LPH, y no corresponde dicha representación ni al Secretario ni al Administrador, salvo que hubieran sido especialmente apoderados mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de poder.

De modo que, o bien se otorga poder mediante la correspondiente escritura a favor de dicho Secretario, o bien la comunidad de propietarios acuerda unánimemente vender a la Sociedad Limitada de la que es administrador el Presidente de dicha comunidad, con lo que dicho Presidente podría concurrir a otorgar la escritura de venta en representación tanto de la comunidad de propietarios como de la SL, quedando salvada la autocontratación o conflicto de intereses con dicho acuerdo unánime.

Asimismo se consideró que en dicho acuerdo unánime debería constar también el precio de dicha venta para evitar que surgiera el conflicto de intereses respecto de la SL.

