

6. ES INSCRIBIBLE EL DERECHO DE HIPOTECA AUN CUANDO NO CONSTEN INSCRITAS LAS CONSTRUCCIONES RELACIONADAS EN LA ESCRITURA QUE LO DOCUMENTA, CON TAL QUE QUEDE SUFICIENTEMENTE IDENTIFICADA LA FINCA OBJETO DE LA GARANTÍA.

Resolución de 6 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 20 de febrero).

I. *Hechos*.—En una escritura de hipoteca se hace referencia a una vivienda-chalet cuya obra nueva no fue declarada y, consecuentemente, no figura inscrita en el Registro, encontrándose inscrita tan sólo la finca (solar) sin construcción alguna.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad por dos veces, fue calificada con notas del tenor literal siguiente:

Primera nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro la obra nueva de una vivienda-chalet, según consta en la descripción de la finca en esta escritura. No se toma anotación de suspensión por no haber sido solicitada»...

Segunda nota: «Presentado por correo y por segunda vez el precedente documento a las once horas veinte minutos del día 5 de diciembre del corriente año, asiento número 381, folio 30, del diario 180, se deniega la inscripción por no aparecer inscrita en este Registro la obra nueva de una vivienda-chalet, según consta en la descripción de la finca en la escritura. No procede tomar anotación de suspensión por tratarse de defecto insubstancial, sin que, por otra parte, se haya solicitado»...

Recurrida la última de las notas de calificación transcritas, se argumentó por el recurrente que la falta de inscripción de la obra nueva, aparte de no impedir la identificación de la finca objeto de la garantía, sino muy al contrario, no implicaba un cierre registral; destacó además la ausencia de preceptos legales en la nota objeto de recurso, lo que, a su juicio, creaba una indefensión. Por su parte, el Registrador informante sostuvo la procedencia de la nota, tanto en el aspecto formal como en el sustantivo; en cuanto al aspecto formal porque no existe precepto legal ni reglamentario alguno que imponga al Registrador la obligación de citar normas, bastando con que la nota se exprese en términos claros y precisos (arts. 113 y 127 del Reglamento Hipotecario), y en cuanto al aspecto sustantivo porque al ser la inscripción de hipoteca de carácter constitutivo no puede extenderse a más de lo que consta en los libros del Registro, sobre todo cuando se aprecia de la escritura que se está intentando hipotecar algo más que el solar, aparte de que ello implicaría una discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral y un fraude en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Confirmada la nota de calificación por el Presidente de la Audiencia, el cual abundó en el carácter constitutivo de la inscripción, el recurrente se alzó ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que resolvió en la forma que se transcribe a continuación:

II. *Doctrina jurisprudencial.*—Vistos los artículos 9, 109 y 110 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento para su ejecución.

Considerando que la cuestión debatida en el presente recurso consiste en determinar si procede o no inscribir un derecho real de hipoteca que se ha constituido sobre una finca en la que se indica existe una vivienda-chalet, a la que se extiende la indicada hipoteca, todo ello sin que haya tenido acceso a los libros registrales la correspondiente declaración de obra nueva del edificio construido.

Considerando que la mencionada cuestión aparece resuelta en el artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria, que al tratar de la extensión de la hipoteca, sólo excluye de su contenido a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere, pero no a las que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca.

Considerando, por tanto, que la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda no constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues ésta se extenderá a aquélla, aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (art. 110 de la Ley), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código Civil, y 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 ajuste la realidad registral a la extrarregistral mediante la presentación de la correspondiente escritura de obra nueva, puede surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca con la consiguiente extensión de gravamen, o bien se construyó con posterioridad, en cuyo caso no habría tal extensión, aunque en este caso concreto sobra tal discusión, ya que por pacto la hipoteca se extiende a las ulteriores edificaciones.

Considerando, por último, que en la escritura calificada no se vulnera el principio de especialidad —porque se concreta la finca registral sobre la que recae el gravamen—, ni tampoco el de tracto sucesivo —porque la finca figura inscrita a favor del constituyente de la hipoteca—.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

III. *CONSIDERACIONES CRÍTICAS.*—Hubiera sido deseable que la Dirección General hubiese entrado en la problemática del aspecto formal de la nota de calificación, es decir, en si es o no necesario que el Registrador exprese los preceptos legales en que funda su criterio. La discusión entre recurrente e informante se desarrolla en torno a los artículos 65 de la Ley Hipotecaria y 113 y 127 de su Reglamento, olvidando, sin embargo, que existen otros preceptos de mejor adaptación al caso, tal es el supuesto del artículo 429 o del 434, ambos del Reglamento; el primero de ellos concede al interesado la facultad de exigir «la extensión de la nota de suspensión o denegación, con expresión de los motivos»..., y el segundo obliga al Registrador a devolver el título con «nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación»; la Resolución de la Dirección General de 24 de diciembre de 1948 declaró que «las notas calificadoras deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades que quedan inducir a error o causar indefensión a quien de buena fe las impugna».

La cuestión es enormemente resbaladiza; no ofrece duda alguna, como afirma el Registrador informante, el hecho de la ausencia de norma alguna

que imponga al calificador la obligación de expresar los preceptos legales en que descansa su calificación, pero, por otro lado, el interesado para poder interponer el recurso habrá de valorar dicha calificación y su procedencia o no con arreglo al régimen legal vigente, para lo cual tendrá que conocer la base normativa de la nota. El antiguo artículo 106 del Reglamento Hipotecario exigía que la referida nota se expresara en términos «claros y precisos», pero como parece deducirse de la resolución a que antes se ha hecho referencia tal declaración va referida más a la forma que al fondo, es decir, a la redacción de aquélla; por otro lado, cabe preguntarse si la expresión de la causa o motivo de la calificación que exigen los artículos 429 y 434 del Reglamento implica necesariamente la referencia a los preceptos legales en que descansa la nota de calificación; en mi modesta opinión, no necesariamente habrá de consignarse la base normativa de la nota calificadora, sólo habrá lugar a esto cuando resulte imprescindible para venir en conocimiento del defecto señalado. Se me viene ahora a la cabeza una nota de calificación que por desgracia me vi obligado a poner: «suspendida la inscripción en cuanto a las fincas números..., por el defecto subsanable de resultar ilegibles»; no creo que en este caso deba hacerse referencia al principio de especialidad o a otro argumento jurídico, la nota por sí misma es lo suficientemente expresiva sin necesidad de acudir a disquisiciones legales. Pues bien, lo mismo ocurre en el caso que nos ocupa; la nota se basa en un argumento, que si bien resulta discutible, descansa casi en la pura lógica: se suspende la inscripción porque no se puede crear un derecho en el Registro sobre algo que no existe en los libros.

Por último, y en cuanto se refiere a este aspecto formal, decir que si bien no es necesaria, por imperativo legal, la expresión de los preceptos jurídicos en que descansa la calificación, resulta conveniente hacer cita de ellos en orden a evitar al interesado una situación que, aunque no resulte de indefensión, se acerca peligrosamente a ella.

Entrando ya en el aspecto sustantivo o de fondo del recurso, es decir, en si es posible o no la inscripción del documento en cuestión, debo decir que, en principio, me parece acertada la forma en que la Dirección General ha dictado su resolución, todo ello a pesar de que deja algunos «cabos sin atar», que aunque no influyen sobre el fondo de la cuestión, confieran a la misma una apariencia de obra incompleta. Todo ello se verá más adelante.

Lo primero que se observa es una discordancia entre la nota de calificación y el informe en su defensa, de la cual nada dice el Centro Directivo: la nota recurrida es de denegación por defecto insubsanable; sin embargo, el defecto es claramente subsanable, para ello bastaría con presentar la oportuna declaración de obra nueva o con completar el título con otra nueva escritura en la que se describiera convenientemente la vivienda-chalet. Es, pues, la nota de calificación la que resulta incorrecta; de ser la calificación desfavorable al título, lo sería por defecto subsanable y, en consecuencia, lo procedente hubiera sido la suspensión y no la denegación.

La Dirección General se limita a declarar inscribible el documento rechazado en base a las siguientes razones:

- 1.ª La finca objeto de la garantía queda perfectamente identificada, por lo que no se vulnera el principio de especialidad.
- 2.ª La declaración de obra nueva no es requisito previo para la inscripción posterior de hipoteca (sí lo sería para otras inscripciones, como, por

ejemplo, para la división horizontal o el caso del art. 218 del Reglamento Hipotecario) (*).

3.ª No se vulnera el principio del tracto sucesivo, en cuanto no existe cambio de titularidad.

Además, el Centro Directivo aplaude la decisión de hacer constar la existencia de la vivienda-chalet en la escritura en cuestión, pues ello permite la extensión de la hipoteca a aquélla de forma natural, si bien advierte que en este caso, al pactarse la extensión a todas las edificaciones, cualquiera que fuera el momento de su construcción, carece de transcendencia.

Por todo ello, se decreta la procedencia de la inscripción del título debatido sin decir nada más; tal conclusión plantea un problema: ¿cómo habrá de practicarse dicha inscripción?, ¿habrá de expresarse la existencia de la vivienda-chalet?; en mi opinión, no. El defecto en que, a mi juicio, incurrió el Registrador en su calificación se centra en un exceso de celo, pues suspende el título en su totalidad cuando lo que debió suspender era la inscripción de hipoteca en relación a la vivienda-chalet; puede ser conveniente que dicha construcción se cite en título, pero resulta inadmisiblesu constancia en el Registro, a menos que preceda la obra nueva correspondiente. Ello es así porque relacionar la vivienda-chalet en los libros registrales implicaría una mención de derechos susceptible de inscripción especial y separada, mención que la propia legislación hipotecaria prohíbe (artículo 98 y Disposición Transitoria 1.ª de la Ley Hipotecaria, y artículo 353 del Reglamento Hipotecario) y que habría que cancelar, en caso de practicarse, a la primera certificación o asiento que viniera relativo a la finca en cuestión.

No es lo mismo, desde el punto de vista técnico, que la hipoteca se extienda o que la hipoteca se inscriba; el término de extensión implica necesariamente la no inscripción del derecho sobre la materia a la cual éste se extiende, de manera que no será objeto de una constancia registral expresa, mientras que el término inscripción del derecho implica necesariamente la previa inscripción del objeto sobre el que aquél se constituye. En el caso que tratamos, si bien la hipoteca se extiende a la construcción, no podrá constituirse sobre la misma por resultar registralmente inexistente. En definitiva, la extensión tiene su vida fuera del Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que exista algún pacto expreso relativo a la misma que conste en los libros registrales; la inscripción tiene únicamente vida dentro de la institución registral.

Siendo la inscripción de hipoteca de carácter constitutivo, no podrá este derecho tener vida sino en cuanto a todo aquello que consta en los libros registrales, con exclusión de lo que teniendo vida extrarregistral carezca, sin embargo, de inscripción; este razonamiento, que básicamente es el que utiliza el Registrador, tiene clara aplicación cuando se trata del objeto del derecho, pero no cuando se refiere a elementos a los que el derecho se extiende por disposición legal (art. 110, 1.º, del Reglamento Hipotecario).

El Centro Directivo, cuando se refiere a lo conveniente de que en la escritura se haga referencia a la construcción, afirma que «ello evita el que cuando en un futuro se ajuste la realidad registral a la extrarregistral mediante la presentación de la correspondiente escritura de obra nueva, pueda surgir cuestión sobre si tal vivienda se construyó antes del otorga-

(*) Lo consignado entre paréntesis es de «cosecha propia».

miento de la escritura de hipoteca o bien se construyó con posterioridad»... Mucho me temo que tal y como viene relacionada la referida vivienda en la escritura («vivienda-chalet de 120 metros cuadrados construidos»), su declaración posterior como obra nueva no evite la prueba extradocumental de que la construcción se realizó con anterioridad a la hipoteca, puesto que dicha vivienda no se identifica convenientemente de tal manera que impida su coincidencia con otras construcciones análogas, que de haber superficie en la finca pudieran construirse posteriormente.

A. P. DE LA C.

7. NO ES POSIBLE CANCELAR POR MEDIO DE INSTANCIA PRIVADA UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA VIGENTE PRACTICADA EN BASE A UN MANDAMIENTO JUDICIAL.

Resolución de 7 de febrero de 1986 (B. O. del E. de 25 de febrero).

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Josefa Castanedo San Miguel contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1-I de Santander a cancelar una anotación preventiva de embargo practicada en virtud de mandamiento judicial, en virtud de apelación de la recurrente.

Doña María Josefa Castanedo San Miguel, casada con don Félix Saiz Montejo, con domicilio en Santander, calle Isaac Peral, número 8, escalera A, 1.º B, sobre cuya vivienda se ha practicado en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de embargo, decretada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Santander, en virtud de mandamiento de fecha 29 de noviembre de 1984, por responsabilidad civil de su marido, dimanante de diligencias preparatorias número 25/1979 sobre imprudencia con muerte; que según certificación del Registro de fecha 17 de julio de 1985, a su esposa le ha sido notificado la existencia del procedimiento a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario; que por escrito de fecha 1 de agosto de 1985, la recurrente solicita del señor Registrador de la Propiedad se cancele dicha anotación por entender que el embargo no se ajusta a derecho y ser improcedente, por lo que se ha visto obligada a formular una tercería de dominio ante el Juzgado.

Presentado en el Registro el anterior escrito, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la cancelación de la anotación letra A de la finca 14.558, folio 21 del libro 181 de la sección segunda del Ayuntamiento de Santander, por los defectos de falta de previa presentación del documento en la Oficina Liquidadora del Impuesto, por falta de autenticidad del mismo y por no ser idóneo para producir la cancelación de una anotación preventiva de embargo tomada en virtud de mandamiento judicial, todo ello según la siguiente doctrina legal: Primero. Todo documento que deba producir asiento en el Registro de la Propiedad debe contener nota de pago del Impuesto extendida por la Oficina competente o, en su caso, la de exención o no sujeción. Así lo establece el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 57 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real