

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (desembre 2009 – febrer 2010).

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 18 de desembre 2009, 20 de desembre 2009, 5 de febrer 2010, 8 de febrer 2010, 9 de febrer 2010 i 10 de febrer 20q0.

Joan Marsal Guillamet

Facultat de Dret.
Universitat de Barcelona

*Abstract**

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 18 de desembre 2009, 20 de desembre 2009, 5 de febrer 2010, 8 de febrer 2010, 9 de febrer 2010 i 10 de febrer 2010.

Comments on the Decisions of General Directorate of Law and Legal Institutions of December 18, 2009; December 20, 2009; February 5, 2010; February 8, 2010; February 9, 2010 and February 10, 2010. Analytic index by subject matters of the 69 decisions rendered so far by the Directorate General (2005-2009).

Comentarios a las Decisiones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 18 de diciembre 2009, 20 de diciembre 2009, 5 de febrero 2010, 8 de febrero 2010, 9 de febrero 2010 y 10 de febrero 2010.

Title: Decisions of General Directorate of Law and Legal Institutions (December 2009 – February 2010).

Título: Doctrina de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas (Diciembre 2009 – Febrero 2010).

Keywords: Catalan Law, Property Law, Inheritance, Land Register, Commonhold Development. Interpretation of Wills.

Palabras clave: Derecho catalán, derecho de propiedad, segregación de fincas, licencia urbanística, vivienda familiar, derecho de censo, servidumbre de riego, sustitución vulgar, sustitución fideicomisaria, propiedad horizontal.

Paraules clau: Dret català, dret de propietat, segregació de finques, llicència urbanística, habitatge familiar, dret de cens, servitud de reg, substitució vulgar, substitució fideicomissària, propietat horitzontal.

Sumari

70. Resolució de 18 de desembre de 2009 (DOGC núm. 5557, d'1.2.2010; correcció d'errada DOGC núm. 5594, de 24.3.2010). Segregació de finques ordenada per manament judicial. Necessitat de llicència urbanística. Dret aplicable

70.1. Introducció

70.2. Segregació material i segregació registral

70.3. La necessitat de llicència per inscriure el manament judicial que ordena la segregació

70.4. La identificació dels titulars registrals

70.5. El dret sobre les finques segregades

71. Resolució de 20 de desembre de 2009 (DOGC núm. 5559, 3.2.2010). Constitució d'hipoteca. Manifestació sobre el caràcter d'habitatge familiar de l'immoble que es grava.

71.1. Introducció

* Aquests comentaris s'inscriuen en els Projectes 2009 SGR 00221, Grup d'Estudi del Dret civil català (UB-UAB), i DER 2008-03992/JURI. Ambdós tenen com a investigador principal el Prof. Dr. Ferran BADOSA COLL.

- 71.2. La necessitat de manifestació de l'usufructuari sobre l'habitatge familiar
 - 71.3. La manifestació del nu propietari
 - 72. 73. Resolucions de 5 de febrer 2010 (DOGC núm. 5590, de 18.3.2010) i de 8 de febrer 2010 (DOGC núm. 5592, de 22.3.2010). Cancel·lació de cens. Subsistència del dret de reg constituït com a contraprestació.
 - 72.1. Introducció
 - 72.2. La procedència del recurs
 - 72.3. La cancel·lació dels cens i la subsistència del dret de reg
 - 72.4. Quins censos s'han cancel·lat?
 - 74. Resolució de 9 de febrer 2010 (DOGC núm. 5592, de 22.3.2010). Cancel·lació d'un gravamen, qualificat com a fideïcomís pels recurrents i el registrador.
 - 74.1. Introducció
 - 74.2. Principi de rogació i congruència de la resolucions de la DGDEJ.
 - 74.3. La qualificació de la substitució com a vulgar
 - 75. Resolució de 10 de febrer 2010 (DOGC núm. 5592, de 22.3.2010). Necessitat de llicència urbanística per a la constitució del règim de propietat horitzontal.
 - 75.1. Introducció
 - 75.2. La llicència per a la constitució del règim de propietat horitzontal
 - 75.3. La declaració aformal de no-necessitat de llicència municipal
- Bibliografia**

70. Resolució de 18 de desembre de 2009 (DOGC núm. 5557, d'1.2.2010; correcció d'errada DOGC núm. 5594, de 24.3.2010). Segregació de finques ordenada per manament judicial. Necessitat de llicència urbanística. Dret aplicable

70.1. Introducció

Aquesta resolució de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques ve suscitada per la presentació davant del Registre de la propietat d'un manament judicial en què s'ordena al registrador la segregació de dues parcel·les d'una determinada finca urbana. Successivament, es descriuen les finques segregades mitjançant interlocutòria i es dicta manament per tal que s'inscrigui el ple domini de les finques segregades a favor d'unes persones "a títol de compravenda i d'herència o, subsidiàriament, d'usucapió". En la nota de qualificació, el registrador de la propietat suspèn la inscripció per l'existència de diversos defectes que, en l'informe preceptiu del registrador a efectes del recurs, queden reduïts a dos: el principal, és la no aportació de la llicència de parcel·lació o de la declaració municipal de no necessitat d'aquesta; l'altre, que no s'aporten totes les circumstàncies dels nous titulars registrals.

70.2. Segregació material i segregació registral

Entre els recurrents i el registrador existeix una discrepància sobre la normativa urbanística aplicable a la segregació. Per als recurrents, la segregació existeix des que en varen adquirir la titularitat (en un moment anterior a 1989), per la qual cosa l'activitat del registrador s'hauria de fer segons la normativa urbanística vigent en aquell moment. Per al registrador, el manament judicial en què s'ordena la segregació té caràcter constitutiu, per la qual cosa cal aplicar la legislació urbanística vigent en aquest moment.

A partir de la narració dels fets i dels arguments dels recurrents i del registrador es pot arribar a la conclusió que els recurrents (o els seus causahavents) varen adquirir la plena propietat d'una part de la finca matriu. Abans que els adquirents haguessin fet constar llur títol en el Registre de la Propietat, prèvia segregació de les finques adquirides, l'actual titular registral va comprar la finca matriu el 1989 i va obtenir la inscripció del seu títol. Sembla que els adquirents inicials varen iniciar un plet contra el comprador de la finca matriu per fer-li oposable el seu dret sobre una part de la finca registral. Obtinguda sentència en què es declara la mala fe del titular registral, els actors obtenen un manament del Jutjat per tal que el Registrador de la propietat procedeixi a la segregació de les dues finques (art. 521.2 LEC).

Si els recurrents (o el seus causahavents) haguessin sol·licitat al Registre la segregació de la finca matriu abans de la transmissió a l'actual titular registral el 1989, la norma aplicable podria haver estat el Decret 308/1982, de 26 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament per al desplegament i l'aplicació de la Llei 9/1981, de 18 de novembre, sobre protecció de la legalitat urbanística (DOGC núm. 261, de 21.9.1982 -correcció d'errada DOGC núm. 262, de 29.9.1982 i DOGC núm. 293, de 12.1.1983). Tal i com assenyala la DGDEJ (FD 1.2), aquest article no impedia la constància

registral davant d'una segregació malgrat la no aportació de llicència urbanística. En efecte, tot i que l'art. 56.1 del Reglament estableix que el Registrador havia d'advertir al sol·licitant de la reserva de la necessitat d'aportació de llicència, en el paràgraf 3 del dit article s'estableix:

3. Si no s'aportés la llicència o si les condicions de la nova finca no s'ajustessin al seu contingut, es posarà nota al marge de la inscripció practicada, en la qual es faran constar una o altra circumstància. Aquesta nota serà cancel·lada per l'aportació de la llicència, per concessió, si escau, de llicència de nou contingut, per aportació de certificat d'innecessitat de llicència o, en tot cas, per caducitat quan hagin passat quatre anys de la data en què es va practicar.

La normativa exigia a les administracions públiques una certa diligència, perquè el registrador només havia d'informar a les administracions públiques de l'existència de la nota marginal quan aquestes li ho demanessin (art. 57). Aquesta situació es va modificar mitjançant l'art. 43 del Decret 303/1997, de 25 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament sobre mesures per facilitar l'execució urbanística (DOGC núm. 2531, de 3.12.1997), a partir del qual el registrador havia de notificar a l'ajuntament i la Generalitat l'assentament practicat.

La pretensió dels recurrents és fer valdre la data de l'adquisició del seu dret de propietat per establir la llei aplicable a la inscripció de les noves finques. Tal i com estableix la DGDEJ, *"la segregació és un acte jurídic pel qual el propietari extreu d'una finca de la seva propietat una porció perquè constitueixi finca independent"*. Certament la segregació en el pla del dret civil es va efectuar abans de 1989 per qui llavors era el titular registral. Però en aquest cas el segregant ja no és el titular registral, per la qual cosa el principi de tracte successiu (art. 20 LH) impediria l'accés d'aquella segregació al registre [RDGRN 16.11.2004 (BOE núm 315, de 31.12.2004)], llevat que en el títol de l'avui titular registral s'hagués fet constar l'existència de la segregació (art. 47.3 RH). La inscripció de la segregació és possible perquè una sentència ha establert que l'actual titular registral va adquirir de mala fe, és a dir, que coneixia l'existència de les segregacions prèvies. La DGDEJ afirma que la segregació *"es realitza amb la sentència presentada i no abans"* no perquè la sentència condemni al titular registral a efectuar la segregació, sinó perquè a partir de que s'estableix que és un adquirent de mala fe li és oposable la segregació no inscrita feta per l'anterior titular registral.

Els recurrents qüestionen quina llei és l'aplicable a la pràctica de la inscripció de la nova finca perquè confonen la segregació material i la segregació registral. En aquest supòsit l'únic dubte sobre la llei aplicable afecta a la concessió de la llicència, perquè entre el moment en què es va produir la transmissió del ple domini d'un fragment de la finca matriu (abans de 1989) i el moment en què es demana la llicència (2009) s'ha modificat la legislació urbanística general (i potser també la normativa aplicable específicament en el municipi). Per tant, l'ajuntament a qui se sol·licita la llicència de segregació hauria de resoldre segons la normativa urbanística general i local vigent en el moment en què es va produir la transmissió [vegeu la RDGDEJ de 23 de maig de 2006 (DOGC núm. 4748, de 26.10.2006), en què es va establir que la llei urbanística aplicable a un canvi d'ús d'un immoble era la del moment en què aquest es va fer, si es pot acreditar].

Els recurrents han obtingut un manament judicial per fer constar en el Registre que el seu dret de propietat és oposable al titular registral que va adquirir posteriorment la finca matriu. Però la publicitat registral sobre aquest dret no es pot retrotraure a un moment previ a l'assentament de

presentació del manament judicial. L'accés al Registre de la propietat és voluntari, per la qual cosa els propietaris i altres titulars de drets sobre una finca que no vulguin gaudir dels efectes de la publicitat registral poden no immatricular-la o, si ja es troba immatriculada, no demanar la inscripció dels seus drets. Però en el cas de la segregació d'una finca immatriculada, la nova finca ja es troba en el Registre de la propietat tot i que formant part d'una altra, per la qual cosa els adquirents de bona fe i a títol onerosos que inscriuïn el seu dret sobre la finca matriu gaudiran de la protecció registral mentre no s'insti l'adequació del Registre a la realitat (art. 32, 34 LH). Els efectes de la publicitat registral sobre la nova finca només tenen lloc a partir de la constància registral de la segregació, i aquesta s'ha de fer de conformitat amb la legislació vigent en el moment en què se sol·licita.

70.3. La necessitat de llicència per inscriure el manament judicial que ordena la segregació

L'art. 185 del Decret legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme (DOGC núm. 4436, de 28.7.2005), estableix:

185. Requisit necessari per a atorgar escriptures i per a inscriure-les en el Registre de la Propietat.

L'atorgament d'escriptures i d'altres documents públics amb relació a les operacions que són objecte dels articles 183 i 184 i la inscripció dels dits documents en el Registre de la Propietat s'han d'ajustar al que estableixen la legislació aplicable en matèria de règim del sòl i la legislació hipotecària, i s'ha d'acreditar que es disposa de la llicència de parcel·lació o bé de la declaració que aquesta no és necessària.

Els recurrents sostenen que quan la segregació ve establerta en un document judicial no és necessària la llicència, basant-se en dues RDGRN de 1999 i 2005. Contràriament, la DGDEJ sosté que *"la Sentència és un dels documents públics als quals es refereix l'article" 185 TRLU*. Atès que els recurrents invoquen dues RDGRN, la DGDEJ desmenteix que en les resolucions esgrimides s'hi afirmi que les segregacions ordenades en resolucions judicials no requereixin llicència. A més, recorda que segons la doctrina consolidada de la dita DGRN (que exemplifica en sengles resolucions de 2006 i de 2007) cal llicència urbanística per a les segregacions ordenades en documents judicials. Sobta aquesta referència de la DGDEJ a la doctrina de DGRN, perquè encara que la legislació urbanística estatal o d'una altra comunitat autònoma no fossin coincidents en aquest punt, es tracta és d'aplicar la norma catalana. I no hi ha pronunciaments de la DGRN sobre el TRLU català.

70.4. La identificació dels titulars registrals

A la nota de qualificació també s'assenyala que en el manament judicial no es contenen totes les circumstàncies identificatives dels titulars que exigeix per a les persones físiques exigeix l'art. 51.9.a RH. En efecte, només s'identifiquen pel nom i els cognoms i pel DNI, mentre que l'art. 51 RH exigeix altres circumstàncies del titular: la majoria d'edat o l'edat i, eventualment, la causa d'emancipació, la condició civil, i el domicili. En el cas que el titular estigui casat i si el títol afecta el patrimoni comú, cal fer constar el règim econòmic matrimonial, la identitat del cònjuge i el domicili d'aquest. La nacionalitat i veïnatge civil del titular són dades opcionals, atès que només s'han d'inscriure si s'acrediten o manifesten.

La DGDEJ confirma la qualificació del registrador tot i que també precisa que la manera de subsanar aquest defecte no requereix un nou manament judicial sinó que n'hi ha prou amb que els interessats completin les dades mitjançant una instància adreçada al registrador (FD 2.1).

70.5. El dret sobre les finques segregades

En el darrer manament judicial s'insta al registrador a inscriure "*el ple domini de les finques segregades, a títol de compravenda i d'herència, o subsidiàriament a títol d'usucapció a favor dels esmentats senyors*". És probable que en el procés declaratiu els tres actors (o reconvinents) formulessin una pretensió principal (que les finques els pertanyen a algun per títol de compravenda i a altre(s) per ser hereu d'algun dels compradors) i una altra de subsidiària (adquisició per usucapció), però estem del tot segurs que la sentència només n'haurà estimat una, la principal o la subsidiària. Sembla que qui demana l'execució ha reproduït en la seva petició al jutjat el *petitum* de la demanda en comptes de la part resolutòria de la sentència. I que qui ha redactat el manament s'ha limitat a reproduir la petició.

71. Resolució de 20 de desembre de 2009 (DOGC núm. 5559, 3.2.2010). Constitució d'hipoteca. Manifestació sobre el caràcter d'habitatge familiar de l'immoble que es grava.

71.1. Introducció

És la tercera vegada que la DGDEJ es pronuncia sobre la manifestació del caràcter familiar o comú d'un immoble. Les anteriors resolucions són les de 22 de maig de 2006 (DOGC núm. 4684, de 28.7.2006) i de 19 de febrer de 2007 (DOGC núm. 4854, de 2.4.2007). En aquesta ocasió, es tracta de la hipoteca sobre la plena propietat d'un pis, la titularitat del qual correspon a dues persones, el nu propietari i l'usufructuari. En l'escriptura pública, el nu propietari manifesta que la finca que s'hipoteca constitueix el seu domicili familiar i que la seva esposa consent el gravamen mitjançant apoderat, ell mateix. L'usufructuari, que també està casat, no fa cap manifestació al respecte. En la nota de qualificació, la registradora suspèn la inscripció per manca de consentiment del cònjuge de l'usufructuari, que fonamenta en l'art. 9 CF i l'art. 91.1 RH.

71.2. La necessitat de manifestació de l'usufructuari sobre l'habitatge familiar

En el recurs, el notari autoritzant de l'escriptura formula dos arguments: primerament, que el defecte adduït per la registradora no es fonamenta en l'art.9 CF sinó en l'art. 569-31.2 CCC, que no cita; segonament, que la manifestació de l'usufructuari és innecessària atès que consent la del nu propietari que declara que és el seu habitatge familiar (Fets IV.1).

Certament, a la nota de qualificació s'hauria hagut d'incloure l'art. 569-31.2 CCC, atès que l'art. 9 CF regula un límit al poder de disposició de l'habitatge familiar, però no imposa cap obligació de manifestar res quan el que s'aliena o grava no és el domicili familiar del titular. Aquesta formalitat en l'atorgament de l'escriptura pública té un origen registral, l'art. 91.1 RH, i a partir de l'1 de juliol de 2006, l'exigeix per al Dret català l'art. 569-31 CCC. Atès que el defecte ha estat

observat pel recurrent, i que l'ha tingut en compte en la formulació del recurs, no existeix indefensió d'aquell, per la qual cosa la DGDEJ li treu importància tot afirmant que l'art. 569-31.2 CCC és complementari del citat per la registradora:

Aquest article és complementari del que invoca la registradora a la seva qualificació, ja que confirma, des del punt de vista de la regulació dels drets reals, el que el Codi de família havia previst, des del punt de vista de les relacions entre cònjuges (FD 1.1).

En el FD Segon, la DGDEJ rebutja l'argument del notari sobre la no necessitat de manifestació quan un altre dels atorgants ja ha manifestat que l'immoble que s'hipoteca constitueix el seu habitatge familiar. Per a la DGDEJ, la manifestació exigida en l'art. 569-31 CCC ha de ser expressa, atès que un mateix habitatge pot constituir el domicili familiar de més d'un matrimoni, especialment quan entre els integrants d'aquests hi ha relacions familiars.

No es tracta d'una situació simplement hipotètica. Ex. en el plet resolt mitjançant SAP Girona (sec. 1ª) 31.7.2009 (JUR 416679) (MP: Soler Navarro), el matrimoni que es divorcia convivia en el mateix habitatge amb la família de l'altre cotitular, amic del marit. A la sentència s'atribueix a l'esposa el dret d'ús sobre la part alíquota de l'habitatge que pertany al seu marit.

El supòsit de fet és complex, perquè de la configuració jurídica del dret d'usdefruit i del dret de propietat resulta que la possessió del bé usufructuat correspon a l'usufructuari (art. 561-2 CCC). I en aquest supòsit, tanmateix, qui posseeix el bé és el nu propietari i la seva família. La legitimació possessòria del nu propietari pot tenir l'origen en una relació arrendatícia o bé en una situació de precari. Si el que s'hagués hipotecat hagués estat la nua propietat, no hauria calgut la intervenció de l'usufructuari i, per tant, cap manifestació d'aquest sobre si l'immoble és el seu habitatge conjugal. Però com que el negoci de disposició recau sobre la plena propietat, cal reunir el poder de disposició distribuït entre el nu propietari i l'usufructuari. Atès que és l'usufructuari qui té la facultat d'usar i gaudir del bé que s'hipoteca, és imprescindible la manifestació d'aquest sobre si l'habitatge que s'hipoteca constitueix el seu domicili familiar. La doctrina entén que els "drets" de l'habitatge familiar o comú a què es refereix l'art. 569-31.1 CCC són el dret de propietat o qualsevol dret real limitat que atribueixi al seu titular un contingut possessori [GINEBRA MOLINS (2008, p. 1943)]. Per això la DGDEJ estableix que

En el cas present, és l'usufructuari el titular d'un dret que queda naturalment més afectat pel sentit de la norma, perquè el seu títol el faculta per usar i gaudir de la finca com a habitatge habitual, mentre que la nua propietat no concedeix "per se" aquesta facultat. Però, les relacions entre els diversos titulars de drets sobre un habitatge poden ser complexes i, en interès de la seguretat i protecció de les famílies resulta procedent exigir aquests requisits a les escriptures en les quals un dels cònjuges o convivents constitueix hipoteca sobre un habitatge, sobretot si es tracta de l'usufructuari. (FD 3.2)

Segons la DGDEJ la manifestació ha de ser expressa. Del fet que l'immoble que es grava sigui l'habitatge familiar d'un altre matrimoni i de que l'usufructuari hagi designat un altre domicili en l'escriptura no en resulta que no sigui l'habitatge familiar d'aquest.

71.3. La manifestació del nu propietari

A la resolució de la DGDEJ no hi ha cap pronunciament sobre la manifestació del nu propietari que l'immoble que s'hipoteca constitueix el seu habitatge conjugal, perquè no és l'objecte del recurs. Tanmateix, entenem que mereix un comentari. Ja s'ha avançat en l'epígraf anterior que la nua propietat no és un dret que atribueixi al titular cap legitimació possessòria sobre el bé usufructuat: el dret a usar el bé correspon al nu propietari (art. 561-2 CCC). En aquest cas la legitimació possessòria del nu propietari pot tenir l'origen en una relació arrendatícia o bé en una situació de precari. Cap de les dues es poden hipotecar, per la qual cosa la manifestació del nu propietari no ve imposada ni per l'art. 9 CF ni per l'art. 569-31 CCC.

Recordi's que l'art. 13.1 LAU estableix la immunitat de l'arrendament d'habitatge a l'execució hipotecària de l'immoble llogat, pel temps que falti per completar els 5 primers anys de l'arrendament. Atès el caràcter imperatiu de la norma (art. 6 LAU), no es podria fer valdre el consentiment de l'arrendatari a la hipoteca com a renúncia a la durada mínima del contracte d'arrendament (art. 9.1 LAU).

La raó per la qual intervé el nu propietari és perquè s'hipoteca la propietat plena. Cal plantejar-se si és necessària la manifestació del nu propietari sobre el caràcter familiar o no de l'habitatge que es grava. L'art. 569-31.1 CCC exigeix la manifestació quan el que s'hipoteca són drets reals amb contingut possessori o participacions de l'habitatge familiar o comú. Entenem que quan s'hipoteca exclusivament la nua propietat, o qualsevol dret real limitat sense contingut possessori, no cal cap manifestació sobre el caràcter familiar o comú de l'habitatge. La finalitat del precepte, tal i com ha assenyalat la DGDEJ en el FD 3.2 de la Resolució de 19 de febrer de 2007 (DOGC núm. 4854, de 2.4.2007), es evitar que es comprometi l'ús que en fa el cònjuge en el moment en què es constitueix el gravamen o es transmet el dret. És evident que el cònjuge del nu propietari no pot fer cap ús del bé derivat del dret que es grava o transmet, per la qual cosa la manifestació és innecessària. I, en el cas que posteriorment la nua propietat esdevingués ple domini i el matrimoni o la parella de fet hi establís el domicili familiar o comú, aquest fet seria posterior al gravamen, per la qual cosa no tindria cap repercussió en l'eficàcia del negoci de constitució d'aquest.

En aquest cas concret, el consentiment del cònjuge del nu propietari al gravamen del ple domini de l'habitatge que constitueix el domicili familiar té la funció preventiva d'esvair qualsevol dubte de frau de dret al cònjuge de l'arrendatari o precarista. Però no desplegarà l'eficàcia que li és pròpia fins que s'extingeixi l'usdefruit, suposant que llavors encara subsisteixi el gravamen i el matrimoni continuï tenint en aquell habitatge el domicili familiar.

72.73. Resolucions de 5 de febrer 2010 (DOGC núm. 5590, de 18.3.2010) i de 8 de febrer 2010 (DOGC núm. 5592, de 22.3.2010). Cancel·lació de cens. Subsistència del dret de reg constituït com a contraprestació.

72.1. Introducció

En ambdós casos, el recurrent és l'actual propietari de dues finques, que pertanyen a diferents Registres de la propietat, tot i que registralment són tres perquè una d'elles s'estén a dos termes municipals. Amb idèntica sol·licitud, el titular registral sol·licita en els dos registres la cancel·lació de diversos gravàmens que les afecten, a l'empara de la DT Tercera de la. Els registradors procedeixen a cancel·lar els censos però en sengles notes simples de les finques fan constar que les finques es troben afectes a un i dos drets de rec (respectivament).

El titular de les finques presenta sengles recursos governatius demanant que es revoqui la decisió de mantenir els drets de reg. En l'informe preceptiu, els registradors argumenten que el recurs s'ha de desestimar, perquè no han formulat una nota de qualificació negativa. Tanmateix, també es pronuncien sobre la qüestió de fons del recurs.

72.2. La procedència del recurs

La DGDEJ es troba davant d'un recurs governatiu malgrat que cap dels dos registradors ha estès una nota de qualificació negativa. A la Resolució de 29 de setembre 2008 (DOGC 5248, de 31.10.2008), la DGDEJ va establir que la negativa a qualificar s'havia d'entendre com a qualificació negativa; a la Resolució de 21 de desembre 2007 (DOGC núm. 5056, de 26.1.2008), la DGDEJ és molt crítica amb una nota de qualificació que no es troba fonamentada jurídicament; a la Resolució de 24 de gener 2007 (DOGC núm. 4815, de 6.2.2007), la DGDEJ fa seva la doctrina de la DGDRN segons la qual el registrador no pot emprar l'informe preceptiu per subsanar la manca de motivació de la nota de qualificació (ara previst a l'art. 3.6 de la Llei 5/2009, del 28 d'abril). Tanmateix, en aquest cas la reacció de la DGDEJ és molt diferent perquè consideren que la insatisfactòria resposta registral és imputable al titular registral, per la poca concreció de la sol·licitud presentada:

1.2 La instància presentada al Registre no és gaire clara respecte a les operacions registrals demanades. En una primera lectura sembla que demana la cancel·lació de totes les càrregues que afecten les finques. Però, per altra banda, les referències a la Llei de Censos de 1990 fan pensar que només es demana la cancel·lació del cens que afecta a les finques. Aquesta imprecisió porta al registrador a interpretar que només es demana la cancel·lació del cens, cancel·lació que practica, com consta al seu acord de qualificació, on no se suspèn o denega cap operació registral. ...

La conclusió lògica hauria estat desestimar el recurs per manca de qualificació negativa, però una vegada més, el principi d'economia processal duu a la DGDEJ a pronunciar-se sobre el fons. És lloable la voluntat de la DGDEJ de donar una resposta al ciutadà el més ràpidament possible. Però potser també fóra bo que aquesta finalitat no li fes oblidar que la seva competència és exclusivament per resoldre recursos contra qualificacions negatives, fetes tot respectant el procediment registral:

A l'acord d'inscripció no es fonamenta la decisió de no cancel·lar aquest dret, en part per la imprecisió de la instància, però sí que hi ha una decisió del registrador de mantenir la vigència del dret, manifestada en la subsistència com a càrrega a la nota simple incorporada, i que es fonamenta en l'informe on el registrador entra al fons de l'assumpte. (FD 1.3)

72.3. La cancel·lació dels cens i la subsistència del dret de reg

Els arguments formulats en el recurs governatiu són, essencialment, en un i altre cas, que els drets de cens es va constituir com a contraprestació de la constitució del dret de reg a favor de diverses finques. Amb lògica contractual, el recurrent considera que l'extinció de la prestació a favor del constituent del dret de reg també ha de comportar l'extinció de la contraprestació, el dret de reg. Hom pot dir que en el subconscient del recurrent hi ha el sinalagma funcional de l'art. 1124 CC, tot i que per una obligació de tracte successiu.

Tanmateix, la DGDEJ assumeix els arguments formulats pels registradors en llurs informes: amb independència del títol de constitució, el negoci jurídic contingut en l'escriptura pública atorgada el 1817 era una escriptura de constitució onerosa d'un dret de reg a canvi d'un cens a nua percepció. Les parts podrien haver pactat un cànon anyal mitjançant un censal (garantit amb hipoteca), però es va optar per dotar directament de garantia real a la contraprestació, és a dir, constituir un cens. Per tant la qualificació del negoci no és de compra d'un dret de reg sinó una permuta d'un dret de reg a canvi d'un dret de cens. Es tracta de dos drets reals de subsistència independent, un dels quals ha estat declarat extingit en virtut de l'establert en la [Llei 6/1990, de 13 de març, dels censos](#). El mateix es pot dir del negoci de constitució del segon dret de reg el 1846.

72.4. Quins censos s'han cancel·lat?

El lector atent haurà observat que existeix una incoherència en la narració dels fets efectuada en l'epígraf anterior. Si es constitueix un dret de cens com a contraprestació d'un dret de reg, i el dret de reg grava la finca del titular registral, el dret de cens grava la finca dominant de la servitud de dret de reg. Per tant, difícilment els registradors podien cancel·lar cap dret de cens. Entre d'altres raons, perquè a diferència de la servitud, la titularitat activa del dret de cens (el dret del censalista) no va vinculada indisolublement a la titularitat de cap finca, sinó que és lliurement transmissible (art. 565-5.1 [CCC](#)).

Per tant, l'assentament registral que perseguia cancel·lar el propietari de la finca era en realitat la inscripció del dret de reg. La configuració jurídica del Registre de la propietat espanyol és que s'hi inscriuen títols però s'hi publiquen drets (art. 1.1 LH). A l'assentament que publica el dret de reg hi apareix inscrit el títol que motiva la constitució d'aquest: una permuta del dret de reg per un dret de cens. És en els folis registrals dels predis dominants de la servitud de reg on hi figurarà inscrita la constitució del dret de cens, i les successives transmissions del dret del censalista. I és en aquestes inscripcions on s'ha de comprovar si els censalistes varen complir en temps i forma l'establert a la Disposició Transitòria Tercera de la [Llei 6/1990, de 13 de març, dels censos](#). Si la referència al dret de cens ha desaparegut del foli real no és perquè s'hagi cancel·lat cap dret de cens, sinó perquè s'ha eliminat la referència al títol de constitució del dret real de reg.

**74. Resolució de 9 de febrer 2010 (DOGC núm. 5592, de 22.3.2010).
Cancel·lació d'un gravamen, qualificat com a fideïcomís pels recurrents i el registrador.**

74.1. Introducció

Una societat sol·licita al Registre de la Propietat que es cancel·li un gravamen fideïcomissari que afecta una finca. La sol·licitud es fonamenta en la prescripció del dret a acceptar o repudiar l'herència dels fideïcomissaris cridats. El fiduciari havia mort sense fills ni testament el 1912. El registrador de la propietat va qualificar negativament la sol·licitud, en base a que la prescripció no pot ser apreciada d'ofici pel registrador. El registrador indicava que els diversos mecanismes per aconseguir la finalitat perseguida per la titular gravada: consentiment dels titulars del gravamen, sentència judicial en un procediment en què els titulars del gravamen hagin estat part, o bé un expedient d'alliberament de càrregues.

La DGDEJ confirma els arguments del registrador sobre el procediment per cancel·lar la constància registral d'un fideïcomís (FD 1.2). Tanmateix, contra el parer de la titular gravada i del registrador de la propietat, la DGDEJ interpreta la clàusula en què s'ordena la crida de dues persones per al cas que el primer cridat morís sense fills com a substitució vulgar. I, atès que el substituït va acceptar l'herència, la substitució [vulgar] prevista per al cas que el cridat morís sense fills va quedar sense efecte. Per això, la DGDEJ acorda estimar el recurs imposat.

74.2. Principi de rogació i congruència de la resolucions de la DGDEJ

Com es sabut, el principi de rogació consisteix en què els canvis registrals només tenen lloc a instància de part interessada (art. 6 LH). El Registrador de la propietat no actua d'ofici sinó que cal una manifestació de voluntat dels interessats en l'assentament. En aquest cas, el sol·licitant demana la cancel·lació d'una substitució fideïcomissària per prescripció del dret a acceptar o repudiar l'herència i la nota del registrador denega la pràctica de l'assentament perquè la prescripció d'aquest dret no pot ser apreciada en el procediment registral (art. 99 LH). Es presenta recurs governatiu i la decisió de la DGDEJ és "estimar el recurs presentat". Si el registrador es limités a llegir la part dispositiva de la resolutòria, procediria a cancel·lar la substitució fideïcomissària per prescripció, quan en realitat la DGDEJ ha establert que es procedeixi a la cancel·lació per ineficàcia de la substitució vulgar.

Sovint, la DGDEJ salva obstacles formals tot invocant el principi d'economia processal (vegeu les resolucions de 5 i 8 de febrer 2010 (DOGC núms. 5590 i 5592). Però la funció del recurs governatiu consisteix en valorar l'adequació a l'ordenament jurídic de la qualificació efectuada pel registrador de conformitat a allò sol·licitat pel ciutadà. La DGDEJ no ha de buscar solucions imaginatives per als ciutadans, màxim quan, a diferència del que estableix l'art. 400 de la LEC, la nota de qualificació no produeix efectes preclusius en el sol·licitant.

74.3. La qualificació de la substitució com a vulgar

La clàusula de substitució que interpreta la DGDEJ és l'ordenada en el seu testament per un

testador mort el 1906. La clàusula és del següent tenor:

“Si mor [l’instituït hereu] sense que li sobrevisquin fills legítims i naturals el substitueix i anomena hereus els seus fill E. V. R. i nét F. F. V. a parts iguals”.

La DGDEJ basa la interpretació de la clàusula en el principi *contra fideicommissum semper est in dubio iudicandum*, que ja regia en el Dret anterior a la Compilació del Dret civil de Catalunya i que s’ha mantingut fins l’actualitat (art. 169 CDCEC, art. 190 CS, art. 426-13 CCC). Per a la DGDEJ,

[l]a condició que el substituït mori sense fills perquè entri el substitut no sempre constitueix fideïcomís sinó només quan queda clar que la substitució ha de subsistir encara que el substituït arribi a ser hereu. Si la condició que determina la substitució és “morir en qualsevol temps sense fills” som davant d’un fideïcomís, però si no s’empra l’expressió “en qualsevol temps” ni cap altra de semblant, la condició es pot entendre limitada al supòsit que l’instituït no arribi a ser hereu, i ens trobem davant d’una substitució vulgar. (FD 1.2)

A partir d’aquí, atès que a la fórmula de la substitució no s’expressa el moment en què s’ha de produir la mort sense fills, la DGDEJ la qualifica com una substitució vulgar per al cas en què l’instituït premori al testador sense fills. I com que el substituït va arribar a ser hereu, la DGDEJ considera que la substitució va esdevenir ineficaç, per la qual cosa pot ser cancel·lada. L’absència del mot fideïcomís en la fórmula de la substitució possibilita que el canvi de qualificació realitzat per la DGDEJ no incorri com a rectificació de l’assentament, tal i com la pròpia DGDEJ destaca (FD Segon). *Excusatio non petita...*

Discrepem de la interpretació de la DGDEJ per diverses raons. Primerament, perquè en el FD 1.2 dalt reproduït confon la fórmula de la substitució fideïcomissària amb la de la que s’anomenava “compendiosa”, que és la que s’assembla més a la configuració actual del fideïcomís com a institució successiva d’hereu (sobre la substitució compendiosa vegeu MARSAL, 2000, p. 71-74). Segonament, perquè el notari autoritzant del testament utilitza una fórmula de la substitució usual a l’època.

A continuació es reproduïxen les fórmules de substitució fideïcomissària que s’utilitzaven a Catalunya el darrer quart del segle XX. L’autor és Félix M^a FALGUERA I PUIGURIGUER (1811-1897) qui, a més de Degà del Col·legi de Barcelona durant 18 anys i catedràtic de Teoria i Pràctica de redacció d’instruments públics des de 1844 (1875, p.259):

Las sustituciones fideicomisarias de Cataluña son, pues, todas in diem o condicionales, y las in diem se verifican para el día de la muerte del heredero instituido; las condicionales para el caso de morir sin hijos el heredero. He aquí sus fórmulas:

FÓRMULAS MODERNAS CATALANAS

In diem.- Instituyo heredero a Pedro, y para después de su muerte le sustituyo á Anselmo.

Condicional.- Instituyo heredero a Pedro y si muriese sin hijos le sustituyo a Anselmo.

Con doble condición.- Instituyo heredero a Pedro, y si muriese sin hijos que llegaren a edad de testar, le sustituyo a Anselmo. ...

Tal i com es pot comprovar, la substitució ordenada pel causant en el seu testament coincideix plenament amb la fórmula de la substitució fideïcomissària condicional proposada per FALGUERA. Noti's que en cap de les dues fórmules de substitució fideïcomissària condicional s'expressa el moment en què ha de tenir lloc la mort de l'instituït. I val a dir que així ho va entendre l'hereu substituït, que ven un bé de l'herència fideïcomesa pendent el fideïcomís, subjectant l'eficàcia de l'alienació a la frustració de la crida fideïcomissària condicional (el supòsit avui previst a l'art. 426-36.3 CCC).

**75. Resolució de 10 de febrer 2010 (DOGC núm. 5592, de 22.3.2010).
Necessitat de llicència urbanística per a la constitució del règim de propietat horitzontal**

75.1. Introducció

Es presenta al registre una escriptura pública de dissolució de la comunitat ordinària sobre un immoble mitjançant la constitució del règim de propietat horitzontal sobre l'immoble i l'adjudicació als copropietaris de la titularitat exclusiva sobre elements privatis (art. 552-9.d, 552-11.2 CCC). A l'escriptura hi consta que no s'adjunta llicència urbanística ni declaració municipal de no-necessitat d'aquesta perquè no s'altera la descripció ni el nombre d'habitatges que ja consten en el Registre de la Propietat. Tanmateix, la nota de qualificació del registrador va suspendre la inscripció per considerar necessaris un o altre document, perquè en el Registre de la propietat no hi consta cap llicència d'obres que contingui la descripció dels elements privatis. La DGDEJ estima el recurs per duplicat: d'una banda, considera que no era necessària ni la llicència ni la declaració de no-necessitat d'aquesta; d'altra, sosté que les al·legacions formulades per l'ajuntament ja haurien subsanat el defecte assenyalat en la nota de qualificació.

75.2. La llicència per a la constitució del règim de propietat horitzontal

L'art. 179.2.r) Dleg 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme (DOGC núm. 4436, de 28.7.2005) estableix que cal llicència urbanística per a

- r) La constitució d'un règim de propietat horitzontal o bé d'un complex immobiliari privat, o la seva modificació quan comporti un increment del nombre d'habitatges o establiments, i també les operacions que tinguin per objecte constituir més elements susceptibles d'aprofitament independent dels que s'hagin fet constar en una declaració d'obra nova precedent. No cal la llicència si la llicència d'obres ja conté el nombre de departaments individuals susceptibles d'aprofitament independent.

Aquest article està desenvolupat en els art. 238-240 del Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme (DOGC núm. 4682, de 24.7.2006).

El motiu pel qual el registrador de la propietat exigeix la llicència urbanística és conseqüència d'un defecte de l'assentament d'inscripció de l'obra nova, que es va estendre sense reflectir-hi la corresponent llicència. Certament, si en el Registre no hi consta la llicència d'obres difícilment es pot comprovar si el nombre d'elements privatis coincideix amb els aprovats per la dita llicència. Tanmateix, la DGDEJ considera que no és necessari aportar la llicència per tres raons (FD 1.5). Es

tracta d'arguments de diferent entitat: d'una banda, en el Registre hi consta una dada (cèdula de qualificació definitiva com a habitatge de renda limitada) que pressuposa que l'administració pública ha comprovat l'adequació de l'obra nova a la llicència; segonament, encara que no hi hagués llicència, la infracció urbanística és tan antiga (de 1961) que han prescrit tots els mitjans que posa a l'abast el dret per evitar-ne la consolidació. El darrer argument és el de més difícil justificació, perquè introdueix una excepció no contemplada per la norma: en els règims de propietat horitzontal en què només existeix un element privatiu per planta no cal llicència ni declaració de no-necessitat perquè l'alteració de les fites és impossible.

75.3. La declaració aformal de no-necessitat de llicència municipal

Tot aplicant l'art. 3.5 [Llei 5/2009, de 28 d'abril](#), el notari va notificar la presentació del recurs a l'ajuntament competent. L'administració local va al·legar que li constava que la construcció de l'edifici havia obtingut llicència d'obres el 1961 i que a l'escriptura de constitució del règim de propietat horitzontal no s'havien creat cap element privatiu que no estigués previst en la dita llicència. Tanmateix, el criteri de l'ajuntament era que calia la declaració de no-necessitat de llicència.

La DGDEJ considera que amb les al·legacions formulades per l'ajuntament el registrador hauria hagut de considerar subsanat el defecte apreciat a la nota de qualificació, atès que l'ajuntament reconeix que l'edificació es va fer segons llicència i que en l'escriptura de constitució del règim de propietat horitzontal no es creen nous elements privatis. Malgrat que l'ajuntament considera que l'interessat hauria de demanar la declaració de no-necessitat de la llicència, la DGDEJ entén que aquest tràmit no aportaria cap informació addicional a la ja continguda a les al·legacions. Certament, el defecte assenyalat pel registrador era que en la inscripció de l'obra nova no s'hi havia fet constar la llicència, i a les al·legacions municipals es constata que l'obra nova s'adequa a la llicència concedida, per la qual cosa aquesta no és necessària segons l'incís final de l'art. 179.2.r) [Dleg 1/2005, de 26 de juliol](#). Segons l'art. 250.2 Decret 305/2006, de 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme ([DOGC núm. 4682, de 24.7.2006](#)), l'aportació al Registre de la llicència o de la declaració de no-necessitat pot ser efectuada tant per l'ajuntament com pel particular. Per tant, a efectes registrals, la funció pròpia de la declaració municipal de no-necessitat de la llicència pot ser suplerta per qualsevol document de l'administració en què es manifesti que l'acte no necessita llicència.

Bibliografia

Esperança GINEBRA MOLINS (2008), "Comentari a l'art. 569-31 CCC" a DECANATO AUTONÓMICO

DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA. Antonio GINER GARGALLO (Dirección), *Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, Tomo III, Bosch Casa Editorial, pàgs. 1941-1946.

Félix Maria FALGUERA (1875), *Teórica del arte de Notaría*, escrita en latín por D. Vicente Gibert, notario de número de Barcelona y traducida al castellano por D. Eugenio de Tapia. Tercera edición, ilustrada con notas del catedrático de la Escuela Superior de Notaría de la Universidad de Barcelona y Decano del Colegio notarial del mismo territorio Dr. D. FMF..., Manuel Saurí y Eudaldo Puig Editores.

Joan MARSAL GUILLAMET (2000), *El testament*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.