

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador en cuanto a los defectos 1.º y 2.º

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 28 de octubre de 1988.—El Director general, José Cándido Paz-Ares Rodríguez.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

**26980** RESOLUCION de 31 de octubre de 1988, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Gerona don Enrique Brancós Núñez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Palafrugell a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Gerona don Enrique Brancós Núñez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Palafrugell a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

## HECHOS

### I

El día 17 de septiembre de 1987, el Notario de Gerona don Enrique Brancós Núñez autorizó escritura de compraventa, por la que las hermanas doña Alberta y doña Joaquina Parayre García vendieron a la Sociedad «Super Stop, Sociedad Anónima», la participación indivisa de treinta y nueve setenta avas partes indivisas del derecho de uso que, con carácter transmisible y perpetuo, les pertenece, sobre una zona de subsuelo de 408 metros cuadrados, aproximadamente, para ser destinada a garaje o almacén de negocio, de la finca registral número 7.454, sita en Calella de Palafrugell. En la estipulación tercera de dicha escritura se estableció que la participación indivisa adquirida daría derecho a la utilización exclusiva de una determinada porción del subsuelo de la finca registral indicada, que se describe con indicación de linderos.

En la citada finca aparece inscrita en el Registro en favor del Ayuntamiento de Palafrugell y, según su inscripción primera, en el título de adquisición, otorgado el día 9 de agosto de 1965, ante el Notario de dicha localidad, don Gonzalo Alvarez Romero, la «Sociedad Inmobiliaria de la Costa, Sociedad Anónima», que la cedía, se reservó el derecho de construir en el subsuelo de la finca un garaje o almacén de unos 408 metros cuadrados. Este mismo derecho así descrito figura en las sucesivas inscripciones, cuyo objeto es recoger las diversas transmisiones de la totalidad o de las cuotas indivisas de aquel derecho.

### II

Presentada primera copia de la escritura de compraventa citada en el Registro de la Propiedad de Palafrugell fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción solicitada por los siguientes defectos: 1.º Apareciendo inscrito sobre la finca registral número 7.454 de Palafrugell —que es la única Entidad registral a que se refiere el documento— y en favor de doña Joaquina y doña Alberta Parayre García un derecho de construir en el subsuelo, no procede practicar la inscripción solicitada sin que previamente se declare la construcción realizada y se constituya dicha edificación en régimen de propiedad horizontal (artículo 16 del Reglamento Hipotecario, artículos 8.º y 243 de la Ley Hipotecaria). 2.º No aparece inscrito en el Registro en favor de las señoras doña Joaquina y doña Alberta Parayre García el derecho de uso a que se refiere la escritura (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). 3.º Respecto de la estipulación tercera —que asigna a la cuota indivisa de derecho de “uso” enajenado la utilización exclusiva de una porción del subsuelo— no consta para dicha asignación el consentimiento de los demás titulares —según el Registro— de derechos sobre la finca (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). Los tres defectos indicados se estiman insubsanables —el último con respecto a la estipulación a que afecta—, por lo que no procede tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.—Palafrugell, 2 de enero de 1988.—El Registrador.—Firma ilegible».

### III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Respecto al primer punto de la nota. Que para la calificación del derecho el Notario autorizante ha atendido al contenido del título que motivó la inscripción a favor de «Inmobiliaria de la Costa, Sociedad Anónima», causante de las hermanas Parayre García. Dicho título habla de «derecho de uso» de seis puntos distintos, si bien se restringe este uso al único destino de garaje o almacén de negocio, tal como se hace constar en la escritura calificada.

Que se admite que tal vez sea atípica la constitución de un derecho de uso con carácter perpetuo y transmisible, pero lo que no es admisible es que un título posterior, empleando los mismos términos que el anterior, no pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad en idénticos términos. Que en nuestro Ordenamiento estamos ante un «*numerus apertus*» de derechos reales y que a su amparo se había constituido e inscrito el derecho de uso contenido en la escritura de cesión, autorizada por el Notario de Palafrugell, don Gonzalo Alvarez Romero, el día 9 de agosto de 1965, y siguiendo la misma línea habría de inscribirse una transmisión posterior del mismo. Que en otras transmisiones otorgadas por las hermanas Parayre, autorizadas por el Notario recurrente y redactadas en los mismos términos, obran inscritas en el Registro por el antecesor en el cargo del actual Registrador firmante de la nota. Que la afirmación del primer punto de la nota, de ser cierta, constituiría una sorprendente novedad en nuestro derecho, pues infringiría claramente el artículo 392.1.º del Código Civil, que admite la comunidad de bienes y derechos. 2.º En cuanto al segundo punto de la nota. Que hay que señalar que el derecho de uso si aparece inscrito a favor de las hermanas Parayre, si bien por calificación mas o menos libre del Registrador en su día se denominó derecho de construir en el subsuelo. Que el Notario es absolutamente respetuoso con el título anterior por cuanto desconoce si el uso del subsuelo requiere o no nuevas construcciones y, por otra parte, quiere que conste en la escritura la restricción «para ser destinada a almacén de negocio o garaje», que desconoce si resulta del Registro. Que, por consiguiente, no existe la infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por cuanto el derecho en su día constituido y hoy transmitido son el mismo. 3.º Respecto al tercer punto de la nota. Que no se pretende la inscripción del mencionado uso exclusivo, sino de la forma que se contempla en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario, máxime cuando la finca puede ser destinada a garaje, según el título constitutivo del derecho. Que tampoco existe en este punto infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sino ejercicio del derecho contenido en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario. 4.º Que, por último, cabe alegar que constando autorizadas por el Notario recurrente las ventas de la totalidad de las cuotas indicadas de la finca, es decir, el 100 por 100, y no excediendo de tres el número de propietarios no se da, ni siquiera, el mínimo que exigiría, si fuese aplicable, el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal.

### IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: A) Con referencia al primero de los defectos de la nota: 1) Que el Registrador ha de calificar con arreglo a lo establecido en los artículos 17 y concordantes de la Ley Hipotecaria; 2) Que en cuanto a cuál sea la naturaleza del derecho que tienen inscrito a su favor las señoras Parayre García, y cuál sea su denominación, el Registrador ha de estar a lo que el Registro proclama, en virtud de lo establecido en los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria. Que lo que el Registro proclama en el caso contemplado es que las citadas señoras tienen inscrito en su favor un «derecho de construir garaje o almacén de unos 408 metros cuadrados» en el subsuelo de una finca cuya propiedad pertenece al Ayuntamiento, y no tienen inscrito en su favor lo que transmiten en la escritura calificada; 3) Que la escritura previa, autorizada por el Notario de Palafrugell el día 9 de agosto de 1965, no ha sido presentada juntamente con la calificada para que el Registrador calificante la tuviera en cuenta en el momento de poner su nota, y, por tanto, en virtud del artículo 117 no puede ser tenida en cuenta ahora; 4) Que si se estima que el Registro es inexacto, lo que hay que hacer es utilizar los procedimientos legales prevenidos para rectificarlo, sin que se pueda pretender que se desconozcan los pronunciamientos de los libros; 5) Que partiendo de que las señoras Parayre García tienen inscrito en su favor un derecho a construir en el subsuelo, hay que decir: a) Que es cierto que en nuestro derecho está vigente, en cuanto a los derechos reales, el sistema de «*numerus apertus*»; pero también es cierto que en la aplicación de ese principio, que compete directamente al Registrador, debe actuarse con mucha prudencia, como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 23 de octubre de 1987, debiendo significar que el criterio atemperador de dicha Resolución es el criterio tradicional en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina, como se observa en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la de 22 de abril de 1950, y Resoluciones, entre ellas las de 26 de julio de 1928, 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 21 de diciembre de 1943 y 7 de julio de 1949; b) Que para determinar qué normas jurídicas rigen los actos referentes al derecho que las citadas señoras tienen inscrito a su favor, hay que estar a las que las partes establecieron en el momento de su constitución y a los preceptos legales que a ese derecho se refieren. En el Registro no consta norma alguna especial referente al desenvolvimiento del derecho inscrito, y, en cuanto a los preceptos legales, no hay ninguno que recoja y regule expresamente dicho derecho, pero si hay un precepto que contempla un derecho a realizar construcciones bajo el suelo de un edificio, y es el artículo 16 del Reglamento Hipotecario; c) Que hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 4. 1.º, del Código Civil, y d) Que bien sea por vía de la analogía o bien por el de una interpretación amplia, hay que entender que el citado artículo 16 del Reglamento

Hipotecario es perfectamente aplicable al derecho que las hermanas Parayre García tienen inscrito en su favor. Efectivamente, el ejercicio del derecho provocará la concurrencia de varias titularidades sobre el mismo predio, teniendo la particularidad de recaer sobre volúmenes determinados de suelo y de subsuelo de la finca. Pues bien, para regular esa concurrencia de titularidad exige el Reglamento Hipotecario determinadas circunstancias, que deben fijarse en el momento de constitución del derecho de construir, lo que supone una especie de «preconstitución» del futuro régimen de propiedad horizontal que, desde luego, habrá que constituir en el momento que se declare la construcción realizada. En el caso contemplado en este recurso, la propiedad del Ayuntamiento se extendió, como dice el artículo 350 del Código Civil, a su superficie y a lo que está debajo de ella; ahora bien, en el momento que se ejercite el derecho de construir resultará que junto a la propiedad del Ayuntamiento se dará otra concurrente, y la forma de regular esta concurrencia es la constitución de la propiedad horizontal; 6) Que la exigencia de que se declare la construcción realizada se deriva del principio de tracto sucesivo, pues en el Registro lo que hay es un derecho a construir y en la escritura se transmite un derecho a usar un volumen que ya se da por construido; 7) Que la doble exigencia del primer punto de la nota se deriva, asimismo, del principio de especialidad que está recogido en los artículos 8 y 243 de la Ley Hipotecaria; 8) Que existe un dato que podría hacer pensar que no debe aplicarse al caso el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, y es que de la inscripción del Registro podría deducirse que la enajenación de la finca a favor del Ayuntamiento se realizó por exigencias de la normativa urbanística y para pasar la finca cedida (salvo los 408 metros cuadrados referidos) al dominio público; pues bien: Dicha afectación de la finca enajenada no consta de manera clara, pues debiera haber habido una desinscripción de la finca, conforme a los artículos 5 y 6 del Reglamento Hipotecario. Aun en el caso de que dicha afectación exista en el mundo extratabular, la desinscripción de parte de la finca exige la determinación de qué parte de la finca es del dominio público. No debe olvidarse que la parte que permanece en el dominio privado es una porción cúbica del subsuelo de la finca, por lo que entre esta porción y el resto habrá elementos comunes en cuya propiedad se participará con arreglo a una cuota que no puede quedar indeterminada. Y, por último, más aún, hay que estimar todo lo dicho si se observa que el derecho del Ayuntamiento parece, según lo que declara su inscripción, susceptible de reversión. B) En cuanto al segundo defecto de la nota: 1) Que hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 1, 17, 20, 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria; 2) Que se reitera lo expuesto en el apartado A), números 3 y 4. C) Con relación al tercero de los defectos de la nota: 1) Que este defecto sólo tendría efectividad en el caso de que se estimase en este recurso que no existen los dos defectos anteriores y que el documento es inscribible; 2) Que se está transmitiendo por las señoras Parayre García más de lo que tienen inscrito en su favor; pues bien, esa asignación de uso exclusivo de porciones determinadas no está inscrita previamente y, como ocurre que la finca no está totalmente inscrita en favor de las señoras citadas, hay que pensar que quizá los demás titulares de cuotas indivisas referidas al subsuelo tengan algo que decir de aquella asignación que, sin su intervención, concede el uso exclusivo de una porción determinada de subsuelo a determinadas personas, privándoles de la posibilidad de dicho uso. La denegación de la inscripción de dicha estipulación viene exigida por los artículos 7, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 3) Que el artículo 68 del Reglamento Hipotecario es un precepto puramente «procedimental» y que para nada se refiere a los requisitos sustantivos que deben darse para la referida asignación. Que el problema que se discute en el defecto tercero de la nota es el de los requisitos sustantivos y, concretamente, el de los consentimientos necesarios, sosteniéndose que es necesario presten su consentimiento a la asignación todos los titulares registrales de la finca afectada. Que hay que señalar que la construcción que contempla el artículo 68 del Reglamento Hipotecario es diversa de la que se contiene en la escritura calificada. D) Que el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal se refiere únicamente al régimen de administración de una propiedad horizontal ya constituida. Que los hechos que le consten al Notario carecen de importancia para la calificación registral, mientras no hayan sido presentados al Registrador en el momento de calificar.

## V

El Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la nota del Registrador, fundándose en los artículos 38 de la Ley Hipotecaria, 350 del Código Civil en relación con el artículo 16 del Reglamento Hipotecario y en el principio de tracto sucesivo.

## VI

El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el establecimiento del Régimen de Propiedad Horizontal tiene siempre origen voluntario y no puede imponerse obligatoriamente si así no se solicita, como resulta claramente de los artículos 396, 400 y 401 del Código Civil y 21 de la Ley de Propiedad Horizontal. Que si se ejercita el derecho de construir, lo único que varía en la concurrencia de titularidades es que de ser dos los titulares indivisos del derecho real, pasarán a ser varios en otra

proporción. Que, en este caso, se trata de un derecho real atípico, pero no del caso del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, pues no se cumplen los requisitos de los apartados a) y b). Que el principio de tracto sucesivo se refiere a la titularidad jurídica, no a las circunstancias físicas de las fincas; lo que se transmite es una participación indivisa y no un derecho a usar un volumen determinado, y que debía haberse declarado la construcción cuando adquirieron idéntico derecho las hoy transmitentes. Que lo único que se pretende en la escritura es operar en la forma prevista en el artículo 68 del Reglamento Hipotecario, o sea, exclusivamente fijar «la adscripción del uso de una zona determinada» a la cuota transmitida en la forma reglamentariamente prevista.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 397 del Código Civil, 9 de la Ley Hipotecaria y 16, 51 y 68 del Reglamento Hipotecario:

1. Estima el Registrador que, inscrito en favor de los transmitentes un derecho de construir en el subsuelo, no puede practicar la inscripción de la transmisión de una cuota sin que previamente se declare la construcción realizada y se constituya dicha edificación en régimen de propiedad horizontal. Mas no hay razón legal que apoye esta exigencia y que limite, de tal modo, la facultad de disposición, connatural en principio, a todo derecho real.

2. En el segundo defecto se acusa que la escritura de transmisión, cuya inscripción se pretende, se refiere a un derecho de uso, y en el Registro no aparece inscrito tal derecho por lo que, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, no cabe ahora inscribir la transmisión del mismo. Pero en la calificación deben evitarse las conclusiones que si podrían estar apoyadas en alguno de los términos de la escritura, no son congruentes con la escritura en su conjunto y con los criterios interpretativos de los actos y contratos, expresados en el mismo Código Civil. Tratándose, el inscrito, de un derecho atípico, no puede pretenderse que en la escritura reciba una exacta denominación —que no tiene— y lo importante es que del conjunto de la escritura sea indudable que las partes se refieren al derecho inscrito. Y así ocurre si: a) En la escritura se denomina «derecho de uso, con carácter transmisible y perpetuo sobre una zona de subsuelo de 408 metros cuadrados aproximadamente, para ser destinada a garaje o almacén de negocio», sobre finca perfectamente identificada y que, según otra parte de la escritura, se trata del «derecho de construir garaje o almacén en esos 408 metros cuadrados», constituido por escritura de 9 de agosto de 1965 ante el Notario don Gonzalo Alvarez Romero, y b) En el Registro consta, por el mismo título invocado en la escritura, el derecho de construir un local o almacén de negocio en la indicada superficie y en el subsuelo de la misma finca. Naturalmente, que, aun partiendo de que la escritura se refiere al mismo derecho, en la nueva inscripción no puede consignarse ninguna característica que se refiera al alcance de las facultades.

3. Los transmitentes no se han limitado a transferir una cuota del derecho que ostentan según el Registro, sino que, además, asignan al adquirente determinada porción material del subsuelo, la cual es identificada por sus linderos. El Registrador opone, a esta asignación de parte material de la finca, el que no conste el consentimiento de los demás titulares —según el Registro— de derechos sobre la finca. Y es correcta esta calificación, conforme al artículo 397 del Código Civil, en cuanto se refiere a los demás cotitulares del derecho inominado inscrito. Aunque no sería correcta, en cambio, si se exigiera también el consentimiento del dueño de la finca —el Ayuntamiento— que sufre el derecho real limitado que pertenece en común a varios; pues es evidente que la asignación de superficie sólo tiene efectos respecto de la comunidad sobre ese derecho limitado sin afectar para nada al derecho del Ayuntamiento.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador en cuanto a los defectos 1.º y 2.º

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 31 de octubre de 1988.—El Director general, José Cándido Paz-Ares Rodríguez.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

**26981** RESOLUCION de 7 de noviembre de 1988, de la Subsecretaria, por la que se anuncia haber sido solicitada por don José Luis de Peralta y Alvarez de Cienfuegos la rehabilitación en el título de Conde de Calleja.

Don José Luis de Peralta y Alvarez de Cienfuegos ha solicitado la rehabilitación del título de Conde de Calleja, cuyo último poseedor fue don José Luis de Peralta y Calleja, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.º del Decreto de 4 de junio de 1948, se señala el plazo de tres meses, contados a partir de la publicación de este edicto, para que puedan solicitar lo conveniente los que se consideren con derecho al referido título.

Madrid, 7 de noviembre de 1988.—El Subsecretario, Liborio Hierro Sánchez-Pescador.