

## II. Resoluciones de la Dirección General

POR JUAN M.<sup>a</sup> DÍAZ FRAILE,  
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,  
BASILIO JAVIER AGUIRRE FERNÁNDEZ  
y JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA

*HIPOTECA SOBRE VIVIENDA UNIFAMILIAR EN CONSTRUCCION. AUNQUE NO HAYA COINCIDENCIA ENTRE REGISTRO Y TITULO EN LA DESCRIPCION URBANISTICA DEL INMUEBLE GRAVADO, NO EXISTE NINGUN OBSTACULO PARA INSCRIBIR LA HIPOTECA CALIFICADA, TAL Y COMO APARECE LA FINCA EN EL REGISTRO, ESTO ES, EN FASE DE CONSTRUCCION, REFLEJANDO ASI LA NOTA DE DESPACHO. (RESOLUCIÓN DE 21 DE MARZO DE 1997. BOE DE 24 DE ABRIL DE 1997.)*

*RESOLUCION de 21 de marzo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Miguel Tarragona Coromina contra la negativa de don Juan María Díaz Fraile, Registrador de Igualada número 2, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Miguel Tarragona Coromina contra la negativa de don Juan María Díaz Fraile, Registrador de Igualada número 2, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.—I.* El día 16 de julio de 1992, mediante escritura pública autorizada por don Miguel Tarragona Coromina, Notario de Barcelona, La Caixa d'Estalvis del Penedés, don Avelino Jiménez Parra y doña Pilar Alonso Márquez otorgan escritura de préstamo hipotecario a través de la cual se financia la construcción de una vivienda unifamiliar.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Igualada número 2, fue calificada en lo que aquí interesa: «A) Se suspende la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable consistente en la falta de coincidencia entre la situación constructivo-urbanística del inmueble hipotecado resultante del Registro (en el que figura como nueva «en construcción») y la manifestada en el título que se describe el inmueble conforme ha de resultar de su completa y definitiva construcción, con arreglo al

principio hipotecario de determinación y al artículo 37, números 1 y 2, del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y sus concordantes. No se toma anotación suspensiva por no solicitarse... Contra la presente nota, extendida a solicitud del Notario autorizante, cabe recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria, 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el plazo y por los trámites que resultan de los artículos citados del Reglamento Hipotecario. Igualada, 31 de diciembre de 1992.—El Registrador de la Propiedad, *Juan María Díaz Fraile*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra el apartado A) de la nota de calificación, y alegó: Que la escritura de hipoteca se otorgó para financiar la construcción de una vivienda unifamiliar. Que en el pacto 1 de la escritura se dice que se entrega en el momento el 85 por 100 del principal y que para disponer del 15 por 100 restante «la parte prestataria debe acreditar haber concluido totalmente la construcción». Que en la escritura de hipoteca se describe la finca sin indicar que está «en construcción» o «acabada», si bien de la misma queda patente que la construcción no se ha concluido. Que se entiende que la referida escritura debe inscribirse en el Registro por las razones siguientes: 1.<sup>a</sup> De la propia escritura resulta que la finca está en construcción. La no conclusión de la edificación está expresada reiteradamente en la escritura y no es imprescindible que se exprese en la propia descripción de la finca. No es que se deduzca que la obra no se ha concluido, se manifiesta expresamente. 2.<sup>a</sup> Que aunque en la propia escritura no constara que la obra no está concluida debería inscribirse, haciéndose constar que, según el Registro, la edificación no consta concluida. 3.<sup>a</sup> Lo establecido en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria. 4.<sup>a</sup> La norma urbanística. El artículo 37 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana se refiere únicamente a las escrituras de declaración de obra nueva, no siendo aplicables a las compraventas e hipotecas. 5.<sup>a</sup> Que la aplicación que el Registrador pretende de la norma es ilegal por no ajustarse a la Ley; es contraria al tráfico jurídico y económico y no responde a ninguna de las finalidades para las que fue dictada, que son la concordancia entre la descripción registral y la realidad y la protección del adquirente.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1. Fundamento jurídico de la calificación recurrida. 1.1. El principio de especialidad en la descripción del bien o derecho objeto del tráfico jurídico registrable. En virtud de dicho principio representa una importancia singular la determinación de la identidad del inmueble objeto del negocio jurídico celebrado, siendo la identificación dicha una de las principales funciones de la calificación (Resoluciones de 7 de julio de 1960 y 2 de septiembre de 1991). Precisamente por ello la legislación notarial impone a los fedatarios públicos una especial diligencia y cuidado en la descripción de los inmuebles sujetos a registro (arts. 170, párrafo 1, 172 y 173 del Reglamento Notarial). La legislación hipotecaria proclama la nulidad de las inscripciones en que se omita alguna de las circunstancias del artículo 9 de la Ley (art. 30 de la Ley Hipotecaria), y ello debido a que la finca es elemento básico y primordial de nuestro sistema hipotecario basado en el folio real (art. 8 de la Ley Hipotecaria). Que en virtud de lo declarado a las Resoluciones de 14 de mayo de 1981, 2 de septiembre de 1991 y 28 de abril de 1992, resulta preciso que la descripción escrituraria

se extiende a los planos horizontal y vertical, comprendiendo tanto la posición de solar sobre la que se asienta la edificación como ésta misma, respecto a la que igualmente se habrán de evitar inexactitudes y errores. Que esto es aplicable a los requisitos y circunstancias descriptivas «necesarias» para la inscripción. Que no se puede aceptar la tesis de que un dato de tanta importancia económica y jurídica como el que la construcción haya o no concluido no es imprescindible que se exprese en la propia descripción de la finca. 1.2. La mutación del contenido urbanístico de la propiedad urbana y su trascendencia en el ámbito de las declaraciones de obras nuevas. La Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico introduce en nuestro sistema legal una profunda reforma en el régimen jurídico de la propiedad urbana. En virtud de tal reforma la propiedad inmobiliaria del suelo no tiene, *ab initio*, contenido dominical previo consolidado alguno y sí un mero conjunto de expectativas urbanísticas que se irán convirtiendo en facultades titularizadas. El *iter* complejo de formación sucesiva del contenido de la propiedad inmobiliaria se integra por la adquisición de sucesivas facultades urbanísticas, teniendo particular interés sobre las dos últimas facultades de dicho *iter* el derecho a edificar y el derecho a la edificación. Tras la reforma, la licencia de edificación es el nuevo título atributivo de la aptitud jurídica necesaria para edificar, pasando con ello a sustraer tal cualidad atributiva del propio dominio del suelo. La naturaleza jurídica del *ius edificandi*, de «facultad jurídica» pasa a ser una «potestad-función» de ejercicio vigilado administrativamente y sometido a graves sanciones por su no uso o abstención en el plazo dispuesto. La sanción radica en la extinción del propio derecho a edificar y en la correlativa pérdida del aprovechamiento urbanístico adquirido previamente mediante su expropiación al 50 por 100 de su valor, acompañada de la expropiación de las obras ya realizadas por su coste de ejecución. Por tanto, hasta que no concluya la construcción la posición jurídica del propietario es una posición condicional y sometida a la amenaza de extinción de unas facultades y de la expropiación de otras. Que claramente se aprecia que es muy distinta la naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria adquirida según que ésta recaiga sobre una edificación concluida o no finalizada, ya que en un caso sería una garantía firme y segura y en otro sería una garantía claudicante y amenazada de disolución. Que en virtud de la reforma introducida por la Ley 8/1990 los Notarios y Registradores no pueden autorizar e inscribir respectivamente escrituras de declaración de obra nueva sin la correspondiente licencia municipal y certificado técnico sobre ejecución o conclusión de la obra (art. 37.2 del Texto Refundido). Que en los supuestos de declaración de obra nueva «en construcción», una vez finalizada la obra el citado artículo impone la obligación a cargo del propietario de hacer constar en el Registro la terminación de la obra mediante acta notarial que incorporará al efecto la correspondiente certificación técnica. El incumplimiento constituye un ilícito civil o urbanístico que ha de ser evitado en la medida de lo posible. Que en caso contrario se podrían ver perjudicados los derechos del tercer poseedor o ulterior adquirente de la finca hipotecada sobre la que exista una obra en construcción, pero que en el Registro, siguiendo el error de la escritura, figure como terminada y respecto de cuya última fase constructiva constatada por el aludido tercer poseedor podría pretender el acreedor hipotecario la extensión de su hipoteca. A este respecto hay que señalar lo manifestado por la Resolución de 6 de febrero de 1986. 2. Refutación de las alegaciones del notario recurrente. Que lo expuesto en el apartado anterior pretende también la refutación de las

alegaciones formuladas por el Notario. Que la afirmación de que la falta de inscripción del documento perjudicial al tráfico jurídico y a la seguridad o interés de la entidad acreedora, aparte de no ser correcto, no supone en sí un motivo de impugnación de calificación, pues cabe entender que la inscripción no se produce sino por una obstinada negativa del Notario a rectificar la escritura subsanando el defecto señalado. Que en lo que afecta al tráfico jurídico, en él se hallan implicados, desde la perspectiva de la protección registral, no sólo el interés de las partes intervinientes en el negocio jurídico concreto de que se trate, sino que también pueden verse afectados intereses de terceras personas ajenas en principio al mismo y, en concreto, en materia urbanística se ven implicados los intereses generales de toda la comunidad, a los que atiende asimismo el Registrador en su calificación. Que en cuanto al supuesto perjuicio que se le pudiera derivar a la entidad acreedora en el caso presente por la falta de inscripción, el mismo es inexistente, puesto que en el último apartado de la estipulación primera del contrato las partes pactan que la entidad prestamista estaría expresamente facultada para exigir como condición previa a cualquier desembolso que la presente escritura haya sido otorgada en el Registro de la Propiedad.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en las razones jurídicas expresadas en la calificación que han sido explicadas en el informe del Registrador.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones expuestas en el escrito de interposición del recurso.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 5, 23 y siguientes y 37 de la Ley del Suelo; 9, 106 y 110.1 de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 6 de febrero de 1986.

1. En el presente recurso se plantea la posible inscripción de una hipoteca constituida sobre una vivienda unifamiliar en garantía de un préstamo concedido precisamente para la financiación de la construcción de dicha vivienda, inscripción que es suspendida por el Registrador por discordancia entre el título y el Registro toda vez que tabularmente la finca hipotecada aparece en estado de «construcción», en tanto que el título calificado se describe como si estuviera ultimada esa construcción.

2. Ciertamente, el título calificado no es adecuado para reflejar registralmente la conclusión de la obra al no reunir los requisitos del artículo 37 de la Ley del Suelo. Ahora bien, ningún obstáculo se aprecia para inscribir —como ocurre con otros gravámenes próximos como el embargo— la hipoteca calificada sobre la finca gravada, tal y como registralmente aparece descrita, esto es, en fase de construcción (reflejándolo así en la nota de despacho), toda vez que queda perfectamente identificado el inmueble objeto de gravamen. Adviértase que la identificación de los inmuebles se efectúa básicamente en función de su naturaleza, linderos y superficie (cfr. arts. 9 LH y 51 RH) y, respecto a estos datos, hay plena coincidencia entre el Registro y el título; y considérese que las edificaciones pasan a ser partes integrantes de la finca sobre la que se asientan —se extiendan o no aquéllas los gravámenes preexistentes sobre éstas—, la cual conserva su unidad jurídica e identidad aunque se modifique su estado o configuración.

La anterior conclusión es plenamente congruente con las previsiones legales sobre la extensión de la hipoteca respecto de las nuevas edificaciones (véase art. 110.1 LH) y con las previsiones expresamente pactadas para la ahora constituida (se estipula su extensión a las nuevas edificaciones que realice el deudor o el tercer poseedor que se subrogue en su misma posición jurídica), toda vez que no habiéndose hecho constar tabularmente la terminación de la edificación, el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución, y ello sin perjuicio del valor probatorio que entre los otorgantes tendrán las manifestaciones al respecto vertidas en la escritura calificada.

3. Por lo demás, tampoco la aplicación de los principios inspiradores de la nueva Ley del Suelo obstaculizan la inscripción pretendida, pues la adquisición sucesiva del derecho a urbanizar, del derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación (cfr. arts. 5, 23 y sigs.) no excluye la propiedad privada del suelo ni, por tanto, su hipotecabilidad actual (cfr. art. 106 LH), sin perjuicio de la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida, según el grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la nota del Registrador en cuanto al extremo recurrido.

Madrid, 21 de marzo de 1997.—El Director General, *Luis María Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

**EL TRAFICO JURIDICO-REGISTRAL SOBRE LOS INMUEBLES «EN CONSTRUCCION». CRITICA DE LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 21 DE MARZO DE 1997.**

**I) EL SUPUESTO DE HECHO**

El supuesto de hecho que da lugar a la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo de 1997, objeto de este comentario, se refiere a un caso en el que, previa inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de «declaración de obra nueva en construcción» de cierta edificación (una vivienda-chalet) autorizada durante la vigencia de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico, se presenta a calificación una escritura de préstamo hipotecario en la que, por un lado, se establecen diversas estipulaciones que responden a la finalidad de financiar la construcción de la mencionada edificación, y, por otro lado, en la cláusula de constitución de hipoteca se procede a describir el objeto del gravamen hipotecario como una edificación completa y definitiva, aludiendo al total de superficie «construida», a la porción de terreno sobre la que «está asentada la edificación» y sin añadir ni aclarar que dicha edificación se halla en fase de ejecución o sin concluir.

En virtud de su calificación el Registrador suspende la inscripción solicitada por el defecto consistente en la falta de coincidencia entre la situación constructivo-urbanística del inmueble hipotecado resultante del Registro (en el que figura como obra nueva «en construcción») y la manifestada en el título calificado, en el que se describe la finca como si estuviera ultimada dicha construcción.

Aun cuando la Resolución se concreta al específico supuesto mencionado, la doctrina que sienta, sin las necesarias correcciones a la misma que cabe postular, se podría extender a cualesquiera otras operaciones de tráfico jurídico-inmobiliario y sobre cualesquiera inmuebles «en construcción», incluyendo, por tanto, supuestos de ventas múltiples sobre plano de viviendas en grandes porciones inmobiliarias.

## II) LA POSICION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General, de forma sorpresiva e incongruente con sus propios antecedentes, como después veremos, resuelve la cuestión planteada en los siguientes términos:

*«Ciertamente, el título calificado no es adecuado para reflejar registralmente la conclusión de la obra al no reunir los requisitos el artículo 37 de la Ley del Suelo. Ahora bien, ningún obstáculo se aprecia para inscribir —como ocurre con otros gravámenes próximos como el embargo— la hipoteca calificada sobre la finca gravada, tal y como registralmente aparece descrita, esto es, en fase de construcción (reflejándolo así en la nota de despacho), toda vez que queda perfectamente identificado el inmueble objeto de gravamen. Adviértase que la identificación de los inmuebles se efectúa básicamente en función de su naturaleza, situación, linderos y superficie (cfr. arts. 9 LH y 51 RH), y respecto a estos datos hay plena coincidencia entre el Registro y el título; y considérese que las edificaciones pasan a ser partes integrantes de la finca sobre la que se asientan —se extiendan o no a aquéllas los gravámenes existentes sobre ésta—, la cual conserva su unidad jurídica e identidad aunque se modifique su estado o configuración.*

*La anterior conclusión —sigue diciendo el Centro Directivo— es plenamente congruente con las previsiones legales sobre la extensión de las hipotecas respecto de las nuevas edificaciones (vid. art. 110.1 LH) y con las previsiones expresamente pactadas para la ahora constituida (se estipula su extensión a las nuevas edificaciones que realice el deudor o el tercer poseedor que se subrogue en su posición jurídica), toda vez que no habiéndose hecho constar tabularmente la terminación de la edificación, el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución, y ello sin perjuicio del valor probatorio que entre los otorgantes tendrán las manifestaciones al respecto vertidas en la escritura calificada.*

*Por lo demás —concluye la Dirección General—, tampoco la aplicación de los principios inspiradores de la nueva Ley del Suelo obstaculizan la inscripción pretendida, pues la adquisición sucesiva del derecho a urbanizar, del derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación (arts.*

5, 23 y siguientes) no excluye la propiedad privada del suelo ni, por tanto, su hipotecabilidad actual (art. 106 LH), sin perjuicio de la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida, según el grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos.»

### III) LAS GRAVES CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION

Aunque pudiera parecer a primera vista que se trata de un supuesto de escasa incidencia práctica, las consecuencias de la doctrina de la resolución son muy graves, no ya sólo en casos como el planteado en ella, sino también referida a aquellos otros a los que inevitablemente cabría extender su doctrina si se utilizan los argumentos de la misma.

Entre esas graves consecuencias cabe destacar las siguientes:

1.<sup>a</sup> Conduce a la desincentivación o extinción del documento notarial de terminación de obra y de su constancia registral, en contra del artículo 37 de la Ley del Suelo.

2.<sup>a</sup> Produce un resultado de interpretación de fraude de Ley.

3.<sup>a</sup> Desnaturaliza la función de la nota de despacho o inscripción al pie del documento.

4.<sup>a</sup> Facilita la comisión de fraudes en perjuicio de los consumidores al adquirir viviendas «en construcción».

5.<sup>a</sup> Produce la paradoja de situar las escrituras notariales por debajo de la publicidad comercial en las promociones inmobiliarias en lo que se refiere al nivel de protección al consumidor.

6.<sup>a</sup> No se adapta a la normativa catastral que sólo asigna número de referencia catastral a la finca cuando ya está acreditada la terminación de la construcción.

Veamos todas estas graves consecuencias por separado.

### IV) LA DESAPARICION DE LA FIGURA DE LA TERMINACION DE OBRA

#### A) SE DESINCENTIVA LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA TERMINACIÓN DE LA OBRA

Un inconveniente muy serio en la práctica que se puede derivar de la resolución comentada es el de que, *de facto*, se desincentiva la inscripción en las actas notariales de terminación de obra, burlándose la obligación que al respecto establece el artículo 37.2 *in fine* de la Ley del Suelo, eludiéndose de forma encubierta: en el Registro figuraría la obra nueva «en construcción»; en los títulos —ventas, hipotecas, incluso modificaciones de obra nueva, derechos de vuelo, arrendamientos, etc.— figuraría la edificación concluida, títulos de tráfico que en la práctica se inscribirían a pesar de la falta de concordancia con el Registro, perpetuándose esta situación. En nuestro caso podría ocurrir o bien que transcurriera el plazo de cuatro años de prescripción de las sanciones urbanísticas, habiendo dado cobertura el Registro a la inscripción de una escritura que lleva consigo una declaración de terminación de obra encubierta (obviamente no inscribible, como se reconoce), o bien que se haga

constar mediante acta notarial y toma de razón en el Registro la entrega del 15 por 100 del capital restante del préstamo hipotecario a la terminación del edificio y que puede ser interpretado a la vista de los asientos registrales (pacto de disposición del 15 por 100 del capital a la terminación de la obra) como que figura en ellos «una terminación de obra».

De esta forma quedan resentidos indudablemente los principios de concordanza entre realidad, escritura y Registro que ha querido implantar el artículo 37 LS, así como el principio de colaboración de los Registradores y Notarios con la Administración urbanística en el mantenimiento de la legalidad urbanística, a que se refiere en distintas ocasiones la propia jurisprudencia registral.

En definitiva, el documento notarial de terminación de obra y su constancia registral constituyen a partir de esta resolución «una especie a extinguir», pues el único estímulo del promotor inmobiliario para la constancia documental de la terminación de la obra antes de la venta por pisos ya terminados es que se exigirá por Notarios y Registradores como requisito necesario para hacer constar en la descripción de las fincas tal determinación, por lo que si no se exige en tales supuestos dicho promotor tratará de evitar los gastos que dicho documento le provoca, con grave detrimento para la aplicación de la Ley del Suelo y para el consumidor inmobiliario, según veremos después.

El Registro de la Propiedad podría llegar a convertirse así en un «mausoleo de edificios en construcción» o, incluso, de «solares en construcción», nunca terminados en los libros registrales, con la grave discordancia que ello implica entre Registro y realidad.

Muchos Notarios y Registradores, podríamos decir que la mayoría antes de esta resolución, exigían que se acreditase la terminación de la obra cuando se autorizaba o pretendía inscribirse una escritura en que la finca se describía como terminada. ¿Por qué bajar el listón de legalidad y dejar el artículo 37 de la Ley del Suelo en letra muerta en lo que a constancia de terminación de obra se refiere?

Realmente no existe ninguna razón, pues luego veremos una por una las razones que ofrece la presente resolución, que son de escaso o nulo fundamento.

## V) INTERPRETACION CON RESULTADO DE FRAUDE DE LEY

Aunque no sea éste, ni mucho menos, el propósito de la presente resolución, lo cierto es que con argumentaciones del tipo de la empleada en ella se produce un «resultado de fraude de Ley».

Efectivamente, tenemos en primer lugar una normativa clara, que es la del artículo 37 de la Ley del Suelo sobre colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad en el cumplimiento de la legalidad acerca de la constancia de obras nuevas y su terminación, que impone unas exigencias a dichos profesionales públicos.

Pues bien, la resolución obvia esas exigencias del artículo 37 de la Ley del Suelo utilizando la regulación de las notas de inscripción o despacho que se ponen al pie del documento, como si estas notas tuvieran como finalidad minimizar los requisitos de la Ley del Suelo.

El artículo 6.4 del Código Civil es terminante:



*«Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.*

*La doctrina del fraude de Ley distingue dos tipos de normas: la llamada «Ley de cobertura» y la «Ley defraudada».*»

¿Cuáles son esas leyes en la interpretación que resulta de la argumentación empleada por la resolución?

La Ley defraudada, aunque evidentemente no sea propósito de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es el artículo 37 de la Ley del Suelo, que impone la exigencia de que una escritura que aluda a terminación de un edificio sea acreditada mediante el correspondiente certificado del técnico competente acreditativo de que la obra se realizó conforme al proyecto para el que se obtuvo la licencia, incorporando ese certificado a un acta notarial.

La Ley de cobertura, en la que pretende apoyarse la resolución para llegar a un resultado diferente del que resulta del artículo 37 de la Ley del Suelo, es el precepto que contiene la regulación de la nota de despacho o de inscripción al pie del documento y de la calificación registral parcialmente denegatoria, es decir, el artículo 434, párrafo 6.º, del Reglamento Hipotecario.

Pero el artículo 434, párrafo 6.º, del Reglamento Hipotecario, que regula las notas de despacho en este punto, no ampara una interpretación de este tipo ni podría ampararla cuando está en juego la aplicación efectiva del artículo 37 de la Ley del Suelo.

Veamos en apartado independiente la función de esta nota de despacho y la que pretende asignarle la presente resolución.

#### VI) LA DESVIRTUACION DE LA FUNCION NORMAL DE LA NOTA DE DESPACHO

Según la resolución, se debe actuar «reflejando en la nota de despacho» la inscripción de la garantía sobre la finca «tal y como registralmente aparece descrito». Es decir, la resolución pretende que se inscriba la finca en estado de «en construcción», aunque en el título presentado a inscripción se describa como terminada, y que se refleje que la finca según el Registro está en construcción en la nota de despacho al pie del documento.

Pero hay un precepto fundamental de la Ley Hipotecaria que impide extender como un «acordeón» la nota de despacho a funciones diferentes de las previstas reglamentariamente.

Nos referimos al número 8 del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que en relación con la firma del Registrador en la inscripción dice que «implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado». Pues bien, la resolución dice todo lo contrario: que se firme la inscripción de modo diametralmente opuesto a como consta en el título inscrito, pues «en el título calificado se describe como si estuviera terminada esa construcción», según reconoce la propia resolución, y, sin embargo, lo soluciona a través del reflejo de la discordancia «en la nota de despacho».

Pero la nota de despacho no tiene como finalidad reflejar contenidos atípicos no previstos en las leyes. No dice expresamente la resolución en qué precepto se ampara para que el Registrador pueda actuar de esa forma tan

atípica, lo cual ya de por sí es una laguna importante en la argumentación de la misma. Pero entendemos que la Ley de cobertura a la que se ha podido referir la resolución podría ser el citado artículo 434, párrafo 6.º, al establecer: «Del propio modo, en las notas de despacho se hará constar sucintamente el carácter o modalidad del asiento practicado cuando difiera de lo solicitado o pretendido en el título».

Ese párrafo 6.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario es un precepto excepcional en tanto en cuanto modaliza lo dispuesto en el artículo 9.8.ª de la Ley Hipotecaria y en cuanto supone una excepción al principio de rogación.

Por otra parte, se refiere exclusivamente «al carácter o modalidad del asiento practicado» y no a diferencias de otro tipo. El carácter o modalidad del asiento practicado es, por ejemplo, practicar una inscripción en lugar de la anotación preventiva solicitada (así, cuando el auto de declaración de quiebra es firme y se solicita que «se anote»; o cuando se solicita anotar «derechos de uso sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge separado o divorciado») o viceversa, practicar una anotación en lugar de la inscripción solicitada (por ejemplo, si se pretende un asiento de inscripción para una prohibición de disponer judicial o administrativa del art. 26.2.ª LH).

El carácter o modalidad del asiento practicado diferente de lo solicitado o pretendido se refiere también a aquellos supuestos en que la norma (Ley o Reglamento) prevé la inscripción en un determinado sentido y, sin embargo, los interesados solicitan una forma de practicar un asiento en sentido diferente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se pretende la inscripción de un bien como privativo o cuando, si no hay prueba o confesión del consorte, la inscripción ha de practicarse como bien presuntivamente ganancial.

Por tanto, caben destacar las siguientes consideraciones a propósito de la inscripción y de la nota de despacho:

a) La inscripción ha de practicarse tomando sus circunstancias del título del que es extracto (art. 9.8 LH).

b) *Porque el Registrador no debe inscribir parcialmente alterando la voluntad de las partes ni transformar o modalizar la naturaleza de los derechos contenidos en los títulos, como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, recientemente en la Resolución de 16 de julio de 1996 se habla de «lo inadecuado de la solución adoptada por el Registrador» que al rechazar una cláusula de interés variable provocaba un resultado registral —hipoteca de crédito a interés fijo— ajeno a la voluntad de los contratantes. En nuestro caso se pacta la constitución de una hipoteca sobre la «vivienda unifamiliar señalada en el número once, sita..., con una superficie construida total de..., asentada la edificación sobre una porción de terreno de..., de los cuales equis metros cuadrados están ocupados por la edificación... Consta de tres plantas...» Si la obra está concluida (el 15 por 100 del préstamo del que se podrá disponer al haber «concluido totalmente la construcción» puede estar vinculado a mejoras de terminación interior o incluso de pequeñas obras de decoración arquitectónica de las amparables por licencia de obras menores —no mayores—) la inscripción con amputación parcial del derecho ex officio sería claramente perjudicial para el acreedor hipotecario, y si la obra no está concluida pueden parar perjuicios al tercer poseedor que financia el resto de la construcción pendiente frente al que el Banco esgrime un título notarial inscrito en que consta la hipoteca sobre una edificación concluida en el que constará una mención en la nota de despacho en que se*

dirá que la hipoteca se ha inscrito sobre el inmueble tal como registralmente aparece descrito, lo que perfectamente puede parecer una obviedad (porque de hecho ha de ser siempre así) pero que no aclarará el equívoco. Con la circunstancia agravante de que el citado tercer poseedor no sólo tendrá que asumir la perjudicial inversión de su posición procesal sufriendo en su contra —frente al acreedor ejecutante— las presunciones de la legitimidad registral, sino que su excepción (no extenderse la hipoteca a la mejora por él financiada) no es de las que suspenden la tramitación del procedimiento judicial sumario —art. 132 LH—, procedimiento que se desencadena por la presentación del «título inscrito» —art. 131.3.º LH— (repárese que la certificación registral de la regla 4.ª ha de contener la inserción literal de la última inscripción de dominio y la relación de todas las cargas y derechos reales a que se encuentren afectos los bienes hipotecados, sin que dicha certificación haya de contener una descripción íntegra del inmueble, descripción que con el error de bulto de no hacer constar su situación de «en construcción» figurará en los autos a través de la escritura).

*También podrán parar perjuicios al rematante de la finca —caso de que la construcción en la realidad extrarregistral no se haya concluido—, pues pujará en la subasta a la vista del expediente y de los anuncios que expresan de forma concisa la identificación de la finca (art. 131.8.º LH) y que reflejarán la falsa apariencia resultante del propio título, lo que, sin duda, influirá en la determinación de la postura ofrecida.*

c) Porque, por último, *la nota de despacho no está prevista para hacer constar «advertencias» legales ni sobre errores de la escritura ni de otra índole, teniendo un contenido tasado. O se inscribe o se suspende, no se inscribe con alteraciones y advertencias. El párrafo 6.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario no es aplicable a las descripciones de las fincas que han de reunir todas las circunstancias vistas —arts. 9 LH, 51 RH, 5 LPH, 37 LS, etc.—, sino que se refiere exclusivamente «al carácter o modalidad de asiento practicado», lo que alude a sus aspectos jurídicos —por ejemplo, si una titularidad es privativa o presuntivamente ganancial o si el embargo se ha anotado y no inscrito, etc.—, pero no a los elementos descriptivos de las fincas que no atañen al «carácter o modalidad del asiento». La alusión indirecta al artículo 434 del Reglamento Hipotecario confirma que el defecto existe ya que no puede practicarse el asiento en la forma «pretendida por el título», pero lo da por subsanado mediante esa mención hecha de oficio por el Registrador en la nota de despacho. El principio de rogación, en cambio, obligaría a que la subsanación se verifique sobre el propio título que describió con inexactitud e imprecisión el objeto hipotecado.*

#### VII) LA INTERPRETACION PROPUESTA POR LA RESOLUCION FACILITA LA COMISION DE FRAUDES EN PERJUICIO DE LOS CONSUMIDORES AL ADQUIRIR VIVIENDAS EN CONSTRUCCION

Esta resolución abre un foco de peligros y conflictividad en las grandes promociones inmobiliarias. Más allá del caso concreto debatido, la flexibilidad de esta resolución puede conducir a numerosos fraudes y perjuicios para los consumidores al adquirir viviendas en construcción. En efecto, la inscripción múltiple en grandes promociones inmobiliarias de escrituras de ventas

de pisos por los promotores en que la vivienda se describe como concluida, no constando registralmente su terminación, practicando el Registrador de oficio la mención sugerida, puede perpetuar registralmente la situación del «edificio en construcción» de forma indefinida, en contra del artículo 37 de la Ley del Suelo y con evidentes riesgos para el consumidor. El consumidor compraría no sólo con el equívoco de una descripción falsa en su escritura, sino que en caso de que efectivamente pague y compre una vivienda concluida el Registro le protegería limitadamente respecto de una «vivienda en construcción». Además, en caso de que la finalización de la obra se haya hecho con infracción de la licencia, inscribiría confiado en que el Registro, a través de los mecanismos del artículo 37 de la Ley del Suelo, le garantiza la situación de legalidad urbanística de su vivienda, cuando en realidad se subroga en las responsabilidades urbanísticas del promotor y en las sanciones correspondientes (posible demolición u obligación del pago del aprovechamiento urbanístico excedente, etc.; *vid.* art. 22 de la citada Ley). Situaciones que se evitarían si el Registro exigiera la concordancia descriptiva y exigiendo el comprador que la escritura refleje el estado real de la obra como terminada, lo que obligaría al promotor a hacer constar en el Registro la terminación en la forma prevista por el artículo 37.2 de la Ley del Suelo, evitándose así fraudes urbanísticos al consumidor.

VIII) LA INTERPRETACION DE LA RESOLUCION PRODUCE  
LA PARADOJA DE SITUAR LAS ESCRITURAS NOTARIALES  
POR DEBAJO DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL  
EN LAS PROMOCIONES INMOBILIARIAS EN LO QUE SE REFIERE  
AL NIVEL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

En efecto, la resolución comentada resulta contradictoria con las normas del *Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de viviendas, a cuyo tenor:*

— Artículo 2: «... toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, *expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido*».

— Artículo 3.1: «La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera *que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios*...»

— Artículo 5.5.: «*En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificadas se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en todo momento se encuentra la edificación*».

Es decir, por un lado, este precepto, que tiene un campo de aplicación general, cae en la práctica en el olvido o en el desuso en el ámbito de la documentación pública notarial, y, por otro lado, no sólo se vulnera este último precepto, sino que, además, se produce la paradoja y el absurdo de que los folletos de publicidad de una promoción inmobiliaria estarán sujetos a

mayores niveles de exactitud y precisión que las propias escrituras notariales de venta de pisos, lo cual resulta contrario a toda lógica.

Por último, cabe señalar que *la resolución comentada va a contracorriente de las más modernas técnicas legislativas*. Así, cabe destacar cómo el Proyecto de Ley reguladora del nuevo derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles remitido al Consejo de Estado por el Gobierno, previa su conformidad, el pasado día 7 de febrero de 1997, con indudable acierto mantiene en su texto el principio de concordancia en que basaba el Registrador su calificación ahora revocada.

Así, el artículo 5.º del citado Proyecto dispone que «la descripción de la finca sobre la que se constituye el régimen de aprovechamiento por turnos... si la construcción está únicamente comenzada se indicará la fecha límite para la terminación de la misma».

En la misma línea el artículo 8.º, relativo a las exigencias de información general propias de dicho régimen jurídico, establece que el promotor deberá editar un folleto en el que se mencionarán, entre otros extremos, «c) la descripción precisa del inmueble..., y si la obra está concluida o se encuentra en construcción».

#### IX) LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION NO SE ADAPTA ACTUALMENTE A LA NORMATIVA DE CONSTANCIA REGISTRAL DEL NUMERO DE REFERENCIA CATASTRAL

La nueva normativa establecida legalmente sobre constancia en las inscripciones registrales del número de referencia catastral, si bien no existía en el momento en que se extendió la nota calificadora, estaba ya vigente cuando se dicta la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado comentada, y si bien ésta habría de decidir conforme a la normativa vigente en el momento de la nota, no puede pasar por alto, a efecto de valorar su doctrina para futuros casos, que dicha resolución no es muy concorde con la normativa catastral y registral sobre el número de referencia catastral.

Según la nueva normativa, está previsto que se refleje en las inscripciones el número de referencia catastral (*vid.* arts. 50 y sigs. de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social).

Ahora bien, tratándose de edificios en construcción no se puede dar todavía la referencia catastral, pues ésta se produce con el certificado final de obra o licencia de primera ocupación.

Podría suceder que una escritura del tipo de las que se ocupa la presente resolución aludiera a una construcción ya terminada sin acreditar tal terminación conforme al artículo 37 de la Ley del Suelo y, sin embargo, reflejara el número de referencia catastral del recibo sin presentar en el Registro para su calificación, tal como exige el artículo 37 de la Ley del Suelo, el acta notarial de terminación de obra, incorporando el certificado del técnico competente acreditativo de que la construcción se ha terminado conforme al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

En tal supuesto, si se siguiera la doctrina de la presente resolución, se produciría el siguiente contrasentido:

La inscripción en el Registro reflejaría que el inmueble está en construcción a pesar de que en el título se dice que está terminada y tiene ya número de referencia catastral como edificio terminado. El Registro reflejaría el número

de referencia catastral porque así está previsto legalmente en la actualidad. Pero entonces reflejaría una contradicción: un número de referencia catastral de la finca que sólo se concede cuando la construcción está terminada.

Efectivamente, el artículo 3 del Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, que desarrolla el artículo 77 de la Ley 39/1988 sobre Haciendas Locales, establece: «a) Tratándose de altas por nuevas construcciones, dos meses contados a partir del día siguiente a la fecha de la terminación de las obras». La misma conclusión resulta de la Resolución de 18 de diciembre de 1995 de la Dirección General del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en desarrollo del artículo 2.1 del Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, que se ocupa de las declaraciones de altas y alteraciones catastrales de bienes inmuebles de naturaleza urbana. Y concretamente, para las alteraciones consistentes en «nueva construcción» exige presentar el documento de declaración de alteración, la relación de titulares, los datos de elementos constructivos, el reparto de elementos comunes, la fotocopia del documento de escritura de obra nueva, el certificado final de obra o licencia de primera ocupación, fotografía de la fachada, plano de situación y plano del solar, etc.

De esta regulación resulta que el organismo catastral exige el certificado final de obra o la licencia de primera ocupación para asignar la correspondiente alteración, que en edificios por pisos determinará la asignación de número de referencia catastral independiente para cada piso; sin embargo, la Institución registral, en virtud de esta resolución, no tiene que exigir el requisito previsto en el artículo 37 de la Ley del Suelo, a pesar de lo cual tendrá que reflejar el número de referencia catastral, sin haber podido calificar el certificado final de obra. El absurdo no puede ser más patente, por lo que no puede ser aceptado.

#### X) EXAMEN Y REFUTACION DE LOS ARGUMENTOS DE LA RESOLUCION COMENTADA

Procedemos a continuación a diseccionar cada uno de los argumentos empleados por la Dirección General en su Resolución de 21 de marzo de 1997, examinándolos separadamente para determinar su posible falta de fundamento.

**1.º Las obras que se realizan sobre una finca urbana individualizada pasan a ser partes integrantes de la misma, que persiste en su unidad jurídica, modificándose únicamente su estado y configuración (ex arts. 334.1.º, 353 y 358 CC).**

Cabe oponer a tal argumento las siguientes objeciones:

a) *Parte exclusivamente de la normativa del Código Civil sobre la accesión (arts. 334.1.º, 353 y 358 CC), sin tener en cuenta la «modalización de la figura de la accesión» a efectos registrales y urbanísticos llevada a cabo por el artículo 37 de la Ley del Suelo.*

A partir de la Ley del Suelo de 1990 y Texto Refundido de 1992 se ha discutido si el régimen del Código Civil ha quedado o no derogado por la nueva Ley del Suelo.

Aunque caben distintas posiciones sobre este problema, que no pueden ser analizadas aquí, podría llegarse a la conclusión de que si bien la normativa del Código Civil sobre la accesión sigue vigente a los efectos civiles de las relaciones entre particulares, dicha normativa ha de ser completada y modulada, a efectos registrales y urbanísticos, por la Ley del Suelo.

Es algo parecido a lo que ocurre en la regulación del Código Civil sobre el contrato de compraventa, que después de una serie larga de artículos sobre dicho contrato, el propio Código Civil se ve en la necesidad de terminar el «Título» de la compraventa con el importantísimo artículo 1.537 del Código Civil, que contiene una «disposición general» del siguiente tenor: «Todo lo dispuesto en este Título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria».

Pues bien, después de la regulación de la Ley del Suelo en 1990, habría que considerar incorporado implícitamente al conjunto de artículos del Código Civil sobre la accesión, otra disposición general similar que dijera más o menos así: «Todo lo dispuesto en este capítulo sobre la accesión de bienes inmuebles se entiende sin perjuicio de lo establecido, a efectos urbanísticos y registrales, en la vigente Ley del Suelo».

Cabe separar perfectamente los «efectos civiles» de la accesión, por un lado (Código Civil), y los «efectos urbanísticos» de la misma (Ley del Suelo). Pero en todo caso, a efectos registrales, no se puede argumentar exclusivamente con los efectos civiles de la accesión, sino que hay que estar también a los efectos urbanísticos y a la regulación de la Ley del Suelo dadas las íntimas relaciones que el artículo 37 de esta última y otros preceptos establecen sobre colaboración entre Registro de la Propiedad y Urbanismo.

La propia Dirección General, en anteriores resoluciones, ya había tenido en cuenta la incidencia registral y urbanística de la Ley del Suelo y no sólo los aspectos civiles de la figura centenaria de la accesión.

En efecto, declara la propia Dirección General en sus Resoluciones de 4 de febrero de 1992 y 17 de junio de 1993 lo siguiente: «... por cuanto se proclama la adquisición sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria (vid. art. 11 de esta Ley) y se exige la oportuna licencia ajustada a la legalidad urbanística para la incorporación al patrimonio del titular de las edificaciones realizadas (arts. 11.4.º, 25.1.º y 27 de la Ley 8/1990), adquiere pleno significado la subordinación de la constatación tabular de las nuevas edificaciones a la previa justificación del otorgamiento de la oportuna licencia de edificación y a la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra conforme al proyecto elaborado. Ahora bien, tratándose de obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior que, por efecto del juego automático del instituto civil de la accesión, a medida que se realizaron pasaron sin más a formar parte integrante del dominio del suelo...» Claramente, pues, como puede observarse, pone de manifiesto el Centro Directivo en estas resoluciones y otras posteriores de parecido tenor, como la de 10 de noviembre de 1995, la distinción entre el régimen jurídico existente antes de la reforma introducida por la Ley 8/1990, regido por el instituto civil de la accesión que determinaba la incorporación de las edificaciones al dominio del titular de la finca sobre la que se asentaban, y el régimen jurídico que surge en virtud de la citada reforma legal, regido por el principio de la adquisición sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria. Merecerá la pena que se aborde este punto con cierto detenimiento.

*La mutación legal del contenido urbanístico de la propiedad urbana y su trascendencia en el ámbito de las declaraciones de obras nuevas*

La referida Ley 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico —posteriormente refundida con las restantes disposiciones estatales sobre suelo y ordenación urbana mediante Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio— introduce en nuestro sistema legal una profunda reforma en el régimen jurídico de la propiedad urbana.

En virtud de tal reforma, con independencia de las críticas o alabanzas de política legislativa que haya de merecer (1), conforme ha sido ya abundantemente expuesto por la doctrina, la propiedad inmobiliaria del suelo no tiene *ab initio* contenido dominical previo consolidado de carácter pleno y sí un conjunto de expectativas urbanísticas que se irán convirtiendo en facultades titularizadas a medida que se vayan cumpliendo los deberes urbanísticos básicos de cesiones de terrenos y porcentajes de aprovechamiento, urbanizar, solicitar licencia y edificar dentro de plazo. De forma tal que la propiedad del suelo no se concibe como un derecho subjetivo previo de carácter pleno, sino como una titularidad de imputación de deberes urbanísticos cuyo progresivo cumplimiento integra un proceso gradual adquisitivo de facultades, pero sin que la adquisición de cada una de éstas sea definitiva y estable sino hasta la completa conclusión del proceso, momento en el cual, y sólo entonces, ingresan en el patrimonio del propietario de forma plena dando satisfacción al fin de la propiedad. Y la culminación del citado proceso no es otro que la «conclusión de la edificación» conforme a licencia legal y dentro del plazo por ella señalado. Repárese en la importancia de este dato a los efectos del recurso resuelto por la resolución comentada.

Este *iter* complejo de formación sucesiva del contenido de la propiedad inmobiliaria se integra por la adquisición de las siguientes facultades urbanísticas: 1.<sup>a</sup> El derecho a urbanizar. 2.<sup>a</sup> Derecho al aprovechamiento urbanístico. 3.<sup>a</sup> El derecho a edificar. 4.<sup>a</sup> El derecho a la edificación (cfr. arts. 11 Ley 8/1990, 23 TR y RDGRN 6 septiembre 1991). Particular interés presenta a nuestros efectos las dos últimas fases del indicado proceso adquisitivo. Así, en cuanto al derecho a edificar cabe significar la transformación sufrida por su régimen jurídico en cuanto a su título de atribución y en relación a su nueva naturaleza y carácter condicional. En efecto, en el sistema anterior a la Ley 8/1990 el *ius aedificandi* era una de las facultades ínsitas en el dominio y en él encontraba su legitimidad jurídica, en tanto que la licencia urbanística de obras respondía a la caracterización clásica de las autorizaciones administrativas que se limitaban a remover un obstáculo legal al ejercicio de derechos preexistentes, en este caso a la propia facultad de edificación. Por el contrario, tras la reforma citada, es la licencia de edificación la que se identifica con el acto constitutivo o generador de la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico mediante la ejecución de la obra edificatoria. La licencia es el nuevo título atributivo de la aptitud jurídica necesaria para edificar, pasando con ello a sustraer tal cualidad atributiva del propio dominio del suelo (arts. 20 Ley 8/1990 y 33.1 TR). A su vez, la naturaleza jurídica del *ius*

---

(1) Críticas que según noticias aparecidas estas últimas semanas en la prensa parece que pueden dar lugar a nueva reforma del vigente régimen urbanístico, con una posible supresión del sistema de «escalera» o adquisición gradual de facultades urbanísticas.



*aedificandi* se transmuta y de su concepto clásico de «facultad jurídica» pasa a ser una «potestad-función» de ejercicio vigilado administrativamente y sometido a graves sanciones por su no uso o abstención en el plazo dispuesto. La sanción radica en la extinción del propio derecho a edificar *hic et per semper* (en gráfica expresión de un ilustre tratadista), esto es, sin posibilidad de reanudar la actividad constructiva y en la correlativa pérdida del aprovechamiento urbanístico adquirido previamente mediante su expropiación al 50 por 100 de su valor (expropiación-sanción), acompañada de la expropiación de las obras ya realizadas por su coste de ejecución (arts. 24 Ley 8/1990 y 36 TR). Por tanto, hasta que no «concluya» la construcción la posición jurídica del propietario, tanto en lo que afecta al suelo como en lo que se refiere al vuelo, es una posición condicional y sometida a la amenaza de la extinción de unas facultades y de la expropiación-sanción de otras, y, de otro, es una posición jurídica investida de una titularidad *ad tempus* o sometida a plazo de caducidad —el fijado en la licencia para concluir la obra— (art. 35 TR).

Claramente se aprecia, pues, que *es muy distinta la naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria adquirida según que ésta recaiga sobre una edificación concluida o no finalizada*, ya que en un caso sería una garantía firme y segura y en el otro sería una garantía claudicante y amenazada de resolución (*resolutio iuris dantis*; cfr. art. 175.6 RH). En rigor, cabría entender que la hipoteca constituida sobre un inmueble en construcción grava propiamente las facultades urbanísticas adquiridas hasta ese momento (en especial el aprovechamiento urbanístico y el *ius edificandi*) con derecho de acrecer sobre el derecho a la edificación (*ex art. 110 LH*), pero quedando pendiente de una condición resolutoria (art. 36 TR) —respecto de las primeras y suspensiva respecto del último: el derecho a la edificación al tiempo de la constitución de la hipoteca es un «derecho futuro» que sólo se patrimonializará cumplidos que sean los términos de los arts. 25.1 Ley 8/1990 y 37.1 TR—, momento en que simultáneamente el derecho de hipoteca se expandirá extendiendo su ámbito objetivo al definitivo «derecho a la edificación». Tal expansión del derecho hipotecario se producirá, pues, *ex post facto*, una vez «concluida» —insistimos— la construcción. Hasta tal momento su posición jurídica será insegura por la inseguridad en que se encuentra el valor de su garantía. Siendo así que la finalidad de la hipoteca es asegurar el mantenimiento del valor económico del bien o derecho hipotecado para extraerlo, llegado el caso, en la fase satisfactiva o de ejecución, fácilmente se comprenderá que el extremo relativo a la conclusión o no de la obra presenta una importancia capital para cada prestamista en particular y, por abstracción y generalización, para el conjunto del sistema crediticio (recordemos que uno de los objetivos del sistema hipotecario es el de asentar sobre bases seguras el crédito territorial).

*Coherentemente con el contenido de la reforma legal reseñada, la nueva Ley 8/1990 había de asumir el postulado de la conexión entre el tratamiento notarial y registral de la edificación y su tratamiento urbanístico.* Puesto que el nacimiento del derecho a edificar no surge del propio dominio sino de la licencia, y puesto que el derecho al vuelo se patrimonializa por la «conclusión» de la obra dentro del plazo y conforme al proyecto aprobado y no por virtud del principio accesorista *superficies solo cedit*, uno y otro extremo no podían ya permanecer dependientes tan sólo de la libre voluntad y manifestaciones del propietario como había venido ocurriendo hasta tal momento (*ex arts. 208 LH y 308 RH*), sino que había de responder al nuevo sistema atributivo de facultades urbanísticas. De ahí la exigencia de que Notarios y Registradores no

pueden autorizar e inscribir respectivamente escrituras de declaración de obra nueva sin la correspondiente licencia municipal y certificado técnico sobre ejecución o conclusión de la obra (arts. 25.2 Ley 8/1990 y 37.2 TR), con lo que, además, se evita la aparición mediante su constancia documental y registral de construcciones inexistentes, fraudulentas o irreales con sus peligros potenciales de perjuicios a terceros.

Hay, pues, un primer interés de carácter general —afectante al conjunto de la comunidad social— relativo a la salvaguardia de la legalidad urbanística en materia de edificaciones que, en la medida de su ámbito, se pone en juego en la correcta aplicación por parte de Notarios y Registradores del artículo 37.2 del Texto Refundido, cuya virtualidad, para ser fieles a su finalidad, no se agota al tiempo de autorizar e inscribir las correspondientes escrituras de obra nueva, sino que una vez operado en su virtud el reflejo registral derivado de aquéllas, sus particularidades —y muy en concreto el dato del estado constructivo del inmueble acabado o no que la práctica registral viene integrando en el propio «acta de inscripción»— habrán de ser tenidas en cuenta en la calificación registral de la documentación posterior relativa a la misma finca (*ex arts. 18 LH y 98 RH*).

A este respecto, reparemos en que en el supuesto de declaración de obra nueva «en construcción», *una vez finalizada la obra el artículo 25.2, párrafo 3.º, impone la obligación a cargo del propietario de hacer constar en el Registro la terminación de la obra mediante acta notarial que incorporará al efecto la correspondiente certificación técnica* (ídem art. 37.2 TR que suprime el plazo máximo de tres meses que aquél fijaba). Sean cuales fueren las consecuencias sancionatorias derivadas del incumplimiento de este mandato —muy polémicas en la doctrina—, lo que el texto legal deja fuera de dudas es que dicho incumplimiento constituye un ilícito civil y/o urbanístico que en la medida de lo posible ha de ser evitado, pues vulnera la finalidad de la conexión y concordancia entre la situación real y urbanística de la finca, de un lado, y su reflejo y constatación notarial y registral, de otro. Por ello *no encajaría en el ejercicio correcto de la función de colaboración con la Administración urbanística que corresponde a Notarios y Registradores* (cfr. R. 6 septiembre 1991, fundamento jurídico 3.º) *una actitud de pasividad y abstención al respecto que permitiese la perpetuación del tráfico inmobiliario sobre una finca cuyo propietario hubiese incurrido en el ilícito mencionado permitiendo la constancia registral de la conclusión de la obra, dando por plenamente eficaces documentos públicos cuyo objeto negocial sea una edificación terminada*. Esto para el caso de que la obra efectivamente hubiese concluido.

Si se examina la otra alternativa —obra no concluida en la realidad—, igualmente se aprecia la posibilidad de que la apariencia documental de una edificación plenamente concluida perturbe el tráfico o lesione intereses ajenos. Si se considera el aspecto documental escriturario, vemos que la escritura como título de tráfico genera una apariencia de legitimidad de los derechos a que se refiere, que habilita a su ejercicio, mediante la exteriorización de una manifestación de voluntad de efectos inmediatos contra terceros (RDGRN 3 enero 1928). Pensemos en los supuestos de cesión de crédito hipotecario documentado en la escritura con la nota registral de despacho, en las ventas judiciales por ejecución hipotecaria (la escritura estará de manifiesto en la Secretaría del Juzgado —cfr. art. 131.8 LH—, sin que la certificación registral obrante refleje la descripción del inmueble), etc. Si atendemos al aspecto documental tabular, con independencia de la discusión sobre la exten-

sión o no de la fe pública registral a las obras nuevas (que en la actualidad para ciertos supuestos confirma la nueva normativa urbanística: *vid.* art. 41.2 TR), en todo caso quedan amparadas por el principio de legitimación, reputándose veraces mientras no se declare su inexactitud (cfr., entre otras, RD-GRN 29 mayo 1965 y STS 21 marzo 1953). En tal caso se podrían ver perjudicados los derechos (al menos en su posición procesal al soportar el *onus probandi* de destruir las presunciones registrales) del tercer poseedor o ulterior adquirente de la finca hipotecada sobre la que existe una obra en construcción pero que en el Registro —siguiendo el error de la escritura previa— figure como terminada, y que efectivamente mejora él concluyéndola, y respecto de cuya última fase constructiva costeada por el aludido tercer poseedor podría pretender el acreedor hipotecario la extensión de su hipoteca (*ex* art. 110 LH). A este respecto la Dirección General de los Registros ha manifestado la conveniencia de la concordancia entre la realidad física de la construcción y su reflejo documental al tiempo de la constitución de hipotecas al objeto de fijar los efectos de la extensión objetiva de la hipoteca (cfr. art. 110 LH), y sus límites en caso de pasar la finca a manos de un tercer poseedor (cfr. art. 112 LH), en su Resolución de 6 de febrero de 1986, que se refería al caso de existencia real de una edificación no reflejada registralmente y que *a sensu contrario* encuentra el mismo fundamento para el supuesto inverso que ahora comentamos (otros aspectos de fondo de la fundamentación de dicha Resolución han quedado superados por la reforma de la Ley 8/1990, pues se basaba en la pura regulación civil de la accesión).

Pero es que, además, la Dirección General, haciendo suya la tesis del Notario recurrente, reconoce que la inscripción de la hipoteca no puede practicarse conforme se la configura en la escritura al constituirla sobre una edificación concluida cuando en el Registro figura «en construcción», y por ello dice que, una vez inscrita la escritura, se debe hacer constar que según el Registro la edificación no consta concluida, debiendo dejarse dicha constancia en la nota de despacho o inscripción al pie del título. Sobre reconocer lo dicho, el Centro Directivo obvia, además de todo lo ya expuesto, que dicha advertencia, por su ya argumentada trascendencia y atipicidad, no resulta propia del contenido de la nota registral de despacho del documento definido por el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, precisándose al efecto una más apropiada cobertura normativa no existente hoy en día, así como el hecho de que el Centro Directivo tiene sentada la doctrina de que el Registrador debe denegar o suspender íntegramente el ingreso del documento si entiende que una parte del mismo no puede acceder al Registro e incide en el total contexto pactado, sin que en ningún caso pueda alterar el contenido de aquél ni transformar o modalizar la naturaleza de los derechos en él contenidos (ya hemos analizado en el presente caso la diferente naturaleza y efectos de la hipoteca según que la obra esté o no concluida; cfr. RRDGRN 30 junio 1987, 24 abril 1992, f.j. 59, y 12 mayo 1992, f.j. 3.º).

*Desde la perspectiva del Derecho Civil puro tampoco se puede dar por válido el argumento de forma general, pues desconoce la hipótesis de:*

— Constitución de un derecho de superficie a favor de un tercero, siendo éste el que ejecuta la construcción (repárese que «obra nueva comenzada» puede serlo aun antes de poner el primer ladrillo por el mero movimiento de

tierras) —previa cesión de la licencia de obras—. Lo mismo cabe decir en caso de otorgamiento de un derecho de vuelo sobre la segunda y sucesivas plantas habiéndose edificado por el propietario tan sólo la primera de las plantas de las varias que se recogían en el proyecto que obtuvo la licencia.

— Artículo 361 del Código Civil: El dueño del suelo en que edifica un tercero opta por no hacer suya la obra para evitar el pago de la indemnización, obligando al constructor a pagar el precio del terreno (accesión invertida).

— Aportación de solar privativo a la sociedad de gananciales cuando la edificación está comenzando para evitar el crédito por el valor de la mejora que atribuye a la sociedad el artículo 1.359 del Código Civil.

Piénsese en la desagradable sorpresa del acreedor hipotecario que dada la redacción de la escritura pensó que el objeto negocial de su contrato de préstamo hipotecario era la totalidad del edificio cuando después de acudir a la ejecución sumarial tropiece con el titular de la mejora que reclama el cobro de su valor —acaso el 99,99 por 100 del total valor del edificio— sobre el precio del remate con preferencia al propio acreedor ejecutante por aplicación del artículo 113 de la Ley Hipotecaria. Para evitar estas situaciones y sus inversas —falta de expresión en el título de construcciones realmente existentes— es por lo que la Resolución de 6 de febrero de 1986 afirma que «precisamente es acertado el haber hecho constar la existencia del edificio en la escritura, ya que ello evita el que cuando en un futuro se adapte la realidad registral a la extrarregistral... pueda surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca con la consiguiente extensión del gravamen o bien si se construyó con posterioridad, en cuyo caso no habría tal extensión». La discusión futura se evitará en este caso expresando en la descripción del inmueble que el edificio está «en construcción».

**2.º La identificación de los inmuebles se realiza básicamente por su naturaleza, situación, linderos y superficie (arts. 9 LH y 51 RH).**

**Objeciones:**

a) *Es evidente que tras este argumento se esconde una concepción de la finca registral decimonónica, propia exclusivamente de Registros rústicos y desconocedora de la riqueza y variedad de las unidades inmobiliarias objeto de tráfico jurídico en los modernos Registros urbanos. La finca hoy no puede identificarse con una superficie bidimensional, sino como una unidad de volumen físico tridimensional.*

b) Las circunstancias descriptivas de los citados preceptos son en todo caso *necesarias*, pero *no siempre suficientes*. La obra nueva tiene carácter de acto inmatriculador (opinión dominante entre los comentaristas) modificando la descripción física de la finca. Por consiguiente, incorpora a la finca un «plus», un nuevo elemento descriptivo que habrá de cumplimentarse en el título al igual que los otros extremos mencionados al declarar la obra nueva, así como por los posteriores títulos inscribibles relativos a la misma finca.

c) Que las circunstancias aludidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario no son siempre suficientes lo demuestra la *existencia de leyes especiales que imponen la expresión de otros elementos descriptivos*. Así, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal exige respec-

to de los pisos o locales la expresión en su descripción de la planta en que se hallare, sus anejos, cuota de participación y número correlativo. Igualmente, el artículo 37 de la vigente Ley del Suelo obliga a expresar si la edificación está «en construcción» o meramente comenzada o concluida. Repárese en que la descripción registral de la finca objeto de hipoteca comienza diciendo: «URBANA, EN CONSTRUCCION...»

La necesidad de otros elementos descriptivos de la finca, además de los de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, resulta obvia *siempre que intervenga un volumen espacial como objeto negocial*. Así, en el derecho de superficie se han de expresar «las características generales» de la edificación [cfr. art. 16.1.º c) RH], o en el caso del derecho de vuelo se han de indicar el número de plantas. Y esas expresiones descriptivas, como las de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 51 del Reglamento Hipotecario o 5 de la Ley de Propiedad Horizontal se han de realizar no sólo en el título constitutivo de los respectivos derechos de superficie, vuelo o propiedad horizontal, sino también en todos los ulteriores títulos relativos a los mismos.

d) *Que la necesidad de describir el volumen de la finca —cuando los derechos existentes se proyectan también sobre el plano vertical—, además de los datos del plano superficiario de la finca, había sido declarada paladinamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado:*

— Resolución de 14 de mayo de 1984, último considerando: «*En la escritura calificada se señala la línea poligonal afectada por la servidumbre en metros lineales hasta el total cierre del perímetro, indicándose además la profundidad [altura] máxima también en metros lineales que grava el predio sirviente, por lo que aparece delimitada con precisión la extensión del derecho a que se refieren los artículos 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario tanto en su aspecto superficial como volumétrico, con lo que queda fijado el gravamen que ha de ser soportado por este predio...*»

— Resolución de 12 de diciembre de 1986, fundamento jurídico 5.º: «*En cuanto al tercero de los defectos de la nota recurrida, imperfecta descripción del local resultante de la agrupación, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: 1.ª La exigencia de la más perfecta identificación de los inmuebles objeto del derecho real inscribible (arts. 9 LH y 51 RH) en la medida en que así lo permiten los avances tecnológicos sobre la materia y las peculiares circunstancias del bien concreto como presupuesto básico de la eficacia sustantiva del Registro de la Propiedad. 2.ª Que tratándose de identificación de volúmenes, cual ocurre en la propiedad horizontal, no pueden olvidarse los datos definidores relativos a la tercera dimensión (altura), y de ahí que el artículo 5.1.º in fine de la Ley de Propiedad Horizontal, en función de la usual división del volumen total delimitado por el edificio, primero horizontalmente y después de modo vertical, exija únicamente la reseña de la planta en que se halle cada piso o local; pero cuando —como en el supuesto contemplado— el local único se extiende por dos plantas colindantes verticalmente, su perfecta identificación a efectos registrales exigirá la expresión de la circunstancia de que se extiende a dos plantas, así como la de la superficie y linderos del espacio ocupado en cada una de aquéllas, y ello con independencia del modo de aprovechamiento o de la configuración física de cualquiera de ellos (ya sea para rampa, ya como hueco, etc.).*»

Ahora, sin embargo, de forma poco comprensible se prescinde de esta acertada línea jurisprudencial y se da un paso de gigante, pero para atrás.

**3.º Queda «perfectamente identificada» la finca que se pretende gravar.**

Cabe oponer las siguientes objeciones:

a) *El principio de especialidad en la descripción del bien o derecho objeto del tráfico jurídico registrable.*

Como resulta sobradamente conocido, es doctrina hipotecaria uniforme, que en virtud del principio hipotecario de especialidad presenta una importancia singular, la determinación de la identidad del inmueble objeto del negocio jurídico celebrado, al punto de que la correcta y cabal identificación del mismo se eleva a la categoría de ser una de las «principales funciones» de la calificación (cfr. RDGRN 7 julio 1960), de forma que los títulos inscribibles que pretendan su acceso al Registro han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren a través de las circunstancias señaladas en los artículos 9.1 LH y 51.1 a 4 RH con objeto de que aquéllos queden suficientemente individualizados e identificados (cfr., entre otras muchas, RDGRN 2 septiembre 1991).

Precisamente por las anteriores exigencias derivadas del principio, especialidad o determinación es por lo que la legislación notarial impone a los fedatarios públicos una especial diligencia y cuidado en la descripción de los inmuebles sujetos a registro, impetrando de ellos que expresen «con la mayor exactitud posible» los requisitos y circunstancias necesarias para realizar la inscripción (art. 170.1 RN), estimulándoles igualmente a «rectificar los datos que estuvieren equivocados» y ordenándoles que cuiden de que todas las circunstancias necesarias para la inscripción del documento «no se expresen con inexactitud» que dé lugar alternativamente a error o perjuicio para terceros (arts. 171 y 173 RN). Todo ello pretende, como se decía: a) la plena identificación del inmueble y, además, b) la concordancia de la descripción escrituraria con la realidad del inmueble (cfr. RDGRN 17 septiembre 1969).

Tanto se toma en serio estas exigencias la legislación hipotecaria, que respecto de las inscripciones —no así respecto de las anotaciones preventivas— proclama, con un punto de vehemencia normativa, la *nulidad* de aquellas en las que «se omita o exprese con inexactitud sustancial algunas de las circunstancias comprendidas en el artículo 9 de la Ley» (art. 30 LH). No ha de extrañar ello, sin embargo, si reparamos en el dato de que la finca es el elemento básico y primordial de nuestro sistema hipotecario, que responde al modelo de los de folio real (art. 8 LH), sobre cuyo soporte se construye todo el historial jurídico de la misma. Concurrentemente con ello, contribuye a la decisiva importancia de la correcta y «plena» (según feliz expresión frecuente en nuestra jurisprudencia registral) identificación de los inmuebles el hecho de que en materia de derechos reales existe una directa correlación entre la cosa objeto del derecho y el derecho mismo, de modo que la extinción física de aquélla produce inevitablemente la extinción jurídica de éste (igual correlación se da en cualquier otro supuesto de modificación por ampliación o reducción en el sustrato material o corpóreo que constituye la base objetiva de los derechos reales —salvo el supuesto de los derechos sobre los llamados bienes inmateriales—).

Por ello resulta preciso que la descripción escrituraria (con la precisión y complejidad que impone la legislación referida) se extienda a ambos planos, horizontal y vertical, comprendiendo tanto la porción de solar sobre la que se

asienta la edificación como esta misma, respecto de la que igualmente se habrán de evitar inexactitudes y errores en aras a la *claridad y exactitud que deben presidir los pronunciamientos registrales* en atención a su alcance sustantivo y a las exigencias para su rectificación (cfr., entre una abundante jurisprudencia registral, RDGRN 2 septiembre 1991).

Todo lo anterior es aplicable a los requisitos y circunstancias descriptivas «necesarios» para la inscripción, sin que afecte a los que parte de la doctrina denomina datos «accesorios» o «no sustanciales», tales como la expresión de la superficie en la medida del país, la existencia de cultivo, «los detalles de la construcción» u otros análogos respecto de los que rige el principio del voluntarismo sobre su inclusión o no en la descripción de los inmuebles (*ex art. 170.2 RN*). ¿Se puede acaso considerar la condición de «concluida» o simplemente «comenzada» —o no concluida— como un mero «detalle de la construcción»? En otras palabras, ¿constituye dicha doble situación alternativa un dato puramente «accesorio» de la finca? Sostener tal cosa implicaría (además de una ironía en pura lógica) no sólo obviar que la dicotomía *concluida* versus *comenzada* referida a las obras nuevas declaradas estaba ya asentada en la propia legislación hipotecaria (*vid. art. 308 RH*) que sancionó el acceso registral de las obras meramente comenzadas por especiales exigencias de la moderna contratación inmobiliaria (cfr. RDGRN 5 noviembre 1982), sino, y principalmente, desconocer el alcance de la reforma operada en el régimen jurídico de los derechos de propiedad y accesión sobre inmuebles urbanos por la Ley 8/1990, de 25 de julio.

b) *Hay confusionismo respecto del objeto negocial, del objeto del gravamen hipotecario constituido*: ¿Se pretende gravar todo el edificio una vez ultimada su construcción como se afirma en la cláusula de constitución de hipoteca? Nadie puede transmitir más de lo que tiene, por lo que no constando registralmente la finalización de la obra con cumplimiento del artículo 37 de la Ley del Suelo ello no es posible. ¿Se pretende hipotecar el mero solar —que, como se indica, no pierde su hipotecabilidad— puesto que la obra meramente comenzada puede consistir en un ladrillo? Algo sin duda se quiere hipotecar, pero ¿qué? No está delimitado el objeto del derecho con precisión. Esta delimitación parece que habrá que alcanzarla a través de conjeturas y deducciones a la vista del contexto negocial, como postulaba el Notario recurrente, en materia que exige seguridad y certidumbre.

La resolución parte al parecer de que es lo mismo hipotecar «un edificio en construcción» que un «edificio terminado» si en aquel se pacta la extensión de la hipoteca a las futuras edificaciones.

Pero no es así, pues la regulación es totalmente diferente respecto al tercer poseedor conforme a los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, ya que si las obras las termina el tercer poseedor no se extiende la hipoteca a dichas obras.

Ahora bien, con la posición de la resolución consistente en transformar el objeto de la escritura de hipoteca, que es una «vivienda terminada» en una «vivienda en construcción con pacto de extensión a la futura edificación», se produce un confusionismo respecto al ulterior tercer poseedor, pues si se inscribe con posterioridad una escritura de compraventa resultará que el Registro publica que la finca adquirida está en construcción, a pesar de que según la escritura está terminada. Y esto no es un mero problema de identificación, sino de necesaria clarificación del objeto hipotecado y de desvirtuación del que figura como tal en la escritura de hipoteca.

c) *La situación es análoga a la resuelta por la Resolución de 2 de septiembre de 1991, en la que existía una imperfecta delimitación del objeto del negocio jurídico* —en este caso fue una compraventa— derivada de inexactitudes en la descripción de la finca: registralmente la finca tenía una superficie de 90 metros cuadrados y, según el título, su cabida era de 55 metros cuadrados, ante lo cual la Dirección General afirma: «Dada la relevancia de este dato descriptivo, se produce *una manifiesta incertidumbre sobre cuál es el verdadero objeto de transmisión*». Invoca al respecto la Dirección General «la claridad y exactitud que deben presidir los pronunciamientos registrales». La diferencia de cabida correspondía a una terraza: ¿se incluyó ésta en la venta? Si el Registrador hubiera inscrito advirtiendo en la nota que se produce la inscripción con la cabida registral previa procediendo de oficio, habría podido incurrir en responsabilidad al inscribir sin título alguno una superficie que acaso no estaba incluida en la venta. Igual responsabilidad cabría imputar al Registrador en caso de no inscribir la hipoteca tal y como ha sido pactada, practicando una concordancia con el Registro de oficio, alterando con ello el alcance y contenido del derecho reflejado en la escritura. Evidentemente, la Dirección General no se guía por el argumento del Notario recurrente de «protégase o inscribase al menos sobre lo que tenga», con el argumento de que siempre preferirá tener el comprador una inscripción que proteja sus 55 metros cuadrados, aunque no los 90 metros cuadrados de cabida registral.

**4.º El nuevo sistema de la Ley del Suelo no excluye la hipotecabilidad del suelo urbano o urbanizable, sin perjuicio de la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida, según el grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos.**

Objeciones:

a) *No se discute ni se niega la hipotecabilidad del suelo urbano o urbanizable*, ni menos se cuestiona la propiedad privada del suelo que, obviamente, ni siquiera es disponible para el legislador ordinario, pues es un derecho de orden constitucional. Lo que estaba en cuestión es el mantenimiento del instituto civil de la accesión, en línea con la jurisprudencia registral que, a propósito de la disposición transitoria 5.ª de la vigente Ley del Suelo, negaba la aplicación automática de la accesión tras la entrada en vigor de esta última.

Pero, además, el que se pueda hipotecar un solar no elude la necesidad de precisar «el alcance y contenido» del derecho que se quiera inscribir, y no es lo mismo restringir la hipoteca al solar que extenderla a la edificación. Y el Notario debe precisar el alcance y extensión de los derechos inscribibles (art. 51 RH).

b) *Lo que depende del grado de cumplimiento de los deberes urbanísticos es no sólo la mayor o menor trascendencia económica de la garantía, sino la propia configuración jurídica de la misma*. La hipoteca sobre el pleno dominio y sobre sólo la nuda propiedad no sólo tiene un distinto alcance económico, sino también un distinto contenido jurídico. Lo mismo cabe decir de la hipoteca constituida bajo condición respecto de la constituida libre de toda condición, así como de la hipoteca constituida sobre edificio concluido (arts. 112 y 113 LH, 37 y 41.2 LS), frente a la constituida sobre la finca en la que se ha declarado una obra nueva en construcción.



c) *La trascendencia económica de la garantía*, en sí misma considerada, no es tampoco ajena a la propia configuración del derecho de hipoteca. *La esencia del derecho real de hipoteca radica en el «ius vendendi»* o facultad de promover la venta judicial del bien dado en garantía para aplicar el precio obtenido a la satisfacción del crédito. Por ello, se atribuyen al acreedor, ya que no la posesión de la finca, sí al menos las facultades de conservación de la garantía, entre las que figuran la acción de devastación (art. 117 LH) y la potestad de dar por vencido el plazo del crédito si el deudor disminuye por actos propios las garantías a que se ha comprometido (art. 1.129 CC). Por ello, no puede el Registrador prescindir de lo pactado en la cláusula de constitución —hipoteca sobre el edificio— inscribiendo otra cosa diferente, porque ello, en lugar de la opción alternativa de subsanar el error padecido en la inscripción, puede generar un enorme confusiónismo sobre el posible ejercicio de la acción de devastación —por no terminar la construcción en el plazo pactado— o de la facultad de vencimiento anticipado, que carecerían de acción real por la peculiar inscripción parcial y modalizada que habría de practicar de oficio el Registrador.

Por otra parte, resulta desconcertante que la resolución no valore adecuadamente «la mayor o menor trascendencia económica de la garantía constituida» cuando estamos ante la PARTE DEL DERECHO CIVIL relativa al DERECHO PATRIMONIAL DE BIENES, en que lo económico tiene una importancia jurídica evidente, teniendo en cuenta también que los conceptos de «bien» y de «patrimonio» parten de su valoración económica y que esta cuestión tampoco es ajena a la incidencia que en el Derecho inmobiliario actual tiene el «Análisis económico del Derecho», de tanta importancia en la actualidad.

##### 5.º **La pretendida equiparación entre la hipoteca y el embargo.**

Aunque tanto la hipoteca como la anotación de embargo tienen naturaleza real, pues producen efectos *erga omnes*, es evidente que la regulación de las anotaciones preventivas de embargo, en cuanto a sus circunstancias descriptivas, es totalmente diferente de la de las hipotecas debido al carácter provisional de dichas anotaciones y, sobre todo, de la regulación diferente que ofrece el artículo 72 de la Ley Hipotecaria respecto a las circunstancias de las inscripciones previstas en los artículos 9 y 30 de la propia Ley.

Por eso, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha flexibilizado en algunas resoluciones las circunstancias que han de reflejarse en los mandamientos de anotaciones preventivas de embargo.

No obstante, debería también meditar en que esta flexibilización no es conveniente en materias que pueden producir conflictos a la hora de decidir el «objeto embargado».

Concretamente, la importante Resolución de 13 de junio de 1952 no permite que se anote un embargo sobre un resto de finca sin describir, y esta doctrina es acertada porque en muchas ocasiones los restos de finca, al menos en las grandes ciudades, constituyen meras calles de dominio y uso público, que han quedado bajo la forma de resto sin describir, por lo que sería una frivolidad embargar «a ciegas» un resto de finca sin determinar cuál es el objeto que se pretende realmente embargar.

No cabe tampoco descartar que si se practica la anotación de embargo en forma totalmente diferente de la descripción que figura en un mandamiento se puede correr el riesgo de que salga a subasta un bien que no coincida con el embargado.

En cualquier caso, nada tienen que ver las exigencias legales descriptivas en materia de anotaciones preventivas de embargo con las de las inscripciones de hipoteca.

**6.º «No habiéndose hecho constar tabularmente la terminación de la edificación, el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución».**

Resulta particularmente desconcertante este párrafo entresacado de la Resolución de 21 de marzo de 1997, pues tras el esfuerzo realizado en orden a lograr la concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, que es uno de los principios inspiradores de toda la Ley Hipotecaria, y tras el esfuerzo hecho para coordinar los asientos del Registro con las situaciones urbanísticas de trascendencia real, resulta que cabe operar todo tipo de actos de tráfico jurídico-inmobiliario, sin que «... *el contenido del asiento prejuzgue si la edificación estaba concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca...*», «*ni servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución*». Justo lo contrario de lo que sucedería de haber mantenido el criterio de la calificación registral. *La doctrina sentada implica inevitablemente una merma significativa de la fehaciencia registral y de la capacidad del Registro para informar y publicar frente a terceros las situaciones jurídico-inmobiliarias reflejadas en los asientos.* Así, ante la petición de información del usuario registral que acude a informarse sobre la situación de cargas de cierta finca edificada y ante su pregunta ¿está hipotecada la edificación?, el Registro habrá que contestarle no lo acredita, no lo prejuzga, es decir, el Registro no sabe, no contesta.

## XI) CONCLUSION

En **conclusión** y recapitulando, cabe decir que, a nuestro juicio, la presente Resolución es contraria:

- a la propia jurisprudencia registral;
- al moderno concepto de finca como unidad física tridimensional y nos retrotrae a un concepto de finca decimonónica propio de una economía arcaica de tipo agrario;
- al principio registral de especialidad, que obliga a una precisa descripción de los inmuebles objeto de derechos reales inscribibles;
- a los principios de colaboración entre los Registradores, Notarios y la Administración urbanística;
- al régimen legal de adquisición gradual de las facultades urbanísticas que integran el dominio de los bienes inmuebles;
- al principio de concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral;
- al carácter cautelar y preventivo de litigios y fraudes propios de la función registral;
- al principio de protección de los consumidores, lo cual resulta tanto más paradójico cuanto que se pretende que cada Registro de la Propiedad

actúe a modo de oficina registral de protección de los consumidores en el ámbito de la contratación inmobiliaria;

— es, finalmente, contrario al principio de calificación, pues se prima la idea de «inscribirse» para obtener una protección urgente del título, aunque sea al precio de «no acreditar» y no «prejuzgar», cuando lo que el Registro de la Propiedad pretende como finalidad institucional es dar fijeza y seguridad prejuzgando legalmente las situaciones jurídicas reflejadas en sus asientos en virtud de las presunciones de legalidad y legitimación que les atribuye la previa calificación del Registrador a los efectos de prevenir situaciones indefinidas y ambiguas que son nido de pleitos y litigios.

J. M. D. F.  
y J. M. G. G.

*DONACION CON CONDICION RESOLUTORIA. CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION. PACTADA LA DONACION CON LA CONDICION DE QUE «SI ALGUN DIA DEJASE DE FUNCIONAR EL REAL PATRONATO DONATARIO», RECOBRARA IPSO FACTO LA DONANTE EL DOMINIO «CON SOLO ACREDITAR LA CESACION DE LA INSTITUCION REFERIDA», SERA TITULO HABIL PARA INSCRIBIR Y CANCELAR LO QUE PROCEDA, SIN NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LOS AFECTADOS, EL PROPIO TITULO TRASLATIVO SIEMPRE QUE SE JUSTIFIQUE EN FORMA EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION, LO QUE NO OCURRE EN EL CASO DEBATIDO DONDE LOS INTERESADOS ALEGAN QUE LA FINCA NO SE DESTINA A LA FINALIDAD PARA LA QUE SE DONO —CUESTION INTRASCENDENTE— PERO NO APORTAN PRUEBA ALGUNA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION, ES DECIR, DE LA SUPRESION O CESE DE LA ENTIDAD DONATORIA, POR LO QUE PROCEDE CONFIRMAR EL AUTO Y DESESTIMAR EL RECURSO. RESOLUCIÓN DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996. BOE DE 11 DE OCTUBRE DE 1996.)*

*RESOLUCION de 23 de septiembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguiro, en representación de doña Pilar y doña María Emilia de Calonge y de la Carrera, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de San Fernando de Henares a inscribir la transmisión de una finca como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria, en virtud de apelación de las recurrentes.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguiro, en representación de doña Pilar y doña María Emilia de Calonge y de la Carrera, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de San Fernando de Henares a inscribir la transmisión de una finca como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria, en virtud de apelación de las recurrentes.

*Hechos.*—I. Por escritura otorgada el 23 de julio de 1906 ante el Notario de Madrid don Darío Bugallal, doña Elisa García Paje y Albareda donó al Patronato Real para la represión de la trata de blancas un edificio sito en San Fernan-