

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.