

## Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

### ÍNDICE

- EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL. Carmen de Grado Sanz.
- EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO CHILENO COMPARADO CON EL ESPAÑOL. Marco Antonio Sepúlveda Larroucau.
- ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO Y EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL. Gloria Amparo Salvatierra Valdivia y Fernando Tarazona Alvarado.
- EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. Fabián Cesar Stachiotti, Jorge Horacio Bianchi, Luciano Martín.
- CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD. Ángel Valero Fernández-Reyes y Ernesto Calmarza Cuencas.
- LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Ernesto Calmarza Cuencas.
- RESUMEN DE LAS SENTENCIAS MÁS DESTACABLES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. Carmen Jerez Delgado y Máximo Juan Pérez García.
- RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Galo Rodríguez Tejada y Diego Vigil De Quiñones Otero.

Coordinador Ángel Valero Fernández-Reyes

Editada Decanato de Registradores de Madrid  
Alcalá 540. 28027 Madrid

Consejo de redacción Manuel Hernández-Gil Mancha  
Ángel Valero Fernández-Reyes  
Miguel Seoane de la Parra  
Ernesto Calmarza Cuencas  
Reynaldo Vázquez Lapuerta  
Máximo Juan Pérez García  
Carmen Jerez Delgado

Secretaria Sofía Cid Hernández

**Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores**

**COMENTARIOS****PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL.****I.- INTRODUCCIÓN.**

Admitida por la doctrina la idea de sistema registral como conjunto de instituciones dotadas de trabazón interna, los autores empiezan a buscar los grandes principios que estructuran el sistema.

Los principios se definen como las notas, caracteres o rasgos que tiene o debe tener un sistema registral.

A pesar de su denominación de “principios”, no son fuentes del derecho registral, sino la condensación o sintetización técnica del ordenamiento jurídico hipotecario. A través de su estudio se pueden conocer los requisitos de la inscripción y su fundamento y eficacia. Sobre ellos se ha asentado la construcción moderna del Derecho Hipotecario.

Los redactores de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861 no se ocuparon del estudio de los principios, ni tampoco la doctrina en su primer momento. Fue Don Jerónimo González quien en una obra revolucionaria a principios del siglo XX se ocupó de su estudio y sistematización.

Como dice José Manuel García García, los principios del derecho hipotecario son esencialmente manifestaciones del derecho positivo, por lo que tienen el mismo valor que el de los preceptos de los que emanan. Son la forma concisa y sistemática de expresar lo que la misma ley dice. Facilitan la interpretación de las normas registrales y permiten la integración del ordenamiento registral por la vía de la “analogía iuris”.

La inteligencia del sistema registral obliga al estudio de los principios hipotecarios de forma sistemática. Son numerosas las clasificaciones que se han realizado de los principios. La más tradicional distingue entre:

- a) Principios que se refieren a los efectos de la inscripción, entre los que se incluyen los principios básicos de inscripción, legitimación, inoponibilidad, fe pública y prioridad.

- b) Principios que se refieren a los requisitos de la inscripción: rogación, especialidad, tracto y legalidad en sus dos modalidades de titulación pública y calificación del Registrador.

Antonio Pau, a mi juicio con mucho fundamento, distingue en la clasificación una tercera categoría: la de principios fundamento de la inscripción, e incluye en ella el principio de prioridad, el de tracto sucesivo y el de legalidad en su aspecto de calificación registral, ya que considera que estos principios son fundamento de la eficacia de la inscripción, ya que sin ellos no tendrían sentido la legitimación, la oponibilidad ni la fe pública.

Es importante destacar, como veremos, que los principios hipotecarios no son formulaciones aisladas, sino que unos principios están intrínsecamente relacionados con otros, configurando entre todos un sistema registral eficaz en alto grado y que, por ello, consigue en la práctica el fin para el que fue concebido: la seguridad del tráfico jurídico.

Vamos a centrarnos, ahora, en el estudio del principio de prioridad:

Es uno de los principios fundamentales del sistema registral. Su importancia queda reflejada en el axioma romano que lo resume y que constituye el lema de los Registradores de la Propiedad “Prius tempore potior iure”.

Tradicionalmente, como hemos visto, se le ha encuadrado dentro de la categoría de los principios que se refieren a los efectos de la inscripción. José Manuel García lo define como “el principio hipotecario en virtud del cual los títulos o derechos que acceden al Registro prevalecen, en caso de conflicto, frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a las fechas de presentación de los documentos en el libro Diario”.

Para la generalidad de la doctrina, el principio de prioridad es la solución que da el Registro en caso de conflicto de derechos reales sobre un mismo inmueble.

El fundamento del principio se encuentra en la propia naturaleza del derecho real. Como sabemos, las características esenciales de los derechos reales son la inmediatividad, ya que conceden un poder inmediato y directo sobre la cosa, y la absolutividad o eficacia erga omnes. Pero junto a estas notas, como pone de relieve la doctrina más autorizada, existe otra característica fundamental del derecho real e inherente a su naturaleza que es la “preferencia o exclusión”, que distingue el derecho real del derecho de obligación.

El derecho de obligación, al no recaer sobre una cosa sino sobre la conducta de una persona, no plantea problemas de colisión de derechos. En cambio, el derecho real al conceder un poder inmediato y directo sobre la cosa plantea el problema de la compatibilidad o incompatibilidad con otros derechos que recaigan sobre la misma cosa, produciendo como efecto, en caso de incompatibilidad entre ellos, la necesidad de exclusión de los incompatibles y, en caso de compatibilidad entre ellos, la necesidad de establecer un orden de preferencia entre los mismos.

Para solucionar los problemas de preferencias entre los derechos reales que recaen sobre la misma cosa el legislador podía haber atendido a la fecha de su constitución (preferencia civil), pero este criterio tiene el inconveniente de que esta fecha es desconocida por los terceros que son los que van a resultar afectados en caso de conflicto, por lo que el criterio de prioridad, en los tiempos modernos, sólo se puede fundar en la fecha de la publicidad registral, momento en el cual se produce la eficacia del derecho frente a terceros de modo pleno y absoluto, mediante la inscripción.

El conflicto de derechos reales sobre un mismo inmueble puede ser de varios tipos y en todos actúa el principio de prioridad. Así pueden existir:

1.- Conflictos de dominio sobre el mismo inmueble. El derecho de dominio como poder absoluto recayente sobre un bien no puede reconocerse a dos titulares distintos fuera de los casos de comunidad indivisa, por lo tanto, en caso de conflicto, el ordenamiento jurídico ha de dar reglas de prevalencia de uno frente a otro. En los sistemas modernos el principio de prioridad registral determina la preferencia absoluta del derecho que accede al Registro frente al que no ha accedido, aunque éste último sea de fecha anterior.

2.- Conflicto de varios derechos reales recayentes sobre el mismo inmueble. Hay que distinguir:

a.- Si son incompatibles entre sí: la solución es igual a la anterior: prevalencia o eficacia del derecho que primero accede al Registro (prioridad registral).

b.- Si son compatibles entre sí, en el sentido de que todos pueden coexistir, la solución al conflicto no es la exclusión de unos por los otros, sino determinar su orden o jerarquía, es decir, determinar su rango a través del criterio de presentación de los documentos en el libro diario del Registro.

3.- Conflicto entre el dominio y un derecho real sobre el mismo inmueble. Se pueden dar dos supuestos:

a.- Conflicto entre el titular que adquiere el dominio libre de cargas y el titular de un derecho real que ha adquirido su derecho antes que aquél pero que llega al Registro después. Es decir, supuesto de venta como libre de finca gravada sin que la carga figure inscrita. El adquirente del dominio que primero accede al Registro excluye al titular del derecho real limitado que, aunque adquirió antes, llega al Registro después.

b.- Conflicto entre el adquirente del dominio y un adquirente posterior de un derecho real limitado constituido por el antiguo dueño, cuando ya no lo era, que, sin embargo, accede al Registro antes. El acceso registral anterior del derecho real determina que prevalezca su adquisición frente al dominio y en este caso que se adquiriera gravado el bien que fue transmitido como libre.

Los efectos del principio de prioridad se resumen en dos:

a.- Eficacia excluyente cuando se trate de derechos con incompatibilidad sustancial o absoluta entre sí. Provoca el cierre registral vetando el acceso al Registro del derecho que llega después aunque se hubiese constituido antes.

b.- Eficacia preferente que determina el rango, la jerarquía o el orden de preferencia entre los derechos compatibles. El derecho que primero accede al Registro tiene rango preferente respecto del derecho que accede en segundo lugar.

Sin embargo, hay que poner de manifiesto que la visión, que acabamos de exponer, acerca de la importancia esencial y los efectos derivados del principio de prioridad, no es pacífica en la doctrina.

Antonio Pau, en un interesante trabajo titulado “La prioridad registral, un nuevo enfoque”, llama la atención, creo que con razón, sobre que lo que tradicionalmente se considera prioridad, es decir “la eficacia de un derecho inscrito frente a otro no inscrito o inscrito después”, es en realidad oponibilidad, principio distinto del principio de prioridad y esencial en un registro de derechos, y es que el efecto prelativo o preferencial de un derecho no es tanto consecuencia del tiempo, como de la propia naturaleza del derecho, reforzada por la inscripción. Una naturaleza tal que, en ciertos casos, hace incompatible su existencia con otros derechos y, en otros casos, hace que la compatibilidad con el derecho posterior sea limitada.

Por ello, inscrito un derecho real su eficacia respecto del derecho real inscrito después o respecto del derecho real no inscrito deriva del principio de oponibilidad, que supone que el derecho real inscrito afecta a cualquier otro derecho real tanto si no se ha inscrito como si se ha inscrito después y, en uno y

otro caso, tanto si el título de adquisición del derecho es posterior como si es anterior.

En definitiva, aunque se denomine prioridad a la preferencia de los derechos inscritos o anotados antes sobre los inscritos o anotados después o sobre los excluidos por incompatibilidad, en realidad se trata del efecto general de la oponibilidad. Una vez practicada la inscripción no puede hablarse de prioridad. Un derecho inscrito no goza de prioridad respecto de otro, se haya inscrito o no y se haya constituido éste último antes o no. Lo que el derecho real inscrito produce respecto de cualquier otro derecho real es oponibilidad. El derecho real inscrito es oponible a cualquier otro derecho real.

Por ello, para este autor, el principio de prioridad es esencialmente formal y se le desnaturaliza cuando se habla de sus efectos sustantivos, pues tales efectos no son consecuencia del principio de prioridad sino de la propia inscripción.

El principio de prioridad desde esta perspectiva se puede definir como “el principio que determina la preferencia a la inscripción que corresponde a un título entre dos o más que están presentados en el Registro y que se refieren al mismo inmueble, bien por haberse presentado antes o bien porque lo determine así la calificación conjunta de todos los títulos presentados”.

La prioridad es una regla de seguridad del tráfico. El término de prioridad debe en definitiva reservarse para indicar la preferencia que corresponde a un título presentado frente a otros igualmente presentados referentes al mismo inmueble.

El efecto esencial que produce es el de que en tanto no haya culminado el procedimiento registral del título presentado antes, no puede continuar el procedimiento registral iniciado con la presentación posterior de otro título.

El principio de oponibilidad de lo inscrito soluciona, en casos de colisión, los problemas de preferencia de derechos reales. El principio de prioridad soluciona la preferencia a la inscripción entre varios títulos presentados relativos al mismo inmueble, es decir, soluciona el conflicto entre varios títulos presentados, y con carácter general, aunque no siempre, la prioridad corresponde al título primeramente presentado, por lo que las inscripciones se han de practicar por el orden riguroso de presentación de los títulos respectivos.

La prioridad no puede ser objeto de negociación, mientras la oponibilidad sí, como más adelante veremos.

Tengo que reconocer que la tesis defendida por Antonio Pau me parece más coherente dentro del sistema registral y creo, con él, que el principio de

prioridad tiene una eficacia puramente formal y no sustantiva, lo que no implica que su importancia quede devaluada.

La confusión entre el principio de prioridad y el principio de oponibilidad se produce, a mi juicio, porque los principios registrales están íntimamente relacionados entre ellos. No se puede hablar del principio de legitimación registral sin hablar de tracto sucesivo, ni de fe pública sin hablar de oponibilidad y legitimación y por ello de tracto, ni de legitimación, oponibilidad y fe pública sin hablar de tracto y prioridad, ni de todos ellos sin hablar de calificación registral.

Pero lo cierto es que, una vez determinada la prioridad, es decir la preferencia a la inscripción entre varios títulos, e inscrito el derecho previa calificación del Registrador, es cuando entrarán en juego, y no antes, todos los efectos que produce la inscripción: legitimación, oponibilidad, fe pública.

La prioridad termina cuando entra en juego la oponibilidad. Para que el derecho real afecte a todos y tenga eficacia plena se requiere la inscripción y ésta presupone, además de la prioridad, la calificación y el tracto.

## **II.- REGULACIÓN Y EFECTOS DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.-**

La regulación del principio en la legislación hipotecaria es dispersa, pero ocupa un lugar central en su estudio el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, y en relación con los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 17 dispone “Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento”.

La doctrina considera que el párrafo 1º del artículo recoge la prioridad material y el párrafo 2º la prioridad formal con el alcance que luego veremos.

La importancia del artículo 17 es indudable. Como ha puesto de relieve algún autor, el objeto del artículo 17 de la Ley Hipotecaria es asegurar el dominio mediante la inscripción y defenderlo de derechos reales anteriores no inscritos.

Cumple la finalidad de impedir que derechos reales desconocidos afecten al dominio inscrito.

Sin embargo, así como para la doctrina tradicional el artículo 17 es una de las manifestaciones del principio de prioridad que tiene enlace perfecto con el principio de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, por lo que el principio de prioridad no tiene un carácter formal sino sustantivo, para Pau el párrafo primero del artículo 17 de la Ley Hipotecaria no recoge el principio de prioridad sino el principio de oponibilidad: “Los derechos reales inscritos son oponibles a todos los terceros y por tanto también a los que adquirieron por títulos de igual o anterior fecha”.

Como antes decíamos, una vez practicada la inscripción ya no puede hablarse de principio de prioridad. Un derecho real inscrito no goza de prioridad respecto de otro derecho real, se haya inscrito éste último o no, y se haya constituido antes o después del inscrito. Una vez que el derecho ha accedido a la publicidad registral, el momento de la presentación del título pierde ya relevancia y lo decisivo es que producirá efectos frente a todos sin excepción.

Algunos autores han puesto en duda la importancia del artículo 17 de la Ley Hipotecaria indicando que aunque este artículo se suprimiera el resultado sería el mismo con sólo aplicar el artículo 20 de la Ley Hipotecaria que regula el principio de tracto sucesivo. Pero la importancia del artículo 17 de la Ley Hipotecaria radica en que cierra el Registro, como consecuencia del principio de oponibilidad, incluso a los títulos de igual o anterior fecha que pretendan acceder después al Registro. Si sólo existiera el artículo 20 cabría dudar del alcance de este precepto respecto de títulos de fecha anterior relativos a actos dispositivos realizados por el titular registral que tenía facultades dispositivas en el momento de la enajenación.

El efecto que sanciona el artículo 17.1 de la Ley Hipotecaria es el llamado “cierre registral”, efecto trascendental que hace diferente al sistema español de otros sistemas hipotecarios más imperfectos.

Hay sistemas registrales de pura prioridad y de transcripción como el francés que, a pesar de dar importancia al principio de prioridad, no aceptan el efecto de cierre registral, de tal manera que todos los títulos son objeto de inscripción, correspondiendo exclusivamente a los tribunales decidir la preferencia de los derechos partiendo de la prioridad de la inscripción.

En cambio, en el Derecho español, no sólo gana prioridad el título que primero accede al Registro, sino que además, el título que primero llega al Registro impide que otro título incompatible se inscriba, aunque sea de fecha anterior, por

lo que el Registro sólo publica una transmisión, la que se considera eficaz por su prioridad. Por ello, el conflicto de derechos queda decidido extrajudicialmente. El derecho que primero se inscribe goza de eficacia plena “erga omnes” mientras no sea declarada judicialmente su nulidad y se ordene la cancelación del asiento.

El cierre registral puede ser de dos tipos:

1.- Definitivo, cuando el primer título ha obtenido el asiento definitivo que pretendía, que normalmente será el asiento de inscripción –artículo 17.1 de la Ley Hipotecaria-, produciéndose desde ese momento todos los efectos derivados de la inscripción.

2.- Provisional, cuando el título que accede en primer lugar al Registro está simplemente presentado –artículo 17.2 de la Ley Hipotecaria-. El cierre en este caso se produce durante la vigencia del asiento de presentación y de sus prórrogas. Si hay un título presentado el posterior no puede acceder al Registro antes. En tanto no haya finalizado el procedimiento registral del título anteriormente presentado por caducidad del asiento de presentación, desistimiento o despacho previa calificación, no puede continuar el procedimiento registral iniciado con la presentación posterior de otro título, y ésta si que es una regla de prioridad.

Del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria se deduce que la prioridad de los títulos presentados, o la preferencia a la inscripción, deriva del orden de la presentación de los documentos en el Registro, lo que determina que no se despache antes un título presentado después que el preferente. La preferencia a la inscripción corresponde al título primeramente presentado, por lo que las inscripciones se han de practicar por el orden de presentación, aunque en algunos casos, como veremos, esta regla ha de ser alterada.

De lo expuesto se deduce la importancia decisiva y esencial que a efectos de prioridad tiene la presentación de los documentos en el libro diario, ya que el momento de recepción del documento en el Registro determina con carácter general la preferencia a la inscripción o fecha de prioridad. El asiento de presentación no tiene, por ello, la eficacia menor de reflejar exclusivamente una solicitud de inscripción o principio de rogación, sino una gran importancia decisiva en el juego del principio de prioridad.

Conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria: “Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma.” Y conforme al artículo 25 de la Ley Hipotecaria: “Para determinar la preferencia entre dos o

más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos”.

El artículo 249.2 de la Ley Hipotecaria establece como circunstancia del asiento de presentación “la de la hora de presentación” y el artículo 51.12 del Reglamento Hipotecario dispone que en el asiento de inscripción ha de constar la hora y fecha de presentación del documento en el libro diario.

La Ley Hipotecaria consagra desde su primitiva redacción la eficacia retroactiva de la inscripción al momento de la presentación del documento en el libro diario. La razón de esta disposición, según los primeros hipotecaristas, era la de preservar en todo caso los efectos de la prioridad ganada con la presentación y evitar su pérdida si las inscripciones se practicaban por orden distinto al de las presentaciones. Se trataba, en definitiva, de mantener el orden de presentación a la hora de despachar los documentos, ya que no existía una norma que obligara a despachar los documentos por el orden de su presentación.

Hemos visto que el momento de recepción del documento en el Registro de la Propiedad determina el inicio del procedimiento registral, con el efecto de que en tanto éste no haya culminado por haberse producido el asiento definitivo solicitado o por haber caducado el asiento de presentación o por haber desistido el presentante del mismo con los requisitos previstos en el Reglamento Hipotecario, no puede continuar el procedimiento registral iniciado con la presentación posterior de otro título, procedimiento éste último que tendrá un desenlace diferente según haya obtenido o no la inscripción el título que se presentó en primer lugar.

Llegados a este punto hay que insistir en la importancia decisiva que en el sistema registral tiene el principio de prioridad aunque se defienda su carácter y eficacia formal y no sustantiva.

Hay que dejar bien claro que aunque la preferencia a la inscripción la determina el momento de recepción del documento en el Registro, el juego del principio de prioridad no es automático, sino que en el mismo es fundamental la calificación e intervención directa del Registrador.

En primer lugar, ha de calificar si el documento presentado puede provocar el asiento de presentación, tanto por su objeto como por su forma, y en ocasiones la decisión es complicada.

El artículo 420 del Reglamento Hipotecario indica tres supuestos de denegación de la práctica del asiento de presentación: 1.- Los documentos privados, salvo los casos permitidos en la Ley. 2.- Los documentos relativos a fincas radicantes en otros Registros. 3.- Y los que por su naturaleza, contenido o finalidad no

pueden provocar operación registral alguna. Así como el segundo caso no plantea problemas de interpretación, los otros dos si que pueden provocarlos.

Contra la calificación negativa del Registrador a la práctica del asiento de presentación cabe recurso en los mismos términos que cabe contra la calificación negativa de la inscripción. Pero en este caso el Registrador asume una responsabilidad mayor.

Si cabe recurso, cabe que se revoque la decisión del Registrador y entonces, al reconocerse el derecho a la presentación alegado por el recurrente, ha de extenderse el asiento. Pero este nuevo asiento habrá perdido la prioridad que hubiera adquirido con el asiento que no se hizo, lo que es fácil que provoque la responsabilidad del Registrador y, lo que es peor, un perjuicio al ciudadano difícil de reparar, por lo que existe una laguna legal en esta materia.

En segundo lugar, el juego del principio de prioridad, es decir, la calificación del Registrador para determinar la preferencia a la inscripción en caso de conflicto de varios títulos que afecten al mismo inmueble con asiento de presentación vigente, es, en ocasiones, tarea ardua y difícil y exige la calificación conjunta, a estos efectos de prioridad, de todos los títulos presentados.

El principio de prioridad, como hemos visto, impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por el riguroso orden de su presentación en el Diario.

La regla tiene las excepciones lógicas que permiten la alteración de este orden, como el caso de que el título posterior confirme el primero presentado o el caso en que el título posterior es previo para la inscripción del primero.

Sin embargo, existen otros supuestos en los que las opiniones de la doctrina y la práctica registral no son unánimes. Como anécdota les diré que este mismo verano, en un foro que tenemos los Registradores para comunicarnos por correo electrónico, se planteó por un compañero un problema de prioridad que no me resisto a exponerles. En la realidad los hechos habían sido los siguientes: “A vende a B; B constituye hipoteca; Se decreta embargo contra el vendedor A”.

El orden de presentación de los documentos fue el siguiente: 1º.- Escritura de hipoteca constituida por el comprador B. 2º.- Mandamiento de embargo contra el vendedor A. Y 3º.- Escritura de venta de A a B.

Es evidente que la inscripción de hipoteca exige la previa inscripción de la venta. Si se inscriben la venta y la hipoteca habría que denegar la anotación de embargo por aplicación del principio de tracto sucesivo, pero el mandamiento de

embargo ha llegado al Registro antes que la escritura de venta, con lo que se estaría vulnerando el principio de prioridad. En cualquier caso la hipoteca, por aplicación del mismo principio, ha de tener preferencia a la anotación del embargo.

Les tengo que decir que fueron muchos los compañeros que dieron su opinión y que se expusieron hasta seis soluciones distintas.

Con ello lo que quiero poner de manifiesto es que la determinación de la prioridad no es fácil, ni siempre resulta de manera automática del orden de recepción de los documentos.

En tercer lugar, en la actualidad ni siquiera está exento de duda el momento de recepción de los documentos a efectos de prioridad.

Hasta el año 1.994 los medios de recepción de los documentos en el Registro eran la presentación física y la presentación por correo. Las dos se tenían que realizar en el horario de apertura de la oficina al público. El artículo 252 de la Ley Hipotecaria sancionaba –y lo sigue haciendo- con la nulidad los asientos de presentación practicados fuera de las horas en que deba estar abierto el Registro. El momento de prioridad no planteaba problemas: la entrega del documento por el presentante o el momento en que el Registrador procediera a la apertura del correo.

En el año 1.994 se dicta un Real Decreto que impone a Notarios y Registradores obligaciones expresas de colaboración para la seguridad del tráfico inmobiliario. Así el Real Decreto de 29 de Diciembre de 1.994 introduce dos importantes novedades:

La nota simple con información continuada que el Notario puede y debe solicitar, por fax, al Registrador antes de autorizar una escritura, información que el Registrador ha de mantener actualizada durante los nueve días siguientes, plazo en el que el Notario ha de autorizar la escritura, con obligación de comunicar al Notario solicitante la presentación de cualquier documento notarial, judicial o administrativo que afecte a la finca o la solicitud de información realizada por cualquier otro Notario. Con esta novedad se pretende que se conozca la situación registral de la finca en el momento decisivo de firmar la escritura.

La segunda novedad es la posibilidad de presentar los documentos inscribibles en el Registro por telefax. La ventaja de la admisión de este medio de presentación reside en que la prioridad se puede obtener inmediatamente de la firma de la escritura o de que se expida el documento judicial o administrativo correspondiente, sin esperar a obtener la copia autorizada de la escritura o la

entrega del mandamiento al procurador o del documento administrativo al funcionario para su presentación al Registro.

Al provocar, en estos casos, la práctica del asiento de presentación un documento privado, es decir, la mera comunicación firmada y sellada por el Notario de haber autorizado una escritura con los datos imprescindibles para la práctica del asiento, el asiento de presentación así practicado sólo se consolidará y adquirirá eficacia definitiva si en el plazo de diez días hábiles se presenta la copia autorizada de la escritura o el original del documento judicial o administrativo.

La admisión de la presentación por telefax permite la recepción del documento fuera de las horas de oficina, ya que una de las obligaciones que el Real Decreto impone a Notarios y Registradores es la de tener un telefax con este fin y uso exclusivo abierto las veinticuatro horas del día.

Para determinar el momento de recepción de los documentos a efectos de prioridad el Real Decreto distingue:

A.- Si los fax se reciben dentro de las horas en que el Registro esté abierto al público, se presentarán, junto con los documentos que se reciban físicamente, por el orden correspondiente a la hora de recepción.

B.- Si los fax se reciben fuera de las horas de oficina, el asiento de presentación se extenderá dentro del horario de apertura del Diario, pero se presentarán todos los recibidos fuera de horas a primera hora de la apertura del Diario, sin orden de prelación entre ellos, ni entre los que a primera hora se presenten físicamente. Es decir, en caso de conflicto de títulos recibidos por fax fuera de las horas o recibidos por fax fuera de hora y físicamente a primera hora, la solución al problema de prioridad no la da el Registro, sólo la puede dar el acuerdo de los interesados o los Tribunales, como en el caso de presentación simultánea de varios títulos relativos a la misma finca regulado en el artículo 422 del Reglamento Hipotecario. Con esta medida se pretendió no privilegiar a la presentación por fax frente a la presentación física que sólo se puede realizar en horas de oficina. Sin embargo, creo que el motivo esencial de esta solución fue el rango normativo de la reforma ya que, al no realizarse por Ley, pareció más prudente no relegar la presentación física.

La Ley de 27 de Diciembre de 2.001 modificada por Ley de 18 de Noviembre de 2.005 introduce la presentación telemática de documentos en el Registro de la Propiedad con firma electrónica reconocida del funcionario correspondiente. Su regulación es confusa en un tema en el que la claridad es fundamental.

Después de muchos debates doctrinales se han fijado los siguientes criterios o reglas de prioridad:

a) Todos los documentos recibidos dentro de las horas de apertura de la oficina del Registro al público se presentarán por el orden riguroso de recepción, cualquiera que sea el medio de su presentación: física, telefax o telemática.

b) Respecto de los documentos recibidos fuera de horas de oficina por telefax o de forma telemática se observarán las siguientes reglas:

- Los Asientos de presentación se extenderán inmediatamente de la apertura del diario.
- Todos los recibidos por telefax se presentarán simultáneamente con los que se presenten en ese momento físicamente o telemáticamente (es decir, sin prioridad entre ellos).
- Los recibidos por vía telemática fuera de horas se presentarán atendiendo a su hora de recepción.

Es decir, aunque no podrán extenderse los asientos de presentación en otro momento que el de la apertura del Diario, cada uno de los asientos llevará como día, hora y minuto de la presentación el de la recepción telemática.

De esta manera la presentación telemática ha quedado, de hecho, privilegiada frente a la presentación por telefax cuando ambas se realizan fuera de horas de oficina, lo que es importante porque los notarios ya utilizan este medio de presentación con carácter general y Juzgados y Tribunales, por falta de medios, siguen utilizando como medio de presentación el telefax.

La razón que se da para esta discriminación es que la hora de recepción que resulta del telefax no es del todo fiable. La razón, a mi juicio, no es muy fundada porque el mismo problema se dará, entonces, respecto de los documentos recibidos por telefax en horas de oficina y sin embargo en este supuesto se mantiene la preferencia que resulta del orden de recepción.

El criterio doctrinal adoptado a la vista de la confusa redacción de la reforma, puede plantear graves problemas prácticos en los que los Tribunales dirán la última palabra.

Presupuesto del principio de prioridad es la existencia de varios títulos presentables relativos al mismo inmueble y con asiento de presentación vigente. El asiento de presentación tiene en nuestro derecho un plazo de duración de sesenta días hábiles, pero su vigencia puede ser prorrogada o suspendida como

en el caso de recurso. La diversidad de supuestos de prórroga y la multiplicidad de situaciones contempladas por la Ley Hipotecaria y Reglamento Hipotecario que en esta materia han sido objeto de sucesivas reformas, exigen un esfuerzo de unificación de criterios, ya que los plazos de vigencia del asiento de presentación y de sus prórrogas han de ser claros, como normas de procedimiento que son.

Hay supuestos en los que la preferencia a la inscripción no puede quedar determinada por el Registro: supuesto de presentación simultánea, a la misma hora, minuto y segundo de varios títulos referentes al mismo inmueble. El orden de presentación, en este caso, habrá de fijarse por los interesados o, a falta de acuerdo, por los Tribunales según dispone el artículo 422 del Reglamento Hipotecario.

Como hemos visto, la prioridad o preferencia a la inscripción se determina con carácter general, atendiendo al momento de la recepción de los documentos en el Registro, teniendo en cuenta todos los documentos presentados que afecten a la finca y con asiento vigente.

Reiteradamente se ha enfocado por la doctrina la prioridad registral como una cuestión de apresuramiento, de rapidez en la llegada al Registro. Se ha hablado del plazo negro de veinticuatro horas que existe, incluso para el ciudadano más diligente que cumpliendo con la mayor celeridad todos los trámites legales, cuando presenta su documento en el Registro se le puede haber anticipado otro que varíe la situación registral que él conocía al firmar el documento público y adquirir el derecho, con grave perjuicio, ya que la nueva situación le será oponible.

No han faltado en nuestro derecho opiniones favorables a regular la denominada “reserva de prioridad”, es decir, a anticipar la fecha de prioridad que deriva del asiento de presentación del título, de tal modo que pueda ser tal una fecha anterior incluso a la del otorgamiento del propio título, para evitar que accedan al Registro otros títulos en el tiempo intermedio que va entre la autorización del documento y su presentación en el Registro. Algunas legislaciones, como la Argentina, admiten esta figura regulando “la certificación registral con reserva de prioridad”, que se solicita incluso antes de haberse celebrado el contrato, es decir, cuando sólo hay un mero propósito de contratar.

La doctrina española ha puesto de manifiesto las dificultades que existen para adoptar esta solución en nuestro derecho en el que los derechos reales se adquieran fuera del Registro en virtud del título y modo, y en el que las excepciones que habría que establecer a la reserva de prioridad (otros negocios realizados por el titular registral, embargos judiciales), dejarían vacía de utilidad la medida, porque no hay otros actos inscribibles que los que proceden del titular

registrar o de la autoridad judicial y si todos ellos, de llegar antes al Registro, tienen prioridad sobre el título a cuyo favor se hizo la reserva, no se habría alterado en nada la prioridad derivada de la precedencia cronológica. Además, haría falta alterar los principios básicos de nuestro derecho civil para que un negocio proyectado fuera eficaz frente a un negocio consumado.

Hay que decir que, en nuestro derecho, las medidas introducidas por las reformas de los años 1994, 2001 y 2005 han supuesto un importante avance para la seguridad del tráfico jurídico. Los supuestos de fraude amparados en el principio de prioridad son escasísimos o prácticamente inexistentes. En esta materia los avances técnicos permitirán, sin duda, seguir perfeccionando el procedimiento registral y la comunicación inmediata con notarios, jueces y autoridades administrativas.

Para acabar el estudio del principio de prioridad es forzoso hacer una breve referencia al rango registral.

El rango registral se define por la doctrina más autorizada, como la cualidad del derecho real que le proporciona el tener una determinada posición registral respecto de otros derechos reales. No es un derecho, sino una cualidad que atribuye al derecho preferencia.

La determinación del rango es imprescindible en caso de coexistencia de varios derechos reales limitados compatibles sobre la misma cosa.

El derecho español acoge al sistema romano o latino de “avance de puestos” ya que los derechos reales recaen sobre la totalidad del inmueble por lo que si desaparecen los anteriores, los posteriores extienden su potencialidad al inmueble en su totalidad.

La doctrina tradicional estudia el rango como uno de los efectos del principio de prioridad. Sin embargo, el rango también es consecuencia del principio de oponibilidad. La preferencia se produce porque el título se ha presentado antes, pero, además, porque el título ha sido calificado válido, ha sido comprobada su adecuación a los antecedentes registrales y por ello se ha inscrito el derecho. La prioridad es presupuesto del rango, pero el rango no es sólo efecto de la prioridad.

El rango tiene un indudable valor económico. Tiene más valor el derecho con mejor rango, lo que determina que otra de sus características sea la negociabilidad.

El derecho español admite negocios sobre el rango: posposición, reserva, permuta, pactos de igualdad de rango e incluso hay supuestos de alteración legal del rango.

Como resumen de la hasta aquí expuesto creo que se pueden adoptar las siguientes conclusiones:

1ª) La eficacia del derecho real inscrito respecto de cualquier otro derecho real inscrito o no, aunque el título de adquisición de éste último sea de igual o anterior fecha, deriva del principio de oponibilidad y no del principio de prioridad.

2ª) El principio de prioridad tiene un alcance exclusivamente formal. Los efectos de cierre del Registro y de atribución de rango derivan también del principio de oponibilidad.

3ª) El principio de prioridad determina la preferencia a la inscripción en caso de conflicto de varios títulos presentados en el Diario relativos al mismo inmueble con asiento de presentación vigente, con el efecto fundamental de que mientras no concluya el procedimiento registral del título presentado antes, no podrá continuar el procedimiento registral iniciado con el título presentado después.

4ª) La aplicación del principio de prioridad no es automática, exige la calificación e intervención del Registrador y normas claras que despejen dudas no admisibles en materia de procedimiento registral.

5ª) El sistema registral español ha reducido considerablemente, incluso se podría decir que casi ha eliminado, los supuestos de fraude inmobiliario con las reformas introducidas a partir del año 1994 que tienen como base la colaboración de los registradores con notarios y autoridades judiciales y administrativas, y como finalidad poder conocer la situación registral en el momento de la firma del documento y reducir al máximo el plazo que media entre la firma y la presentación del documento en el Registro. El avance técnico de los medios de comunicación e interconexión permitirá continuar el camino emprendido.

6ª) Creo que nada de lo dicho impide que el lema de los Registradores pueda seguir siendo “*Prius tempore potior iure*”.

Carmen de Grado Sanz

## EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO CHILENO COMPARADO CON EL ESPAÑOL

En primer lugar, cabe advertir que en Chile la teoría de los principios registrales no ha tenido la difusión y repercusión que sí ha tenido en otras latitudes, donde ha sido objeto de especial dedicación y en algunas, incluso, de devoto culto. En consecuencia, no resulta extraño que entre nosotros no se hable, al menos de manera literal, del principio de prioridad registral.

En virtud de lo anterior es que creemos oportuno efectuar, previamente, alguna referencia general a nuestro sistema de derecho inmobiliario. Además, al apreciarse la función que cumple la inscripción conservatoria en Chile, se podrá tener una mejor perspectiva de análisis.

### I.- FUNCIÓN DE LA INSCRIPCIÓN INMOBILIARIA EN CHILE.

Según tradicionalmente se enseña en nuestras cátedras de Derecho Civil y en los textos de nuestros autores, la inscripción conservatoria de los bienes raíces cumple las siguientes funciones:

- 1.- Publicidad. Así se deja establecido en el Mensaje del Código Civil: "...; dar una completa publicidad a las hipotecas, y poner a la vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales".
- 2.- Mantener su historia. Esta función, evidentemente, se relaciona con el tracto sucesivo de la propiedad inmueble.
- 3.- Forma de efectuar la tradición de los derechos reales que en ellos se constituyan (se sigue la teoría romana del título y el modo).

A este respecto el Mensaje del Código Civil señala que, "En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, incluso las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos, exceptuándose las servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia.

La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, como he dicho, exige una tradición; y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser

perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna”.

4.- Requisito (artículo 724 Código Civil)<sup>1</sup>, garantía (artículos 728 y 2505)<sup>2</sup> y prueba (artículo 924)<sup>3</sup> de su posesión.

En nuestro sistema inmobiliario la posesión juega un rol fundamental, por las razones que, también, se explican en el Mensaje del Código Civil: “En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; más para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la competente prescripción”.

Nos parece que, al igual que en el caso de muchas otras instituciones que son fruto del ingenio de uno de los más grandes humanistas de habla hispana del siglo XIX, don Andrés Bello López, venezolano de nacimiento y chileno por gracia; nos encontramos ante un sistema con rasgos originales o, bien, que constituye una variante de algún sistema conocido de la época, que, precisamente, por razones de prudencia o de otra naturaleza aconsejaron no copiar totalmente. Por lo demás, así se reconoce en el Mensaje del Código Civil: “La institución de la que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas

---

<sup>1</sup> Artículo 724 C.C.: “Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio”.

<sup>2</sup> Artículo 728 C.C.: “Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro o por decreto judicial.

*Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”.*

Artículo 2505 C.C.: “Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo”. Es decir, no se acepta la usucapión contra tabulas.

<sup>3</sup> Artículo 924 C.C.: “La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla”.

aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia”<sup>4</sup>.

Asimismo, cabe consignar que a la época de la promulgación de nuestro Código Civil (14 de Diciembre de 1855)<sup>5</sup>, existía un Registro de Hipotecas y Censos, cuya creación deriva de las contadurías u oficios de hipotecas establecidos por la Real Pragmática de Carlos III, de 31 de Enero de 1768. La inscripción en este Registro, también, tenía carácter constitutivo<sup>6</sup>.

Por lo tanto, ya las fuentes nos muestran que nuestro legislador tuvo por modelo principal uno de los sistemas registrales más emblemáticos de derechos. Al igual que en el sistema alemán, en Chile la inscripción es necesaria para la constitución de todo derecho real, con excepción de las servidumbres (artículos 686 y 698 del Código Civil)<sup>7</sup>. Entonces, ¿dónde estuvo la principal variante?

<sup>4</sup> “Sin lugar a dudas Prusia era para esos tiempos el ejemplo más insigne de una legislación registral moderna. Federico II había dado su célebre Ordenanza de 20 de Diciembre de 1783 con la que organizó el sistema cuyas bases habían sido establecidas ya por la Ordenanza Hipotecaria de 1722”. “El ejemplo de la legislación prusiana de 1722 fue seguido por Austria (reales cédulas de 1758 y 1765 y la Ordenanza Hipotecaria de 1781), Baviera (Ley Hipotecaria de 1822 de folio real) y Wurtemberg (Ley Hipotecaria de 1823 de folio personal)” (ROSSEL RICCI, Sergio Enrique; El carácter constitutivo de la inscripción chilena; Revista Fojas; www.conservadores.cl).

<sup>5</sup> El Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces “fue dictado el 27 de Junio de 1857 por expreso mandato del artículo 695 del Código Civil, por lo que se debe concluir, según lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, que es un decreto con fuerza de ley, produciendo los mismos efectos que ésta” (SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio; Temas de Derecho Inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago-Chile; 2006; 1ª edición; p. 13).

<sup>6</sup> “La Real Pragmática de Carlos III (31 de Enero de 1768 creó los oficios de hipoteca y reguló su organización y funciones. Estas oficinas públicas llevaban cuenta únicamente de las hipotecas y censos que afectaban la propiedad raíz. La titularidad dominial, en tanto era ajena a esta labor registral. Con posterioridad la Real Cédula de 8 de Mayo de 1778, dada en Aranjuez, ordenó a los virreyes y gobernantes el cumplimiento de la citada pragmática, disponiendo la inscripción de todas las escrituras que contuvieran hipotecas expresas y especiales sin limitación alguna. La legislación precedente fue recepcionada por la Novísima Recopilación de la Leyes de España, proyecto de Carlos IV sancionado por Real Cédula de 17 de Agosto de 1802” (ROSSEL RICCI, Sergio Enrique; ob. cit).

<sup>7</sup> Artículo 686 C.C.: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro Conservador.

*De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.*

*Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.*

Artículo 698 C.C.: “La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato”. Excepcionalmente, la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos sólo puede adquirirse por medio de escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces (artículo 1º de la Ley N° 6.977 de 1941).

Más allá de si el nuestro es un sistema de folio personal o real<sup>8</sup>, la principal variante estuvo en que, en un principio, la inscripción no sería garantía del dominio, toda vez que la inscripción conservatoria dejó subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción adquisitiva (usucapión). Desde esta perspectiva es que hay quienes atribuyen a la inscripción un efecto declarativo<sup>9</sup>. Incluso más, a la entrada en vigencia del Código Civil y del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces ni siquiera fue obligatoria la inscripción. Actualmente, sigue siendo voluntaria en el sentido de que queda entregado a la voluntad de los interesados practicar o no la competente inscripción.

Sin embargo, don Andrés Bello, a través de un procedimiento muy simple (en la mayoría de los casos, en la simpleza está la grandeza) planificó que, luego de un cierto tiempo, “inscripción, posesión y dominio serían términos idénticos”; ello, al hacer obligatoria, en la forma prevista en los artículos 686<sup>10</sup>, 688<sup>11</sup> y 2513<sup>12</sup> del Código Civil, la inscripción de toda transferencia del dominio y constitución de otros derechos reales, con la excepción ya apuntada de las servidumbres (esto último requiere una corrección); de los inmuebles adquiridos por sucesión por causa de muerte y de las sentencias que declaran la prescripción adquisitiva. De esta forma, tal como se expresa en el Mensaje del Código Civil, todos los bienes

<sup>8</sup> Si bien es cierto que la opinión mayoritaria estima que llevamos un folio personal, más de alguna opinión hemos escuchado de que nuestro sistema es uno de folio real distinto al alemán; así, por ejemplo, don Sergio Enrique Rossel Ricci estima que “lejos de ser de tipo personal, es de tipo negocial y cronológico y contiene un principio de folio real haciendo una concatenación de todas las inscripciones relativas a un mismo inmueble mediante las notas de transferencia y referencia” (ROSSEL RICCI, Sergio Enrique; ob. cit.).

<sup>9</sup> La distinción entre inscripción declarativa y constitutiva es formulada por la doctrina española a mediados del siglo XX, la cual se basa en la función y efectos de la inscripción. Se agrega a esta clasificación las inscripciones denominadas sustantivas. Además, dentro de cada género hay matices que permiten formular subclasificaciones.

<sup>10</sup> Véase en cita 8.

<sup>11</sup> Artículo 688 C.C.: “*En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda:*

*1° La inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva: el primero ante el conservador de bienes raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento, y la segunda en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas;*

*2° Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos primero y segundo del artículo precedente: en virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios, y*

*3° La inscripción prevenida en el inciso tercero: sin ésta no podrá el heredero disponer por sí sólo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido”.*

La actual redacción de este artículo se la debe a la Ley N° 19.903 de 2003, que introdujo reformas sobre tramitación de la herencias intestadas abiertas en Chile.

<sup>12</sup> Artículo 2513 C.C.: “*La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción”.*

raíces, “a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían sacudimiento en toda la propiedad territorial”.

Nos parece que al procedimiento establecido por nuestro legislador civil debe sumarse el incentivo que representan las ventajas que otorga la posesión inscrita, por sobre la no inscrita. Tal como lo hemos expresado en alguna otra oportunidad, “Más allá de la obligatoriedad o no de las inscripciones en general, nos parece que contribuye en gran medida a solucionar los problemas si las personas están en condiciones de valorar los beneficios que trae aparejada la propiedad inscrita, y si es efectivamente percibido por ellas, y la existencia de procedimientos eficientes y poco costosos de inscripción. Si las personas estiman que la inscripción no les reporta beneficio, evidentemente, no tendrán interés alguno en inscribir y, menos, si deben pagar por ello”<sup>13</sup>.

Ahora bien, volviendo a lo planificado por don Andrés Bello, debemos reconocer que, lamentablemente, aún quedan algunos inmuebles no inscritos e, incluso, hay inmuebles que lo estaban y que han salido del Registro (según información verbal que nos ha proporcionado recientemente el Presidente de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral, don Elías Mohor Albornoz, menos del cinco por ciento de los inmuebles no estarían inscritos). Sin embargo, ello no es atribuible a que nuestro sistema sea de documentos o de derechos, ni tampoco a la labor de los conservadores de bienes raíces, quienes no pueden obligar a las personas a practicar las respectivas inscripciones. Las razones, más bien, van por otro lado, ya que, principalmente son socioculturales (no entender o conocer los beneficios de la inscripción y las herencias no tramitadas legalmente), sumado a divisiones en nuestra doctrina y jurisprudencia, especialmente respecto del rol de la inscripción en materia posesoria. Esto mismo es lo que ha obligado, a veces y al igual que en otros países, a recurrir a procedimientos de regularización de la propiedad raíz, como el que se reglamenta en el Decreto Ley N° 2.695 de 1979 (regularización de la pequeña propiedad raíz y constitución del dominio sobre ella), y no otra cosa.

De todo lo que hasta aquí hemos expuesto, concluimos que don Andrés Bello, en un inicio, concibió una inscripción conservatoria de carácter híbrido, es decir, de efectos constitutivos en cuanto a que ella es esencial en la constitución, modificación y extinción de los derechos reales inmuebles, y simplemente declarativa en cuanto dejó a salvo los derechos del verdadero dueño, según el principio de que “nadie puede transferir más derechos de los que tiene” (artículo

---

<sup>13</sup> SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio; ob. cit.; p. 26.

682 del Código Civil). Pero todo ello, según se dijo, apuntando a una época en que la inscripción sería prueba directa del dominio.

No obstante que hemos advertido que esto último no ocurrió a cabalidad, dado los años de existencia de nuestro Registro (más de ciento cincuenta años), sumado a la enorme importancia jurídica y práctica cobrada por la posesión inscrita, ello, por una vía indirecta, se ha logrado en gran medida. No sólo lo sostenemos porque la posesión constituye una presunción de dominio (artículo 700 inciso 2° del Código Civil)<sup>14</sup>, sino por la posibilidad de hacer operar la prescripción adquisitiva sumando una serie no interrumpida de posesiones anteriores (artículos 717 y 2500 del Código Civil)<sup>15</sup>. Actualmente, la prescripción ordinaria de inmuebles opera al cabo de cinco años y la extraordinaria en el plazo de diez años.

Lo anterior nos permite concluir que nuestra inscripción conservatoria es de aquellas que han sido denominadas “constitutivas con causa real o a su vez con causa”, según lo confirman los artículos 675 y 677 del Código Civil<sup>16</sup>; en virtud de los cuales la falta de validez del título causal acarrea la de la inscripción. En todo caso, no se debe olvidar el saneamiento de títulos con efecto retroactivo que producen la ratificación, la confirmación y el transcurso del tiempo, tal como lo corrobora, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 705 del Código Civil<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Artículo 700 inciso 2° C.C.: “El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo”.

<sup>15</sup> Artículo 717 C.C.: “Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.

*Podrá agregarse en los mismos términos a la posesión propia la de un a serie no interrumpida de antecesores”.*

Artículo 2500 C.C.: “Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717.

*La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero”.*

<sup>16</sup> Artículo 675 C.C.: “Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

*Se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.*

Artículo 677 C.C.: “El error en el título invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo, y por la otra donación”.

<sup>17</sup> Artículo 705 C.C.: “La validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título”.

## II.- PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

En general, para la doctrina española este principio, basado en la máxima “prior tempore potior iure”, es la solución que da el Registro para resolver los conflictos de derechos reales sobre un mismo inmueble.

Doña Carmen de Grado Sanz explica que, “Tradicionalmente, ..., se le ha encuadrado dentro de la categoría de los principios que se refieren a los efectos de la inscripción”. A continuación, agrega que “José Manuel García lo define como “el principio hipotecario en virtud del cual los títulos o derechos que acceden al Registro prevalecen, en caso de conflicto, frente a títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a la fecha de presentación de los documentos en el Libro Diario”<sup>18</sup>.

Los efectos de este principio, según, también, explica doña Carmen de Grado Sanz, se pueden resumir en dos:

“a.- Eficacia excluyente cuando se trate de derechos con incompatibilidad absoluta o sustancial entre sí. Provoca el cierre registral vetando el acceso al Registro al derecho que llega después aunque se hubiese constituido antes.

b.- Eficacia preferente que determina el rango, la jerarquía o el orden de preferencia entre los derechos compatibles. El derecho que primero accede al Registro tiene rango preferente respecto del derecho que accede en segundo lugar”<sup>19</sup>.

En España este principio se encuentra principalmente consagrado en el artículo 17 de su Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 24 y 25<sup>20</sup> de la misma ley.

<sup>18</sup> DE GRADO SANZ, Carmen; ponencia presentada el día 20 de Octubre de 2009 en el IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral; Universidad Autónoma de Madrid y Colegio de Registradores de España.

<sup>19</sup> DE GRADO SANZ; ob. cit.

<sup>20</sup> Artículo 17 L.H.: “Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

*Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento”.*

Artículo 24 L.H.: “Se considerará como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma”.

Artículo 25 L.H.: “Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativa a una misma finca, se atenderá a la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos”.

Habida consideración de la antigua data de nuestro Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces (en adelante el Reglamento”), la prioridad en toda su dimensión no aparece reglamentada con toda la nitidez deseable, con lo cual es posible que se presenten ciertas dudas interpretativas. Sin embargo, basándonos en la naturaleza constitutiva de nuestra inscripción registral, la inmediatez, eficacia erga omnes y carácter preferente o excluyente de los derechos reales, y en algunas disposiciones del Reglamento (especialmente sus artículos 15, 16 y 17<sup>21</sup>, que regulan los efectos de la anotación en el Repertorio, que es el equivalente al Libro Diario utilizado en España y en el cual, también, los títulos deben anotarse con indicación de la fecha y hora de su presentación); concluimos que se dan los efectos precedentemente señalados del principio.

Además, nuestra praxis registral, basada en el ya señalado carácter constitutivo de la inscripción y en la gran protección jurídica que se le confiere a la posesión inscrita, no permite la inscripción de un título incompatible. Es posible que ello sea más consecuencia de la aplicación del principio de tracto sucesivo que del principio de prioridad.

En lo que respecta a la eficacia de rango, hay normas legales dispersas que, también, confirman la prioridad; por ejemplo, el artículo 2477 del Código Civil y el artículo 1962 N° 3 del mismo Código. En el primer caso, se establece que las hipotecas prefieren de acuerdo al orden de su inscripción y en el segundo, que estarán obligados a respetar el arriendo los acreedores hipotecarios si el arrendamiento ha sido inscrito en el Registro antes que la inscripción hipotecaria. En este último caso, tal como se puede apreciar, se soluciona un conflicto entre un derecho personal y un derecho real.

No obstante lo anterior, debemos advertir que se han presentado dudas, especialmente jurisprudenciales, en torno a la inscripción de títulos incompatibles con el anotado presuntivamente en el Repertorio. Como señala don Daniel Peñailillo Arévalo, “efectuada una anotación en el Repertorio, parece claro que se pueden efectuar otras anotaciones, incompatibles con la primera, relativas al mismo inmueble. Pero ¿se puede también inscribir antes que caduque la primera anotación? Y si ello es posible, la inscripción proveniente de

<sup>21</sup> Artículo 15 R.R.C.B.R.: “Sin embargo, en ningún caso, el Conservador dejará de anotar en el Repertorio el título que se le presentare para ser inscrito, ya sea que el motivo que encontrare para hacer la inscripción sea en su concepto de efectos permanentes o transitorios y fáciles de subsanar.

*Las anotaciones de esta clase caducarán a los dos meses de su fecha si no se convierten en inscripción”.*

Artículo 16 R.R.C.B.R.: “La anotación presuntiva de que habla el artículo anterior se convertirá en inscripción, cuando se haga constar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción”.

Artículo 17 R.R.C.B.R.: “Convertida la anotación en inscripción, surte ésta todos los efectos de tal desde la fecha de la anotación, sin embargo de cualquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo entre la una a la otra”.

la segunda anotación ¿adquiere valor cuando caduca la primera al cabo de los dos meses (parece ser lo más aceptable) o incluso antes, cuando consta que se subsanó el vicio del título primeramente anotado sin que se requiriera la inscripción? Son estas cuestiones discutidas”<sup>22</sup>.

Donde si se aprecia una excepción al principio es en el artículo 14, inciso 1º, del Reglamento: “Si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciere el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciere vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el Conservador rehusará también la inscripción hasta que se le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación”.

Hay quienes estiman que se trata de una excepción lógica, “... por cuanto cualquiera que fuera la preferencia alegada para inscribir un título, si se trata del dueño de un fundo que lo ha vendido sucesivamente a dos personas distintas, hallándose ya inscrito a nombre de uno de los compradores, o si el vendedor no es dueño o el actual poseedor, según el Registro, el conservador deberá rehusar la inscripción requerida hasta que se le haga constar que judicialmente se ha notificado la pretensión a los interesados a quienes puede perjudicar la anotación. Este procedimiento tiende a resguardar mejor el derecho del primer poseedor inscrito, y es concordante con la regla del artículo 1817 del Código Civil<sup>23</sup>, cuya aplicación permitirá determinar, en juicio de lato conocimiento, el derecho preferente en la compra del inmueble”<sup>24</sup>.

Actualmente, no nos parece una regla para nada lógica, ya que resulta totalmente contradictoria con el sistema de adquisición y posesión de derechos reales que hemos explicado. Más bien, parece ser una norma que encuentra su justificación en los inicios de nuestro Registro, en que la adquisición del dominio se pudiera haber consumado antes del acceso registral; por ejemplo, vía usucapión. Y en lo que respecta al artículo 1817 del Código Civil, luego de más de ciento cincuenta años de existencia de nuestro Registro, no nos parece que se encuentre en

<sup>22</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel; Los bienes. La propiedad y otros derechos reales; Editorial Jurídica de Chile; 1991; 2ª edición; p. 168. A este respecto véase VODANOVIC H., Antonio; Curso de Derecho Civil. Los bienes y los otros derechos reales. Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.; Editorial Nascimento; Chile; 1974; 3ª edición; p.p. 390 y 391.

<sup>23</sup> Artículo 1817 C.C.: “Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá”.

<sup>24</sup> FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI; Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio. Cuarta parte. Derecho Registral Inmobiliario; Editorial Jurídica de Chile; 2003; 1ª edición; p. 298.

armonía con la citada disposición del Reglamento, ya que prefiere al comprador que primero hubiere entrado en posesión y, tratándose de los inmuebles inscritos, es aquel que primero ha inscrito. Por lo tanto, nos parece que actualmente resulta sólo aplicable a los bienes muebles y, eventualmente, a inmuebles no inscritos.

Por otra parte, en el sistema hipotecario español, hasta hace algún tiempo sólo se aceptaban como medios de recepción de documentos la presentación física y por correo. Con posterioridad, se permitió y reglamentó, en virtud de un Real Decreto de 1994, una forma especial de presentación vía telefax y, luego, en virtud de una reforma legislativa, se estableció la presentación telemática de documentos con firma electrónica reconocida del funcionario competente, cuya reglamentación se dice que es confusa. En ambos casos se reglamentan momentos de recepción distintos, quedando privilegiada la presentación telemática frente al telefax cuando ambas se realizan fuera de horas de oficina. Además, el Real Decreto introdujo la nota simple de información continuada que el Notario puede y debe solicitar por telefax al Registrador antes de que se firme la escritura.

Los medios de recepción descritos aumentan la posibilidad de presentación simultánea de títulos contradictorios, en cuyo caso se tomará nota preventiva de cada uno hasta que por los propios interesados o por los tribunales se decida a qué asiento hay que dar preferencia (artículo 422 del Reglamento Hipotecario).

En el caso de nuestro país, además de la presentación física del documento, la praxis registral ha aceptado la presentación vía correo. Asimismo, en virtud de un Auto Acordado de la Corte Suprema, de fecha 10 de Noviembre de 2006, “Podrá solicitarse la anotación de títulos o documentos transmitidos vía electrónica en los registros llevados por los notarios, conservadores y archiveros judiciales, en tanto aquellos sean suscritos con firma electrónica avanzada por el Notario autorizante o la autoridad competente que los haya emitido.

Las solicitudes de inscripción de títulos y documentos que ingresen al Conservador por vía electrónica, se anotarán en el respectivo Repertorio por riguroso orden de presentación de acuerdo con las normas previstas en el artículo 430 del Código Orgánico de Tribunales y Título III del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces”.

Esto último no ha logrado implementarse hasta la fecha, debido a que no ha sido establecido con carácter obligatorio para todos los oficios notariales y registrales, lo que seguramente cambiará en un futuro cercano.

Asimismo, el Auto Acordado guardó silencio en relación con los títulos presentados al mismo tiempo por personas distintas y relativos a una misma

fincas. Este tema, tampoco, está expresamente resuelto en nuestra legislación, por lo que será necesaria una reforma legislativa para abordar este punto y otros.

Finalmente, nos parece interesante hacer referencia al nuevo enfoque que le ha dado en España al principio de prioridad registral don Antonio Pau Pedrón, para quien, una vez inscrito un derecho, su eficacia respecto del derecho inscrito después, o respecto del no inscrito, deriva de un principio distinto, el de oponibilidad, debiendo reservarse el vocablo “prioridad” a la preferencia de un determinado título presentado frente a otros igualmente presentados. Como es la prioridad la que determina el acceso de un derecho a la publicidad registral, mediante la correspondiente inscripción, la relación que mantienen los derechos inscritos entre sí no es ya prioridad, sino prelación. Entre derechos inscritos la oponibilidad determina preferencia. “El rango es una consecuencia derivada de la prelación, y la prelación es una consecuencia derivada de la oponibilidad. Por tanto, el rango no es una consecuencia directa de la prioridad”<sup>25</sup>.

En consecuencia, los efectos del principio de prioridad registral son más limitados y sólo formales, ya que sólo opera cuando se presenta más de un título para su inscripción.

Por los motivos expuestos, don Antonio Pau Pedrón lo define como “... preferencia a la inscripción que corresponde a un título, entre dos o más que están presentados en el Registro y se refieren a un mismo inmueble, bien por haberse presentado antes, o bien porque así lo determine la calificación”<sup>26</sup>.

La definición pone de manifiesto la función calificadora del Registrador. Así lo confirma el artículo 420 del Reglamento Hipotecario de España: “Los registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos:

1. Los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral.
2. Los documentos relativos a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios.
3. Los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna”.

---

<sup>25</sup> PAU, Antonio; La prioridad registral: un nuevo enfoque; Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España; 2004; p.p. 313 y 314.

<sup>26</sup> PAU, Antonio; ob. cit.; p. 313.

En cambio, en Chile el Conservador no puede dejar de anotar en el Repertorio el título que se le presente para ser inscrito (artículo 15 del Reglamento). Sin embargo, a don Daniel Peñailillo Arévalo le parece "... aceptable el rechazo del Conservador a anotar en el Repertorio, si lo presentado no puede ser considerado, ni remotamente, un título referente a inmuebles, dada la naturaleza de la institución del Registro"<sup>27</sup>. Si bien es cierto que tal afirmación puede parecer razonable, ella se torna muy discutible a la luz de lo dispuesto en los artículos 15<sup>28</sup> y 67 del Reglamento. Este último artículo sólo faculta para no efectuar la anotación en el Repertorio "en el caso de que el requirente, persuadido de la justicia con que el Conservador rehúsa la inscripción, declare expresamente que desiste de ella y que retira su título".

### III.- INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA DE UNA PROHIBICIÓN JUDICIAL POSTERIOR A LA ANOTACIÓN PRESUNTIVA DE UN TÍTULO: ¿ES IMPEDIMENTO PARA QUE EL TÍTULO ANOTADO PRESUNTIVAMENTE SE INSCRIBA DENTRO DEL PLAZO LEGAL?

En relación con los efectos de la anotación en el Repertorio, como ya se vio, el artículo 17 del Reglamento prescribe que "convertida la anotación en inscripción, surte ésta todos los efectos de tal desde la fecha de la anotación, sin embargo de cualquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una y la otra".

La norma transcrita ha hecho preguntarse a nuestra doctrina y jurisprudencia si la inscripción de una prohibición judicial (un embargo o una medida precautoria de prohibición) posterior a la anotación presuntiva de un título es impedimento o no para que éste se inscriba dentro del plazo legal<sup>29</sup>.

A este respecto, podemos citar los siguientes fallos de nuestros tribunales que resumen los dos criterios existentes sobre la materia:

1.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de Abril de 1991 (confirmada por la Corte Suprema el 17 de Julio del mismo año): "*La anotación presuntiva de un título no confiere preferencia para inscribir y sólo tiene importancia para determinar la fecha de la inscripción, siempre que ella se hubiere efectuado y sólo en ese caso dicha inscripción surte todos sus efectos desde la fecha de anotación en el Repertorio*"<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel; ob. cit.; p. 167.

<sup>28</sup> Véase en cita 22.

<sup>29</sup> De acuerdo con el artículo 15 del Reglamento, el plazo legal (de caducidad) es de dos meses a contar de la fecha de la anotación del título en el Repertorio.

<sup>30</sup> Fallos del Mes N° 392, p. 282 (prevención fundada de un ministro).

Don Waldo Ortúzar Latapiat<sup>31</sup>, comentando este fallo, que rechazó un recurso de protección en el que se solicitó que se ordenara al Conservador practicar la inscripción de una compraventa de un bien raíz, anotada presuntivamente en el Repertorio, y que se dejara sin efecto un embargo inscrito con posterioridad a dicha anotación y antes de subsanarse el impedimento que obstaba a la efectiva inscripción, expresa lo siguiente: “Me parece correcto el fallo. Aunque hay algunas disidencias, la tesis del Conservador es la mayoritaria en la jurisprudencia. Así, si dicho funcionario se atiene a esta jurisprudencia, como lo hace permanentemente, no puede admitirse que su negativa a inscribir, fundada en el embargo trabado por orden del juez, que le ha sido notificado, sea ilegal o arbitraria, aun cuando esta notificación se haya practicado estando anotado presuntivamente en el Repertorio el título que se trataba de inscribir y se presente éste, nuevamente, dentro del plazo que establece el Reglamento para su inscripción.

Ni la ley ni el Reglamento del Conservador contemplan esta materia, esto es, si el efecto retroactivo que el artículo 17 del citado Reglamento otorga a la inscripción, atribuyéndole “todos los efectos de tal desde la fecha de la anotación (en el Repertorio), sin embargo de cualquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra”; prevalece sobre un embargo, efectuado por orden del juez, notificado al Conservador en el referido intervalo.

La práctica de los conservadores, avalada por la jurisprudencia, distingue, en primer término, dos extremos, uno, otro título que se presenta a inscripción en el citado intervalo; y otro, una prohibición de celebrar contratos o de gravar y enajenar, que ordena un juez y se notifica al Conservador, en igual intervalo. Respecto del primero, se dice que prevalece el que primero se anotó en el Repertorio. Respecto del segundo, se dice que el Conservador debe acatar la prohibición, porque ésta es un mandato directo del juez. En cuanto al embargo común, las opiniones están divididas, pero mayoritariamente se piensa que también obsta a que la anotación en el Repertorio se convierta en inscripción”.

En todo caso, reconoce el señor Ortúzar que “el problema es discutible atendidos los términos del artículo 17 del Reglamento del Conservador, antes transcritos. Pero no puede reprocharse ilegalidad ni arbitrariedad al Conservador que, en ausencia de una clara solución legal, ajusta su conducta a la tesis mayoritaria de la jurisprudencia<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo; Informe Constitucional N° 65; Santiago – Chile; 26 de Abril de 1991; Guillermo Bruna Contreras – Raúl Bertelsen Repetto – Waldo Ortúzar Latapiat - Enrique Pérez Silva.

<sup>32</sup> En realidad, lo que ha habido son fallos contradictorios. En todo caso, se puede afirmar que nuestra jurisprudencia ha tendido a uniformarse en torno a la segunda tesis que se expondrá más adelante.

A más de lo dicho y no justificándose que el Conservador haya procedido de otro modo en casos semejantes, no parece apropiado reprocharle discriminación arbitraria, esto es, desconocimiento de la garantía constitucional de igualdad ante la ley”.

A fin de citar otro fallo en el mismo sentido, podemos agregar que, anteriormente, la Corte de Apelaciones de San Miguel, con fecha 16 de Mayo de 1985 (sentencia confirmada por la Corte Suprema el 17 de Septiembre del mismo año), había dicho lo siguiente: “Antes que la inscripción de dominio se materialice, una resolución judicial que dispone inscribir una medida precautoria de celebrar actos o contratos con respecto a la misma propiedad es plenamente vigente y debe cumplirse con preferencia a la mencionada inscripción de dominio toda vez que la anotación en el Repertorio no concede al adquirente un derecho preferencial mientras no se convierta en inscripción”<sup>33</sup>.

Don Emilio Rioseco Enríquez<sup>34</sup>, comentando esta sentencia, señala que “conforme a esta doctrina del Tribunal Supremo, la anotación presuntiva en el Repertorio no confiere un derecho preferencial mientras no se convierta en inscripción.

Luego, en el intervalo entre la anotación del título en el Repertorio y su posterior inscripción, ha podido inscribirse válidamente un embargo o una medida precautoria de prohibición que será impedimento para convertir la anotación del título en inscripción, con arreglo al Art. 1464 n° 3 del Código Civil”.

En opinión del señor Rioseco, “esta interpretación, aparte de cautelar los derechos de terceros, se ajusta al alcance del Art. 17 del Reglamento, que atribuye preferencia retroactiva en sus efectos a la inscripción una vez efectuada, pero no antes; y ello respecto a “... cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo”, es decir, derechos cuya adquisición se origine por la inscripción del título (tradición), no siendo el caso de resoluciones que deben inscribirse sólo en razón de oponibilidad a terceros”.

2.- Sentencia de la Corte Suprema, de 14 de Octubre de 1993: “*La anotación en el Repertorio del Conservador de Bienes Raíces es el hecho que da inicio al proceso que termina con la inscripción; proceso al que la ley ha dado un carácter indivisible retrotrayendo el efecto de la inscripción al tiempo de dicha anotación “sin embargo de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una y la otra”. Infringe la norma de los artículos del*

<sup>33</sup> Fallos del Mes N° 322, página 579. En este mismo sentido Corte Suprema, 27 de Septiembre de 2000 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVII, sección segunda, p. 184).

<sup>34</sup> RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio; La posesión inscrita ante la jurisprudencia; Editorial Jurídica de Chile; 1992; 1ª edición; p. 23.

*Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces que cita el fallo – que tienen efecto de ley – el Conservador de Bienes Raíces que rechaza una inscripción en razón de haberse decretado una medida precautoria inscrita después de la anotación de la compraventa en el Repertorio, y luego de haberse subsanado el reparo que dilató la inscripción. Rechazada una inscripción el Reglamento expresamente establece que subsanados los reparos y en la medida que el saneamiento se produzca dentro de los sesenta días la anotación presuntiva se convertirá en inscripción, surtiendo sus efectos desde la fecha de la anotación”<sup>35</sup>.*

Por nuestra parte, estimamos que la tesis correcta es la sustentada en este último fallo. En efecto, tal como se expresa en él, la anotación en el Repertorio es el hecho que da inicio al proceso que termina con la inscripción, al que la ley le ha dado el carácter indivisible retrotrayendo el efecto de la inscripción al tiempo de dicha anotación, sin embargo, de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una y la otra; según se desprende de la interpretación armónica de diversos artículos del Reglamento.

El análisis no se puede circunscribir a una interpretación aislada del citado artículo 17. Por lo demás, el artículo 16 del Reglamento es categórico en este sentido: “La anotación presuntiva de que habla el artículo anterior se convertirá en inscripción, cuando se haga constar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción”. Resulta manifiesto que el legislador está exigiendo que se subsane el impedimento existente al tiempo de requerirse la inscripción y no a otro que pudiere sobrevenir con posterioridad.

La finalidad del Repertorio es establecer un orden de prioridad de las diversas peticiones de inscripción<sup>36</sup>, y no existe ninguna norma legal que establezca una suerte de preferencia para la inscripción de resoluciones judiciales. Además, se trata de una resolución judicial dictada en un proceso en que el requirente de la inscripción no es parte. El requirente, en relación con la adquisición de su

<sup>35</sup> Fallos del Mes N° 419, página 848. En este mismo sentido Corte Suprema, 21 de Agosto de 1991, con el voto en contra, fundado, de dos integrantes de la Sala (Fallos del Mes N° 393, p. 374); y Corte Suprema, 20 de Noviembre de 1996 (Fallos del Mes N° 456, p. 2402). El primer fallo de la Corte Suprema dice relación con un embargo y dos medidas precautorias, y el segundo, con un embargo.

También véase, en el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, 27 de Marzo de 1998, y Juzgado de Letras de Pucón, 4 de Febrero de 1999; en SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio; Estudio de títulos de inmuebles; Editorial Metropolitana; Chile; 2002; 1ª edición; p. 209. Ambos fallos dicen relación con medidas precautorias.

<sup>36</sup> “Corte de Santiago, 18 de Marzo de 1983. *Rev.*, t. 80, sec. 2ª, Pág. 9. *Doctrina. De acuerdo con lo que prescribe el art. 24 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, la finalidad primordial del Repertorio es la de constituir un ordenamiento a las diversas peticiones de inscripción en los registros que conforman la organización del Conservador, a fin de que esas solicitudes sean atendidas siguiendo una prelación*” (jurisprudencia citada por Rioseco Enríquez, Emilio; ob. cit.; p. 22).

derecho, desde la anotación en el Repertorio, a lo menos, tiene un principio de adquisición (se ha dado inicio al procedimiento que conduce a la tradición y a la posesión inscrita) y respecto de la facultad de subsanar cualquier impedimento de inscripción, tiene un derecho adquirido con vigencia de dos meses a contar de la fecha de anotación, expresamente reconocido en virtud de un cuerpo normativo con efectos de ley.

Una interpretación distinta lleva a concluir que el Repertorio, en el que se debe anotar el título respectivo con indicación de día y hora (fecha cierta), no tendría mucha razón de ser. Como acertadamente lo ha dicho la Corte de Apelaciones de Valparaíso: “Toda anotación en el Repertorio tiene por objeto dar al que la solicita la garantía y estabilidad de su derecho desde el momento mismo en que requiere la inscripción de un título, para que, mientras el Conservador hace y firma el asiento de los registros respectivos y mientras se salvan los inconvenientes que puedan dificultar ese acto, quede aquel derecho al abrigo de actuaciones posteriores que tiendan a dañarlo, y tal es el objetivo y efecto de la institución del Repertorio”<sup>37</sup>. Esta conclusión, a nuestro entender, se ve confirmada por lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento que obliga al Conservador a dar copia a todo requirente, en el acto que lo pida, de la anotación hecha en el Repertorio; anotación que el Conservador no puede dejar de efectuar (de los artículos 15, inciso 1º, y 67 del Reglamento se desprende nítidamente que, presentado un título, el Conservador sin examinar su legalidad, debe anotarlo en el Repertorio, obteniéndose, de esta forma, un testimonio de su presentación para inscripción).

Por otra parte, no nos parece un buen argumento para desvirtuar esta tesis la existencia, en la práctica, de eventuales simulaciones para burlar los derechos de los acreedores. En este caso ¿dónde quedan los derechos de los terceros de buena fe que presentan el título de su adquisición para que se practique la respectiva inscripción conservatoria? La “buena fe” constituye un principio fundamental de nuestro Código Civil y muy especialmente, en materia posesoria

---

<sup>37</sup> “Sentencia de 3 de Diciembre de 1932; Revista de Derecho y Jurisprudencia; tomo XXXVII, sección primera, Pág. 225”. Don Antonio Vodanovic H., refiriéndose a este fallo y a otro en igual sentido de la Corte de Apelaciones de Talca (“sentencia de 13 de Enero de 1951; Revista de Derecho y Jurisprudencia; tomo XLVIII; sección segunda; Pág. 9”), en contraposición a un fallo inverso de la Corte Suprema (“sentencia de 3 de Diciembre de 1938; recurso de queja de Ramón Luis Arrau”), señala que la doctrina de los dos primeros “es la que se ajusta a la ley”. Agrega el autor que “es verdad que la doctrina de la Corte Suprema tiende a evitar que en muchos casos se burle o retarde la acción de la justicia, como cuando los deudores morosos, antes de ser ejecutados, traspasan simuladamente bienes, mientras el acreedor trata de obtener medidas precautorias para asegurar el resultado de su acción. Pero este criterio práctico o de equidad no sirve como norma general, porque muchas veces sus fundamentos no se dan; puede resultar injusto para un adquirente de buena fe que ha anotado su título sin que hubiere mediado algo ilícito entre él y el tradente. Se agrega, todavía, y con razón, que ninguna disposición legal consagra preferencia para inscribir resoluciones judiciales” (VODANOVIC H, Antonio; ob. cit.; p.p. 392 y 393).

(artículo 706 del Código Civil). Incluso, por disposición expresa del artículo 707 del mismo Código ella se presume; principio del cual nadie duda de que es de general aplicación en nuestra legislación. En caso de existir eventualmente una simulación u otro fraude a los acreedores, ello deberá probarse en el juicio respectivo<sup>38</sup>.

Con fecha 2 de Enero de 2002, la Corte Suprema (rol n° 1.152-01) ha confirmado la tesis que venimos defendiendo: “El artículo 16 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces señala que “la anotación presuntiva de que habla el artículo anterior – se refiere a la anotación en el Repertorio – se convertirá en inscripción, cuando se haga constar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción”, agregando la disposición que sigue que “convertida la anotación en inscripción, surte ésta todos los efectos de tal desde la fecha de la anotación, sin embargo de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de una o la otra”. Por último, en relación con estas dos normas, el artículo 724 del Código Civil establece que “si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio.

De acuerdo con el artículo 15 del Reglamento antes citado, si el Conservador se niega a practicar la inscripción, como sucedió en autos, no puede dejar de practicar la anotación en el Repertorio y, de acuerdo con las normas transcritas en el motivo que antecede, si se subsanan los reparos y en la medida que tal saneamiento se produzca dentro del plazo de dos meses a que se refiere el inciso final del referido artículo 15, la fecha de la inscripción debe retrotraerse a la fecha de la anotación en el Repertorio.

En consecuencia, habiéndose practicado la inscripción antes de dos meses de la anotación en el Repertorio, debe entenderse que la fecha de aquélla corresponde a la de ésta, o sea, al 5 de Noviembre de 1998 y, en consecuencia, al inscribirse el embargo el 17 de diciembre del mismo año, se trabó este gravamen sobre un inmueble que se encontraba en posesión del tercerista, de acuerdo con el citado artículo 724 del Código Civil”<sup>39</sup>.

En definitiva, interpretar las cosas en un sentido diverso, no sería más que entorpecer de manera injusta e innecesaria el tráfico jurídico inmobiliario.

#### IV.- PALABRAS FINALES.

Con estas líneas esperamos haber podido ilustrar al lector acerca de nuestro sistema de derecho inmobiliario, el cual opera satisfactoriamente en la práctica y

---

<sup>38</sup> En este mismo sentido, véase en cita 38 la opinión de don Antonio Vodanovic H.

<sup>39</sup> La Semana Jurídica N° 63; semana del 21 al 27 de Enero de 2002; p. 13.

con un alto desarrollo del crédito hipotecario. Ello, en caso alguno, es óbice para que se analice con sumo cuidado la introducción de ciertos perfeccionamientos necesarios.

Pedimos disculpas por cualquier error involuntario u oscuridad en la que podamos haber incurrido, pero el tiempo conspiró a una construcción más acabada del tema.

Finalmente, vayan nuestros más sinceros agradecimientos para los miembros del Colegio de Registradores de España y para los profesores de la Universidad Autónoma de Madrid, tanto por la acogida que se nos ha brindado, como por las clases que se nos han impartido.

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau

## ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO Y EN EL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

### 1.- INTRODUCCIÓN.

El Registro Público es aquella institución del Estado cuya finalidad es publicitar los actos y contratos que se celebran en la vida diaria, teniendo dicha información publicitada carácter erga omnes. A diferencia de los registros administrativos, cuyo objeto se circunscribe al control de los bienes que posee cierta institución estatal (inventario), el Registro Público produce efectos sustantivos frente a terceros, de ahí su carácter jurídico.

La publicidad es por tanto la finalidad del Registro, publicidad que al ser jurídica, genera oponibilidad erga omnes, consiguiéndose con ello seguridad jurídica, fin último del Estado.

Como señala CHICO Y ORTIZ, *“La seguridad o protección del tráfico es la gran finalidad que la publicidad registral persigue. Esta finalidad está pensada y proyectada más de cara al que pretende adquirir y al que necesita lograr garantía para el capital prestado que para el que ya figura amparado por la eficacia de la publicidad. (...) no hay que olvidar que el Registro no es más que el instrumento técnico o institución pública al servicio del fenómeno publicitario. Podríamos citar a Gallardo Rueda, quien enlazando la institución del Registro con la seguridad jurídica, se remonta al orden público y a la realización de la justicia diciendo: “el Registro, pues, proporciona inmediatamente a los posibles contratantes la información necesaria para la defensa de sus intereses, y con ser una función importante, aún llena otra que lo es más: la de contribuir poderosamente a crear esa necesaria conciencia pública de que, al menos en cuanto a las relaciones jurídico-inmobiliarias, es posible conocer, de un modo fácil y seguro, el status vigente. Esta es la razón de que no hayamos vacilado en vincular la naturaleza misma del Registro a la doctrina de la seguridad jurídica, puesto que el orden público sirve en primer término, sin perjuicio de contribuir también y poderosamente a la realización de la justicia”*<sup>40</sup>.

Al otorgarse mediante la publicidad registral seguridad jurídica tanto al titular registral como a los terceros que quieren contratar con dicho titular, se contribuye a la reducción significativa de los costos de transacción habida

---

<sup>40</sup> CHICO Y ORTIZ, José María. Estudios sobre Derecho Hipotecario. Tomo I. Marcial Pons, Madrid 1994. p. 249.

cuenta que por un lado, el propietario de un predio, por ejemplo, no tiene que incurrir en mayores gastos para proteger su titularidad frente a actos usurpatorios, ni tampoco tiene que incurrir en mayores gastos para publicitarlo, lo cual redundaría al final en el precio del bien, y por el otro, los terceros interesados en adquirir la propiedad o cualquier otro derecho real, no tienen que incurrir en gastos onerosos para comprobar la titularidad aducida o que el bien no tiene gravámenes, búsqueda que por cierto nunca acabaría en el caso de la propiedad de inmuebles, dado que, en el sistema jurídico peruano, la transferencia de propiedad inmobiliaria se produce con el mero consentimiento (Art. 949 del Código Civil<sup>41</sup>).

Sobre el particular, entre las conclusiones del VIII Congreso Internacional de Derecho Registral, llevado a cabo en 1989 en la ciudad de Buenos Aires, se señaló que *“La seguridad jurídica, valor esencial del Derecho, afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social, y por todo ello, resulta ineludible para realizar el bien común. Dicha seguridad debe alcanzar tanto a la titularidad y al contenido de los derechos como a la protección del tráfico sobre los mismos. Los registros jurídicos de bienes, en los términos proclamados por los Congresos de Buenos Aires de 1972, México de 1980 y de Roma de 1982, sobre su organización y principios, contribuyen eficazmente a la disminución de conflictos judiciales”*<sup>42</sup>.

## 2.- LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Para que el Registro Público pueda cumplir su función de manera adecuada, esto es, publicitar actos y contratos con efectos erga omnes, y de esta manera otorgar seguridad jurídica a las transacciones con la consiguiente reducción de los costos de transacción, se requiere que la publicidad que expida sea válida, es decir, que se tenga por cierto lo publicitado en los asientos, de tal forma que quien contrate en base a dicha información, aunque ésta no se corresponda con la realidad, resulte protegido.

Para el logro de tal finalidad se hace necesaria la adopción de una serie de principios, tales como el de legitimación, fe pública registral, tracto sucesivo, legalidad, prioridad, oponibilidad, entre otros, los que vean propender a la configuración del Registro con las características señaladas.

Así tenemos, por ejemplo, que mediante el principio de legitimación se tiene por válida la información contenida en los asientos registrales, mientras no se

<sup>41</sup> Artículo 949.- Transferencia de propiedad de bien inmueble

La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

<sup>42</sup> MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario. Tomo I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. p. 37.

rectifiquen o anulen por el Poder Judicial. Por el principio de fe pública registral, se protege al tercero de buena fe que contrató onerosamente en base a la información contenida en el Registro y que inscribió su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constaban en el Registro.

Además, resulta necesario que la información publicitada sea coherente y confiable; y, para ello se requiere que ingresen al Registro actos y contratos válidos, dado el carácter legitimador del mismo, y que exista concordancia con los títulos anteriormente inscritos.

A efectos de la depuración de títulos se ha encargado a un funcionario especializado, el Registrador, la labor de controlar que los actos y contratos que accedan al Registro sean válidos y que además se adecuen con el antecedente registral, llamando a dicho examen calificación registral, premuniendo al citado funcionario de ciertas garantías tales como el de la independencia en el ejercicio de su función.

Comentando la independencia con que actúa el Registrador en su función calificadora, DIEZ-PICAZO señala que *“. es un funcionario independiente, sólo subordinado a otros órganos o autoridades en la vía administrativa o jurisdiccional y por el cauce de los oportunos recursos. Su actividad es pues, libre, sin tener que seguir directrices ni obedecer indicaciones de ningún tipo”*<sup>43</sup>.

El Registrador califica por tanto de manera independiente, los actos y contratos cuya inscripción se solicita, comprendiendo dicha calificación el análisis de la validez del acto o contrato, el cumplimiento de los requisitos formales, así como también su adecuación con los antecedentes registrales, conforme se señala en el artículo 2011<sup>44</sup> del Código Civil y en el artículo 32 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP), en el caso del Perú; y en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria (España).

Como señalan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, la calificación del Registrador *“(...) ha de referirse al contenido del acto o negocio jurídico objeto de la correspondiente escritura pública presentada a*

<sup>43</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid, 1995. p. 384.

<sup>44</sup> Artículo 2011º.- Principio de rogación y legalidad.

Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementarias que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro.

*inscripción. (...) El Registrador ha de comprobar si el acto jurídico en sí, o sea, el contenido de la escritura pública, es válido o nulo, tanto como tal como en sus condiciones. También ha de calificar la trascendencia real del contenido de este título”<sup>45</sup>.*

Si no se realizara dicha calificación previa antes de la incorporación al Registro del acto o contrato, se correría el riesgo de publicitar como válidos actos inválidos, o de inscribir actos que no se adecúan al antecedente registral, como por ejemplo la inscripción de una hipoteca sobre un inmueble donde el titular es un tercero ajeno a la relación creada, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica y el aumento de los costos de transacción.

### 3. NATURALEZA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Como se señaló líneas arriba, tanto en el sistema registral peruano como en el español, la calificación registral la realiza el Registrador, siendo que en el caso del Perú la calificación también se encuentra a cargo del Tribunal Registral, órgano de segunda instancia dentro del procedimiento registral, calificación que realiza al momento de la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las observaciones, tachas o liquidaciones que formulen los registradores a la solicitud de inscripción de un título, conforme se señala en el artículo 31 del Reglamento General de los Registros Públicos<sup>46</sup>.

Dicha calificación se realiza de manera independiente, es decir, sin estar sujeto a mandato imperativo del superior jerárquico, siendo que sus decisiones no pueden ser anuladas de oficio en sede administrativa.

Si bien el Registrador no resuelve una controversia entre dos particulares, como sí lo hace el juez o los tribunales administrativos -Tribunal Fiscal o el Tribunal del Indecopi, en el Perú-, sino que resuelve una petición del usuario, al ser el procedimiento registral uno de carácter no contencioso; sin embargo su función calificadora la realiza de manera independiente, al igual que el juez, y no de manera subordinada, propia de la función administrativa, no estando por tanto sujeto en su resolución a los intereses concretos que pueda tener la Administración Pública.

<sup>45</sup> ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Tomo IV. Bosch Casa Editorial, Barcelona. p. 30.

<sup>46</sup> Artículo 31.- Definición

La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales.

En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.

Este es el motivo que ha llevado a la doctrina mayoritaria a negar el carácter administrativo de la función registral, señalando algunas teorías, que se trata de una función de carácter jurisdiccional (Agulló, Barrachina y Pazos y García); otros opinan que se trata de una de jurisdicción voluntaria, porque no hay controversia entre partes, lo que la diferencia de la función jurisdiccional<sup>47</sup> (Jerónimo Gonzáles y Roca Sastre); y una última, que indica que se trata de una función con naturaleza propia, "*tertium genus*", propugnado por Chico y Ortiz y Lacruz Berdejo.

CHICO Y ORTIZ, comentando sobre la calificación registral, señala que *"en su actuación se asemeja a la judicial; de otra, tiene rasgos administrativos, y, por último, guarda cierta semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene algo de todos éstos quiere decir que no puede encuadrarse en ninguno de ellos. Se ha caído aquí en la gran ansiedad que utilizaron los pandectistas en su obsesión de aprisionar todas las figuras jurídicas aplicando el método dogmático de inversión para precisar lo real de lo obligacional: dadas determinadas características de los derechos reales, la figura expuesta a examen coincide o no con las mismas; de ahí que pudiera o no ser considerada como derecho real. ¿Es posible configurar la calificación en forma autónoma sin necesidad de encuadrarla en instituciones típicas? Decir que es autónoma o sui generis quizá no sea decir nada, pero creo que tampoco se adelanta mucho intentando encuadrarla dentro del campo judicial o del administrativo, en los que sólo pérdida de derechos y limitación de facultades surgirían. Afirmar una situación híbrida de jurisdicción voluntaria puede llevarnos a las mismas orillas doctrinales que la de la calificación como autónoma, sui generis o diferente.*

*Entiendo que hay que partir de un principio general, cual es el que atribuye a los ciudadanos españoles el derecho a la seguridad jurídica, lo cual supone comprender a dicha expresión no sólo la idea de seguridad del derecho, que está garantizada a través del poder judicial, sino la seguridad del tráfico, que se ejercita a través de la publicidad que el Registro ofrece a los actos jurídicos inscribibles. Si la decisión judicial se basa en la existencia de un poder o jurisdicción que emana del Estado, la función calificadora responde igualmente a un poder (o si se quiere jurisdicción) que, en principio, podríamos considerar como especial. En la seguridad jurídica (.) no puede desconocerse la seguridad del tráfico, pues si sólo a la seguridad del derecho estuviera referido, el precepto no tendría el alcance programático que lo inspiró"<sup>48</sup>.*

<sup>47</sup> GIMENO GAMARRA señala, respecto de la jurisdicción voluntaria que la ".finalidad de proteger los derechos privados es la que diferencia a la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden al cumplimiento de fines de interés general, y si a veces protegen también los derechos de los particulares, lo hacen de modo indirecto, sin que sea ésta la finalidad específica, como lo es de la jurisdicción voluntaria". <sup>□</sup> Citado por Lacruz Berdejo en Ob. cit. p. 453.

<sup>48</sup> Citado por Lacruz Berdejo en Ob. cit. p. 464.

Por lo expuesto, sea que se opte por cualquiera de dichas teorías respecto a la naturaleza de la calificación registral -función jurisdiccional, función jurisdicción voluntario o función "sui generis"j, lo concreto es que todas ellas niegan carácter administrativo a la función registral por tratarse de una actividad en la cual la calificación registral se realiza de manera independiente, al igual que el juez.

#### 4. PRINCIPIOS REGISTRALES.

Para que el Registro cumpla la finalidad de ser un mecanismo confiable de información jurídica se requiere que tenga una serie de características, las que se encuentran determinadas por los principios registrales. Dichos principios se pueden distinguir, siguiendo a la clasificación más tradicional<sup>49</sup>, en principios referidos a los requisitos de inscripción y principios referidos a los efectos de la inscripción.

Entre los principios referidos a los requisitos de inscripción tenemos el de rogación, tracto sucesivo, especialidad y legalidad.

Por su parte, los principios registrales referidos a los efectos de la inscripción son los de legitimación, fe pública registral, oponibilidad y prioridad.

A continuación se estudiará el principio de prioridad registral así como la regulación recibida en el sistema registral peruano y en el español, dejándose constancia de la gran similitud entre ambos ordenamiento teniendo en cuenta que en el Perú se adoptó, con pequeños matices, como sistema registral el español.

#### 5. PRINCIPIO DE PRIORIDAD

El principio de prioridad es fundamental para el funcionamiento del sistema registral porque mediante el mismo se determina la preferencia entre los títulos presentados al Registro, principio que queda reflejado en el axioma romano "*Prius tempore potior iure*".

José Manuel García García lo define como "*el principio hipotecario en virtud del cual los títulos o derechos que acceden al Registro prevalecen, en caso de conflicto, frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a las fechas de presentación de los documentos en el libro Diario*"<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> En Carmen de Grado. Principio de Prioridad. Ponencia presentada al IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral. Pág. 1.

<sup>50</sup> Citado por Carmen de Grado. Ob. Cit., Pág. 2.

La prioridad se encuentra establecida en el asiento de presentación, el mismo que debe contener la fecha, hora, minuto, segundo y fracción de segundo del ingreso del título al Registro, según se desprende del artículo 23 del RGRP<sup>51</sup> como también del artículo 51.12 del Reglamento de la Ley Hipotecaria. De esta manera, los títulos una vez registrados, retrotraerán sus efectos a la fecha y hora del asiento de presentación.

Así lo señala el Numeral IX del Título Preliminar del RGRP<sup>52</sup>, que indica lo siguiente: *“Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario”*.

Disposición similar se encuentra recogida en la legislación española. Así tenemos que en la Ley Hipotecaria se establece en su artículo 24 lo siguiente: *Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma.*

El asiento de presentación del título se extiende en el Libro Diario de la Oficina Registral por riguroso orden de ingreso, en horario de oficina, horario que es establecido por el Jefe de la Oficina. En casos excepcionales, conforme se contempla en el artículo 18 del RGRP, el citado funcionario podrá ampliar el horario de oficina, debiendo de señalarse dicha circunstancia en el Libro Diario. No tienen validez los asientos de presentación extendidos en horario fuera de oficina.

En España, a diferencia del Perú, se admite la presentación de documentos fuera del horario de oficina, como es el caso de la presentación de título por telefax o por vía telemática.

En el caso de la presentación de títulos por telefax, si se presentan dentro del horario de oficina, se extenderá el asiento de presentación en el momento en que han llegado al Registro. Si se presentan fuera del horario de oficina, se extiende el asiento de presentación el primer día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario, conjuntamente con los títulos que se hubieran presentado en ese momento al Registro. No existe prelación entre estos títulos, por lo que cualquier conflicto entre ellos respecto a la prioridad se resuelve por

---

51 Artículo 23 del RGRP.- Contenido del asiento de presentación

Cada asiento de presentación tendrá un número de orden en atención a la presentación del título a la Oficina del Diario. El asiento contendrá, bajo responsabilidad del funcionario encargado de extender el mismo, los siguientes datos:

a) Fecha, hora, minuto, segundo y fracción de segundo de presentación;

<sup>52</sup> IX. PRINCIPIO DE PRIORIDAD PREFERENTE

Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario.

acuerdo entre las partes involucradas o judicialmente. Este supuesto se encuentra contemplado en el artículo 418 del Reglamento de la Ley Hipotecaria.

Siendo que en la presentación por telefax lo que se envía es una copia del título a presentarse, y por tanto un documento privado, se establece un plazo de 10 días hábiles para que se presente el título original, bajo pena de caducidad del asiento de presentación.

En el caso de la presentación telemática, al igual que en el de la presentación de títulos por telefax, si se presentan en horario de oficina se extienden en el Diario en el día, hora y minuto de su presentación; y si lo hacen fuera del horario de oficina, se extienden el primer día útil siguiente, después de la apertura pero, a diferencia de la presentación por telefax, conservando la prioridad del momento de su recepción, es decir, conservando el día, hora y minuto de su presentación al Registro, aunque haya sido fuera del horario de oficina.

### **5.1. Efectos.**

El principio de prioridad produce dos efectos importantes, la preferencia y la prevalencia, dependiendo de si los títulos son compatibles o no. Si los títulos son compatibles, uno será preferente sobre el otro, y si son incompatibles, se da la prevalencia o cierre del registro respecto del título ingresado posteriormente.

La compatibilidad o no del título presentado posteriormente la determina el Registrador, quien luego de calificar los actos materia de inscripción verifica si ambos títulos inscritos pueden coexistir o no. Si pueden coexistir, son compatibles, si no, son incompatibles. Ello se encuentra desarrollado en el artículo 26<sup>53</sup> del RGRP.

En atención a los efectos que produce el principio de prioridad, de preferencia o prevalencia, en el sistema registral peruano, a diferencia del español, se ha clasificado en dos principios: principio de prioridad preferente y principio de prioridad excluyente, dependiendo de si produce el efecto de preferencia o prevalencia.

#### **a) Principio de prioridad preferente.**

El Art. 2016 del Código Civil peruano regula el llamado principio de prioridad preferente, el cual señala lo siguiente: *“La prioridad en el tiempo de la*

---

53 Artículo 26.- Títulos pendientes incompatibles

Durante la vigencia del asiento de presentación de un título, no podrá inscribirse ningún otro incompatible con éste.

Un título es incompatible con otro ya presentado, cuando la eventual inscripción del primero excluya la del presentado en segundo lugar.

*inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro*". Este principio se encuentra desarrollado en el Art. IX del Título preliminar del RGRP, el cual señala que *"Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario"*.

Resulta aplicable dicho principio cuando los títulos presentados para su inscripción son compatibles. En dicho supuesto, se inscriben los dos títulos pero el presentado primero tendrá preferencia sobre el segundo. Es el caso, por ejemplo, cuando se ha presentado a inscripción dos hipotecas sobre el inmueble. En dicho supuesto se inscribirán ambas hipotecas pero la presentada antes tendrá preferencia, al momento de su ejecución, sobre la segunda.

En España, este efecto del principio de prioridad se encuentra recogido en el artículo 25 de la Ley Hipotecaria, que establece lo siguiente: *"Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos"*.

El principio de prioridad tiene como elemento principal el tiempo de la presentación del título al Registro. La prioridad de la presentación del título al Registro determina la preferencia de los derechos que otorga, recogiendo de esta manera la regla general "Quien es primero en el tiempo, es primero o mejor en el derecho" (*prius tempore, potior jure*).

Conviene señalar que si bien la preferencia se encuentra determinada por la presentación del título al Registro, no necesariamente el título que se presentó primero se tiene que inscribir primero. Muchas veces puede suceder que por diversas circunstancias el título ingresado en segundo lugar se registre primero, sin perjuicio que el título ingresado en primer lugar una vez inscrito le sea preferente.

Sobre ese tema, en el Tercer Pleno del Tribunal Registral, desarrollado los días 21 y 22 de febrero de 2003, y que fue publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de junio de 2003, se aprobó como precedente de observancia obligatoria<sup>54</sup> el siguiente criterio, el mismo que fuera adoptado en las Resoluciones N° 023-2003-SUNARP-TR-L del 17 de enero de 2003 y N° 083-2003-SUNARP-TR-L del 13 de febrero de 2003:

---

<sup>54</sup> De acuerdo al artículo 19 del Reglamento del Tribunal Registral, constituye atribución de dicho órgano la aprobación de precedentes de observancia obligatoria, siendo éstos, de acuerdo al artículo 32 de dicho cuerpo normativo, acuerdos aprobados en el Pleno del Tribunal que establecen *interpretaciones a seguirse de manera obligatoria por las instancias registrales en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo del Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior*.

“El artículo 47 del Reglamento General de los Registros Públicos debe interpretarse en concordancia con los artículos 26 y 29 del mismo reglamento, es decir, en el caso que un título presentado con posterioridad no sea incompatible con uno anterior pendiente de inscripción referente a la misma partida, debe procederse a su calificación y de ser positiva a su inscripción; y en el caso de ser incompatible, debe procederse a la calificación y suspensión del asiento de presentación del título posterior”.

Mediante dicho criterio se señaló que si bien el primer párrafo del artículo 47<sup>55</sup> del RGRP, señala que las inscripciones deben realizarse de acuerdo al orden de presentación de los títulos al Registro, sin embargo, en el caso de ser dichos títulos compatibles, y no poder inscribirse el ingresado primero por adolecer de algún defecto subsanable, no habría ningún problema en inscribir el título presentado en segundo lugar, en caso de no adolecer de defecto alguno, porque ello no va a afectar la preferencia que tiene el título ingresado en primera lugar, en aplicación del principio de prioridad preferente.

Dicho criterio se estableció como precedente de observancia obligatoria en razón a que varios registradores, de manera reiterada, venían suspendiendo<sup>56</sup> el asiento de presentación de los títulos ingresados en segundo lugar, a pesar que no tenían defecto alguno y eran compatibles, hasta que se subsane y consecuentemente, se inscriba, o en su defecto, caduque el asiento de presentación, del título ingresado en primer lugar.

#### **b) Principio de prioridad excluyente.**

Se encuentra recogido en el artículo 2017 del Código Civil peruano como en el Numeral X del Título Preliminar del RGRP. En España se encuentra recogido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 2017 del Código Civil peruano establece lo siguiente: "*No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior*". La Exposición de Motivos del Código Civil señala escuetamente: "*Este artículo acoge el principio de prioridad excluyente, el cual tiene efectos respecto de títulos que son incompatibles con otros ya inscritos y que no permiten su inscripción sin importar las fechas en que estos títulos fueron producidos. De este modo se produce el cierre registral. Un título que pretende inscribirse, si es incompatible con otro ya inscrito simplemente no podrá inscribirse*"

<sup>55</sup> Artículo 47.- Forma de extensión de los asientos de inscripción

Los asientos de inscripción referentes a una partida se extenderán en estricto orden de presentación de los respectivos títulos, salvo los casos de títulos conexos a que se refiere el artículo 5.

<sup>56</sup> De acuerdo al artículo 29 del RGRP, constituye causal de suspensión del asiento de presentación del título la existencia de título pendiente incompatible.

A su vez el Art. X del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos establece que: *"No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha"*

Por su parte, en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria se establece lo siguiente: *"Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real."*

*Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento".*

En el supuesto del principio de prioridad excluyente se está frente a títulos incompatibles que se han presentado para su inscripción respecto de una misma partida. Como no pueden inscribirse ambos títulos, entonces, por aplicación del principio en comento, sólo accederá al Registro el título ingresado en segundo lugar si el ingresado en primer lugar no se registra.

En este caso, se produce la prevalencia o cierre del Registro para el presentado en segundo lugar.

Por ejemplo, en el supuesto de doble venta, si ingresa al Registro la venta del mismo inmueble realizada por el titular registral A en favor de B, así como la venta realizada por A en favor de C. Si C ingresa primero su contrato de compraventa al Registro, B sólo podrá registrar su título de compraventa si el título de C se tacha (defecto insubsanable).

Dicho cierre puede ser definitivo o provisional. Será definitivo cuando el título presentado en primer lugar se inscribe.

Será provisional cuando el presentado en primer lugar aún no se ha inscrito y ha sido observado, o en los supuestos de anotación preventiva por defecto subsanable<sup>57</sup>, contemplado en el inciso d) del artículo 65 del RGRP. En dicho supuesto, se levantará el cierre del Registro una vez que caduque el asiento de presentación del título preferente.

---

<sup>57</sup> Artículo 65.- Actos y derechos susceptibles de anotación preventiva

Son susceptibles de anotación preventiva:

d) Los títulos cuya inscripción no pueda efectuarse porque adolecen de defecto subsanable;

## 5.2. Prioridad material y prioridad formal.

En la doctrina tradicional se suele señalar que el principio de prioridad tiene efectos materiales y formales.

Los efectos materiales se encuentran relacionados con la inoponibilidad de los actos no inscritos, aunque sean anteriores a los actos registrados, garantizándose de esta manera la legitimación de los actos inscritos.

Se encuentra recogido en el artículo 2017 del Código Civil y en el numeral X del Título Preliminar del RGRP, en el caso del Perú, y en el primer párrafo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, en el de España.

El efecto formal se encuentra relacionado al orden que se establece entre los títulos ingresados al Registro pero aún no inscritos. En dicho supuesto, conforme a este principio, hay que estar a la fecha y hora del asiento de presentación, de tal forma que el ingresado en primer lugar resultará preferente o prevalente sobre el ingresado en segundo lugar.

Se encuentra recogido en el artículo 2016 del Código Civil peruano, así como en los numerales IX y X del Título Preliminar del RGRP. En el ordenamiento español, se encuentra recogido en el segundo párrafo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria

La diferencia del efecto formal con el material es que en el efecto formal los títulos aún no se han registrado. Una vez inscrito el título ingresado en primer lugar, se estará ante el efecto material del principio de prioridad.

Sin embargo, conforme señala Carmen de Grado, dicha posición de la doctrina tradicional se encuentra actualmente en cuestión en razón de entenderse, siguiendo a Pau Pedrón, que el principio de prioridad solamente tiene efectos formales, siendo el llamado efecto material otro principio, cual es el de oponibilidad, ya que en este último caso, *“la eficacia de un derecho inscrito frente a otro no inscrito o inscrito después”, es en realidad oponibilidad, principio distinto del principio de prioridad y esencial en un registro de derechos, y es que el efecto prelativo o preferencial de un derecho no es tanto consecuencia del tiempo, como de la propia naturaleza del derecho, reforzada por la inscripción. Una naturaleza tal que, en ciertos casos, hace incompatible su existencia con otros derechos y, en otros casos, hace que la compatibilidad con el derecho posterior sea limitada*”<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Ob. Cit. Pág. 3.

Continuando, Carmen de Grado, señala que *“así como para la doctrina tradicional el artículo 17 es una de las manifestaciones del principio de prioridad que tiene enlace perfecto con el principio de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, por lo que el principio de prioridad no tiene un carácter formal sino sustantivo, para Pau el párrafo primero del artículo 17 de la Ley Hipotecaria no recoge el principio de prioridad sino el principio de oponibilidad: “Los derechos reales inscritos son oponibles a todos los terceros y por tanto también a los que adquirieron por títulos de igual o anterior fecha”*<sup>59</sup>.

De esta forma, de acuerdo a la concepción preconizada por Pau Pedrón, adoptada por Carmen de Grado, y con el cual estamos de acuerdo, el principio de prioridad solamente tendría efectos formales, más no materiales, por lo que sólo operaría sólo en los casos de títulos presentados para su inscripción al Registro. En dicho supuesto, hay que estar a la fecha y hora del asiento de presentación para determinar la preferencia o eventual prevalencia de un título sobre otro, variando los efectos dependiendo de la compatibilidad o no de los títulos presentados.

En consecuencia, una vez inscrito el título se estará ante otro principio, el de oponibilidad, principio que nos informa que el derecho inscrito es oponible a todos los títulos incompatibles que se pretendan inscribir, aunque estos sean de fecha anterior.

### **5.3. Extensión del asiento de presentación.**

En España el Registrador califica el título antes de extender un asiento de presentación en el Libro Diario, siendo que puede denegar el ingreso del título en tres supuestos, que se encuentran contemplados en el artículo 420 del Reglamento Hipotecario: 1) Cuando se presenten documentos privados, salvo los casos permitidos en la Ley. 2) Cuando los documentos se encuentran referidos a fincas radicantes en otros Registros. 3) Cuando los que por su naturaleza, contenido o finalidad no pueden provocar operación registral alguna

Contra la decisión del Registrador cabe recurso siendo que en caso de ganarlo el presentante, se procederá a extender el respectivo asiento de presentación pero perdiendo la prioridad que hubiera obtenido si se extendía dicho asiento desde el primer momento por parte del Registrador.

En el Perú, en cambio, se encuentra prohibido rechazar de plano la extensión del asiento de presentación a los títulos presentados al Registro, por lo que todos los títulos son ingresados al Libro del Diario, salvo en casos expresamente establecidos, como la falta de pago de los derechos de presentación exigidos, la

<sup>59</sup> Ob. Cit., Pág. 5.

no presentación de los documentos indicados en la solicitud de inscripción, o el que el presentante no haya sufragado en las últimas elecciones generales<sup>60</sup>, a menos que se demuestre que se tuvo dispensa o que se no se encontraba obligado a sufragar, según se señala en el artículo 17 del RGRP<sup>61</sup>.

En ese sentido, a diferencia del Registrador español, el Registrador peruano no califica el título para efectos de la extensión del asiento de presentación, ya que, como se acaba de señalar, se encuentra prohibido. Una vez ingresado el título al Diario, recién el registrador tiene competencia para calificar el título presentado, y en función a ello, observar o tachar el título, dependiendo de si adolece de un defecto subsanable o insubsanable.

#### **5.4. El bloqueo de partidas registrales.**

En el sistema registral peruano se regula la figura del bloqueo de partidas registrales. Mediante el bloqueo de partidas se reserva prioridad a los actos y contratos que constituyen, amplían, transmiten o modifican un derecho real sobre un inmueble determinado, mientras se encuentren en proceso de formalización ante el notario.

Mediante esta figura se busca proteger las transacciones inmobiliarias, ya que entre la celebración del acto o contrato y expedición de la escritura pública, transcurre un lapso de tiempo en el que se puede inscribir en la partida del inmueble un título incompatible. De esta manera se busca garantizar al adquirente la inamovilidad de la situación de la partida registral desde el momento de la celebración del contrato hasta el momento de la presentación del parte notarial al Registro para la inscripción del título.

Esta figura se encuentra regulada en el Decreto Ley N° 18278. Para la anotación del bloqueo basta con que el notario lo solicite al Registro, previa verificación de la partida, mediante la presentación de una solicitud adjuntando copia del documento celebrado por las partes, dentro de las 24 horas de presentado dicho documento a la notaría, para su elevación a escritura pública<sup>62</sup>.

El efecto del bloqueo, una vez registrado, consiste en la prohibición de inscripción en la partida del inmueble de cualquier título celebrado por terceros que implique una mutación real del predio. El plazo de vigencia del bloqueo de

---

<sup>60</sup> En el Perú es obligatorio el sufragio electoral en las elecciones generales.

<sup>61</sup> Artículo 17.- Requisitos de admisibilidad.

Está prohibido rechazar de plano una Solicitud de Inscripción, salvo que el presentante no acompañe la documentación indicada en la solicitud, no abone los derechos registrales exigidos para su presentación o no acredite alguna de las circunstancias a que se refiere el segundo párrafo del artículo 15.

<sup>62</sup> En el Perú los actos y contratos que se elevan a escritura pública deben constar en minuta, salvo casos expresos, el cual es un documento que contiene el acto celebrado, debidamente firmado por los contratantes y autorizado por abogado.

la partida es de 60 días hábiles, al cabo del cual, caduca. Si antes de dicho plazo se presenta al Registro el parte notarial del acto o contrato materia del bloqueo, se inscribe el título, retrotrayendo sus efectos al asiento de presentación del título que dio mérito al bloqueo.

En España no existe esta figura del bloqueo de la partida. Sin embargo, existen otros mecanismos que buscan la misma finalidad, cual es la de dar mayor seguridad a los adquirentes respecto a la permanencia de la situación de la partida desde el momento de la celebración del contrato hasta la inscripción del mismo. Uno de ellos se encuentra constituido por la copia simple continuada que el notario debe solicitar al Registro antes de autorizar una escritura pública, siendo obligación del Registrador informar durante los nueve días siguientes al notario acerca de la presentación de títulos referentes a la partida, o de pedidos de información de otros notarios.

Otro mecanismo implementado y que busca darle mayor celeridad a la inscripción de los actos y contratos, es el de la presentación de títulos por telefax y por presentación telemática, ya tratado anteriormente.

Sin embargo, estos mecanismos no reservan prioridad al acto o contrato en proceso de escrituración, como sí sucede con el bloqueo establecido en el Perú, teniendo en este sentido, este último mecanismo una cierta ventaja.

## **6.- CONCLUSIONES.**

Se pueden establecer las siguientes conclusiones:

El Registro Público constituye un mecanismo de publicidad jurídica de los actos y contratos que se celebran en la sociedad, contribuyendo de esta manera a dar mayor seguridad jurídica tanto al titular registral como a los terceros que contratan, reduciendo de esta forma los costos de transacción.

Para que el Registro cumpla con la finalidad de ser un mecanismo de publicidad jurídica, es decir, de publicidad de derechos con efectos erga omnes, resulta necesario que reúna una serie de características, las mismas que se encuentran recogidas en los principios registrales, tales como el de legitimación, fe pública registral, prioridad, tracto sucesivo, entre otros.

Dichos principios van a configurar las características del sistema registral adoptado en un determinado país.

En el Perú y en España se adoptó el mismo sistema registral, el de inscripción con efecto declarativo, al haberse regulado los mismos principios registrales. En ese sentido, existe bastante similitud entre dichos ordenamientos, siendo las diferencias mínimas, que no influyen mayormente en el modelo adoptado.

Para el cumplimiento de la finalidad del Registro, resulta necesario que se encargue a un funcionario especializado, el Registrador, la función de controlar que ingresen al Registro títulos válidos y que se adecúen con el antecedente registral, teniendo en cuenta los importantes efectos de la publicidad registral, función que la va a cumplir mediante la calificación registral, función que la realiza de manera autónoma e independiente. En el caso del Perú, dicha función calificadora también se encuentra encomendada al Tribunal Registral, órgano de segunda instancia dentro del procedimiento registral.

Mediante el principio de prioridad se establece el orden de los derechos que ingresan al Registro, generándose dos efectos, el de preferencia y el de prevalencia. La preferencia se da entre títulos compatibles y la prevalencia entre títulos incompatibles. La determinación de la preferencia o prevalencia la realiza el Registrador mediante la calificación de la compatibilidad o no de los títulos presentados. En función a los efectos que genera, en el Perú se ha dividido dicho principio en dos: principio de prioridad preferente y principio de prioridad excluyente, dependiendo de si el efecto es la preferencia o la prevalencia.

En función de los efectos que genera el principio de prioridad, se señala que produce efectos materiales y formales. Los efectos materiales están relacionados con la inoponibilidad de los títulos no inscritos, aunque sean de fecha anterior, a los títulos registrados. Los efectos formales se encuentra en relación con los títulos pendientes de inscripción, estableciendo la preferencia o prevalencia del título presentado en primer lugar para su inscripción frente al presentado posteriormente. Al respecto, una corriente doctrinaria, preconizada por Pau Pedrón, señala que el principio de prioridad solamente genera efectos formales, porque una vez inscrito el título, se estará ante otro principio, el de oponibilidad.

En España el Registrador califica el título antes de su ingreso al Diario, pudiendo denegar su registro si se presenta en documento privado, contiene acto no inscribible o se presenta en oficina distinta al competente. En el Perú, en cambio, le está negado al Registrador calificar el título antes de su ingreso al Diario, debiendo de hacerlo después de dicho registro.

El ingreso de los títulos al Libro Diario se realiza en horario de oficina, consignándose en el asiento de presentación el día, hora, minuto, segundo y fracción de segundo de dicho ingreso. En España, en cambio, se permite el ingreso de los títulos fuera del horario de oficina, y se da en los casos de presentación de títulos por telefax o por telemáticamente. En ambos supuestos, se extiende el asiento de presentación al día siguiente, al momento de la apertura del Diario, conjuntamente con los títulos presentados en dicho momento, sin que exista preferencia entre ellos, en el caso de la presentación por telefax, ya que en el caso de los títulos presentados telemáticamente, se conserva el día, hora,

minuto y segundo del ingreso del día anterior, aunque haya sido en horario fuera de oficina.

En el Perú se regula el bloqueo de partidas registrales, institución mediante la cual se reserva prioridad a los actos y contratos que constituyen, modifiquen, transfieren o amplíen derechos reales sobre un inmueble determinado; mientras se encuentren en proceso de elevación a escritura pública. De esta manera se busca proteger al adquirente de un derecho real sobre un determinado predio, porque se garantiza que no se registre ningún acto que implique mutación real del predio mientras el contrato se eleva a escritura pública en la notaría. Para el registro del bloqueo basta la presentación de solicitud del notario, ante el cual se está elevando a escritura pública el contrato, acompañado de copia simple de dicho contrato. Con su registro, no se pueden inscribir ningún acto o contrato que implique modificación del derecho real del predio, durante el plazo de 60 días hábiles. Si se presenta el título materia del bloqueo, dentro de dicho plazo, se retrotrae su asiento de presentación al del título que dio mérito a la extensión del bloqueo.

GLORIA AMPARO SALVATIERRA VALDIVIA  
FERNANDO TARAZONA ALVARADO

# EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

## INDICE:

- I. Introducción.
- II. El principio de prioridad en el sistema registral inmobiliario argentino.
- III. Prioridad pura o directa.
- IV. Prioridad indirecta o reserva de prioridad.
- V. La reserva de prioridad y las medidas cautelares.
  - V.1 Derecho tutelados.
  - V.2 Precisión terminológica. Medidas cautelares en los diferentes ordenamientos procesales. Facultades de los jueces.
  - V.3. Procedimiento seguido por el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.
  - V.4. Falta de mecanismos para recurrir decisiones judiciales por parte del Registro de la Provincia de Buenos Aires.
  - V.5. Puntos a tener en cuenta ante una posible reforma normativa.
- VI. Comparación con el derecho español.
- VII. Conclusiones.
- VIII. Anexo.

## I.-INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como objeto realizar una descripción de cómo funciona el principio de prioridad en el sistema registral inmobiliario argentino.

Es dable remarcar que nuestro legislador nacional recién en el año 1968 estableció el sistema de publicidad e inscripción registral<sup>1</sup> por intermedio de la sanción de la ley 17801, que tuvo como fuente directa casi en un tercio de su normativa a la ley hipotecaria española y a la leyes registrales de la provincia de Buenos Aires y de la Capital Federal.

---

<sup>1</sup> Velez Sarsfield cuando redactó en el año 1869 el Código Civil Argentino no contempló el sistema de inscripción registral, con excepción del derecho la hipoteca. La ley especial crea y da vida a un nuevo sistema que completa y armoniza lo descripto por el ambiguo artículo 2505 del Código Civil, reformado por la ley 17.711.

Pero a poco menos de 10 años de la sanción del Código Civil en el año 1869, con idas y vueltas, las provincias argentinas fueron estableciendo sus propios registros provinciales<sup>2</sup>, a partir de la necesidad social de dar certeza y seguridad sobre el estado jurídico de los inmuebles y de las personas.

Actualmente, el sistema registral argentino funciona de forma armónica, con una ley marco que propende a la aplicación homogénea de la ley y con veinticuatro jurisdicciones provinciales que reglamentan localmente el funcionamiento de sus Registros.

El principio de prioridad enmarcado en nuestro sistema jurídico no difiere de los establecidos en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos y de Europa occidental a partir del adagio latino “*prior tempore potior iure*” adosado en forma indisoluble con la inscripción y la oponibilidad registral, sin el cual no tiene sentido.

La gran innovación de la ley argentina fue, como luego veremos, el establecimiento de un sistema de prioridad indirecta o reserva de prioridad para proteger por un lapso de tiempo perentorio a los negocios jurídicos en gestación, que ha dados excelentes resultados desde el punto de vista jurídico y del mercado inmobiliario, dando previsibilidad y seguridad jurídica a las transacciones.

El muy buen funcionamiento registral argentino se manifiesta con la baja litigiosidad y con la protección del usuario que concurre a nuestros registros para obtener la publicidad que este otorga. El ordenamiento de los asientos en forma cronológica y la resolución de problemáticas que luego describiremos, como son los casos de anotación de las medidas cautelares y la correlación con la prioridad indirecta dan muestra de ello.

## **II. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN EL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO ARGENTINO.**

El principio de prioridad es uno de los pilares básicos del sistema registral inmobiliario y, de alguna manera, se confunde con la publicidad registral misma. Sin el funcionamiento de la prioridad la registración carece de sentido.

El establecimiento de este principio en la legislación argentina es reconocido internacionalmente por la doctrina especializada en la materia por ser una innovación jurídica, que a más de tres décadas de su funcionamiento, ha

---

<sup>2</sup> Podemos destacar a los Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires creado en el año 1879, y el Registro de la Capital Federal en 1881, y así sucesivamente todas las jurisdicciones del país.

demostrado otorgar seguridad y previsibilidad en las transacciones inmobiliarias. De allí el reconocimiento vigente a los autores de la ley, Dres. Edgardo Augusto Scotti y Miguel Norberto Falbo.

Esto en virtud de haber estructurado normativamente, por un lado, un sistema de prioridad directa o pura, y por el otro indirecta o reservada, que se encuentran entrelazados en un todo uniforme.

### III. PRIORIDAD DIRECTA.

Como mencionamos anteriormente el principio tradicional de prioridad, denominado por nuestra doctrina como pura o directa, tiene reflejo en todas las legislaciones del mundo.

Siguiendo a Villaro, este principio puede apreciarse desde un punto de vista material y desde un punto de vista formal. Desde el primero exterioriza la preferencia de una situación jurídica sobre otra, sea por incompatibilidad (dos transmisiones de dominio o dos hipotecas de igual grado sobre el mismo inmueble), sea por oponibilidad (embargos sucesivos, transmisión de dominio y embargo), fijando la prelación de la que accede primero al Registro: “*prior in tempore potior in iure*”.

Desde el punto de vista formal significa que el registrador no debe inscribir derechos incompatibles y debe practicar los asientos siguiendo un estricto orden cronológico.

Este ordenamiento temporal es esencial si se tiene en cuenta que sobre los inmuebles pueden tener asiento y competir, derechos de distinta naturaleza y extensión, siempre desde ya que se trate de derechos compatibles, caso contrario no habrá orden sino desplazamiento liso y llano.

Desde otra óptica y teniendo en cuenta la cualidad esencial de oponibilidad de los derechos reales, ese ordenamiento cronológico sirve para afianzar la seguridad del tráfico jurídico, dentro del proceso de circulación de los bienes.

El Dr. Felipe Pedro Villaro<sup>3</sup>, lo define de la siguiente manera: “*El principio de prioridad establece que la oponibilidad de los actos causales entre si, respecto de un mismo inmueble, se determina por su ingreso directo o reservado, en el Registro*”.

---

<sup>3</sup> Villaro, Felipe Pedro, en su trabajo Reformulación de los llamados principios registrales inmobiliarios. RDN. 882.

De allí que la presentación de los documentos para su registración se realiza en la oficina que, bajo la denominación de mesa de entradas o departamento de recepción y prioridades, u otra similar, es la que realiza el primer asiento registral, y por ende, practica el primer examen documental.

Ese primer asiento es el que se hace en el denominado ordenamiento diario que según el artículo 40<sup>4</sup> de la ley 17.801 debe llevarse cronológicamente y con asignación correlativa de números a los documentos que se presenten.

Como el ordenamiento diario es el que determina la prioridad entre *dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble*, conforme lo prescribe el artículo 19<sup>5</sup> de la ley registral, debe llevarse en las condiciones más depuradas de seguridad.

De tal forma la mayoría de las reglamentaciones locales, como lo es el caso del decreto 5479/65 de la Provincia de Buenos Aires, establecen que dicho ordenamiento diario *deberá cerrarse diariamente inutilizándose los claros con notas que suscribirá el director o el funcionario que éste designe*. Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, hay que aclarar que la numeración correlativa de los asientos comienza el primer día del año calendario y finaliza el último.

El libro u ordenamiento debe ser único para todos aquellos documentos capaces de generar oponibilidades o incompatibilidades recíprocas, por lo que es violatorio de la ley registral llevar, por citar ejemplos, un diario con numeraciones pares y otro con impares, o separar las medidas precautorias de los documentos que constituyan, transmitan o modifiquen derechos reales inmobiliarios.

El libro diario al que nos estamos refiriendo debe contener las circunstancias mínimas individualizadas de cada documento presentado, a saber: fecha, y número de presentación, autorizante del documento, registro notarial y jurisdicción, juez o funcionario administrativo, registración que se pretende, apellido y nombres de los otorgantes del documento, solicitante de la registración si fuere distinto del autorizante del documento, carátula del juicio, juzgado, secretaría, fuero y jurisdicción en los documentos judiciales y solicitante de los certificación o informe en su caso. Por cada documento que se

---

<sup>4</sup> Art. 40: “El Registro por los procedimientos técnicos que disponga la reglamentación local, llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda”.

<sup>5</sup> Art. 19 de la ley 17.801: “La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere”.

presenta debe darse al presentante un recibo que indique como mínimo el número y fecha de presentación y el tipo de documento.

Naturalmente, esto implica consignar también los datos individualizantes del documento pues, en realidad, la prioridad no resulta del número que en él se estampe, sino del que se encuentra en el Libro Diario.

La posición registral que deriva de la prioridad es dispositiva: puede renunciarse o alterarse contractualmente, como lo aclara el segundo párrafo del artículo 19 de la ley, el que, además, prescribe que en el caso de actos otorgados simultáneamente, ella deberá resultar de los propios documentos presentados.

El artículo 3135 del Código Civil, por su parte, contiene otro supuesto de alteración convencional de la prioridad, en este caso referido a la hipoteca, conocido como reserva de rango.

#### **IV. PRIORIDAD INDIRECTA O RESERVA DE PRIORIDAD.**

Como ya fuera expresado, el sistema registral inmobiliario argentino, regulado por la ley 17.801, contiene una de las mejores formulaciones del principio de prioridad indirecta, ya que el mismo ha sido articulado en base a reservas de prioridad progresivas que van conformando por el transcurso de los respectivos plazos, las posiciones registrales que le corresponden a los documentos.

En tal sentido resulta importante señalar que las certificaciones con reserva de prioridad, no sólo han sido de suma utilidad para el mejor funcionamiento de nuestro sistema registral y por ende muy reconocido por la doctrina nacional, sino que también fue muy valorado en reiteradas oportunidades a nivel internacional.

Basta para comprobarlo la declaración aprobada en el II Congreso Internacional de Derecho Registral de Madrid de 1974, que frente a la ponencia de la Delegación de nuestro país, en la que luego de invocar en sus considerandos la experiencia argentina al respecto, concluyó con la siguiente recomendación, aprobada por unanimidad: “1) Se reconozca la conveniencia, utilidad y necesidad de la reserva de prioridad para obtener seguridad en la constitución, transmisión o modificación de las situaciones jurídicas registrales, y la certificación registral con reserva de prioridad, como uno de los medios eficaces para alcanzarla. 2) Que cada legislación nacional considere la posibilidad de adaptar la forma y los efectos de la certificación con reserva de prioridad a las peculiaridades de su sistema jurídico”.

El Art. 17 de la ley 17.801 contiene la excepción a la prioridad directa, disponiéndose que a un documento registrado no podrá oponérsele otro de igual o anterior fecha, a no ser que éste se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia que mencionan los Arts. 23 y 5 de la ley 17.801.

Estas disposiciones crean dos institutos que son el sello distintivo de nuestro sistema registral inmobiliario. El artículo 23 dice: *Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.*

Es dable destacar que, amén del certificado, se exige en nuestro sistema que el escribano tenga a la vista el título inscripto en el Registro.

Esta exigencia es también, aunque suele soslayarse, una óptima medida de seguridad, novedosa también en el derecho comparado que permite evitar la doble venta del titular.

Por otro lado posibilita la llamada publicidad cartular, que se configura con la nota que el escribano inserta en el título, en la que dice que el inmueble ha sido, por ejemplo, vendido (dejando constancia de la fecha, adquirente y demás circunstancias relevantes).

La certificación expedida por el Registro es una anotación preventiva (Art. 25 ley 17.801), y genera la reserva de prioridad indirecta, una auténtica protección del negocio jurídico en gestación. Reza la norma citada: *“Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia más el del plazo que se refiere el artículo 5º, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado. Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado”.*

El segundo instituto creado por el Art. 5, es la retroprioridad. Dispone dicho artículo que las escrituras públicas que se presenten al Organismo dentro del plazo de los cuarenta y cinco días contados a partir de su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación.

El incumplimiento del plazo de alguno de los dos institutos, ya sea otorgamiento del acto fuera del plazo de los 15, 25 o 30 días de la certificación, o su presentación fuera de los 45 días de su otorgamiento, hace perder al documento los beneficios de la prioridad indirecta y su situación debe contemplarse a la luz de la prioridad directa de los artículos 19 y 40 de la ley registral, considerándose registrado el documento el día de su presentación.

Tanto el plazo conformado por la reserva de prioridad indirecta y por la retroprioridad, es llamado *bloqueo o cierre registral*, por considerarse que impide la anotación o inscripción en el folio real de la matrícula correspondiente, de un acto que se oponga al que está *protegido* por el Registro. En realidad, no existe tal *bloqueo o cierre*, ya que toda anotación o inscripción durante ese plazo será *condicionada* (Art. 18, Inc. b, ley 17.801). Ello quiere decir que la eficacia de ella estará supeditada a la caducidad del plazo del certificado o de la retroprioridad.

Si ello no sucede y el documento que goza de la protección ingresa en tiempo, esa anotación o inscripción condicionada será desplazada de su posición registral.

Así puede verse que desde la reserva de prioridad que implica la certificación (Art. 25), pasando por la del plazo de presentación (Art. 5), y concluyendo por la del plazo de inscripción provisional y sus eventuales prórrogas (Art. 9), existe una organización del tiempo registral que concluye perfectamente en los artículos 17 (oponibilidad e incompatibilidad), 18 (inscripciones condicionadas) y 19 (prioridad pura y alteración convencional de la prioridad).

El Dr. Villaro<sup>6</sup> define a la certificación como la información que a petición de parte expide el Registro de la Propiedad, sobre la situación jurídica de los inmuebles y de las personas, y que simultáneamente con la expedición origina una reserva de prioridad para el acto dispositivo que se indique en la solicitud.

El Art. 23 de la ley registral, dispone que se requiere certificación como condición esencial para el otorgamiento de documentos que transmitan, constituyan, modifiquen o cedan derechos reales sobre inmuebles.

La certificación, como información básica para autorizar escrituras de referidas a los actos mencionados precedentemente, tiene viejo arraigo en las leyes registrales argentinas. Pero la gran innovación de la ley 17.801, fue que estableció la reserva de prioridad como efecto básico de dichos certificados operando automáticamente con su expedición.

---

<sup>6</sup> Villaro, Felipe Pedro, Elementos de Derecho Registral Inmobiliario, Pág. 102. Tercera Edición.

El Art. 24 de la ley registral ha establecido diferentes plazos de validez par las certificaciones, plazos que son también para las anotaciones preventivas de reserva de prioridad, según así lo dispone el Art. 25 de dicha norma. Tales plazos son de quince, veinticinco o treinta días, según se trate de certificaciones para documentos autorizados por funcionarios con domicilio legal en la ciudad asiento del registro, con domicilio legal en el interior de la provincia o con domicilio legal fuera del ámbito de la Provincia o Capital Federal.

La certificación a la que nos venimos refiriendo genera dos efectos básicos: la reserva de prioridad y la prevalencia de su contenido por sobre el del asiento cuando se omitieran inscripciones oponibles.

Como ya hemos dicho la expedición de un certificado implica una anotación preventiva a favor de quien en el plazo legal, requiera la inscripción del documento para el que se hubiera solicitado.

Ello significa que la situación jurídica informada en el certificado es mantenida a favor del documento para el que se requirió durante el plazo de validez que fija la ley. De este modo, el documento tendrá su posición registral guardada desde la expedición del certificado. Pero, y como ya se señaló esta reserva no funciona autónomamente, sino combinada con el plazo de cuarenta y cinco días que fija el Art. 5 de la ley registral para la presentación de los documentos. Si el documento ingresa al Registro fuera de los cuarenta y cinco días, la reserva de prioridad desaparece y queda solo en pie la prioridad común del Art. 19, que es la que surge de su presentación. Tal como ya lo expresamos para que la reserva de prioridad sea eficaz, el documento debe ser autorizado dentro del plazo de validez del certificado (15, 25 o 30 días). De no cumplirse esto la reserva de prioridad también desaparece.

Edgardo Augusto Scotti, coautor de la ley 17.801, en su obra *Aportes del Derecho Registral Argentino*, realiza un relevamiento exhaustivo de la existencia de la reserva de prioridad en otras legislaciones, y allí admite que *la introducción en la legislación argentina de la reserva de prioridad, originada en la certificación previa, se configuró con elementos preexistentes en Argentina antes de la sanción de la ley 17.801, y agrega, "...pero debemos reconocer que, al momento de proyectar la norma legal citada, desconocíamos los antecedentes extranjeros, por lo que concluye que la figura es enteramente argentina"*<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Scotti, Edgardo A. *Aportes al derecho registral argentino*, Pág. 125.

## V. PRIORIDAD Y MEDIDAS CAUTELARES.

Desde el punto de vista del derecho registral, el estudio de las medidas cautelares vinculadas con los bienes inmuebles, dictadas en los respectivos procesos judiciales, cumplen un rol preponderante si se quiere comprender de manera certera la importancia de la aplicación del Principio de Prioridad indirecta, o la llamada reserva de prioridad, en el ordenamiento jurídico argentino.

Circunscribiremos el análisis a aquellas medidas destinadas a suspender el procedimiento inscriptorio.

Esto nos lleva a cuestionarnos: **¿Puede una medida cautelar suspender el procedimiento inscriptorio previsto en la normativa vigente?**

Delimitaremos nuestro análisis únicamente a las órdenes expedidas contra el Registro de la Propiedad Inmueble, dejando de lado aquellas medidas dirigidas al notario indicándole, por ejemplo que se abstenga de inscribir determinada escritura pública.

A los fines de analizar si una medida judicial puede suspender el procedimiento inscriptorio, entendemos, que deben considerarse previamente, los *derechos tutelados* por ambos institutos jurídicos: por el principio de prioridad en la forma establecida por la ley 17801 y por las medidas cautelares.

Será necesario en segundo lugar *delimitar el alcance de las distintas medidas, precisando terminológicamente los siguientes conceptos*: prohibición de innovar, prohibición de contratar, medidas cautelares genéricas, medidas de no inscribir.

Asimismo, atento la diversidad de *medidas precautorias previstas en los diferentes ordenamientos procesales*, analizaremos también el *margen de autonomía de los jueces dentro de la esfera de su competencia para disponer medidas no expresamente contempladas* en los códigos de procedimiento locales.

Desde el punto de vista registral, dichas medidas deberán cumplir los requisitos generales para anotación derivados del régimen de prioridad de la ley 17.801. Por lo expuesto será necesario analizar la *calificación del documento judicial* que las dispone, sus alcances y límites.

Abordaremos el análisis de la *jurisprudencia* referida al tema y de las *resoluciones contencioso registrales del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires*.

## V.1. DERECHOS TUTELADOS.

La finalidad de la publicidad registral es brindar seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario. Atento lo dispuesto en el Art. 2505 del C.C., Art. 2, 19, 21 y 22 de la ley 17.801 la registración constituye un requisito de eficacia frente a terceros, por cuanto nuestro sistema registral es declarativo.

La publicidad registral y la seguridad jurídica se complementan e integran un eficiente sistema que garantiza el derecho del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. Dicha publicidad constituye el medio más eficaz para la cognoscibilidad por parte de los terceros de la existencia de los derechos reales.

El derecho registral inmobiliario se proyecta sobre el campo de los derechos reales, quedando inmerso en el régimen de orden público establecido para éstos.

Como anteriormente sostuvimos, el sistema registral inmobiliario argentino consagra el principio de prioridad indirecta en resguardo de la contratación y protección de los intereses de quienes intervienen en las mutaciones reales.

Gozan de prioridad indirecta los documentos que constituyen, transmiten, modifican o ceden derechos reales sobre inmuebles. Esta prioridad se basa en la fecha cierta, congénita y exclusiva de la escritura pública. Por cuanto, si la certificación es utilizada dentro de los plazos legales y el documento portador del derecho real ingresa al Registro en tiempo y forma, la protección se retrotrae a la cero hora del día de expedición del certificado, entendido en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires –no en todo el país– como día de solicitud del mismo (Art. 5, 17, 23, 24, 25 y Conc. Ley 17.801) De este modo la prioridad indirecta y la reserva de prioridad, originaria de nuestro sistema registral inmobiliario, garantizan la tan mentada “seguridad del tráfico jurídico inmobiliario”.

Por el contrario las medidas cautelares tienen una finalidad de aseguramiento particular.

El fin de las llamadas “medidas cautelares o precautorias” consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso. Dichas medidas constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional, y se hallan encaminadas a asegurar el resultado práctico de otro proceso.

Mientras la Ley 17801 (derecho sustantivo) protege la seguridad jurídica del tráfico jurídico inmobiliario, su particular sistema de prioridades se aplica protegiendo en cada caso una operación concreta.

Las medidas cautelares (derecho adjetivo) previstas en los distintos ordenamientos para asegurar resultados concretos, presuponen que por encima de los bienes particulares tutelados se erija un bien jurídico general que el ordenamiento está llamado a proteger. Ubiquemos entonces a los bienes jurídicos tutelados (generales) en una franja de igualdad jerárquica.

De todas formas permítasenos desarrollar nuestro pensamiento (luego volveremos sobre el punto a analizar, las conclusiones sobre el tema en la XLIV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad) de la siguiente manera:

Analicemos la relación dialéctica existente entre los derechos o bienes jurídicos tutelados, las normas que los protegen y el mentado “aseguramiento particular” atribuido a las medidas precautorias.

Definimos al “proceso cautelar como aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”<sup>8</sup>

“Ha dicho la jurisprudencia que el objeto de de las medidas precautorias es el de inmovilizar la situación jurídica de determinados bienes para impedir que su disposición haga ilusorios los derechos de los litigantes.”<sup>9</sup>

La doctrina ha enunciado los presupuestos necesarios para que dichas medidas sean procedentes: verosimilitud del derecho invocado, temor fundado de que ese derecho se frustre y la obligación de prestar caución suficiente por quien se beneficia con la medida (contracautela).

En el entendimiento de que nuestro ordenamiento jurídico es un todo íntegro y armónico, es necesario comprender el plano de igualdad de los diferentes derechos tutelados, ya sea por la Ley 17801 y por las medidas cautelares.

Más allá de la suerte de “impacto psicológico” que pueda ocasionar sobre la seguridad jurídica en los notarios que pretenden la registración definitiva de los documentos por ellos autorizados, la idea de que aún protegidos los documentos por el sistema de prioridad establecido por la ley 17.801, el procedimiento inscriptorio puede verse amenazado por una medida judicial, creemos necesario dejar de lado la vieja antinomia derecho sustantivo – derecho adjetivo, la que

---

<sup>8</sup> PALACIO, Lino Enrique “Manual de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., séptima edición actualizada, Pág. 300.

<sup>9</sup> SARUBO, Oscar Eduardo “El certificado registral y el principio de prioridad”, Revista Notarial N° 931, Pág. 755.

nos llevaría a pensar en un siempre necesario triunfo del primero sobre el segundo.

Establecido uno de los ángulos de nuestro enfoque, determinado el pie de igualdad entre los derechos protegidos por la ley 17801 y aquellos otros amparados por las autoridades judiciales mediante el dictado de medidas cautelares, cabe efectuar algunas precisiones terminológicas en relación a las citadas medidas.

## **V.2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA. MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DIFERENTES ORDENAMIENTOS PROCESALES. FACULTADES DE LOS JUECES.**

Es necesario puntualizar, que atento las facultades reservadas a las provincias por nuestra Constitución Nacional, cada jurisdicción ha sancionado sus propias normas que rigen el procedimiento en el ámbito de su territorio.

En todos los códigos provinciales encontramos disposiciones que regulan la procedencia de las medidas cautelares, entre las que, podemos mencionar: embargo, inhibición general de bienes, anotación de litis, prohibición de innovar o medida de no innovar, prohibición de contratar y la medida cautelar genérica.

Nos abocaremos al estudio de la prohibición de innovar y de la medida cautelar genérica.

### **a) La “prohibición de innovar” o “medida de no innovar”**

En la provincia de Buenos Aires se encuentra regulada por el artículo 230 del CPCC. Dicho artículo reza: *“Art. 230: Prohibición de innovar. Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que:*

- 1) El derecho fuere verosímil.*
- 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.*
- 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.”*

La finalidad de esta medida es preservar el statu quo de la situación jurídica, impidiendo su cambio o alteración mientras se sustancie la pretensión (tiende a inmovilizar tanto la situación de hecho como la de derecho).

### **b) La medida cautelar genérica**

En la provincia de Buenos Aires se halla reglada por el artículo 232 del CPCC, que dispone: “**Art. 232:** *Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.*”

Se denominan medidas cautelares genéricas o innominadas, a “aquellas que pueden ser dispuestas para satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional específica y a cuyo respecto resulten insuficientes o excesivas las medidas contempladas en la ley.”<sup>10</sup>

Dentro de estas medidas, estudiaremos puntualmente la llamada *prohibición de inscribir*.

Los órganos jurisdiccionales, en ejercicio de las facultades previstas en el mencionado artículo decretan la prohibición de inscribir a los registros inmobiliarios, solicitando la suspensión del procedimiento inscriptorio con relación a determinado documento. Por lo tanto nos encontramos en presencia de una orden judicial dispuesta por un juez competente, que le impide al Registro continuar con la inscripción y cumplir así con su deber.

En ese sentido, (criterio plasmado en los considerandos del Tercer Plenario del tema III de la XLIV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble), cabe merituar que la autoridad judicial que ordena dichas medidas cuenta con facultades suficientes *para amparar garantías y pretensiones judiciales sustantivas de similar entidad a las protegidas por la Ley 17801*.

El Dr. Eduardo Néstor De Lazzari<sup>11</sup> entiende, que en el caso de la prohibición de innovar o medida de no innovar debe prevalecer la escritura pública celebrada, atento los fundamentos que surgen de las distintas ramas del derecho:

*Derecho constitucional:*

-- Certificado (Arts. 5, 17, 22, 25 y conc. Ley 17801): al interesado le resultan inoponibles los gravámenes que pudieren recaer sobre el inmueble a posterioridad de la expedición del certificado.

<sup>10</sup> PALACIO, Lino Enrique, obra citada, Pág. 310.

<sup>11</sup> DE LAZZARI, Eduardo Néstor, “Medidas cautelares”, Tomo 2, 3º Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2000.

-- Garantía de la propiedad (Art. 17 CN)

-- Propiedad inviolable. Garantías de defensa y debido proceso legal (Arts. 5, 17, 18, 28 y 33 CN)

-- Registración: requisito de eficacia frente a terceros (Art. 2505 CC y Arts. 2 Inc. b, 19, 21 y 22 LR)

-- La medida de no innovar está reglamentada en los códigos locales, por lo que no puede poseer mayor vigor y extensión que los propios derechos reales del Código Civil.

#### *Derecho Procesal:*

-- La cosa juzgada afecta a las partes del proceso, no a terceros.

-- Principio de congruencia: la resolución judicial debe limitarse a la materia del litigio.

-- La prohibición de innovar podrá generar resonancia para posibles adquirentes futuros (aquellos que carezcan de la reserva de prioridad al tiempo que la primera se materialice.) Ha de mediar debida publicidad.

-- El futuro adquirente del bien cuenta con una suerte de protección precautoria similar al embargo (Art. 218 CPCC y 25 de la ley 17.801)

#### *Derecho Civil:*

-- Inoponibilidad de lo actuado en el proceso cautelar al tercero amparado por la prioridad registral (Art. 1195 CC)

-- Teoría de la apariencia (Art. 1051 CC)

Dicho autor cita la jurisprudencia de la causa “*Robazza de Gutierrez Norma y otro c. Gobierno Nacional s/Demanda contencioso administrativa*” en la cual, la Suprema Corte de Buenos Aires, entendió que la medida de no innovar no es un impedimento para obtener la inscripción pedida.

El tema fue analizado en reuniones y jornadas, en las que se concluyó que la medida cautelar de no innovar debe recibir en sede registral un tratamiento similar al de otras medidas cautelares, como lo son el embargo y la inhibición. Así, podemos mencionar: la VI Reunión Nacional de Directores del Registro, Mendoza, 1969; el IV Congreso Nacional de Derecho Registral, Mendoza, 1982

y el VI Congreso Nacional de Derecho Registral, Posadas, Misiones, 1986 Tema III.

En cambio el destacado procesalista, sostiene que, en el caso de la prohibición de inscribir, se frustra el normal desenlace del proceso inscriptorio.

En este caso se debe acreditar:

- Intervención del tercero en carácter de parte.
- Verosimilitud en el derecho del peticionante de la medida.
- Mención del certificado expedido por el Registro que quedará despojado de efectos.

El tema fue tratado en el VIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Salta, agosto de 1993), obteniendo los siguientes despachos:

-- Despacho mayoritario: Estas medidas “no pueden tener como consecuencia la paralización del proceso inscriptorio”, con fundamento en el principio de prioridad y en el carácter declarativo de la inscripción registral.

-- Despacho minoritario: Consideró su procedencia bajo ciertas circunstancias, debiendo el registrador cumplimentar la medida.

Al respecto, es de señalar que la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires ha dictado la Disposición Técnico Registral 12/99 de fecha 5 de octubre de 1999, la que regula “*la expedición de certificados de dominio y la calificación de los documentos, en el supuesto en que se hayan anotado medidas cautelares de prohibición de innovar.*”

*- Los documentos que ingresen serán calificados e inscriptos provisionalmente o condicionados según corresponda, salvo que se hubiesen instrumentados sobre la base de certificados expedidos con anterioridad a la anotación de la medida e ingresado dentro del plazo legal: inscripción definitiva y desplazamiento de la medida (fundamento: principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa.)*

*-Las solicitudes de certificados de dominio serán expedidas como informes, sin reserva de prioridad.*

*- Los documentos que contienen medidas cautelares serán calificados aplicando las reglas generales de inscripción: definitiva, provisional o condicionada, según los casos. (Fundamento: estos documentos tienden a garantizar derechos*

*de terceros extraños a la pretensión, quedando supeditados a las resultas de la medida de no innovar trabada).*

Consideramos que, con buen criterio, el Registro de la Propiedad entendió que las solicitudes de certificados de dominio con relación a inmuebles sobre los cuales se hayan anotado medidas cautelares de “prohibición de innovar” deben expedirse como informes (Art. 1°).

El artículo 4° de la Disposición en análisis abre las puertas a un procedimiento que no está expresamente previsto en la norma pero que surge del estudio de las resoluciones contencioso registrales relacionadas con la materia al establecer que los “.documentos registrables. se hubieren instrumentado sobre la base de certificado expedido con anterioridad a la anotación de la medida cautelar, en cuyo caso se anotarán provisionalmente y se formarán actuaciones las que serán remitidas al Departamento Jurídico para su calificación y dictamen pertinente.”

### **V. 3. PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR EL REGISTRO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

El criterio se encuentra en distinguir entre aquellas medidas que determinan la “prohibición de innovar” a las cuales en la práctica e internamente se le da el carácter de “genéricas” de aquellas otras que determinan específicamente la “prohibición de registrar” (o similar) las cuales en la práctica son entendidas como “específicas”.

Con rigor semántico, las medidas que determinen la prohibición de registrar o inscribir encuadrarían en el artículo 232 del CPCC (medidas cautelares genéricas) y las medidas de no innovar dentro de la “prohibición de innovar” del artículo 230 del CPCC; éstas últimas, más allá de su denominación, en cuanto a la suspensión del procedimiento inscriptorio, deben entenderse sin la fuerza necesaria para detenerlo.

Parte de la doctrina sostiene que “cabe considerar la conducta del registrador frente a esta medida cautelar específica que dispone la paralización del proceso inscriptorio, habiendo sido decretada por el órgano jurisdiccional, previa valoración de la verosimilitud en el derecho del peticionante de la cautela, circunstancia ésta que excede la calificación registral atribuida al registro. En mérito a ellos es que los registros de la propiedad, tanto el de la provincia de Buenos Aires, como el de la Capital Federal, se abstienen de inscribir el documento a las resultas de la decisión del órgano judicial que dispuso la medida. Sin perjuicio de ello, proceden a su inscripción provisional, manteniendo su posición registral hasta la resolución del conflicto. Por lo tanto, todo documento que ingrese con posterioridad será inscripto o anotado en forma condicionada (conf. Art. 18, Inc. b, ley N° 17.801).”

#### **V.4. FALTA DE MECANISMO PARA RECURRIR DECISIONES JUDICIALES POR PARTE DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

En esta instancia, es necesario advertir que, conforme lo determina el Art. 4º de la DTR 12/99, las actuaciones administrativas que se forman, luego de proceder a la anotación provisional de la escritura pública, son remitidas al departamento jurídico del Registro, para su dictamen previo y calificación.

Nos encontramos con un vacío legislativo, atento que no existen normas al respecto que indiquen cómo debe proceder el Registro, a fin de recurrir las decisiones judiciales.

Consideramos necesaria la sanción de una normativa, que prevea la existencia de recursos con intervención judicial, con la posibilidad de recurrir ante el órgano del que emana la medida, o a su superior inmediato, en Alzada, de manera de resolver el conflicto planteado.

#### **V. 5. PUNTOS A TENER EN CUENTA ANTE UNA POSIBLE REFORME LEGISLATIVA.**

Con todo lo expuesto y luego de haber efectuado un estudio pormenorizado del tema, concluimos afirmando que una medida cautelar dictada en el ámbito de un proceso judicial no debería suspender el proceso inscriptorio previsto en la ley 17.801.

La finalidad de la publicidad registral es asegurar el tráfico jurídico, resguardando la contratación y protegiendo los intereses de quienes intervienen en las mutaciones reales. Por el contrario, las medidas cautelares tienen un fin de aseguramiento particular.

Entendemos que nuestro ordenamiento jurídico es un todo íntegro y armónico, por lo que ambos derechos tutelados, principio de prioridad de la ley 17.801 y medidas cautelares, se encuentran en un pie de igualdad.

Uno de los deberes esenciales que atañen al registrador, consiste en la ineludible calificación de los documentos cuya registración se pretende. (Examinándolos y confrontándolos con los asientos respectivos, a fin de determinar si reúnen los requisitos necesarios para su inscripción definitiva, o si por no reunirlos deben ser registrados provisional o condicionalmente, o rechazados.)<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> VILLARO, Felipe Pedro “Elementos de Derecho Registral Inmobiliario”, Scotti Editora, 3ª edición actualizada, 2003, Pág. 59-61.

Y este deber se hace extensivo a todos los documentos registrables, sean estos de origen notarial, administrativo o judicial.

Nos detuvimos solamente a considerar aquellos de origen judicial<sup>13</sup>, específicamente los que decretan medidas cautelares, considerados *peticiones*, que no están exentas de ser sometidas a un riguroso examen de legalidad<sup>14</sup>.

Es facultad del registrador calificar la exactitud y suficiencia de la manda judicial, analizando el encuadre normativo, la denominación de la medida y el verdadero alcance determinado por la autoridad judicial que la ordena.

“Para el supuesto en que el registrador advirtiera en ellas fallas o defectos, deberá hacerlo saber al órgano judicial mediante observación fundada. Si éste insistiera en su registración, y con el objeto de evitar un posible conflicto de poderes entre el rogante, -poder judicial-, y el Registro, -órgano administrativo-, sería conveniente elevar los antecedentes a un órgano superior al que dictó la medida para que resuelva el conflicto, manteniéndose la inscripción o anotación provisional hasta entonces.

La prohibición de inscribir, en tanto medida cautelar dictada en el marco de un proceso, encaja perfectamente en el cuadro de situación precedentemente mencionado.

Considerando que tales providencias merecen, respecto del principio de prioridad, un tratamiento idéntico al resto de las medidas cautelares (que implica el desplazamiento de la misma si se encuentran vigentes los plazos previstos en la ley 17.801, Arts. 5, 17 y 25 in fine), el Registro debería rechazar (o en todo

---

<sup>13</sup> “Es inobjetable la facultad del registrador para calificar este tipo de documentos, dada la autonomía de que goza en el ejercicio de sus funciones.” CORNEJO, Américo Atilio “Derecho Registral”, Ed. Astrea, 2001, Pág. 215 y X Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad, Bariloche, 1973, en la cual se afirma que “Las competencias y atribuciones de los órganos judiciales y registrales son exclusivas en su respectivo ámbito de actuación, en tanto su función es diferenciada sin considerar el poder del cual dependan, y en cada caso la legislación específica enmarca y regula tanto el procedimiento registral como el judicial.”

<sup>14</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis “Calificación registral de documentos judiciales”, Revista del Notariado, Año 100, N° 850, Noviembre de 1997, Pág. 125 – 145. Allí el autor expresa que: “Es menester distinguir, pues, aquellas resoluciones que son verdaderas *órdenes* y sólo pueden adoptarse como etapa final de un proceso; de otras resoluciones, **como las medidas precautorias** -que suelen ser las que mayores problemas ocasionan en la relación entre registradores y jueces- que son *meras peticiones*, sin duda de gran relevancia por la calidad jurídica que inviste el peticionante, pero que no están exentas de ser sometidas a la calificación del registrador.”

caso anotar provisionalmente) la registración de las mismas, y, ante la insistencia del órgano judicial, remitir las actuaciones ante un órgano superior para que decida definitivamente la cuestión.

El principio de división de poderes determina que tanto los funcionarios del registro como los jueces deben cumplir con los deberes atinentes al cargo que desempeñan.

Podemos afirmar con Moisset de Espanés que “La negativa a inscribir, no configura el delito tipificado como desobediencia al magistrado, simplemente refleja el cumplimiento de la función que pesa sobre el registrador, en su carácter de funcionario público.”<sup>15</sup>

Analizando la jurisprudencia y las distintas resoluciones emanadas del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, estamos de acuerdo con los criterios vigentes con relación a la medida de no innovar, la cual carece de fuerza para detener el procedimiento inscriptorio.

Por el contrario disentimos, con aquellas resoluciones analizadas, que ordenan detener la inscripción de la escritura pública, autorizada dentro de los plazos de la ley 17.801, ante la existencia de una medida de prohibición de inscribir.

Reiteramos, que no existen disposiciones al respecto que determinen el modo en que debe proceder el Registro, a fin de recurrir las mentadas decisiones judiciales.

Estudiado el procedimiento recursivo vigente contra las resoluciones del Registro en la Provincia de Buenos Aires, consideramos fundamental que una futura reforma incluya un mecanismo en virtud del cual, ante decisiones judiciales que determinen la registración de documentos y el Registro no esté de acuerdo, pueda éste con carácter de parte remitir las actuaciones a un órgano judicial superior al que suscribió el documento (en sentido amplio los que dispongan medidas cautelares o versen sobre derechos reales) a los fines de que ratifique o rectifique la petición formulada.

Por lo que deviene necesario la sanción de una norma, que prevea la existencia de los referidos recursos de manera de resolver el conflicto planteado fuera del ámbito registral, esto es, en el ámbito del poder judicial, que es el encargado de dirimir las cuestiones contenciosas.

---

<sup>15</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis “Los documentos registrales”, Revista Notarial de Córdoba, año 1978, N° 35, p. 49 y ss – Conf. Ley 5771 de la provincia de Córdoba (Registro General de la provincia)

## VI. BREVE COMPARACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL.

En el sistema registral español la fecha determinante de la prioridad es la de la presentación de los títulos y derechos inscribibles. Se considerará como fecha de la inscripción para todos los efectos que esta debe producir, la fecha del asiento de presentación que debe constar en la inscripción misma (Art. 24 L. H.).

El principio de prioridad en España se caracteriza por lo que se denomina *cierre registral*, eficacia particular derivada del Art.17<sup>16</sup> de la L.H., en virtud de que el Registro se cierra para los que acuden tardíamente con títulos de fecha anterior a la del que está ya debidamente inscripto.

Es dable remarcar que el artículo mencionado fue fuente directa del artículo 17 de la ley 17.801 con la excepción en caso de que exista reserva de prioridad por una solicitud de certificado de dominio por parte de un escribano de registro con la posterior inscripción del título en el término emplazado por la ley.

Este cierre, se completa con el Art. 20 de la norma citada, que, al imponer el tracto sucesivo, impide la inscripción de los títulos incompatibles de fecha posterior a los inscriptos.

El cierre es absoluto si el título posterior consta ya inscripto. Si solo ha sido anotado preventivamente, el cierre será provisional si caduca la anotación, o definitivo, si la anotación se convierte en inscripción. La misma situación cuando solo se haya extendido asiento de presentación (Art.17 L. H.). El cierre registral del artículo 17 es una regla que carece de contenido sustantivo. En el supuesto de que los títulos incompatibles con el inscripto fuesen admitidos, la situación del titular inscripto sería la misma: Los títulos de ingreso posterior no le perjudicarían.

Finalmente, nos parece oportuno señalar como autores clásicos del derecho español Francisco Fernandez Gil<sup>17</sup> han ponderado el sistema de prioridad indirecto argentino y ha expresado no estar conforme con el sistema de la Ley Hipotecaria, que determina la prioridad por el asiento de presentación. A su

---

<sup>16</sup> Artículo 17 de la ley hipotecar española: “Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días, contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento”.

<sup>17</sup> Fernandez Gil, Francisco. Introducción al Derecho Hipotecario, cita a Pelayo Hore en su obra *La angustiosa prioridad*, en R.D.P. 1952, páginas 281-288.

juicio, sería preferible determinarla por la expedición de certificación registral, facultando al titular de un derecho inscrito para obtener certificación del título y cargas en la que se hiciese constar que se expedía a los efectos de operar un contrato determinado a favor de un individuo también determinado, abriendo un plazo, por ejemplo de diez días, durante el cual la prioridad estuviese reservada exclusivamente al contrato anunciado.

De todas formas el derecho español ha seguido en constante evolución y perfeccionamiento. Prueba de ellos son las modificaciones normativas realizadas a partir del uso de nuevas tecnologías mediante el ingreso por telefax o vía telemática de documentos, con el fin de seguir aportando previsibilidad y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias<sup>18</sup>.

Una de ellas es la solicitud de nota simple con información continuada que el Notario debe realizar por fax al Registrador antes de autorizar una escritura, información que el Registrador ha de mantener actualizada durante los nueve días siguientes, plazo en el que el Notario ha de autorizarla, con obligación de comunicar al Notario solicitante la presentación de cualquier documento notarial, judicial o administrativo que afecte a la finca o la solicitud de información realizada por cualquier otro Notario.

Con ello se pretende que se conozca la situación registral de la finca en el momento decisivo de firmar la escritura.

La segunda modificación es la posibilidad de presentar los documentos inscribibles en el Registro por telefax. La ventaja de la admisión de este medio de presentación reside en que la prioridad se puede obtener inmediatamente de la firma de la escritura o de que se expida el documento judicial o administrativo correspondiente, sin esperar a obtener la copia autorizada de la escritura o la entrega del mandamiento al procurador o del documento administrativo al funcionario para su presentación al Registro.

Al provocar, en estos casos, la práctica del asiento de presentación un documento privado, es decir, la mera comunicación firmada y sellada por el Notario de haber autorizado una escritura con los datos imprescindibles para la práctica del asiento, la presentación así practicada sólo se consolidará y adquirirá eficacia definitiva si en el plazo de diez días hábiles se presenta la copia autorizada de la escritura o el original del documento judicial o administrativo.

---

<sup>18</sup> Grado, Carmen. Ponencia Principio de Prioridad para el IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral.

## VII. CONCLUSIONES.

Como se ha de notar en el presente trabajo, hemos tratado de brindar a quien tenga la posibilidad de leerlo, una síntesis de cómo se ha puesto en práctica el principio de prioridad en nuestro sistema registral inmobiliario, sus alcances, sus principales matices, su encastre con distintas herramientas procesales como lo son las medidas cautelares, pero por sobre todas las cosas, con un enfoque tendiente a la incorporación de nuevos instrumentos que nos permitan un crecimiento permanente de la técnica registral que conlleve a un mejor servicio puesto a disposición de quien es el último eslabón de nuestro trabajo cotidiano; el usuario.

Esperamos haber podido reflejar en estas pocas líneas lo importante que es para el funcionamiento de nuestro sistema la incorporación de la prioridad indirecta o reserva de prioridad, permitiéndonos en un territorio de bastas dimensiones y con un flujo de operaciones inmobiliarias en incipiente y constante crecimiento, acercarnos a lo que la doctrina denomina “certeza registral”, para lo cual, necesitamos apoyarnos en todos los principios que acompañan al de prioridad aquí desarrollado.

Ya que como bien diría el reconocido autor español Antonio Pau, la prioridad, el tracto sucesivo y la calificación son, en definitiva, las bases de una eficaz inscripción que sostiene en el tiempo a la legitimación, oponibilidad y fe pública que ofrece el sistema.

El breve análisis comparativo con vuestro derecho, nos llena de expectativas, y nos encomienda el trabajo de incorporar a nuestro sistema nuevas tecnologías que aporten a nuestro registro, además de un elogiado lugar de certera información y lo coloque en la cadena misma del negocio jurídico inmobiliario, permitiéndole una intervención generativa del mismo, saliéndose del lugar de mero espectador.

De esta forma se podrá conocer más en detalle lo que a futuro será el eje de la inscripción, permitiendo una mejor calificación, otorgando así la seguridad jurídica que todo sistema registral inmobiliario necesita para crecer sobre bases sólidas.

## ANEXO:

### I. 1. CONCLUSIONES DE LA XLIV REUNIÓN NACIONAL DE DIRECTORES DE REGISTRO DE LA PROPIEDAD (San Luis, agosto de 2007)

Tercer Plenario. En el desarrollo de la Reunión se abordó el “Tema III: Calificación del documento judicial que dispone una medida cautelar innovativa o autosatisfactiva que puede detener el procedimiento inscriptorio. Su tratamiento considerando el principio de prioridad registral.”

Transcribimos a continuación las referidas conclusiones, dado el mecanismo de revisión y en virtud de que son redactadas y publicadas en forma definitiva por el Registro de la Propiedad de Capital Federal, tiene a la fecha del presente trabajo carácter provisorio.

*“VISTO: El tratamiento dado al tema y oídas las opiniones de los directores de las distintas provincias presentes y*

*CONSIDERANDO: Que a la hora de analizar las medidas precautorias que pueden paralizar el procedimiento inscriptorio, deviene necesario comprender que la autoridad judicial que las ordena cuenta con las facultades suficientes para amparar garantías y pretensiones judiciales sustantivas de similar entidad a las protegidas por la ley 17801.*

*Teniendo en cuenta la variedad de medidas cautelares previstas en los Códigos Procesales y el surgimiento de las cautelares innovativas y autosatisfactivas, con independencia de la denominación que los jueces les otorgan, La XLIV Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad RECOMIENDA:*

*Detener el proceso inscriptorio cuando así lo ordene expresamente la manda judicial. En su defecto, solicitar a las autoridades judiciales oficiantes precisar con exactitud y suficiencia los alcances de la medida ordenada.”*

## I. 2. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

**Causa “Robazza de Gutierrez Norma y otro c. Poder Ejecutivo s/Demanda Contencioso Administrativa” Ac. 47.779 SCBA 6/XI/79, ED, t. 89, Pág. 312.**

“La inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad constituye una condición de eficacia necesaria para que el derecho real pueda producir la plenitud de sus efectos, pero este derecho preexiste al acto de inscripción, desde que se hayan cumplido las exigencias de “título y modo” requeridas por la ley, pues la inscripción no tiene carácter constitutivo sino declaratorio (perfeccionador).

Aunque con posterioridad al otorgamiento de la escritura traslativa del dominio se haya anotado en el Registro de la Propiedad una medida precautoria de no innovar, el acto de transferencia debe ser inscripto si fue otorgado, y su

inscripción rogada dentro de los plazos en que la ley establece una “reserva de prioridad indirecta” derivada de las certificaciones expedidas por el Registro.

En consecuencia siendo que en el caso en estudio la escritura de transmisión de dominio del bien se efectuó teniendo en cuenta la certificación del registro que acreditaba su libre disponibilidad (Arts. 23 y concs., decreto ley 11.643/63) y que la solicitud de inscripción registral se formuló dentro del período de anotación preventiva (Arts. 22 y 23 citados y 5 ley 17.801 y 3 decreto 11643/63), la resolución administrativa del registro denegando dicha inscripción debe ser dejada sin efecto, ordenándose que se admita la misma pues la medida de no innovar no se constituye, en este caso en impedimento para obtener la inscripción pedida (Art.17, Ley 17801 y 17, decreto ley 11.643/63)... El interés general y la seguridad en las transacciones fundamenta esta solución, que se basa en el contenido de la propia ley y que implica amparar un negocio inmobiliario realizado en base a la confianza que suministran las constancias del mismo Registro.”

**Causa “Rodríguez, Antenor c/Prov. de Bs. As. Coadyuvante: Bombin, Juan Manuel. Demanda contencioso administrativa”, Ac. B. 50.144, Ac. y Sent. T. 1990, I, Pág. 42.**

“La inscripción registral definitiva no puede condicionarse a las resultas de una orden judicial de no innovar ingresada al Registro antes de la solicitud de dicha inscripción, si la escritura de transmisión del dominio del bien se efectuó teniendo en cuenta la certificación del registro que acreditaba su libre disponibilidad y la solicitud de inscripción se formuló dentro del período de anotación preventiva.”

“El otorgamiento de una inscripción registral “condicionada” a una medida cautelar de no innovar se equipara, por sus consecuencias a la denegatoria de inscripción por la misma causa, pues implica asignar prioridad a la cautela con la consiguiente incidencia que ello apareja respecto al acto de disposición.”

**Causa “Peirano Maximiliano c/ Hong Wu Zeng y otro s/ Cobro de alquileres “Juzgado de Paz Letrado de Moreno (Revista Notarial N° 949 – Págs. 868 y Sig.)**

Un notario de la ciudad de Buenos Aires, autoriza con fecha 24/09/2003, una escritura de venta de un departamento ubicado en ésta. (De la escritura resulta que los certificados vigentes acreditan que el título se encuentra inscripto a nombre del vendedor, que no está inhibido y que no tiene anotaciones personales inscriptas, y que el inmueble no se halla afectado por gravámenes, restricciones ni interdicciones). El 5/11/2003 ingresa la primera copia al registro, quien el 10/11/2003 procede a su devolución por observación (diferencia de

nombre de los compradores). El 21/11/2003 ingresa un pedido de embargo, observado por incumplimiento de DTR 9/02 el 25/11/2003, notificándose al juez de la existencia de una inscripción provisional de la citada escritura. Con fecha 23/12/2003 ingresa una orden judicial dirigida al registro, con indicación de abstenerse de inscribir definitivamente el testimonio de la escritura de venta con fundamento en el 232 del CPCC.

El Director del Registro de la propiedad resuelve suspender *sine die* el trámite de calificación registral e inscripción del documento con fecha 13/1/2004<sup>19</sup>.

El escribano damnificado plantea recurso de recalificación, elevado a la CNCIV, como tribunal de alzada el 24/02/2004. Dicho tribunal desestima el recurso y se confirma la decisión del Director del Registro de la propiedad, invocando que no tiene representación alguna del comprador, quien deberá recurrir ante quien dispuso la medida, y agregando que el registrador no tiene facultades para oponerse a una orden judicial, emanada de autoridad competente (Moreno Hueyo, Degiorgis, Pascual)<sup>20</sup>

Habiendo efectuado un estudio pormenorizado del tema, hemos encontrado escaso número de fallos referidos al mismo, destacándose los citados, que aluden a la medida de no innovar.

En lo que respecta específicamente a la medida cautelar que dispone la prohibición de inscribir, referenciamos no solamente la resolución judicial que a ella se refiere, sino también la recaída en sede administrativa, disintiendo con la solución por ambas adoptada, en virtud de los siguientes fundamentos:

- No se ha tenido en cuenta el principio de prioridad indirecta consagrado en nuestra legislación. Los certificados con reserva de prioridad, garantizan la protección de la buena fe, al tiempo que realizan la seguridad jurídica.
- El registrador, en el caso, habría podido retener el título inscripto manteniendo la medida cautelar genérica, hasta la resolución en sede judicial de la problemática en cuestión.

---

<sup>19</sup> Resolución recaída en el expediente 676/03, del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal. Allí se expresa que: “Que sin perjuicio de la prioridad formal que dichos documentos poseen conforme a la ley N° 17.801, la medida cautelar jurisdiccional ... coloca el documento notarial cuya inscripción se ha peticionado, en situación de espera a lo que disponga al efecto, y según en derecho corresponda, el referido juzgado actuante ... “. También sostiene que “no se trata de una cuestión de prioridad de inscripciones sino de un mandato judicial dirigido específicamente a la suspensión de la inscripción en tanto se mantengan sine die los efectos del referido ingreso”.

<sup>20</sup> Cámara Nacional Civil, Sala K, Expediente 10.566/04, Resolución del 12/04/2004.

- Todas las medidas cautelares merecen el mismo tratamiento.

- “Más aún, mirando la ley de protección al consumidor 24.240, que está aquí en juego, luce que el Art. 4º establece que la información que se lanza al público tiene que ser eficaz y suficiente. Si el certificado en su órbita propia (que está muy alejada de la fe pública registral) no sirviera de información suficiente, al menos para autorizar una escritura e inscribirla oportunamente, a resguardo de medidas judiciales intempestivas, se terminaría conmoviendo la buena fe de los consumidores. No debe frenarse la secuela de la inscripción registral con medidas incompatibles con las previsiones imperativas del sistema de los certificados con reserva de prioridad, debilitando la seguridad jurídica, violentando la inmunidad de los terceros consumidores de buena fe, o desconociendo la operatividad de un régimen de interés general, cuya excelencia ha sido valorada en la doctrina comparada.”<sup>21</sup>

- El registrador tiene facultades para discutir medidas judiciales, en la medida en que es un funcionario público y debe cumplir con su potestad calificadora, si se trata de una medida en un proceso en el que el tema a decidir es la no inscriptibilidad<sup>22</sup>, y debería poner en conocimiento de la justicia el tema, a fin de que el tribunal superior resuelva.

### **I. 3. RESOLUCIONES CONTENCIOSO REGISTRALES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

*Con anterioridad al dictado de la DTR 12/99*, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, en el supuesto de que ingresara al citado organismo una medida de no innovar, estando vigente la reserva de prioridad otorgada respecto de una certificación, y por tanto corriendo el plazo para la inscripción del documento, ha tomado diversas posturas.

La Dra. Mercader de Bonilla analizó los efectos de la medida de no innovar cuando se registra una vez expedido un certificado con reserva de prioridad y el título ingresa dentro del plazo de protección legal<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> ALTERINI, Jorge Horacio. “Las medidas cautelares genéricas y la reserva de prioridad” Anales de la Academia Nacional del Notariado: Sesiones públicas, p. 135-150.

<sup>22</sup> CARMINIO CASTAGNO, .... “Las medidas cautelares genéricas y la reserva de prioridad” Anales de la Academia Nacional del Notariado: Sesiones públicas, p. 135-150.

<sup>23</sup> MERCADER DE BONILLA, Ana María “La medida de no innovar y sus consecuencias en el ámbito del registro de la Propiedad Inmueble”, Revista Notarial N° 851, Año 1980, Pág. 1209.

Expresa que en distintos casos, a través del tiempo, el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, se ha expedido en forma disímil.

-- La primera postura que adoptó fue entender que debía abstenerse de inscribir definitivamente atento que el mandato prohibía innovar. (**R.C.R. 22/70**)

-- Con posterioridad el criterio se modificó, otorgando a la escritura pública inscripción definitiva condicionada a las resultas de la medida de no innovar (**R.C.R. 33/70**)

-- A su entender, la falta de consistencia de la solución anterior, hizo que el criterio variara nuevamente, otorgando al título inscripción definitiva sin sujeción a restricción alguna (**R.C.R. 21/71**)

-- Este criterio fue modificado, aduciéndose que al desoírse el mandato judicial se lesiona el derecho del litigante que legítimamente obtuvo la sanción de la medida paralizante, por lo que se debe tomar razón definitiva con nota en el asiento de la existencia de la cautela y en la plancha del testimonio, retenido en los obrados (expediente administrativo del Registro) hasta la cancelación de la medida o que el juzgado disponga lo contrario (**R.C.R. 21/74**). El mismo criterio se aplicó cuando la medida de no innovar tuvo ingreso con posterioridad al ingreso de la escritura pública en el Registro (**R.C.R. 37/74**).

El Dr. Carlos Enrique Bisso<sup>24</sup>, ha analizado la **Resolución Contencioso Registral n° 40/85**. En este caso, durante el transcurso del procedimiento inscriptorio, vigente el plazo de los 45 días del Art. 5 de la ley registral, ingresó al Registro de la Propiedad un oficio ordenando la anotación de una medida cautelar de no innovar, vigente el plazo de los 45 días del Art. 5 de la ley registral.

La resolución del planteo se fundamentó en la Causa “Robazza”, así como en la conclusión del IV Congreso Nacional de Derecho Registral (Mendoza, 1982), entendiendo que correspondía tomar razón de la documental -escritura pública-, sin que pueda oponérsele la medida de no innovar,

### **Resolución Contencioso-Registral N° 5/96<sup>25</sup>**

<sup>24</sup> BISSO, Carlos Enrique “La medida cautelar de no innovar y el procedimientos inscriptorio en el Registro de la Propiedad”, Revista Notarial 882, año 1985, Pág. 907.

<sup>25</sup> Dictamen del Vocal de la Comisión Central de Consultas Not. Oscar Eduardo Sarubo. Medida de no innovar. Efectos frente a una escritura ya otorgada. Resolución Contencioso-Registral N° 5/96 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Revista Notarial N° 924, Pág. 380

En el caso, con fecha 7/7/9 se expidió certificado de dominio. Ese mismo día ingresa un embargo, el que es anotado en forma condicional. Con fecha 15/8/95 el notario recibe oficio notificándole que atento desplazamiento del embargo anotado se ha hecho lugar a una medida de no innovar y que debe abstenerse de inscribir la escritura realizada. Con fecha 18/8/95 ingresó al Registro escritura de compraventa autorizada el 14/7/95 dentro del término del Art. 5 de la ley 17.801, la que fue observada por estar anotada la medida de no innovar ingresada el 23/8/95. Atento que la prohibición de no innovar es una medida específica; que es decretada por jueces a prudente arbitrio, pues deriva de la misma función jurisdiccional; que el conflicto de prioridad resultante debe resolverse en sede judicial; que el Registro debe acatar la orden judicial, sin perjuicio de hacer saber al juzgado que la documental ostenta prioridad; dicho organismo no hace lugar a la toma de razón definitiva de la escritura de venta inscribiéndola en forma provisional, otorgándose prórroga por 180 días.

Dicha resolución mereció el *dictamen del Vocal de la Comisión Central de Consultas Not. Oscar Eduardo Sarubo*, quien concluyó que:

- Existió un criterio procesal no acorde con la medida que analizamos. El acreedor embargante persigue la indisponibilidad del bien con el único objeto de resarcirse pecuniariamente en su carácter de acreedor, no interesándole la cosa como tal. Por lo tanto la medida adecuada debió ser el traslado del embargo del bien, al precio de la compraventa para cobrar su crédito.
- El autorizante no cumplió con la orden judicial, por interpretar que debía requerir la inscripción dentro de los términos de la ley e ingresó la escritura.
- El notario cumplió para proteger el documento con la reserva de prioridad, y con una obligación contractual de la que pudo haber respondido por daños ocasionados en caso de no hacerlo.
- La resolución del Registro no tuvo en cuenta lo resuelto en la VI Reunión de Directores de Registros de la Propiedad.
- Nuestra legislación exige en materia de transmisión de bienes inmuebles la escritura pública y la tradición (título y modo). La registración producirá efecto de oponibilidad a terceros de esa adquisición.
- Aunque le hagamos cobrar vigencia y eficacia a la medida de no innovar el dominio ya fue transmitido fuera del Registro y esta situación es inamovible, con la única excepción de los derechos que la ley acuerda: acción de simulación

o acción revocatoria o pauliana. La ley siempre protege al acreedor que se sienta burlado en su derecho.

- Cita la jurisprudencia de la S.C.B.A. autos “Robazza”, con el voto del Dr. Gnecco.

*Por lo expuesto se dictó la resolución del Presidente de la Comisión Central de Consultas, Not. Jorge F. Dumón, quien, compartiendo los fundamentos citados, entendió que:*

- La ley 17801 creó un sistema de publicidad que resguarda tanto los intereses de los titulares negociales como de terceros.

- El dominio se transmite por el título y el modo, cumplidos ambos, no quedan mayores recursos para esgrimir a un acreedor tardío.

- La garantía a favor de terceros que procura la publicidad registral no puede llegar tan lejos como para volver inseguras las transmisiones hechas de acuerdo a la ley.

**A partir del dictado de la DTR 12/99**, que se refiere expresamente, como ya lo expresamos a la “medida de no innovar”, hemos encontrado algunas resoluciones, que se atienen a lo dispuesto en dicha disposición normativa. A contrario sensu, los funcionarios del registro, entienden que la **prohibición de inscribir** paraliza el proceso inscriptorio.

Referida a esta cautelar encontramos la siguiente **Resolución Contencioso Registral 64/2002**.

En este caso, el Registro expidió certificado de dominio N° 152103/0 con fecha 15/03/2002. El 09/05/2002 bajo el N° 388876/3 ingresó testimonio ley 22172 de anotación de medida de no innovar, dejándose constancia que la misma comprende además la *prohibición de inscribir* la escritura de venta relacionada con el certificado N° 152103/0 ordenada en autos “Siciliano Osvaldo Norberto c/ J. L. Comercial Maderera S.A. s/Ejecutivo” en trámite por ante el Juzg. Nacional de 1° Inst. en lo Com. N° 15, Secretaría N° 29 de Capital Federal, con relación al inmueble inscripto en el folio real matrícula 46322 (097), la que fue anotada provisionalmente.

El 11/07/2002 bajo el N° 636193/4 ingresó testimonio ley 22172 de anotación de medida de no innovar, con expresa prohibición de inscribir la escritura de venta relacionada con el certificado N° 152103/0 del 15/03/2002 ordenada en autos “Giuliano, Paula Andrea c/ J. L. Comercial Maderera S.A. s/Ejecutivo” en trámite por ante el Juzg. Nacional de 1° Inst. en lo Com. N° 22, Secretaría N° 44

de Capital Federal, con relación al inmueble inscripto en el folio real matrícula 46322 de San Isidro, la que fue anotada en forma definitiva.

El 30/08/2002 reingresó la medida de no innovar N° 388876/3, anotándose en forma definitiva.

La escritura de venta N° 53 de fecha 26/03/2002 ingresó al registro el 05/04/2002, inscribiéndose en forma provisional.

El 23/04/2002 reingresó el testimonio de la mencionada escritura, acompañado de la escritura complementaria N° 69 del 19/04/2002.

El Director del Registro resolvió no hacer lugar a la inscripción definitiva solicitada, admitiendo que las escrituras fueron autorizadas dentro del término de validez de los certificados e ingresadas para su registración durante la vigencia del plazo del Art. 5 ley 17801.

“En la especie, y atento el ingreso de la medida cautelar citada, producido antes de haberse procedido a la inscripción definitiva del testimonio en cuestión y en consecuencia no haber culminado el iter inscriptorio, es necesario imprimirle distinto tratamiento en razón de la naturaleza jurídica propia de la cautela dispuesta cuya finalidad específica es justamente la de impedir que se modifique la situación de hecho y de derecho hasta la resolución definitiva del caso litigioso, evitando así que el fallo se convierta en inocuo o que sea de cumplimiento imposible, o que la ejecución quede demorada.”

“Que asimismo es de puntualizar que el mandato prohibiendo innovar fue dispuesto por la correspondiente autoridad judicial, única competente para delimitar los derechos que los preceptos legales confieren a los quejosos.”

“Que el conflicto de prioridad resultante no puede resolverse en sede registral, dado que en definitiva es el propio juzgado disponente de la cautela, quien debe expedirse según las constancias del caso. Por lo expuesto, este Registro debe acatar la orden judicial y abstenerse de inscribir las escrituras autorizadas”

Actualmente esta causa se encuentra en el ámbito judicial para su resolución.

Las resoluciones que citamos a continuación se refieren a la prohibición de innovar, y en todos los casos, dicha medida es desplazada por los siguientes fundamentos: la escritura fue autorizada dentro del término de validez de los certificados e ingresada para su registración durante la vigencia del plazo del Art. 5 ley 17801. Se cita la Resolución Contencioso Registral N° 40/84 y la jurisprudencia sentada por la S.C.B.A. en los autos “Robazza de Gutierrez y otro c/Poder Ejecutivo s/Demanda Contencioso Administrativa.”

**Resolución Contencioso Registral 24/2005.**

Con fecha 17/05/2004 se expidió certificado de dominio. El 02/03/2005 ingresó oficio de anotación de medida de no innovar ordenada en autos “Laulhe, Juan Pedro y otro c/Lockhart, Telam s/Acción de Reducción” en trámite por ante el Juzg. de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Nº 22 de La Plata, con relación al inmueble inscripto en el folio real matrícula 16076 de San Vicente, la que fue anotada provisionalmente, omitiéndose es esa instancia anotararlo en forma condicionada.

La escritura de venta de fecha 09/06/2004 ingresó al registro el 13/07/2004.

El Director del Registro resolvió proceder a la inscripción definitiva solicitada, desplazando la medida de no innovar.

**Resolución Contencioso Registral 44/2005.**

Con fecha 6/4/2005 se expidió certificado de dominio. El 13/5/2005 ingresó oficio de anotación de medida de no innovar ordenada en autos “Bianco Eduardo c/Adhemar Jorge Alberto s/Desafectación de Bien de familia” en trámite por ante el Juzg. de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Nº 7, Secretaría Nº 13 de San Isidro, con relación al inmueble inscripto en el folio real matrícula 75330 de Pilar, la que fue anotada en forma condicionada.

La escritura de permuta de fecha 11/04/2005 ingresó al registro el 05/05/2005.

El Director del Registro resolvió proceder a la inscripción definitiva solicitada, desplazando la medida de no innovar.

**Resolución Contencioso Registral 54/2005.**

Con fecha 24/1/2005 se expidió certificado de dominio. El 25/2/2005 ingresó oficio de anotación de medida de prohibición de innovar ordenada en autos “Garzon Sebastián y otro c/Quebrachal Reciclarte S.R.L. y otro s/Medidas Precautorias” en trámite por ante el Trib. del Trabajo Nº 5 de Lomas de Zamora, con relación al inmueble inscripto en el folio real matrícula 27576 de Gral. Esteban Echeverría, la que fue anotada en forma definitiva, sin haber sido condicionada al certificado de venta vigente.

El 1/3/2005 ingresó oficio de embargo en los autos “Fisco de la Prov. de Bs. As. c/Perejil María Nélica y Otro s/Apremio” en trámite por ante el Juzg. Contencioso Adm. Nº 1 de Lomas de Zamora, el que fue inscripto en forma condicionada a la reserva de prioridad del certificado expedido.

La escritura de compraventa de fecha 17/2/2005 ingresó al registro el 1/3/2005.

El Director del Registro resuelve proceder a la inscripción definitiva de la escritura, desplazando la medida de no innovar y el embargo.

### **Resolución Contencioso Registral 51/2006.**

Con fecha 15/5/2006 se expidió certificado de dominio. El 8/6/2006 ingresó oficio de reinscripción de medida de no innovar ordenada en autos “Santojanni Alicia c/Gamero Lucio s/Ejecución Hipotecaria” en trámite por ante el Juzg. de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Nº 7 de San Martín, con relación al inmueble inscripto en el folio real matrícula 25169 de Gral. Sarmiento, la que fue anotada en forma definitiva como nueva medida, atento que la se pretendía reinscribir se encontraba caduca.

La escritura de compraventa de fecha 2/6/2006 ingresó al registro el 28/6/2006, la que fue anotada provisionalmente por encontrarse vigente la medida cautelar mencionada.

El notario autorizante solicita inscripción definitiva y el Director del Registro resuelve proceder a la inscripción definitiva solicitada, desplazando la medida de no innovar.

Del análisis exhaustivo de las citadas resoluciones podemos concluir, que el Registro ha tomado diferentes posturas al respecto.

Hemos encontrado numerosas resoluciones contenciosas que se refieren a la prohibición de innovar, y solamente una que alude a la prohibición de inscribir.

Actualmente, atento la normativa vigente en el ámbito de nuestra provincia, la medida de no innovar carece de fuerza necesaria para detener el proceso inscriptorio, mientras que la prohibición de inscribir detiene el iter inscriptorio, entendiendo que debe resolverse el conflicto de prioridad resultante en sede judicial.

Fabián Cesar STACHIOTTI  
Jorge Horacio BIANCHI  
Luciano MARTINI

# CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2010

## ÍNDICE ANALÍTICO.

ANOTACIONES PREVENTIVAS.

ARRENDAMIENTOS.

CONDICIÓN RESOLUTORIA.

CONCURSO.

DERECHO DE HABITACIÓN.

DERECHO DE SUPERFICIE.

DOCUMENTOS JUDICIALES.

DONACIONES.

EMBARGOS.

EXPEDIENTES DE DOMINIO.

HERENCIAS.

HIPOTECAS.

IDENTIFICACIÓN.

MENORES DE EDAD.

OBRA NUEVA.

OFICINA LIQUIDADORA.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

PUBLICIDAD FORMAL.

REPRESENTACIÓN.

SOCIEDAD CONYUGAL.

SOCIEDADES MERCANTILES.

TUTELA.

URBANISMO.

**Nota de la redacción:** se recomienda por su especial interés los supuestos prácticos: 1 del apartado anotaciones preventivas; 1 del apartado arrendamientos; 1 del apartado condición resolutoria; 1 del apartado concurso; 1 del apartado derecho de superficie; 1 y 4 del apartado documentos judiciales; 1 del apartado donaciones; 2 y 3 del apartado embargos; 2 del apartado expediente de dominio; 1 y 4 del apartado herencias; 1 a 5, 7, 9 a 12, 14, 16 y 18 del apartado hipotecas; 1 del apartado menores de edad; 1 del apartado obras nuevas; 1 del apartado oficina liquidadora; 1 y 2 del apartado patrimonio de las Administraciones Públicas; 2, 4 y 6 del apartado representación; 1 y 2 del apartado sociedad conyugal; 1 del apartado tutela; 1 del apartado urbanismo.

## ANOTACIONES PREVENTIVAS.

**1.-P:** ¿Es anotable y con qué plazo una anotación de prohibición de disponer, nombramiento de administrador judicial y de ejercicio de acción de rescisión decidida en unos “incidentes”, dentro de un Concurso contra la sociedad A, cuando dichos incidentes han sido planteados por el administrador judicial de la sociedad concursada contra otra sociedad B, indicándose en el mandamiento que la medida cautelar se toma “sin audiencia a la parte demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 733.2 de la LEC”, y justificándose la adopción de la medida?

**R.-** El artículo 733 LECiv, ubicado en el Título VI relativa las medidas cautelares, en su Capítulo II. Referente al procedimiento para la adopción de dichas medidas cautelares, regula en su apartado 2º una excepción a la regla general (vid. su apartado 1º) de previa audiencia del demandado para la adopción de medidas cautelares. Tal excepción consiste en que el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la operación, en cuyo caso, el tribunal podrá acordarla mediante auto razonado.

Por lo tanto, en estos casos del artículo 733 LECiv, cabe tomar anotación preventiva de la medida cautelar sin previa audiencia del interesado, ya que tratándose de una decisión judicial queda fuera de la calificación registral (artículo 100 RH), pero siempre cumpliendo el requisito del tracto sucesivo, en el sentido de que el titular registral ha de figurar como demandado (obstáculo que surge del Registro y sí calificable). También será calificable la competencia judicial ya que, según el artículo 8 de la Ley Concursal, corresponde en exclusiva al Juez del concurso la competencia para ordenar las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado (vid. Resolución D.G.R.N. 02/10/2009).

Además, en estos casos de adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del interesado, siempre podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días,

contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares (cfr. Artículo 739 LECiv).

Igual solución ha dado la DGRN (vid. Resolución de 01/10/2005) cuando se trata de anotaciones de embargo preventivo como medida cautelar por débitos fiscales, dada la diferente naturaleza del embargo ejecutivo y el cautelar. En estos casos no es necesaria la notificación a los interesados por la necesidad de evitar que la Administración vea frustrada su pretensión de cobro de las deudas tributarias; la limitación temporal de estas medidas y la no previsión legal de la exigencia de previa notificación.

Con base en todos estos argumentos, unánimemente se considera que sí es practicable la presente anotación, no obstante la falta de previa audiencia del afectado, siempre que se cumplan los requisitos del citado artículo 733.2 de la LEC.

En cuanto al plazo de duración de la anotación, se entiende que el mismo será el general de cuatro años del artículo 86 de la LH, al no existir norma que fije un plazo especial de duración; no considerándose que se trate de una anotación por el defecto subsanable de falta de notificación y, por tanto, con un plazo de 60 días de vigencia.

Por último, respecto a la cuestión de si una vez tomada la anotación debe realizarse por el juez la notificación y remitir noticia de la misma al Registro, se estima que no es necesario, por cuanto tampoco existe norma alguna que lo exija. Ahora bien, en el momento que se inscriba la adjudicación en subasta, sí deberá exigirse que conste expresamente en el auto que dicha notificación se ha efectuado.

## ARRENDAMIENTOS.

**1.-P:** Contrato de arrendamiento con opción de compra (no leasing). Se presenta una escritura de arrendamiento de un local por un plazo de 10 años prorrogable por periodos de 5 años a los 10, 15,20... hasta un máximo de 50 años.

Se contiene un pacto con las siguientes particularidades:

- Se concede al arrendatario un derecho de opción de compra que podrá ejercitar al vencimiento del plazo inicial o de sus sucesivas prórrogas, a los 10, 15, 20, 25..... años.
- El precio de venta del local, no queda totalmente determinado ya que se dice que será el valor medio de dos tasaciones que efectúen las sociedades de Tasacion Tinsa y Valtenic al tiempo de ejercitar la opción.

- Así fijado el precio durante los vencimientos de los 10, 15 y 20 años, el arrendador no está obligado a vender si dicho precio no le parece suficiente.
- Sin embargo a partir de los 25 años con el precio así fijado el arrendador no podrá ejercer oposición a la opción ejercitada por el arrendatario.

¿Es posible la inscripción de la opción de compra?

**R:** Así planteado el problema, se plantean las siguientes cuestiones:

a) La primera que el artículo 14 del RH, exige que el precio de la opción esté determinado. A estos efectos, por tanto, se plantea si es válida la determinación de precio que se hace en este contrato, dejándolo indeterminado de presente y pendiente de su determinación en un momento futuro en base a los valores de dos sociedades de tasación elegidas por las partes y ajenas al contrato.

Unánimemente se considera que sí, y se estima aplicable analógicamente el artículo 1447 del Código civil, según el cual se entenderá que el precio es cierto si se deja su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Además, se considera que este sistema de fijar el precio de venta es más objetivo y real que fijar ya un precio para dentro de hasta 50 años, en que existe muchas más posibilidades de desajuste.

Así mismo se considera que dado el largo período de tiempo que puede durar el ejercicio del derecho de opción, que puede provocar la desaparición de las entidades señaladas, se considero necesario establecer un procedimiento imparcial para la designación de nuevos tasadores, en caso de desaparición de los inicialmente designados.

b) La segunda que, realmente, el derecho de opción de compra como tal solo existe a partir del año 25 de duración del contrato ya que en los vencimientos anteriores queda a la discrecionalidad del arrendador aceptar o no el precio que resultante de conformidad con lo pactado. Es decir, que en los años 10, 15, y 20 sólo hay un compromiso de buenas intenciones entre las partes pero sometido a la aceptación discrecional del arrendador.

¿Procedería denegar toda la regulación de los años 10, 15 y 20 en cuanto derecho meramente personal en aplicación del artículo 98 de la LH, y recoger en los libros solamente la opción pactada para el año 25 que es la única obligatoria para el arrendador?, o ¿habría que incluir toda la regulación desde el año 10 como parte del pacto de opción de compra pactado en su conjunto?

Mayoritariamente se opta por la segunda solución porque: 1º.- se trata de un negocio complejo que debe recogerse en toda su extensión, salvo consentimiento expreso de las partes. 2º.- En realidad el derecho de opción a que se refiere el artículo 14 del RH, es un derecho personal que requiere convenio expreso de las partes para que se inscriba y, por tanto, tan personal sería el pacto que se cuestiona como los demás. 3º.- En los citados años 10, 15 y 20, si el arrendador acepta el precio de compra fijado, si el pacto no se inscribe, el negocio se debería calificar de compra en sentido estricto, mientras que si se inscribe, estaríamos ante el ejercicio de una opción de compra, distinción que podría tener repercusiones a efectos fiscales, de representación u otras.

**2.-P:** Se presenta una escritura de arrendamiento financiero y opción de compra que recae sobre varias fincas: dos de ellas son dos locales comerciales y la tercera 107/111 avas partes indivisas de un local destinado a garajes que se materializan en las plazas de aparcamiento número 1 a 20, 22 a 68 y 73 a 112. En la escritura se dice que “a los únicos efectos de inscripción en el Registro, y sin que ello tenga ninguna trascendencia obligacional ya que, tanto el arrendamiento como el derecho de opción, deben considerarse pactados unitariamente o de forma inescindible para todas las fincas objeto de la escritura, se procede a la distribución tanto de los cánones del arriendo como del precio de la compraventa para el supuesto del ejercicio del derecho de opción de compra”, con arreglo a unos porcentajes. La distribución se realiza entre las tres fincas, es decir, entre los dos locales comerciales y la global participación indivisa de 107/111 avas partes del local destinado a garaje, pero sin distribución entre las distintas plazas de aparcamiento.

Se plantea si es posible la inscripción sin distribución entre las plazas.

**R:** existen tres posibles opciones: 1) Suspender la inscripción por falta de distribución; 2) Inscribir distribuyendo, de oficio, el porcentaje global asignado entre las 107 plazas por partes iguales; o 3) Inscribir sin distribución.

Unánimemente se opina a favor de esta última opción, por las siguientes razones, las dos primeras generales y las dos últimas particulares del caso concreto:

- a) La aplicación analógica del artículo 217 del RH que permite que cuando se hipotequen varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca se pueda pactar la constitución de una sola hipoteca sin distribución.
- b) La doctrina de la DGRN que en resolución de 19 de abril de 2004, admite la posibilidad de una hipoteca sin distribución sobre una cuota indivisa global que da derecho al uso de dos plazas de garaje y un trastero aunque cada uno de ellos

esté inscrito en folio independiente con su propia cuota; por constituir, en realidad, el dominio de una cuota indivisa sobre la total.

c) El hecho de que ya se ha inscrito anteriormente una hipoteca sobre la participación indivisa global sin distribución entre las plazas de garaje en aplicación de los artículo 217 RH y Resolución de la DGRN citados.

d) La circunstancia de que las plazas de garaje no se van a destinar a la venta sino a su uso por el arrendatario junto con los locales comerciales que también son objeto del arrendamiento, por cuanto se trata de un centro comercial con un aparcamiento en el sótano.

## CONDICIÓN RESOLUTORIA.

**P:** Cumplimiento de condición resolutoria. Se trata de una compraventa en la que se garantizó parte del precio que quedó aplazado mediante una condición resolutoria. Ahora se presenta acta en la que el notario notifica al comparador la resolución por impago. El notario notifica mediante carta. Correos deja aviso en la dirección pactada y transcurrido el plazo sin que se retire devuelve la notificación.

En la finca figura anotada una prohibición de enajenar en procedimiento penal seguido contra la parte vendedora y la parte compradora por estafa procesal, y falsedad en documento público y privado. La anotación ha sido prorrogada dos veces, la última en 2009. Además hay varios embargos posteriores.

**R:** En primer lugar se recuerda que la reinscripción a favor del transmitente, en los casos de ejercicio extrajudicial de la condición resolutoria del artículo 1504 del CC, debe ajustarse a la doctrina de la Dirección General, que se resume así: 1. Ha de aportarse el título del vendedor (Art. 59 RH), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada. 2. Notificación judicial o notarial al adquirente de quedar resuelta la transmisión, siempre que por parte de aquél no se manifieste oposición por el hecho de faltar algún requisito para la resolución, pues, de formularse, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente procedimiento judicial que se dan todos los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave que frustre el fin del negocio por el comportamiento del adquirente, sin que exista causa razonada que justifique tal conducta. 3. El documento que acredite la consignación de las cantidades que hayan de ser devueltas al adquirente, o que, por el principio de subrogación real, correspondan a los titulares de derechos que se hayan de extinguir por la resolución. Si existe cláusula penal, no cabe reducción alguna en la cantidad que haya de ser consignada. En cuanto a los terceros adquirentes, dado que registralmente están interesados en el asiento cancelatorio, también

respecto de ellos deberán cumplirse las debidas garantías, para evitar que transmitente y adquirente concierten acuerdos sobre la resolución que menoscaben su posición. Por ello, deberán ser citados en el procedimiento judicial que declare la resolución.

En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la resolución, diciendo que el requerimiento es una declaración de carácter receptivo consistente en la notificación de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato. Habrá que acudir a la vía judicial si el incumplidor lo desatiende y no se allana al mismo. La sentencia en este último caso, declarará la resolución ya producida con efecto retroactivo. (vid. STS de 17 de julio de 2009, rec. 143/2005, y las que en ella se citan de fecha 7 de noviembre de 1996, 29 de abril de 1998 y 15 de julio de 2003).

Cumplidas las exigencias anteriores resta por analizar los efectos de la anotación de prohibición de disponer en caso de ejercicio extrajudicial de la condición resolutoria, ya que si se trata de un ejercicio judicial, con todas las garantías, será el Juez competente que vea del asunto el que pueda determinar la eficacia de tal anotación respecto al ejercicio de la acción.

Si la anotación de prohibición de disponer dimana de un procedimiento penal seguido contra ambos, parece claro que un ejercicio extrajudicial de la condición resolutoria puede responder a un acuerdo concertado entre vendedor y comprador que podría menoscabar la eficacia de la medida preventiva dispuesta por el Juez de lo Penal. Por ello, debería entenderse que el ejercicio de la acción resolutoria queda también afectada por la prohibición de disponer y que, mientras ésta subsista, no es posible la resolución vía notarial prevista en el artículo 1.504 CC y 59 RH, y sólo cabría el ejercicio judicial de tal facultad.

Una solución análoga es la que ha adoptado la Ley 22/2003 Concursal, cuando se trata del ejercicio de la acción resolutoria con posterioridad a la declaración de concurso, que queda sometido a la restricción prevista en el artículo 56, es decir, no puede iniciarse hasta la aprobación del convenio o hasta que transcurra un año desde la declaración sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación y, en todo caso, siempre debe realizarse ante el juez del concurso (artículo 57 Ley Concursal).

## CONCURSO

**1.- P:** Estando en el Registro anotada preventivamente la declaración de concurso de una sociedad, se presenta ahora una certificación del Registro Mercantil en la que se inserta el mandamiento judicial urgente del Juzgado de lo Mercantil solicitando "se dejen sin efecto las certificaciones enviadas a los

distintos Registros de la Propiedad” y en virtud de las cuales se anotó el citado concurso.

En concreto, se presenta en el Registro certificación del Registro Mercantil en relación con un mandamiento expedido en un procedimiento concursal y en cumplimiento de una providencia que ordena que se dirija mandamiento urgente al Registro Mercantil de Madrid a fin de que DEJE SIN EFECTO las certificaciones enviadas a los distintos Registros de la Propiedad a los que las haya remitido, por existir una contradicción con lo dispuesto en el último párrafo del apartado 6 del Auto de declaración de concurso voluntario. En dicho auto lo que se decía es que la administración concursal informará al Juzgado dentro del plazo de los 10 días siguientes a la aceptación del cargo acerca de la necesidad de proceder a la anotación preventiva de la declaración de concurso sobre los bienes inmuebles que integran el circulante de las sociedades concursadas. Pero, por otro lado, en el mismo auto de declaración del concurso se interesaba del Registro Mercantil la remisión de las certificaciones procedentes a los Registros de bienes del deudor que a continuación se describían (más de 150 fincas de diversos Registros).

Preguntas: ¿Es posible que declarado el concurso se pueda no anotar sobre los bienes dados los términos imperativos del Art. 24.4 de la Ley Concursal que dice “que si el deudor tuviera bienes inscritos los registros públicos se anotarán..”? Si se considera que es decisión del Juez que no podemos calificar, ¿es suficiente esta resolución para cancelar las anotaciones aunque no se ordene expresamente?, ¿Debe cancelarse también la anotación en el Libro de Incapacitados?, ¿Es necesaria la firmeza de la resolución puesto que se trata de cancelar un asiento?

**R:** En primer lugar se indica que parece claro que lo que se pretende es que se cancelen las anotaciones realizadas sobre las fincas, posiblemente para facilitar su venta sin intervención de los administradores concursales.

Respecto del fondo de la cuestión, la mayoría de los compañeros entendió que si las anotaciones preventivas de concurso habían sido ya extendidas en el historial de las fincas titularidad del concursado y en el libro de incapacitados, en virtud del primer mandamiento judicial remitido vía certificación del Registro Mercantil, no procederá su cancelación en virtud del documento ahora presentado, sino que regirá en todo caso la regla general de cancelación de anotaciones preventivas. Esta regla general exige que se expida mandamiento para la cancelación, con indicación exacta de los asientos a cancelar y que conste su firmeza. La firmeza de las resoluciones judiciales, se recuerda, sólo se exige para los asientos definitivos, esto es, inscripciones o cancelaciones (Art. 82 y 83 LH; 174 y 207 RH; 524,4 LEC). Es necesario, por lo tanto, que el

mandamiento que ordene cancelar los asientos, nos diga cuáles son los asientos a cancelar y que conste la expresión de su firmeza.

No debe cancelarse tampoco el asiento en el Libro de Incapacitados, salvo que expresamente lo ordene el Juez, por lo que de no hacerlo puede producirse un efecto no querido por el mismo, pues cuando venga la venta deberíamos exigir el consentimiento de los administradores del concurso. En este sentido se hizo notar que el efecto de la anotación de concurso sobre las fincas es dar publicidad a la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, así como el nombramiento de los administradores concursales, y que los efectos del concurso sobre la persona del concursado se siguen produciendo con independencia de que se haya practicado o no la anotación. Por lo tanto, teniendo constancia de la declaración del concurso vía Libro de Incapacitados, la calificación de cualquier acto dispositivo que realice el deudor se hará teniendo en cuenta esta especial situación personal, aunque no conste practicada la anotación en la finca transmitida.

Por ello, se consideró conveniente indicar al Juzgado en la nota de denegación, que, si su intención es que el concursado pueda vender sin dicho consentimiento, por tratarse del tráfico ordinario del concursado, en el mandamiento que ordene la cancelación de las anotaciones practicadas, señale expresamente que las fincas a las que se refiere podrán ser objeto de venta directa por el concursado.

Aunque siempre se ha propugnado una gran colaboración con los Juzgados, como en la práctica existe a diario y con gran eficacia, y siendo conscientes de la enorme carga de trabajo que sufren en estos días por la crisis económica, ello no puede llevar al extremo de cancelar unos asientos sin tener certeza de cuáles sean los asientos a cancelar (si sólo sobre las fincas o también en el libro de incapacitados) y sin tener constancia de su firmeza. Precisamente por todas estas dudas es necesario que el documento sea claro acerca de la actuación a seguir, teniendo en cuenta el efecto irreversible de una cancelación.

Otra cosa hubiera sido que la primera certificación del Registro Mercantil, enviada en cumplimiento de lo dispuesto en el mandamiento que ordena anotar el concurso, estuviera presentada y pendiente de despacho. En este caso, el documento ahora presentado se podría entender perfectamente como un desistimiento a la solicitud de inscripción, conforme al artículo 433 párrafo 5º del Reglamento Hipotecario. Este artículo exige, además, que tratándose de documentos judiciales el desistimiento sea decretado o solicitado por la Autoridad, funcionario u órgano que hubiere expedido el mandamiento.

**DERECHO DE HABITACIÓN.**

**1.-P:** Se presenta una escritura de constitución de derecho de habitación sobre una nave industrial genéricamente –sin concreción de partes o piezas- y en que, además, se indica que las mensualidades se pagarán con dinero ganancial, pero se solicita su inscripción como privativa del único cónyuge interviniente. ¿Se puede inscribir?

**R:** en primer lugar se señala que el derecho de habitación aparece regulado junto al derecho de uso en los artículos 523 a 529 CC. De la regulación del derecho de uso se desprende, según Diez Picazo, que este limitado disfrute tiene por objeto el consumo ordinario. El usuario disfruta para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios más allá; éste es el límite de su derecho, a diferencia del usufructo.

El mismo autor entiende que el derecho de habitación es una forma de uso caracterizado por el objeto sobre el que recae. Según el artículo 524, es la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para uno y para las personas de su familia. El objeto del derecho de habitación puede ser toda la casa, en cuyo caso estará obligado a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario.

En consecuencia, se señala que según el artículo 524-2 y 822 del Código Civil, el derecho de habitación debe recaer sobre construcciones residenciales y, por tanto, en el presente caso debe acreditarse –ej. acta notarial- que en la nave existen partes que tengan tal carácter o que la misma es, en realidad, susceptible de dicho destino –ej. loft-.

En cuanto al carácter de la adquisición, se señala que el pago en mensualidades parece encubrir un arrendamiento y este derecho, según la opinión dominante, si se contrae sólo por uno de los cónyuges será de titularidad del mismo y no de carácter ganancial, no obstante las posibilidades de subrogación que se conceden legalmente a su consorte (artículo 16 LAU de 1994).

Pero mayoritariamente se considera que no existe inconveniente para que el pago del precio el derecho de habitación se realice mensualmente, por lo que siendo un derecho real semejante al usufructo, le será aplicable el artículo 1347-3 del Código Civil y 93 del RH, y tendría, en consecuencia, carácter ganancial, a pesar de su carácter personalísimo –artículo 529 y 1346-5 del CC-, siendo aplicable la rigurosa prueba que exige el artículo 95.2 RH para acreditar el carácter privativo del precio o de la contraprestación y el valor de la confesión del consorte sobre la privatividad del precio o contraprestación, confesión que en este caso no existe.

**DERECHOS DE SUPERFICIE.**

**1.-P:** Se presenta una escritura de constitución de un derecho de superficie y de dos servidumbres. Respecto del derecho de superficie se indica únicamente en cuanto a su descripción que se constituye sobre una parcela que contiene una nave industrial “para la promoción, construcción, puesta en marcha operación y explotación de una o varias instalaciones solares fotovoltaicas al objeto de aprovechar la energía solar en las cubiertas de la nave industrial, concediéndose un período de 90 días para realizar los estudios necesarios para determinar con exactitud la superficie exacta a utilizar, así como para la determinación de los paneles solares, inversores y demás equipos a instalar en las cubiertas de la nave industrial”.

Respecto de las servidumbre se indica únicamente que se constituyen, una “para el uso de la superficie de la parcela necesaria para el establecimiento de las edificaciones correspondientes a centros de transformación y otras necesarias para la actividad de la instalación”, y otra “para el paso por los accesos, caminos e incluso el interior de la nave industrial, en cuanto sea necesario, primero, para efectuar los estudios y proyectos para su construcción; luego, para realizar los trabajos de construcción e instalación y, por último, para las labores de control, mantenimiento y reparación”.

Existen dos hipotecas y un embargo que gravan la finca registral. ¿Se pueden inscribir los mencionados derechos y, en su caso, es necesario el consentimiento de lo terceros inscritos.

**R:** En primer lugar, respecto del derecho de superficie, no se describe adecuadamente el concreto derecho de superficie que se quiere constituir, singularmente la superficie a ocupar, número y placas fotovoltaicas y, en su caso el tipo, plazo para la ejecución de la obra, etc.

En realidad, de la lectura del contrato elevado a público, parece ser que no se trata propiamente de una constitución de derecho de superficie sino de un compromiso o precontrato de constituirlo si del estudio a realizar resulta viable. Así se utilizan frases como “están interesados”, “se concede un periodo de tiempo de 90 días para, una vez efectuados los estudios oportunos, determinar la exactitud de la superficie a utilizar”, “se autoriza para elaborar el estudio a .....”, etc.

Por tanto, la inscripción debe ser rechazada por exigencia del principio de especialidad hipotecaria, que implica que todos los derechos reales que accedan al Registro de la Propiedad deben estar perfectamente descritos, tanto en cuanto a sus característica físicas como de ejercicio, y este caso falta, al menos, como ya se ha dicho, la indicación de circunstancias como la ubicación y superficie

concreta ocupada por los paneles solares (resolución de la DGRN de 24 de noviembre de 2003) y la fijación del plazo para el ejercicio de tal derecho: instalación de energía solar (STS de 24 de febrero de 2000), pues así lo exige tanto una perfecta delimitación del derecho real constituido como la necesidad de observar y respetar las normas estructurales del estatuto jurídico de los bienes.

En cuanto a las servidumbres, tampoco se describen adecuadamente las mismas, singularmente no se indica la zona de paso, la anchura del mismo, el lugar y tamaño de las edificaciones destinadas a centros de transformación, etc; pues sólo se habla de “superficies, accesos y caminos necesarios”.

Tal y como declararan las resoluciones de la DGRN de 18 de octubre de 1991, 16 de mayo y 19 de septiembre de 2002, y 14 de febrero y 27 de marzo de 2003, entre otras, la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de las limitaciones del predio sirviente, no pudiendo por tanto inscribirse cuando existan indeterminaciones sobre datos esenciales, como puedan ser la anchura del paso, la longitud de las conducciones o el lugar por donde una y otra discurren.

Por último, se señala que si no consienten expresamente, como ocurre en este caso, los titulares registrales de las hipotecas que gravan la nave, sobre la que se va a constituir la instalación fotovoltaica, dichas hipotecas gravarán los elementos resultantes de la ejecución del derecho de superficie, lo que dificultará la obtención del crédito necesario para dicha construcción.

## DOCUMENTOS JUDICIALES.

**1.-P:** Requisitos del auto de adjudicación en subasta. Casi siempre, los autos de adjudicación en los procedimientos de ejecución hipotecaria comienzan aproximadamente del siguiente modo: “*el día \*\*\* se dictó auto despachando ejecución, notificándoseles a \*\*\*\** (deudor, hipotecantes, terceros poseedores), por lo que dada la redacción del artículo 686-1 de la LEC, se pregunta si es necesario que conste siempre en el testimonio del auto de adjudicación que se ha requerido de pago a dichas personas, o basta la notificación del auto por el que se despachaba ejecución.

**R:** Algunos compañeros señalan que el artículo 132.1º de la LH es claro y expreso, en el sentido de que mientras no conste expresamente el requerimiento de pago en el testimonio, debe ponerse defecto en virtud de ese precepto hipotecario, pues, además, el requisito es una consecuencia de los principios de legitimación, tracto sucesivo y tutela judicial efectiva que el Registrador debe controlar. Es decir, que entienden que el indicado testimonio debe expresar bien

que el requerimiento de pago se efectuó extrarregistralmente con indicación del acta notarial o bien por el propio Juzgado.

No obstante, mayoritariamente se consideró que la notificación del auto del despacho de ejecución y del requerimiento de pago no son dos momentos distintos, salvo que esta última se hubiere practicado extrajudicialmente, por lo que bastará con que se indique en el testimonio la notificación al deudor, tercer poseedor e hipotecante no deudor del auto de despacho de ejecución.

Así se indica que el artículo 553 LEC al regular el contenido del auto por el que se despacha ejecución y su notificación, dispone que: “1. *El auto en que se despache ejecución deberá contener los siguientes extremos: 5.º El contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, en los casos en que la ley establezca este requerimiento*” y “2. *El auto que despache ejecución, con copia de la demanda ejecutiva, será notificado al ejecutado, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones*”.

Por su parte, el 686.1, señala que: “1. *En el mismo auto en que se despache ejecución se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro*”.

Asimismo se indica que –por conversaciones tenidas por jueces y secretarios judiciales- en la práctica judicial, el requerimiento de pago, como contenido del auto de despacho de ejecución, se tiene por practicado al notificarse éste.

**2.-P:** Se presenta en el Registro testimonio de una sentencia declarativa de dominio a favor de don X. La finca se encuentra inscrita a nombre de los padres de don X con carácter ganancial. La demanda se ha interpuesto por don X y contra su hermana Z. ¿Es inscribible?

**R:** Según Juan Sarmiento, las sentencias declarativas de dominio siempre deben expresar el título del que deriva esa declaración, título cuya validez y eficacia quedan de este modo reconocidas, al menos frente al demandado. Así, lo que se inscribirá no será la declaración de dominio contenida en la sentencia, sino ese título así reconocido, aunque sólo lo sea frente al demandado. A él se contraerá, pues, la calificación del registrador, la cual obviamente, no podrá extenderse a la revisión de su validez y eficacia, pero sí a los posibles obstáculos que surjan del Registro, como el tracto sucesivo.

Sólo si en la sentencia se expresa el título adquisitivo del actor podrá comprobarse el requisito del tracto sucesivo, además de quedar determinado si el

adquirente queda o no protegido por la fe pública registral, pues ello depende de la onerosidad o gratuidad del título adquisitivo. No basta con que resulte que el pleito se ha entablado contra el titular registral, pues puede ser que el demandado no fuere el transmitente directo del demandante y, en este caso, se burlaría el cauce legal previsto para la reanudación del tracto (artículo 40 LH).

Por consiguiente, en el caso planteado, si la sentencia declara el dominio en virtud de un título que traiga causa de los titulares registrales y, por su fallecimiento, se ha demandado a sus herederos, el título será directamente inscribible. En caso de fallecimiento de los titulares registrales el requisito del tracto sucesivo se traduce en la necesidad de demandar a todos los que resulten ser sus herederos, siendo imprescindible acreditar tal cualidad con la documentación auténtica ordinaria (testamento o declaración judicial o notarial de herederos), salvo que la misma resulte claramente de la resolución judicial.

**3.-P:** Se presenta en el Registro un testimonio expedido por el Secretario de un Juzgado de X y lo que se testimonia es otro testimonio de una sentencia de divorcio dictada por un Juzgado de otra localidad. ¿Es admisible el testimonio de testimonio expedido por el Secretario de un Juzgado distinto del que dictó la sentencia?

**R:** No, porque la fe pública de los secretarios judiciales se limita a aquellos documentos de cuya conservación y custodia estuviere encargado –artículos 145 y 148 de la LEC- y, además, en el Registro se deben inscribir documentos originales –artículo 3 de la LH-.

**4.-P:** ¿Es admisible el decreto del secretario judicial autorizando la aceptación de herencia de un incapaz sin beneficio de inventario, o es necesario auto judicial? ¿Y en la posterior aprobación judicial de la partición realizada?

**R:** Se señala que, si bien el Art. 456 de la LOPJ atribuye a los Secretarios judiciales la resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria “cuando así lo prevean las leyes procesales”, la actual normativa sobre jurisdicción voluntaria es la LEC de 1881 y exige auto judicial, estando pendiente de aprobación la nueva LJV.

No consta que la recientemente aprobada Ley de Oficina Judicial haya modificado este extremo, aunque sí ha reforzado otras funciones de los secretarios judiciales, y el hecho de que, en la práctica, determinadas decisiones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria se estén resolviendo exclusivamente por secretarios judiciales a través de decretos, y que los propios jueces titulares lo acepten y, en general, no tengan claro si esos decretos serían nulos o no; no empece la decisión de los Registradores que, en aplicación de los artículos 3 de la Ley Hipotecaria –habla de autoridad judicial- y 100 del Reglamento

Hipotecario, deberán suspender los documentos que los contengan por falta de resolución de órgano competente.

## DONACIONES.

**1.-P:** En el año 2006 unos cónyuges donan a sus tres hijos por iguales partes el pleno dominio de una vivienda unifamiliar. Ahora se presenta escritura del año 2009 por la que los tres hijos, reservándose la nuda propiedad, donan pura, simple y gratuitamente, a sus padres (antiguos donantes), el USUFRUCTO VITALICIO, conjunto y sucesivo sobre la finca donada, quienes, con carácter ganancial, lo adquieren. Los donatarios comparecen y aceptan la donación.

En esta última escritura, los hijos donantes, y a su vez, nuevos nudo propietarios de la vivienda cuyo usufructo es objeto de donación, “pactan expresamente, en su condición de copropietarios de la misma, la conservación del bien de forma indivisa por tiempo de diez años, según la limitación que en tal sentido se halla en el artículo 400 del Código Civil.

No obstante lo anterior, la intención de los mismos es permanecer en la indivisión hasta la extinción del derecho de usufructo de sus padres, hecho que si se produce con anterioridad al transcurso del mencionado plazo, extinguiría la obligación de indivisión de los condueños.

Así mismo, pactan expresamente la imposibilidad de establecimiento de nuevos gravámenes aparte de los ya existentes, sobre la finca objeto de donación por igual plazo y condiciones que los establecidos para el pacto de indivisión.

**R:** Según opinión unánime de los asistentes, el primer párrafo “*prohibición de indivisión*” no plantea ninguna dificultad y se encuentra amparado por el artículo 400 del Código Civil.

El problema se plantea con el pacto de prohibir gravámenes sobre la finca donada por igual tiempo. En principio, tal pacto no sería inscribible por implicar una prohibición de disponer contraria a los artículos 27 y 107.3º de la Ley Hipotecaria, y artículo 57 del Reglamento Hipotecario. Pero pueden surgir dudas si se entiende que la nueva escritura de donación es complementaria de la primitiva de 2006 y forma con ella un negocio jurídico único. Compareciendo todos los interesados de las dos escrituras se podría entender que los nuevos pactos de indivisión, y prohibición de gravamen por plazo de diez años, no es más que un pacto complementario de la primitiva donación de 2006 en cuyo caso podría pensarse en su validez e inscripción al amparo del artículo 26.3º de la Ley Hipotecaria.

Si se hubiera concebido como una rectificación de la primitiva donación de los padres a los hijos en el sentido de que lo que querían donar no era el pleno dominio sino la nuda propiedad y que además se les olvidó imponer una prohibición de disponer, con las dificultades que ello implica por el tiempo transcurrido y por la trascendencia de los errores, se podría plantear la cuestión.

No habiéndose hecho así, lo cierto es que en el momento de la primera donación del año 2006 el bien ya salió del patrimonio de los cónyuges, entonces donantes, quienes no pueden ya imponer ninguna prohibición de disponer. Por eso el pacto de indivisión lo establecen los comuneros por unanimidad (tal pacto puede establecerse por los donantes o testadores o por unanimidad de los comuneros), porque los cónyuges ya no tienen poder de disposición sobre la cosa.

En esta última línea se insiste, por la mayoría, que las prohibiciones de disponer no se presumen y son de interpretación estricta (Resolución DGRN 17/06/2003), debiendo prevalecer el principio general del artículo 399 CC que establece que todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir a otro en su aprovechamiento, pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Es decir, un eventual gravamen futuro en nada afectaría al pacto de indivisión, que se mantendría vigente cualquiera que fuera la persona que ocupara el lugar de un comunero. Y ello, sin perjuicio de la validez que en el plano obligacional pueda tener, entre los comuneros, la prohibición de gravar.

**2.-P:** ¿Qué efectos tienen a efectos registrales las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero, 26 de febrero y 20 de junio de 2007, que declaran la nulidad de las donaciones de bienes inmuebles ocultas bajo la escritura pública de compraventa simulada?

**R:** Como señala Juan José Rivas, las indicadas sentencias recogen la doctrina de considerar que la nulidad de una escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmueble que se dice encubría y ello aunque se pruebe que existía *animus donandi*, porque la forma *ad substantiam* de la escritura pública de donación de inmuebles que exige el artículo 633 del Código Civil, no se refiere a cualquier escritura, sino a la específica en que deben prestarse los consentimientos específicos de donar y aceptar la donación, y lo que constan son los consentimientos para un contrato de compra; sin que se considere que altera este panorama el que la donación se considera como remuneratoria, pues ésta carece de régimen especial que la exima del indicado requisito de forma pública.

En el ámbito registral, dado que la inscripción no convalida los actos nulos (artículo 33 de la LH), si la finca se encuentra inscrita a favor del comprador

deberá cancelarse cuando se presente el testimonio de la sentencia, pero la misma no alcanzará a terceros adquirentes que reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La única trascendencia que puede tener, aunque su apreciación corresponde a los tribunales, consiste en considerar como “mala fe” el conocimiento de que la venta encubría una donación, aunque se considera que esa circunstancia no es suficiente –el tercero sigue creyendo al donatario dueño real-, sino que sería necesario, además, el conocimiento de que la enajenación simulada se ha efectuado para defraudar los derechos de alguna persona, como podrían ser los legitimarios del vendedor, burlando su posible acción para reclamar la reducción de una donación inoficiosa de la cosa enajenada.

## EMBARGOS.

**1.-P:** Se presenta un mandamiento de un Juzgado de Instrucción solicitando anotación de embargo, sin que conste la cuantía de la traba. ¿Se puede practicar la anotación?

**R:** Se pone de manifiesto que según el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez o Tribunal puede adoptar las medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o de la responsabilidad civil de que se trate, incluidas las costas; añadiendo que, a estos efectos, se aplicarán las normas de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A partir de ahí, son aplicables las normas hipotecarias y, en particular, el artículo 166-3 del Reglamento Hipotecario que exige, en todo caso, la expresión en el mandamiento del importe de lo que por principal, intereses y costas se trate de asegurar, sin que la Ley de Enjuiciamiento Civil contenga precepto especial que exima en algún caso de esa exigencia, antes al contrario su artículo 613 otorga a esa constancia una importancia capital.

**2.-** Examen de las rectificaciones que se están efectuando por la AEAT y por la TGSS de los mandamientos de embargo de fincas inscritas a favor de un extranjero casado, con el carácter que indique su Ley nacional, si la demanda sólo se ha dirigido contra el titular registral; que se basan para aplicar la Ley española relativa a la sociedad de gananciales 281-2 de la LEC y 57-1 LRJAP, y STC de 2 de julio de 2001 y del STS de 13 de diciembre de 2000 y 17 de julio de 2001, porque a falta de prueba de las parte demandada, esos órganos públicos pueden aplicar el derecho español supletoriamente.

**R<sup>1</sup>:** Mayoritariamente se considera que no se puede anotar el embargo aplicando al caso el derecho común español, presumiendo ganancial la participación indivisa embargada, y con solo notificar al cónyuge no deudor por las siguientes razones:

1ª) No son aplicables al procedimiento de recaudación ejecutiva de los créditos de la Seguridad Social el artículo 281.2 LEC y las STS invocadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, pues la STC que cita se limita recoger la STS, pero no las aplica, ya que precisamente anula la sentencia recurrida en amparo, por haberse aplicado la legislación española por falta de prueba de la legislación extranjera, cuando ésta no había sido alegada como aplicable por el recurrente, sino por la contraparte.

Se basa esta apreciación en:

A) En que la LEC y el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social en lo sucesivo RRSS tienen objeto y finalidad, muy distintos, pues, la LEC regula la tutela jurisdiccional de los derechos, administrada por jueces, integrantes del Poder Judicial, independientes, e imparciales (artículos 117 CE, 1 LOPJ y 1 LEC), en tanto que el procedimiento ejecutivo de recaudación de la Seguridad Social es un procedimiento administrativo (Arts. 1, 107.2 y 108.1 RGSS), tramitado por funcionarios públicos del poder ejecutivo, sujetos a dependencia jerárquica (Art. 3.1 y 21 Ley 30/1192 de 26 de noviembre sobre RJAP y PAC, en lo sucesivo RJAP) en una administración que por sí misma declara los créditos a su favor y los ejecuta, lo que, al menos formalmente, hace difícil su imparcialidad, al reunir esa administración la doble condición de ejecutante y ejecutora.

B) El que los artículos 34 Ley General de la Seguridad Social y 84 y 107.2 RRSS afirmen que la providencia de apremio dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social tiene la misma fuerza ejecutiva que las sentencias judiciales para proceder contra los bienes de los responsables del pago de la deuda, no supone la aplicabilidad general de la LEC, al procedimiento ejecutivo tramitado por la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual sólo procederá cuando la legislación administrativa remita expresamente a aquélla (por ej. Art. 118 y 119 RRSS; 106.1 LGT, etc). Y así la disposición final 1ª del RRSS señala como supletorio de sus normas el Reglamento General de Recaudación del Estado, el cual desarrolla la Ley General Tributaria, que a su vez tiene como supletoria la LRJAP (y el derecho común), pero no la LEC (Art. 7 LGT).

C) Concretamente el artículo 281.2 LEC y las STS alegadas por la TGSS, parten de la distinción, típica en el proceso judicial civil, entre los hechos (que deben ser probados por las partes) y el derecho (exento de tal prueba, porque ha de ser

---

<sup>1</sup> Solución redactada por Juan José Bernal-Quirós Casciaro.

conocido y aplicado de oficio por los Jueces y Tribunales), y aplican al derecho extranjero (y a la costumbre) la misma exigencia de prueba por las partes que a los hechos, porque, como señalan las STS de 11-5-1989 y 16-7-1991, alegadas por la TGSS “la aplicación del derecho extranjero es cuestión de hecho”.

Pero en el procedimiento de recaudación ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social, todos los hechos son aportados por la propia Administración ejecutante y ejecutora, sin intervención alguna del ejecutado, por lo que mal puede imponerse a éste la carga de probar, como cuestión de hecho, la legislación extranjera que le sea aplicable. No pareciendo tampoco razonable que en un procedimientos tramitado exclusiva y autosuficientemente por la Administración, cuando surja el menor obstáculo, aquélla desvíe la carga de su solución al administrado, máxime cuando la Administración ejecutora puede resolverlo fácilmente por sí misma, como se ve después.

Y así el artículo 105 LGT, supletorio del RRSS, establece especialmente que en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo, por lo que incumbiría a la Administración ejecutante probar la legislación extranjera que le permitiera embargar la finca de que se trata de modo similar al de los bienes gananciales en el Código Civil como pretende.

2ª) Aunque se entendiera aplicable el artículo 281.2 LEC, al procedimiento ejecutivo de la S.S., tampoco se ha tenido en cuenta que dicho precepto establece que el Tribunal (en este caso la Administración Ejecutora) puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para conocer el derecho extranjero aplicable al caso. Entendiendo la STS de 11-5-1989 que el derecho español solo resulta aplicable “cuando a los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero”: Si esto, además, se pone en relación con los principios generales que rigen las Administraciones Públicas de actuar con sometimiento a la Ley y al Derecho y en servicio a los ciudadanos (Art. 3 LRJAP), resulta incomprensible que la administración ejecutora no haya utilizado medio alguno de averiguación de la legislación extranjera aplicable al caso, dentro de la propia administración, en la que el Ministerio de Asuntos Exteriores, con todos los funcionarios Diplomáticos o Cónsules de que dispone, fácilmente le hubiera suministrado el informe o certificado de la Ley aplicable al caso, (Art. 36 RH), en virtud del principio general de cooperación entre las Administraciones Públicas (Art. 3.2 LRJAP).

En este sentido, parecería lógico que esta cuestión la tuviera ya solucionada con carácter general la Tesorería General de la Seguridad Social, especialmente tratándose de rumanos, pues el caso se repetirá con cierta frecuencia en la práctica, al ser uno de los colectivos de inmigrantes extranjeros más numerosos,

con varios cientos de miles de ellos residiendo en España, muchos de los cuales se verán compelidos (como ocurre también a bastantes españoles) a constituirse en empresarios autónomos, como única vía posible de prestar sus servicios a las empresas que operan en España, ante la renuencia de éstas a concertar contratos de trabajo dependiente.

3ª) Tampoco cabe decir propiamente que la aplicación de su ley nacional, al régimen económico matrimonial del embargado rumano y su esposa, se deba a una alegación suya, en tal sentido, realizada al otorgar la escritura pública de compra de la finca embargada. La aplicación al régimen económico matrimonial de los extranjeros en España de su ley nacional común (a falta de pactos o capitulaciones matrimoniales entre ellos) la establece el Art. 9.1 y 2 del Código Civil español, y la aplica el Art. 9.2 del RH español, por lo que el embargado y su esposa lo único que hicieron al adquirir su participación indivisa de finca embargada, fue simplemente aceptar a las normas españolas de derecho internacional privado.

4ª) Finalmente, la cuestión de que se trata ha sido objeto de numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como las de 10-4-2007, 28-08-2008, 29-08-2008, 8-07-2007, 29-09-2008, etc, habiendo recaído las tres primeramente citadas en recursos interpuestos, precisamente, por la Tesorería General de la Seguridad Social. En todas esas Resoluciones de la DRGN, además de rechazar la posibilidad de anotar embargos sobre inmuebles de extranjeros, inscritos con sujeción al régimen económico matrimonial de su nacionalidad, mediante mera notificación al cónyuge no deudor, aplicando las normas del Código Civil español para el régimen de gananciales, recomienda a las Administraciones Públicas embargantes, la solución práctica de que dirijan el procedimiento ejecutivo contra ambos cónyuges extranjeros, lo que resulta francamente sencillo y legalmente posible para la Tesorería General de la Seguridad Social, dados los amplios términos del artículo 84.1 RRSS que autoriza a proceder genéricamente contra “los responsables del pago de la deuda”, y no exclusivamente contra el deudor.

Por ello no se entiende la insistencia de la Tesorería General de la Seguridad, en seguir utilizando para el embargo de inmuebles de matrimonios extranjeros en España, sujetos a su ley nacional, un procedimiento que le ha sido rechazado por la DGRN, lo que implica contravenir el artículo 18.2 LRJAP, que establece que *“ las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de su propia competencia, (en este caso por la DGRN) deberán ser observados por el resto de los organismos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre si o pertenezcan a otra Administración”*.

Por todo ello se considera que debe denegarse la anotación solicitada mediante el procedimiento seguido, no obstante los argumentos de la Tesorería General de

la Seguridad, quien, en cambio podrá obtener la anotación pretendida, por alguno de estas otras vías:

A) Bien dirigiendo el procedimiento ejecutivo contra ambos cónyuges, cotitulares de la participación indivisa de la finca embargada.

B) O bien aportando certificación de funcionario diplomático español, o del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, acreditativa de que con arreglo a la legislación extranjera correspondiente, pueden embargarse los bienes de la sociedad conyugal de sus nacionales, por deudas de uno solo de los cónyuges, y con sólo notificar el embargo al otro cónyuge no deudor.

**3.-P:** En un mandamiento para practicar anotación de embargo a favor de TGSS se adjunta el anexo que se acompaña. En el se indica que se proceda a la anotación sin justificar la presentación del mandamiento en la Administración Tributaria, por tratarse de una actuación de oficio. Entre los argumentos que dan cita la RDGRN de 21 de diciembre de 1987. No es una práctica uniforme de las Unidades de Recaudación, ni siquiera en Madrid, pero sería conveniente dar una respuesta unitaria.

**R:** Se procede a la aprobación de los dos siguientes modelos confeccionados por Juan José Bernal-Quiros:

A.- Si no llevan el anexo al mandamiento que después se reproduce:.

Suspendida la calificación, y consiguientemente el despacho, del presente mandamiento mientras no se acredite el pago, exención o no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, o al menos la presentación al efecto ante la Administración Tributaria competente. Así resulta de la aplicación de las normas siguientes:

a) Ley Hipotecaria: artículos 254 y 255, según los cuales no se practicará en el Registro de la Propiedad ningún asiento “sin que se acredite previamente el pago de los impuestos” que devengare el acto que se pretenda inscribir. Mientras ello no se acredite sólo podrá extenderse el asiento de presentación, y “se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada” devolviendo el título al presentante para que satisfaga el impuesto que corresponda.

b) Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –en lo sucesivo LITPAJD-: artículo 40.2, del que resulta que están sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros Públicos, cuando tengan por objeto un derecho o interés valuable, y no vengán ordenadas de oficio por la autoridad judicial. La resolución del Tribunal Económico

Administrativo Central de 12-5-1.998 aclara que, aunque el hecho “imponible de este impuesto lo constituyen las anotación preventivas que se practiquen en los Registros Públicos, basta que se trate de documentos susceptibles de ser anotados en dichos Registros, siendo este requisito suficiente para la exigencia del Impuesto, sin perjuicio del derecho a la devolución, si, por cualquier circunstancia, el Registrador deniega el asiento”.

Artículo 54.1: “Ningún documento... se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago de la deuda tributaria a favor de la Administración competente para exigirlo, conste declarada la exención de la misma, o cuando menos la presentación en ella del referido documento”.

Artículo 45.1.A) “Gozarán de exención subjetiva del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: a) El Estado y las Administraciones Públicas Territoriales e Institucionales, la Seguridad Social...”, etc.

Estos artículos se desarrollan y complementan por los siguientes del Reglamento del citado Impuesto aprobado por R.D. 828/1.995 de 29 de Mayo (B.O.E. 22-6-95):

-Artículo 123: “Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados “se admitirá ni surtirá efecto en oficina o registro público, sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél”.

-Artículo 122: “Los Registros de la Propiedad, Mercantiles... no admitirán, para su inscripción o anotación, ningún documento que contenga acto o contrato sujeto al Impuesto, sin que se justifique el pago de la liquidación correspondiente, su exención o no sujeción. Se considerará acreditado el pago del Impuesto siempre que el documento lleve puesta la nota justificativa del mismo y se presente acompañado de la correspondiente autoliquidación, debidamente sellada por la oficina que la haya recibido, y constando en ella el pago del tributo o la alegación de no sujeción o de la exención correspondiente”.

-Artículo 107: El sujeto pasivo practicará la autoliquidación del Impuesto ingresando su importe, y seguidamente presentará en la oficina gestora del Impuesto dicha autoliquidación junto con el original y copia simple del documento en que conste el acto que origine el tributo. En los supuestos en los que de la autoliquidación no resulte cuota tributaria a ingresar (actos exentos o no sujetos), se presentará la autoliquidación, junto con los documentos antes indicados, directamente en la oficina gestora del Impuesto, que sellará la autoliquidación y extenderá en el documento original la nota que proceda (de pago, exención o no sujeción al impuesto).

Con base en los preceptos anteriormente relacionados, resulta que el precedente mandamiento contiene un acto SUJETO y EXENTO al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, y la anotación preventiva de embargo, que en el mismo se insta, no viene ordenada de oficio por la autoridad judicial, por lo que no puede practicarse su anotación en el Registro de la Propiedad mientras no se acredite la exención del referido Impuesto (o la no sujeción al mismo, si así lo entiende la Tesorería General de la Seguridad Social), o al menos la presentación del mandamiento ante la Administración Tributaria competente, en la forma que establecen los artículos 54.1 de la LITPAJD y 122 y 107 de su Reglamento, anteriormente resumidos.

B.- Cuando el mandamiento lleve el indicado anexo, debe añadirse lo siguiente:

No desvirtúa lo anteriormente expuesto el contenido de un denominado “anexo al mandamiento”, que se acompaña sin fecha, y sin firma ni indicación alguna del responsable de su autoría por las razones siguientes:

1ª) El mandamiento de embargo expedido por el Recaudador Ejecutivo de la Tesorería de la Seguridad Social, no está librado por la autoridad judicial, lo que por sí sólo bastaría para entenderlo excluido de la aplicación del último inciso del Art. 40.2 del Texto Refundido de la LITPAJD del que resultan no sujetas al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados las anotaciones preventivas que “vengan ordenadas... por la autoridad judicial”. Pues el artículo 14 de la Ley General Tributaria (en lo sucesivo LGT) rechaza “la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito... de las exenciones y demás beneficios... fiscales”.

El artículo 104.1 del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social (en lo sucesivo RRSS) -por cierto sin base legal suficiente en los artículos 33 a 37 de la Ley General de la Seguridad Social- aunque literalmente dice que los mandamientos de embargo que expidan los Recaudadores Ejecutivos de la Tesorería General de la Seguridad Social, para obtener su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, tendrán, a todos los efectos, la misma “virtualidad” que si emanasen de la autoridad judicial, no tiene otra finalidad (artículo 3.1 Código Civil) que expresar que los mandamientos administrativos de esos Recaudadores son títulos públicos hábiles para que el Registro de la Propiedad practique la anotación del embargo. Así lo expresa, más precisa y mesuradamente, el artículo 170.2 de la LGT, y sobre todo el artículo 84.2 del Reglamento General de Recaudación (en adelante RGR) que, al regular los mandamientos administrativos de embargo de inmuebles, dirigidos al Registro de la Propiedad, prescinde por completo de compararlos con los mandamientos judiciales.

El parangón del mandamiento administrativo con el judicial, al que recurren los artículos 170.2 de la LGT y 104.1 del RRSS, como el que se hace, en los artículos 167.2 de aquella Ley y 84.1 del Reglamento citado, entre la providencia de apremio y las sentencias judiciales, no son sino recursos retóricos para dar mayor énfasis al contenido normativo de dichos preceptos, que es simplemente afirmar el efecto ejecutivo de la providencia de apremio para proceder contra los bienes del deudor y el valor de título anotable en el Registro de la Propiedad del mandamiento administrativo de embargo, respectivamente, pero no establecer ninguna igualdad o equivalencia de los actos y documentos administrativos con las resoluciones y documentos judiciales. Que esos artículos pretendieran tal equivalencia sería:

-En primer lugar poco compatible con los principios constitucionales de separación de poderes del Estado y exclusividad de los Jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículos 66.2, 97 y 117.1 y 2 Constitución Española);

-Y en segundo lugar totalmente innecesario, pues, de una parte los artículos 94 a 100 de Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJAPPAC) ya establecen la ejecutividad forzosa, por la propia Administración, de los actos administrativos, incluso mediante el apremio sobre el patrimonio de sus deudores, sin necesidad de recurrir para ello a ninguna equiparación con las resoluciones judiciales; y de otra parte la legislación hipotecaria siempre ha admitido que las anotaciones de embargo se practiquen en virtud de mandamientos administrativos, en estricta igualdad con los mandamientos judiciales (artículos 3 Ley Hipotecaria, 25, 164, etc. Reglamento Hipotecario), sin necesidad tampoco de apoyar el valor de aquéllos en el de estos últimos.

Y menos todavía cabe extraer de los artículos 167.2 y 170.2 LGT y 84.1 y 104.1 RRSS ninguna igualdad de los mandamientos de embargo administrativos con los judiciales, a efectos del ITPAJD, pues el objeto y finalidad de esos artículos es totalmente ajeno a esta cuestión.

2ª) Tampoco cabe afirmar que los mandamientos de embargo que libren los Recaudadores Ejecutivos de la Tesorería General de la Seguridad Social, para su anotación en los Registros de la Propiedad, están ordenados de oficio.

En el procedimiento de recaudación ejecutiva de débitos a la Seguridad Social, como en todo procedimiento administrativo de apremio de recursos de naturaleza pública, no cabe hacer la distinción entre actuaciones de oficio o a instancia de parte, al coincidir la doble condición de ejecutora y ejecutante en la misma Administración, por lo que, si se quiere sostener que los órganos de la Administración ejecutora actúan de oficio igualmente se podría afirmar que lo

hacen, en todos sus trámites, a instancia de la Administración en cuanto parte acreedora o interesada en el cobro de sus créditos.

Como dice la S.T.S.J. de Andalucía, Sevilla, de 7-12-2001, no puede confundirse actuación de oficio (para ordenar una anotación preventiva) con impulso de oficio del procedimiento en que esa anotación se ordena (Art. 6.3 RRSS), y, si se aceptara la afirmación del “anexo al mandamiento” de que este último se expide de oficio, lo mismo cabría decir de todos los mandamientos administrativos que ordenasen anotaciones preventivas, ya que todo procedimiento administrativo se impulsa de oficio, en todos sus trámites (artículo 74.1 LRJAPPAC). E incluso también debería aplicarse ese mismo criterio a todos los mandamientos judiciales para practicar anotaciones preventivas, pues según el Art. 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el órgano jurisdiccional dará de oficio a los procesos el curso que corresponda. Con lo cual casi la totalidad de anotaciones preventivas que en la actualidad se practican, al menos en los Registros de la Propiedad, resultarían ordenadas de oficio, quedando prácticamente inoperante el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados sobre las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros Públicos.

3ª) El repetido “anexo al mandamiento” pretende, en definitiva, que, en cuanto a las obligaciones que establecen los artículos 51 a 55 de la LITPAJ y 98 a 101, 107, 122 y 123 de su Reglamento, los mandamientos de embargo expedidos en el procedimiento de apremio de la Seguridad Social, tengan un trato distinto y privilegiado respecto a los dimanantes de procedimientos de apremio de la Administración Tributaria del Estado, de las Comunidades Autónomas, y de las Entidades Locales, todos los cuales vienen siendo autoliquidados del Impuesto (aunque con la exención subjetiva del artículo 45.I.A)a) LITPAJ). Esa pretensión del “anexo al mandamiento” choca con la estricta igualdad que dicho artículo 45.I.A)a) da al Estado, Administraciones Públicas Territoriales e institucionales, Comunidades Autónomas, y Entidades locales, y sus respectivos organismos autónomos, se ejecutan forzosamente por el procedimiento administrativo de apremio regulado en el Reglamento General de Recaudación, (Arts. 1,3,7 y 8 RGR), prácticamente igual, en esta materia, al R.R.S.S., que reproduce en lo esencial, las normas de aquél, cosa lógica porque inicialmente el propósito del legislador era unificar la recaudación de los débitos a la Seguridad Social con el procedimiento de recaudación del Estado (Exposición de Motivos de los Reglamentos de Recaudación de la Seguridad Social de 7-3-1986 y 11-10-1991), y porque la Tesorería General de la Seguridad Social es, en definitiva, un organismo autónomo de la Administración General del Estado.

Además, y dado que no ha existido ningún cambio normativo reciente en esta materia, el autor del “anexo al mandamiento” de que se trata, implícitamente parece entender que, hasta él, han estado equivocados todos los letrados de la

Tesorería General de la Seguridad Social, al aconsejar o permitir que sus mandamientos de embargo se hayan venido presentando a autoliquidación siempre en las Oficinas Gestoras del Impuesto de T.P.A.J.D., y que permanecen todavía en igual error todos los Abogados del Estado y asesores jurídicos de la Agencia Estatal Tributaria, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, cuyos mandamientos de embargo en procedimiento administrativo de apremio siguen presentándose sistemáticamente a autoliquidación en dichas oficinas.

4ª) En cualquier caso aunque los mandamientos para la anotación de embargos a favor de la Tesorería de la Seguridad Social, se entendiesen no sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, siempre sería necesario cumplir los artículos 54.1 LITPAJD y 122, 123 y 107 de su Reglamento, que obligan a presentar a la administración tributaria competente los documentos que contengan actos no sujetos.

No es aplicable a los mandamientos de embargo de la recaudación ejecutiva de débitos a la Seguridad Social la Resolución de la Dirección General de los Registros de 21-12-1987, pues, además de que esa Resolución se dictó bajo una regulación legal y reglamentaria del I.T.P.A.J.D. distinta a la actualmente vigente, dicha Resolución se contrae al supuesto de un mandamiento de anotación de embargo expedido en un proceso penal (supuesto típico de anotación preventiva ordenada de oficio por la autoridad judicial -artículos 188 y 603 Ley Enjuiciamiento Criminal-), y el mandamiento de embargo librado por el Recaudador Ejecutivo no aparece ordenado por la autoridad judicial, ni tampoco de oficio, según ya se ha razonado, ni el procedimiento administrativo de apremio es un proceso penal, siendo aplicable también aquí la prohibición de la analogía contenida en el artículo 14 de la L.G.T. anteriormente expuesta.

5ª) Finalmente, las disquisiciones contenidas en el “anexo al mandamiento” de embargo de la Seguridad Social deberían presentarse directamente a la Administración Tributaria de la correspondiente Comunidad Autónoma, que es la competente en la Gestión del I.T.P.A.J.D., y no ante los Registros de la Propiedad, que sólo ejercen funciones de colaboración, legalmente impuestas y limitadas al control del cumplimiento de las obligaciones de presentación de los documentos y autoliquidaciones ante la Administración Tributaria competente. Y, si ésta última estimase justificadas las pretensiones de la Tesorería General de la Seguridad Social, los Registradores de la Propiedad no tendrían ningún problema en aplicar los criterios que la Administración competente fijase. Pero el camino inverso elegido no es el adecuado.

## EXPEDIENTES DE DOMINIO.

**1.-P:** Consta inscrita una finca a favor de una sociedad en virtud de expediente de dominio de reanudación de tracto En el alegaban que la sociedad era dueña

en virtud de determinada escritura. Ahora traen la escritura y en ella se estableció determinada condición resolutoria por precio aplazado y solicitan se inscriba la condición. ¿Se podría hacer constar? ¿En ese caso, si luego se ejercita lo que parece se va a hacer, que pasaría con la titularidad no declarada en el expediente?

**R:** La mayoría de los asistentes se inclinó por entender que no sería inscribible ya que la inscripción practicada ha sido hecha en base a un pronunciamiento judicial en el cual se ha declarado justificada la adquisición del dominio por el promotor, pero sin que hacer ninguna mención a la existencia de la condición resolutoria. Además, se dice que en caso de ejercicio de la condición resolutoria por impago la finca, no se podría reinscribir a nombre del vendedor ya que no tuvo nunca el dominio inscrito en el Registro, quedando la finca de nuevo sin titular vigente. Finalmente señalan que podría suponer un fraude para el pronunciamiento judicial obtenido en caso de acuerdo extrajudicial para el ejercicio de la condición resolutoria.

Sin embargo por parte de otros se opinó que, una vez inscrito el dominio a favor de la sociedad en virtud del expediente de dominio, surte todos sus efectos el principio de legitimación registral pudiendo el titular registral realizar todos los actos y contratos que estime pertinentes. Así, si el titular registral puede otorgar todo tipo de actos y contratos y constituir toda clase de derechos reales sobre la finca, no se entiende por qué lo que se inscriba por esa vía, no va a poder hacerse completando el título de adquisición. Dicen que lo que se inscribe en el Registro son los hechos, actos o negocios jurídicos de los que se derivan las titularidades dominicales, que de este modo quedan publicadas y que, por tanto, en el expediente de dominio no se inscribe una resolución judicial sino el negocio jurídico que justifica la adquisición del dominio. El defecto que tenía el título de adquisición de falta de tracto, ex. artículo 20 L.H., se ha subsanado precisamente por el expediente de dominio, de tal manera que si en ese título (que justifica la adquisición del dominio que ahora se publica) se pactó una condición resolutoria, es posible complementarlo ahora con la presentación de la copia autorizada, o por otra escritura donde presten su consentimiento los interesados.

**2.-P:** Existe presentado un auto dictado en expediente de dominio para reanudar el tracto calificado con defectos y ahora, ya caducado el asiento de presentación, lo traen de nuevo con los defectos subsanados. Se trata de saber si podría no inscribir por alguno de estos dos motivos o ambos (son operaciones de mucho valor y muy dudosa legalidad):

a) De la certificación catastral descriptiva y gráfica que ahora acompañan para subsanar uno de los defectos resulta que con el mismo número de parcela y polígono tengo inscrita otra finca distinta de la que es objeto del expediente de

dominio (en el documento judicial no consta el número de parcela y polígono). Ello me provoca dudas sobre la identidad de la finca.

b) Después de la presentación y calificación negativa del expediente de dominio tengo presentado sólo en relación con otras fincas y calificado negativamente el mismo documento alegado como título por el promotor del expediente de dominio. ¿Podría suspender por ser defectuoso el título de adquisición de la finca objeto de expediente? En principio parece que no puedo entrar a calificar la decisión del juez sobre la idoneidad del título de dominio alegado pero resulta extraño que por la vía del expediente de dominio puedan acceder al Registro títulos muy dudosos, sobre todo porque después posiblemente intenten transmisiones intermedias de las otras fincas para conseguir también la inscripción por la vía del expediente de dominio.

**R:** En primer lugar se indica la dificultad para la calificación de suspensión de la existencia de una nota de defectos anterior que, ahora se pretende completar, después de que el particular ha empleado tiempo y dinero para lograr la subsanación de los defectos señalados en su día.

En cuanto a la certificación catastral aportada, se indica que, según el artículo 53.6 de la Ley 13/1996 que no está derogado, en ningún caso se puede hacer constar en el folio abierto a una finca inmatriculada una referencia catastral que ya venga atribuida a otra finca inscrita si no media el consentimiento del titular de ésta última o la oportuna sentencia firme, dictada en procedimiento declarativo entablado contra él. Por consiguiente, no puede hacerse constar en la finca objeto del expediente la referencia catastral, máxime cuando en el auto no consta polígono o parcela.

Otro problema sería el relativo a la identidad de la finca y la posible existencia de una doble inmatriculación, pero como no es cuestión que se haya planteado en el expediente ni que se vaya a provocar por su inscripción (téngase en cuenta que las dos fincas ya figuran previamente inscritas), no puede ser obstáculo para la inscripción del auto. El problema de una posible doble inmatriculación, no creado por este título sino preexistente a su presentación, deberá resolverse conforme a las reglas generales de esta anómala situación.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión es evidente que uno de los requisitos del expediente de dominio para la reanudación del tracto, aparte de la ruptura efectiva del tracto registral, es la validez del título del adquirente, se señala que es presupuesto para la utilización del procedimiento especial la validez del título de adquisición del promotor, ya que el procedimiento no tiene por objeto subsanar defectos del título, sino exclusivamente, la falta de conexión con el titular registral.

A este respecto, es evidente también que el auto que declara justificada la adquisición del dominio, deberá expresar cuál sea el título de adquisición, lo que permitirá calificar, entre otras cosas, si ha habido o no efectiva ruptura del tracto, esto es, si se ha adquirido directamente del titular registral o de sus herederos. Pero también es cierto que la declaración de la validez de la adquisición del promotor corresponde en exclusiva al Juez ante el que se tramita el procedimiento quien habrá de apreciar, a la vista de los documentos que de que disponga el promotor o con las pruebas que aporte, la justificación de la adquisición del dominio. Por eso no es imprescindible que el promotor presente un título público de adquisición (cfr. Artículo 272 R.H. “el propietario que careciere de título escrito de dominio o que, aún teniéndolo, no pudiera inscribirse por cualquier causa”).

Como dice Fernando Curiel (“Inmatriculación, Reanudación del tracto sucesivo, Inscripción de excesos de cabida”), no cabe procedimiento de reanudación si se alega haber adquirido del titular registral, pero se carece de escritura pública para inscribir, porque el expediente de dominio no está previsto para superar únicamente la falta de títulos formales adecuados para la inscripción. En cambio, sí será viable el procedimiento si el promotor adquirió en documento privado de quien no es titular registral, por darse aquí el presupuesto de hecho por la utilización del expediente, en el que debe acreditarse la adquisición, pero no necesariamente mediante título público.

En definitiva, aunque el expediente de dominio no puede utilizarse para salvar defectos en títulos previos, dado que el juez debe analizar los requisitos para que proceda el expediente, incluido esa finalidad de la parte; el promotor del expediente cumple con probar al Juez la validez de su adquisición, y la declaración que haga el Juez en este sentido será de su exclusiva competencia jurisdiccional y, por lo tanto, excluida de la calificación registral conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Las sospechas de una utilización fraudulenta del expediente, una vez que se ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos legales, no puede impedir la inscripción por los limitados medios de valoración de que dispone el Registrador, y por implicar una revisión del fondo de la decisión judicial que le está vedada al Registrador.

## HERENCIAS.

**1.-P:** Escritura de partición de herencia en que comparecen el contador partidor y el viudo, en su propio nombre y derecho y en representación de su hija mayor de edad, incapacitada, sujeta a patria potestad prorrogada; estos dos últimos (padre e hija) como únicos interesados en la herencia.

La causante (esposa y madre, respectivamente) dispuso en su testamento una *cautela socini* del usufructo universal a favor de su esposo. Todos los bienes,

entre los que no los hay presuntivamente gananciales, son adjudicados en la forma dispuesta en el testamento, en usufructo universal para el viudo.

El Notario alega que, en este caso, a diferencia de los supuestos contemplados en ciertas resoluciones de la DGRN, la partición la realiza el contador partididor, lo que salvaría el supuesto conflicto (v. especialmente el párrafo tercero del artículo 1057 Cc). Además, entiende que realmente no existe perjuicio para la incapaz, y que exigir el nombramiento del defensor con, en su caso, aprobación de la partición, supone un formalismo exagerado, acompañado de los consiguientes gastos.

**R:** La DGRN considera que en los casos en que existe una *cautela socini* [fórmula testamentaria por la que los legitimarios reciben más de lo que por legítima les corresponde, pero con un gravamen (en el caso debatido, el usufructo del viudo)], se da una alternativa por la que la legitimaria tiene que optar, y el hecho de que por ella ejercite esa opción su padre acarrea la contraposición de intereses, ya que el representante se ve directamente afectado por el resultado de la opción, por lo que resulta necesaria la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el Art. 1060 Cc (aprobación judicial de la partición) [cfr. RR. 15.05.02 y 14.12.06].

Además, parece que la opción que resulta de la “*cautela socini*” es facultad personalísima del perjudicado (cfr. artículo 820 Cc.), por lo que, aunque el contador confeccione la partición, el consentimiento que requiere su ejercicio corresponde formularlo únicamente al afectado, en este caso representado por quien tiene interés en la propia opción.

En consecuencia, mayoritariamente se entiende que el conflicto de intereses existe y que debe salvarlo el nombramiento de un defensor judicial, que es muy relativo afirmar la no existencia del perjuicio para el menor y que la referencia al formalismo exagerado deberá ir dirigida a la ley y no al funcionario encargado de aplicarla y controlar la legalidad.

El tema ya fue tratado en este Seminario, ver el Cuaderno del Seminario Carlos Hernández Crespo número 11, representación, caso número 5, donde se concluyó: “*No, porque existe una incongruencia en el juicio Notarial de suficiencia de las facultades representativas, dado que como tiene reiterado la DGRN, en estos casos existe conflicto de intereses entre el cónyuge y los hijos por la alternativa que la cautela socini supone, y, por tanto, debe nombrarse un defensor judicial (ver resoluciones de 15 de mayo de 2002 y 15 de septiembre de 2003)*”.

La Resolución de 15 de mayo de 2002, textualmente señala “*Además, la existencia de una «cautela socini» supone también dicha contraposición de*

*intereses, pues tal fórmula admitida doctrinal y jurisprudencialmente consiste en que los legitimarios reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. Pues bien, la expresada cautela trae consigo una alternativa por la que los hijos legitimarios tienen que optar y el hecho de ejercitar por ellos esa opción su madre, acarrea también la contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción. Por todo ello es imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1060 del Código Civil.”*

En cuanto al argumento de la actuación del contador partidor, que pudiera salvar el conflicto en base al párrafo tercero del artículo 1.057 CC, pues el mismo se ha limitado a cumplir, como es su función, la voluntad fundamental del causante que es atribuir el usufructo universal a la viuda, se indica que, en realidad, el testador no puede gravar la legítima estricta y por ello acude a la utilización de la *cautela socini*, pero a partir de este hecho, la decisión es de los hijos, no del contador partidor.

En este sentido se manifiesta la DGRN en resolución de 17 de mayo de 2002, en que señala que las facultades del contador partidor son las estrictamente particionales, sin poder alterar el contenido del testamento en cuanto supone una manifestación de la personalísima facultad de testar (cfr. artículos 667, 668, 670 y 671 del Código Civil) que el albacea contador tiene que respetar. Esta alteración, en su caso, sólo puede ser ya el resultado de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio pueda prescindirse de la intervención de éstos por la actuación del albacea (artículos 902 y 1.259 del Código Civil).

**2.-P:** Una finca se encuentra inscrita a favor de una viuda y cuatro hijos por herencia del esposo y padre respectivo (20 de Marzo de 1.956). En la siguiente inscripción la participación indivisa de uno de los hijos se adjudica a su madre por herencia intestada y “*con la reserva establecida en el artículo 811 del Código Civil*” (9 de octubre de 1.962). En la siguiente inscripción, por fallecimiento de la madre se adjudica su participación a los tres hijos que la sobreviven, y en el acta de inscripción desaparece la referencia a la reserva lineal (17 de junio de 1.970).

En las 5 inscripciones posteriores de herencia de los hijos y venta por alguno de los nietos nada se dice sobre la reserva. Pero en 1.997 al hacer la división horizontal señalan en la inscripción después del apartado cargas que: “*Determinada participación indivisa de esta finca se halla afecta a la reserva establecida en el artículo 811 del Código Civil.*” Y así se arrastra a todas las fincas en que se divide horizontalmente la matriz. Algunos de los elementos independientes han sido enajenados, hipotecados, sin ninguna limitación

aparente desde entonces. Ahora llega una escritura de herencia de la titular de varios elementos privativos y solicitan expresamente que se cancele la reserva lineal por el cumplimiento de su finalidad, al haber pasado en su día la participación reservada a los posibles reservatarios.

¿Puede cancelarse la reserva lineal por el cumplimiento de su finalidad en estos términos?

**R:** Se considera que el solicitante tiene razón y, por tanto, la reserva no tuvo que “revivirse”, aunque quizás lo fuera por no existir una cancelación formal, la cual, en realidad, no se considera necesaria, pues la inscripción a favor de los reservatarios es suficiente para considerarse cancelada.

Para resolver el problema planteado, se considera lo más adecuado practicar la cancelación por tratarse de una mera mención y al amparo de lo dispuesto en los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, con la simple solicitud que ya ha sido presentada.

**3.-P:** Se presenta una escritura de herencia en que intervienen el cónyuge viudo en su propio nombre y en el de sus hijos menores y el contador partidor testamentario.

La partición la efectúa, salvo lo relativo a la disolución de la sociedad de gananciales, únicamente por el contador partidor, respetando íntegramente la voluntad del testador y, en consecuencia, adjudica a la viuda el usufructo vitalicio de todos los bienes hereditarios. ¿Se puede inscribir?

**R:** Aunque existió alguna discusión, finalmente se consideró, frente a alguna opinión distinta en otra sesión del seminario, que sí es inscribible sin necesidad de aprobación judicial ni nombramiento de defensor, porque la partición la efectúa únicamente el contador y, por tanto, no existe elección del usufructo vitalicio de la madre en representación de los hijos ni conflicto de intereses.

**4.-P:** Fallece un causante mejicano en 1978 bajo testamento otorgado en 1975 en España, en el que nombra heredera a su esposa, y si no vive y a su fallecimiento heredaran por igual todos los hijos de hermanos de los padres del testador que sean de sexo femenino y estén viudas o solteras, o las que en cualquier caso estén en concepto de necesitadas con arreglo a la legislación mexicana. En esta legislación mexicana no hay herederos forzosos sino herederos necesitados con derecho a alimentos. Incluso se nombra a una persona ejecutora del testamento que no aparece por ningún lado. Ya falleció la esposa.

Existe una sentencia de un Juzgado de Madrid, promovido por doña Adela B M y doña Rosa B M contra doña Cristina A S, en la que se dice que son herederas las tres, pero no que sean todas y únicas herederas.

Aportan sus derechos hereditarios a Sociedad X doña Adela B M y don Francisco B M, éste como heredero de doña Rosa BM, manifestando que son 2/3 de la herencia.

También hay una Sentencia de la Audiencia de Madrid, en la que se declara nulo un testamento anterior otorgado por el causante en Méjico, y declarando la validez del otorgado en España, promovido por doña Cristina A S contra una serie de herederos nombrados en dicho testamento doña A y don B, don C y don D, éste último en rebeldía.

Y ahora, en escritura de Herencia de 2009, comparecen la Sociedad que tenía los derechos hereditarios y doña Cristina A S y manifestando que no existen otros parientes ni personas necesitadas con arreglo a la legislación mejicana, se adjudica el piso a la sociedad. No se acredita tal hecho negativo de inexistencia de otros herederos.

Pero es que incluso en la escritura de aportación se dice en el exponen que la Sociedad x según acta ante notario de Mejico de 1970, había adquirido la totalidad de los derechos hereditarios de la herencia del causante doña Elvira A M (nueva), a la que un Tribunal Mejicano declaró heredera y heredera de esta a doña Nieves A H (nueva), respecto de las cuales se ha concedido el correspondiente exequatur (o sea lo complica más).

Lo cierto es que se pide acta notarial del artículo 82 RH y el interesado dice que no es posible pero que de todo ello se desprende que son las herederas, que son muchos años de pleitos y no puede aportar más.

**R:** Si el testamento de 1975 otorgado en España es válido y en él se instituye herederos a una persona, y si no vive y a su fallecimiento heredarán por igual todas las personas que reúnan determinadas condiciones (las señaladas en el testamento y que son unos parientes del sexo femenino que se encuentren necesitadas con arreglo a las legislación mejicana), parece que es necesario que se acrediten por acta de notoriedad, o por cualquier otro medio, quiénes son estos herederos. Así resulta, en nuestra legislación hipotecaria, del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que permite que tales herederos sustitutos puedan determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba.

En este mismo sentido se dice que la sentencia del Juzgado de Madrid acredita que los litigantes son herederos, pero no que sean los únicos herederos (tégase en cuenta la eficacia limitada inter partes de la cosa juzgada en los procesos civiles, artículo 222 LEC). Por lo tanto, sería necesario que un acta complementaria que acredite si hay otros herederos o la inexistencia de los mismos, si así fuera el caso. Se estima, por la mayoría, que es perfectamente aplicable al caso la doctrina de la DGRN, entre otras varias resoluciones en la reciente RDGRN 24/10/2008, según la cual, se estima que a los efectos de acreditar que no existen otros parientes será necesario promover el acta de notoriedad prevista en el artículo 82 RH.

Para justificar su postura, señala el Centro Directivo que si bien se mantiene su ya centenaria doctrina de que en una sucesión testamentaria los designados nominativamente por el testador no están obligados a probar un hecho negativo, cual es la inexistencia de otros interesados en la herencia, tal criterio no es aplicable a los supuestos en que existe un llamamiento a favor de personas que reúnan una determinada condición (en el caso debatido en la resolución, los parientes consanguíneos más próximos en grado a las fiduciarias fallecidas), pues en tales casos será necesario acreditar que, además de los tenidos en cuenta, no existen otros con igual derecho.

Algún asistente hizo notar que ya habían transcurrido más de 30 años, que es el plazo previsto en la para la prescripción de la acción de petición de herencia. Sin embargo, se entendió por la mayoría que tal efecto no puede ser apreciado por el Registrador pues, por su propia naturaleza, no es un plazo automático sino que puede ser objeto de interrupción (vid. artículo 1.973 Código Civil), siendo únicamente los Tribunales, que son los que tienen la jurisdicción y medios de prueba a su disposición, quienes pueden hacer tal declaración.

## HIPOTECAS.

**1.-P:** Se presenta otra hipoteca flotante de crisis en que, aparte de los habituales problemas de representación –ej. no comparecen representando entidades acreedoras que en los distintos contratos garantizados prestan y a favor de los cuales se constituye la hipoteca-, incorrecta de determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses, etc; se dice que se constituye una hipoteca unitaria e indivisible y, a continuación, se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas y, a su vez, cada una de éstas entre las distintas fincas y, finalmente se señala que *“a efectos internos y no hipotecarios los acreedores expresamente acuerdan que la responsabilidad hipotecaria máxima por todos los conceptos asciende.....”*, mezclándose luego las cantidades por intereses ordinarios y moratorios y por gastos judiciales y extrajudiciales.

También se señalan unas cuotas en el derecho real de hipoteca mezclándose la participación de cada acreedor en todas las obligaciones garantizadas, como si fuera una titularidad distinta o autónoma de la de las obligaciones de las que procede y, además, sin tener en cuenta en la titularidad de los acreedores la que disfrutan en unas obligaciones futuras garantizadas, es decir, sólo se ha tenido en cuenta la titularidad en las obligaciones ya contraídas.

¿Qué se opina de estas dos estipulaciones?

**R:** Respecto de la primera cuestión, se considera que, si bien es posible, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones y fincas, lo que genera en la práctica la constitución de hipotecas independientes y la pérdida de ciertas ventajas de la hipoteca flotantes; se hace necesario si se quiere, como se manifiesta, la constitución de una hipoteca unitaria e indivisible y no una pluralidad de hipotecas independientes con igualdad de rango, que la responsabilidad hipotecaria total lo sea precisamente a efectos hipotecarios – puede tener repercusiones a la hora del cobro del precio del remate, etc- y que ésta, no mezcle los distintos conceptos garantizados, por exigencia del principio de determinación y como tiene reiterado la DGRN.

En cuanto a la fijación de las cuotas en el derecho real de hipoteca, se considera que, cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones garantizadas en los denominados convenios de refinanciación en los que los créditos de cada entidad se mantienen independientes, pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos, si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es necesaria la fijación de cuotas en esta garantía real.

Pero es que, además, en este supuesto, al distribuirse la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones, cada acreedor no tendrá una titularidad global sobre el derecho real de hipoteca unitario, sino en cada responsabilidad hipotecaria distribuida en proporción a su porcentaje en cada una de las obligaciones. En realidad, esa fijación de una titularidad total en el derecho real de hipoteca, no es admisible porque es precisamente contrario al principio de accesoriedad, inaplicable a los efectos de ejecución –lo que se ejecutarían sería sus créditos y en caso de titularidad plural de uno de ellos habría que estarse a su concreta naturaleza y no una cuota abstracta en la hipoteca- y, por tanto, con una relevancia meramente interna a los efectos de facilitar el cálculo de las mayorías.

Además, debió tenerse en cuenta, y regularse, a esos efectos internos, la participación de los acreedores que han firmado los contratos marcos que sirven de base a las obligaciones futuras.

En conclusión, se debe modificar la responsabilidad hipotecaria total, distinguiendo cada uno de los conceptos, y pactarse expresamente que lo es a efectos hipotecarios y, al contrario, debe también modificarse las cuotas globales de los acreedores, teniendo en cuenta la titularidad en las obligaciones futuras, y pactarse únicamente a efectos internos.

**2.-P:** En otra hipoteca de crisis, se garantiza una serie de obligaciones de presente y, además, las rentas de una futura aunque incierta operación de “sale lease back”. No se señalan cuotas en la titularidad del derecho real de hipoteca, salvo a efectos meramente internos.

Por otra parte, al calificar la misma, se observa que las obligaciones del tramo A, respecto a las que se pacta un cobro preferente y cuyo montante absorbe inicialmente toda la responsabilidad hipotecaria, se encuentran previamente garantizadas al cien por cien con hipotecas sobre otras fincas.

¿Es posible la inscripción?

**R: a)** Respecto a la primera cuestión, el supuesto no es el mismo que el del caso anterior porque no existe distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas, y, además, dado que la responsabilidad hipotecaria no cubre el importe total de las deudas, la imposibilidad de saber *ab initio* cuál será el número y la cuantía de esas posibles obligaciones futuras garantizadas, su naturaleza, el número de acreedores firmantes de la escritura de hipoteca que suscriban al final cada garantía del “sale lease back” y en qué proporción, y, finalmente, la especial naturaleza de la hipoteca de máximo regulada en el artículo 153 bis de la LH, no será necesaria, salvo voluntad en contrario, la fijación de cuotas o máximos de cobertura iniciales para cada acreedor en la titularidad del derecho real de hipoteca, pues ello supondría constituir, por aplicación de los artículos 1338 del CC y 227 del RH, tantas hipotecas como acreedores hubiere, que, como ya se ha expuesto, es lo que precisamente se trata de evitar por la Ley y las partes.

Por tanto, se hace inevitable la configuración de la hipoteca como de titularidad colectiva porque no todas las obligaciones pueden transmitirse por accesoriedad su naturaleza, determinándose la concreta titularidad de cada acreedor cuando se incorpore la obligación a la cobertura hipotecaria, y rigiéndose la misma, mientras tanto, por las estipulaciones pactadas por las partes. Y es que lo importante no son las cuotas en la hipoteca única que garantiza uno o varios créditos perteneciente a varios titulares, sino la fijación de un régimen claro y completo sobre el desenvolvimiento de este derecho real único con pluralidad de titulares.

La garantía hipotecaria de los acreedores, no obstante la transitoria indeterminación de la titularidad de los créditos cubiertos con la misma, empieza desde el mismo momento de constitución de la hipoteca, y desde ese momento gozan, por ejemplo, de la acción de devastación, porque gozan de la “sujeción” de la finca hipotecada a su favor, o más propiamente a favor de un crédito futuro, que no permite provisionalmente la realización de valor, como ocurre, por lo demás, en todo supuesto de hipoteca en garantía de obligación futura o condicional.

En cuanto a la aparente solidaridad de la hipoteca nueva que garantiza el 100% de unas obligaciones –las preferentes- que ya lo estaban anteriormente con otras fincas, se señala que esa solidaridad es rechazada por la resolución de la DGRN de 3 de mayo de 2000 por considerar que en derecho español, no es posible la constitución de una hipoteca que de como resultado una garantía hipotecaria frente terceros, a la vez recayente sobre varias fincas, en garantía de la misma obligación y en que cada finca responda de la total deuda. De esta prohibición es consecuencia, entre otros, el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, respecto del cual sólo serán posibles las excepciones establecidas legalmente, pero no el hecho de posponer, por ejemplo, la garantía con otra finca de la misma obligación, para impedir así la necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Ahora bien, en este caso entra en juego la especial naturaleza de la hipoteca flotante, según la cual la inclusión de una obligación en su cobertura, mientras no se produzca su ejecución, no implica su novación en una nueva –refundición en un saldo- y la pérdida de su individualidad y de la posibilidad de su ejecución utilizando otras acciones o garantías que la amparen. Dicho de otra forma, no existe una solidaridad de hipotecas sino una opción del acreedor o acreedores para cobrarse ejecutando unas fincas u otras, pero sin la posibilidad de ejecutar ambas, por lo que la escritura que se discute sería inscribible si este concepto esencial se destaca en la misma.

**3.-P:** Se presenta una escritura denominada de novación o modificación en la que se cambia la finca sobre la que se constituyó en su día una hipoteca y se sustituye por otra. Además se expresa que del préstamo inicial por importe de 10.000 euros, actualmente están pendientes de amortizar 6.000 euros.

**R:** En el campo de las obligaciones la novación modificativa es la regla general, incluso cuando varíe el objeto o las condiciones principales (artículo 1.203 1º CC). Según el artículo 1.204 CC la novación extintiva sólo se producirá cuando así se declare expresamente, o cuando la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.

En materia de derechos reales, sin embargo, la regla general es la contraria. Como señaló la Resolución DGRN 20 de octubre de 1998, en los derechos reales, el especial objeto de la relación jurídica, que implica un determinado ámbito de poder sobre la cosa, no permite admitir que quede subsistente el derecho real si se sustituye el objeto sobre el que recae. Este principio se ve, si cabe, con más fuerza en la hipoteca que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que recae al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye (Art. 104 LH y 1.876 CC) y por el carácter constitutivo de la inscripción (Art. 145 LH y 1.875.1º CC), unido al rango registral que atribuye (Art. 17 LH).

Es decir, estas operaciones implican, cualquiera que sea la denominación utilizada en la escritura, una novación extintiva que provoca: 1º.-, la cancelación de la hipoteca inscrita sobre el primer bien hipotecado y 2º.- la inscripción de la hipoteca sobre el nuevo bien que le sustituye como garantía. Esta nueva inscripción, es una verdadera inscripción de constitución de hipoteca y determinará el rango registral que la misma tenga sobre el nuevo bien hipotecado. En ella se deberán hacer constar todas las circunstancias que exigiría una inscripción normal de hipoteca.

Es cierto, como señala la misma resolución DGRN de 20 de octubre de 1998, que hay determinados supuestos en los que el legislador ha impuesto la subrogación objetiva, sustituyendo la finca hipotecada por otra y manteniendo el mismo derecho y rango -procedimiento de concentración parcelaria, proyectos de equidistribución (vid. artículo 13 TR Ley del Suelo 20 de junio de 2008), la subrogación de la finca o derecho hipotecado en la indemnización sustitutoria del artículo 110.2º LH-, pero, en tales supuestos, es la propia ley la que declara estos efectos y, además, se parte de la desaparición de la finca o derecho hipotecado, y su sustitución por una nueva finca o derecho antes inexistente por causas ajenas a la voluntad de su titular y no como fruto de ella.

El segundo problema que se plantea es si, manifestado por ambas partes en escritura pública que queda pendiente de amortizar 6.000 euros en lugar de los 10.000 euros iniciales del préstamo, puede hacerse la inscripción de la nueva hipoteca por la responsabilidad total de 10.000 euros, o debe exigirse que se ajuste a la cifra manifestada como pendiente en el momento de la sustitución del bien objeto de la garantía.

Si se entiende, como venimos diciendo, que la inscripción de la hipoteca en la nueva finca es una auténtica inscripción de constitución de hipoteca, no deberíamos admitir que la misma se constituyera sobre la totalidad del préstamo inicial, constanding manifestación expresa de las partes sobre la amortización de parte del préstamo. Estaríamos admitiendo la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación parcialmente inexistente, en contra del principio de

accesoriedad de la hipoteca y sin que sea aplicable, en este caso, el artículo 122 LH.

Una cosa es que el Registrador no pueda presumir que parte de la obligación inicial ha sido ya amortizada dado el tiempo transcurrido desde su concesión (téngase en cuenta que según el Art. 1.214 CC el pago total o parcial no se presume) y, en consecuencia, no exista obstáculo para inscribir la hipoteca sobre la nueva finca garantizando la obligación inicial en toda su extensión; y otra muy distinta que exista manifestación expresa de las partes sobre el pago parcial, como parece sucede en el caso planeado. En este último caso, sentado que la inscripción sobre la nueva finca es un nuevo derecho real de hipoteca, el Registrador debe calificar conforme a la regla general y no admitir que la hipoteca se constituya por importe superior a la obligación garantizada. Como tampoco admitiría que la hipoteca garantizara intereses de demora si la obligación no los genera.

**4.-P:** AMPLIACIÓN DE HIPOTECA A OTROS BIENES. En caso de ampliación de hipoteca a otros bienes ¿es necesario en todo caso proceder a la distribución, conforme al artículo 119 LH?

**R:** Aunque por algunos compañeros se indicó que, según la literalidad del artículo 119 LH, la distribución entre varias fincas hipotecadas sólo es exigible cuando las mismas se hipotequen “a la vez” en garantía de un mismo crédito, por la mayoría se opinó que tal exigencia de distribución era aplicable igualmente cuando la hipoteca, después de constituida, se amplía a otras fincas. Y ello cualquiera que sea el motivo de tal ampliación, bien por la voluntad de las partes bien por exigencia del acreedor en los supuestos legalmente previstos.

La cuestión ya fue resuelta por la DGRN en resolución de 3 de mayo de 2000, dando los siguientes argumentos: a) Nuestro Ordenamiento prohíbe la constitución de hipotecas solidarias, por razón de no disminuir el crédito territorial de una persona sin razón justificativa suficiente y por la necesidad de evitar las maquinaciones insidiosas a que se prestan. Sin perjuicio de que la solidaridad pueda surgir posteriormente, por ejemplo, como consecuencia de la división de la finca hipotecada.

b) El argumento literal (el Art. 119 LH dice “a la vez”) decae frente a una interpretación teleológica (Art. 3 CC). Lo que se trata de evitar es el resultado de la afección hipotecaria que a la vez recae sobre varias fincas en garantía de un crédito.

c) Si se admitiera tal interpretación literal, el precepto sería inútil pues bastaría con el desdoblamiento del negocio jurídico constitutivo de la garantía para que quedara inoperante.

En definitiva:

1.- No se admite una segunda garantía hipotecaria por el total de una obligación ya garantizada hipotecariamente en su integridad.

2.- La ampliación de los bienes hipotecados (que puede ser acordada voluntariamente por las partes o ser exigida por el acreedor en los supuestos de los artículos 117 LH y 219 2º RH; 115 LH; 163 LH; 5 Ley Mercado Hipotecario) impone necesariamente la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre la fincas o fincas inicialmente hipotecadas y la nueva o nuevas, por imperativo del artículo 119 LH.

No obstante todo ello, existen opiniones doctrinales contrarias a considerar el artículo 119 LH como de orden público económico como Ángel Carrasco, Antonio Manzano o Fernando Canals. En concreto Antonio Manzano Solano, en su libro “Estudio sobre la Hipoteca”, editado por el Colegio, páginas 1165 y ss., somete al artículo 119 LH a ciertas consideraciones críticas. Dice que el tiempo ha demostrado el fracaso de las segundas hipotecas, por lo que la inicial idea del que el principio de distribución iba a ser factor de vigorización del crédito territorial ha resultado inútil. Además:

- La distribución choca con el concepto funcional de finca. La exigencia de la distribución se basa en la existencia de varias fincas que, a veces, lo son sólo en el Registro o que tienen una función económica conjunta como parte de una empresa. Ello obliga a agrupar fincas sólo para salvar el escollo del artículo 119 LH.

- Los posibles acuerdos fraudulentos que perjudiquen a un tercer poseedor pueden tener solución facultando al Juez para que, a petición del interesado y si fuere posible, distribuya la deuda, a falta de acuerdo entre las partes.

- Finalmente, la distribución no es, en todo caso, una consecuencia del principio de especialidad.

Como conclusión se admite en el seminario que la necesidad de distribución hipotecaria, tanto simultánea como posterior, no tiene un carácter de orden público registral y que, por tanto, aún admitiendo la doctrina de la DGRN, podría admitirse dicha doble garantía hipotecaria en supuestos especiales, como los ya examinados en otras ocasiones, en que la segunda hipoteca fuera una hipoteca en garantía de cuenta corriente novatoria o una hipoteca flotante, por excluir éstas, la doble ejecución de las garantías.

**5.-P:** Novación por ampliación del plazo del préstamo formalizado una vez vencido el plazo inicial. Solución definitiva que da la DGRN, examen de la resolución de 8 de enero de 2010.

**R:** A.- CRITERIO DE LA DGRN: Entre las primeras resoluciones publicadas en el año 2010 (BOE 8 de enero de 2010) se encuentra la de fecha 24 de noviembre de 2009 que aclara las dudas sobre la posibilidad novar una hipoteca por ampliación del plazo del préstamo hipotecario, una vez vencido el plazo inicial. La postura favorable a su admisión había sido ya defendida por la mayoría de los compañeros en varias reuniones del seminario (ver circular 10/2009) y la generalidad de los registradores lo venían admitiendo en la práctica.

Para los que todavía albergan dudas, la DGRN lo argumenta del siguiente modo: *“Aún en el caso de pactarse dicha prórroga después del vencimiento del plazo, se trataría de una alteración contractual que debe calificarse como novación modificativa que no da lugar a la extinción de la obligación modificada y al nacimiento de una nueva obligación.”* En base a la interpretación sistemática del artículo 1156 CC en relación con los artículos 1203 y 1204 del mismo Código, y según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (STS 8 de julio de 1909 y 16 de mayo de 1945), a falta de la terminante declaración de las partes sobre su intención de, con la modificación, dar por extinguida la anterior obligación, debe entenderse que ésta queda subsistente por la modificación del plazo de duración de la relación obligatoria, toda vez que el carácter extintivo de la novación no se presume.

Incluso no hace falta que en la escritura se diga, o de la misma se deduzca, que la prórroga se había pactado “inter partes” antes del transcurso del plazo inicialmente pactado, y que la escritura es una formalización de la ya acordado y así se dice que *“En el caso debatido no se trata de un pacto que modifique una anterior cláusula que sujetara a término el mismo derecho real de hipoteca, (como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito) ni se trata de un plazo de la obligación configurado como esencial.”* Se modifica un plazo fijado para la duración de la obligación garantizada cuyo vencimiento no tiene como consecuencia la extinción de la misma sino su exigibilidad, pudiendo dar lugar a la efectividad de la hipoteca si el acreedor no es reintegrado de su crédito y utiliza la acción hipotecaria para hacer valer su derecho.

Sigue diciendo la resolución que *“La propia Ley Hipotecaria –cfr. artículo 144- admite la posibilidad de modificaciones de la obligación garantizada con hipoteca (entre ellas la espera), si bien dispone que no surtirán efecto contra tercero, si no se hacen constar en el Registro por medio del asiento correspondiente”.*

Este criterio lleva a las siguientes aparentes CONCLUSIONES de la DGRN:

a) Tratándose de PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS es posible la ampliación del plazo inicialmente fijado aún cuando este acuerdo novatorio se formalice en escritura pública después del vencimiento del plazo inicial. No es necesario que en la escritura se diga que tal ampliación ya había sido acordada “inter partes” antes de la expiración del plazo inicial, siendo el otorgamiento la formalización de lo ya pactado.

b) Si son HIPOTECAS EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO, el derecho real de hipoteca está sujeto a término, por lo que no cabrá la ampliación de plazo con efecto novatorio. Vencido el plazo de la cuenta, no existe posibilidad de cargar más partidas de cargo y abono, se extingue el contrato de cuenta corriente de crédito y se hace exigible únicamente el saldo existente, para cuyo reintegro puede utilizar el acreedor la acción hipotecaria. Pero no será posible pactar la ampliación del contrato con efectos meramente novatorios. En caso de pactarse tal ampliación será un nuevo contrato que sustituya al anterior y que exigirá formalizar una nueva escritura de hipoteca.

c) Igual solución negativa debe darse a las HIPOTECAS RECARGABLES pues en éstas, según criterio de este seminario (vid. la citada circular C.E.R. de Madrid 10/2009), la existencia de una ampliación del plazo de duración de la hipoteca, impide la ampliación del capital debido –como puede ocurrir en la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito-, y la existencia de una ampliación de capital –aunque no implique un aumento de la responsabilidad hipotecaria-, impide la posterior ampliación del plazo de vencimiento.

No entra la DGRN en el gran problema que plantean las novaciones de hipoteca por ampliación del plazo en relación con el mantenimiento del rango existiendo titulares de derechos inscritos posteriormente. Dice textualmente: “*sin que deba decidirse ahora sobre el alcance que haya de tener la interpretación de la norma del apartado 3 de dicho precepto legal relativa al rango de la hipoteca inscrita*”.

**B.- CRITERIO MINORITARIO RESPECTO AL MANTENIMIENTO DEL RANGO EXISTIENDO TITULARES POSTERIORES.** A estos efectos, una minoría de compañeros entiende, en base a la letra del artículo 4 de la Ley 2/1994, que en caso de novación por ampliación del plazo, de existir asientos posteriores, será necesario su consentimiento para que la hipoteca mantenga el rango. Lo fundamentan así:

a) De la letra del artículo se deduce que, en los supuestos de novación, el mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita tiene dos excepciones, por un lado, el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y, por otro, la ampliación del plazo. En estos dos casos, y siempre que existan titulares de derechos inscritos con rango posterior, será necesaria su aceptación expresa para poder mantener el rango.

b) Si el precepto menciona como primer supuesto de excepción para poder mantener el rango, el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria (sea o no con ampliación del plazo), no tiene sentido que el segundo supuesto sea el mismo de incremento pero unido a una ampliación del plazo, ya que entonces estaría incluido en el primer supuesto general. Además el artículo dice "en estos casos" lo que parecer dar a entender que son dos supuestos diferentes y no uno sólo ¿?

c) No parece tampoco admisible el argumento consistente en que tal ampliación de plazo no requiere la aceptación de los terceros con derechos inscritos porque les favorece, ya que su finalidad es facilitar las obligaciones de pago del deudor. Sin embargo esto no tiene por qué ser así, y el propio Código Civil nos suministra el argumento contrario cuando, en su artículo 1.851, mantiene que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.

d) Existen preceptos en nuestra legislación hipotecaria que demuestran que el plazo incide sobre el rango. Así, el artículo 241 del Reglamento Hipotecario que, al regular los negocios sobre el rango, exige que se determine la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, **así como su duración máxima**. Un acreedor que hubiere consentido una posposición de rango a una hipoteca futura, lo hace fijando con precisión sus condiciones esenciales, entre las que el legislador ha incluido el plazo máximo de duración. Si la hipoteca futura no se ajusta a esos parámetros esenciales no podría inscribirse. Pero, si después de hacer constar en el Registro la posposición de rango, se admitiera una ampliación de plazo sin la aceptación del acreedor (como titular de derecho inscrito con rango posterior), se estaría contraviniendo su voluntad manifestada expresamente al consentir la posposición, y se estaría burlando las exigencias reglamentarias.

e) También el artículo 144 de la Ley Hipotecaria incluye la "espera" entre los hechos o convenios que no surten efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro de la Propiedad, lo que, a *sensu contrario*, significa que tal modificación perjudica a tercero desde su toma de razón. Y si esta modificación de la hipoteca va a perjudicar a tercero parece razonable que el artículo 4.3 la Ley 2/1994 exija su aceptación.

C.- CRITERIO MAYORITARIO RESPECTO AL MANTENIMIENTO DEL RANGO EXISTIENDO TITULARES POSTERIORES. Sin embargo, el Seminario de Madrid se ha pronunciado ya mayoritariamente a favor del mantenimiento del rango de la hipoteca novada por ampliación de plazo en el supuesto de existir asientos posteriores en base a los siguientes argumentos, confirmados por la Comisión Nacional de Calificación:

“La dicción del artículo 4-3 de la Ley 2/1994 es confusa, por lo que la solución de la cuestión debe atender no sólo a la literalidad de su texto sino, además y especialmente, a la finalidad conjunta de la reforma pretendida por la Ley 41/2007 que lo introduce, a los antecedentes de su elaboración, al sentido de otras reformas legislativas que inciden en la materia y a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada.

Por otra parte, en la interpretación es fundamental tener en cuenta la disposición transitoria única que al disponer que *"la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley"*, establece dos modelos hipotecarios distintos, el anterior y el posterior a la reforma. Hoy parece obligado reconocer que el nuevo modelo de hipoteca es el que se desprende de la voluntad de los redactores de la norma de introducir la "recarga" de la hipoteca, como medio de flexibilización de la accesividad de la misma. Cualquier otro entendimiento de la disposición transitoria causaría notables daños a las hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

La diferencia fundamental entre una y otra hipoteca, como se infiere precisamente de tal disposición transitoria, es que el nuevo modelo legal, aplicable sólo a hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la Ley, permite una ampliación del capital de la obligación garantizada sin que la hipoteca constituida modifique su rango registral siempre que no quede alterada la responsabilidad hipotecaria ni el plazo de duración de la hipoteca.

Los innumerables y complejos problemas que plantea la admisión de la “hipoteca recargable”, que pueden incluso afectar al régimen de la compra con subrogación, exigen un estudio detenido y específico del tema y limitar este informe a la pregunta concreta objeto del mismo: ¿Qué efectos tiene la mera ampliación del plazo del préstamo en el rango de la hipoteca que lo garantiza, sea cual sea la naturaleza de la misma?

Tanto el Preámbulo como el citado artículo 4-3 de la Ley 2/1994, tras la reforma de 2007, establecen una norma general tendente a flexibilizar las hipotecas,

consistente en que cuando el prestamista sea una entidad financiera no supondrán una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita las modificaciones del préstamo hipotecario consistentes en la ampliación o reducción de capital, la alteración del plazo o la modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.

Recogiendo a continuación dos excepciones al decir *“excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango”*.

Centrándonos en el segundo de los supuestos de excepción –la ampliación del plazo de la obligación garantizada-, que es el objeto del informe, si se pone en relación el citado apartado con la disposición transitoria única, se llega a la conclusión de que lo que ha querido la ley, aunque sea con una dicción confusa, es limitar el plazo en que es posible la recarga existiendo terceros posteriores, al plazo previamente fijado en la constitución de la hipoteca; por lo que, tanto en caso de hipoteca recargable como en el caso de que no exista posibilidad de recarga, la simple ampliación del plazo de vencimiento del préstamo no afecta al rango de la hipoteca inscrita. Es decir, las palabras del artículo 4-3 “incremento o ampliación” son una modalización que la Ley impone para que la ampliación de plazo conlleve la pérdida de rango. Han de ir unidas la ampliación del plazo con el incremento de responsabilidad o la ampliación de capital. Ciertamente la redacción es desafortunada, pero tal interpretación tiene coherencia textual (y nuevamente además con la disposición transitoria única) y sustancial.

La dificultad de justificar la pérdida de rango hipotecario por la ampliación del plazo de la obligación, o que la pérdida de rango se produzca exclusivamente respecto del plazo ampliado, se apoya además en las siguientes consideraciones:

1º.- Hay que tener en cuenta, que como regla general, el aumento del plazo del préstamo, lejos de perjudicar a los titulares de derechos inscritos posteriores a la hipoteca modificada, les beneficia –si no va asociado a una ampliación del capital-, en la medida en que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago; lo que unido a la dicción literal de la excepción lleva a rechazar que la simple ampliación del plazo suponga la pérdida de rango de la hipoteca inscrita ni la necesidad de constituir una nueva en cuanto al plazo ampliado.

Este criterio se ha visto en cierto modo ratificado por la disposición adicional 2ª del Real Decreto-ley 2/2008 de medidas de impulso a la actividad económica, que, al establecer la exención fiscal y arancelaria durante dos años de las escrituras públicas que documentan la ampliación del plazo de los préstamos

hipotecarios concedidos para la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, parte necesariamente de la hipótesis de la no alteración del rango de la hipoteca inscrita en ese momento pues, en caso contrario, no habría entidad que se prestara a secundar ese propósito gubernamental de interés social.

2º.- En las escrituras de subrogación en la hipoteca por otra entidad crediticia, tanto antes de la reforma como ahora, el nuevo acreedor pasa a ocupar el lugar del antiguo sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, y, como es sabido, en las subrogaciones según el párrafo 1º del mismo artículo 4, sólo se permite modificar *“las condiciones del tipo de interés,....., así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas “*, y ello, aunque existieran otras hipotecas, incluso a favor de la misma entidad de crédito agredida, lo que prueba que la ampliación del plazo del préstamo por sí misma no altera el rango, pues si dicha ampliación es posible vía subrogación o enervación, con más razón lo será por la vía de la mera novación modificativa, que es precisamente el tratamiento civil de la ampliación del plazo del préstamo.

La reforma introducida en el artículo 2 de la Ley 2/1994, por la propia Ley 41/2007, en el sentido de la obligación de la entidad agresora de subrogarse en todos los préstamos hipotecarios de la misma entidad titular del préstamo en que existe real interés en subrogarse, demuestra, sin lugar a dudas, que la subrogación tiene lugar sin pérdida de rango de la hipoteca objeto de la misma, pues en caso contrario, esta obligación sería superflua. Es decir, que esta obligación se impone por razones de rango hipotecario, para evitar que las cargas posteriores de la entidad agredida sean objeto de purga por la ejecución de la hipoteca anterior en que se haya subrogado otra entidad.

3º.- Por otra parte, la admisión del criterio de que la excepción tiene lugar con la simple ampliación del plazo, produciría unos efectos respecto de la responsabilidad hipotecaria incompatibles con el sistema registral, porque, con independencia de los efectos que la ampliación del plazo pueda tener sobre la obligación, es insostenible que una misma hipoteca pueda tener un rango hasta una fecha y otro a partir de la misma, ni se entiende qué parte de la responsabilidad garantizaría la hipoteca en cada plazo.

4º.- Respecto de la denominada hipoteca recargable tal como ha quedado configurada en la nueva Ley, si el supuesto de mera ampliación del capital, que sí incrementa el riesgo de incumplimiento y, en consecuencia, de ejecución de la hipoteca preferente, parece claro que no determina la necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores posteriores, salvo cuando vaya acompañada de un aumento de la responsabilidad hipotecaria, tanto más absurdo es exigir este consentimiento cuando sólo se aumenta el plazo de pago.

Además debe recordarse nuevamente la existencia de la norma de derecho transitorio –disposición transitoria única número 3-, que restringe la recarga en perjuicio de titulares posteriores a las hipotecas constituidas tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007, al señalar que “la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita,...., solo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”, sin alusión a la ampliación del plazo, lo que viene a corroborar que la simple ampliación del plazo del préstamo no altera el rango de la hipoteca inscrita, pues de su condición se infiere la necesidad de que siempre exista una ampliación de capital para que se produzca una pérdida de rango de la hipoteca modificada.

En la medida en que esta disposición es la que configura el nuevo tipo legal de hipoteca, se confirma que la interpretación, en consecuencia, más acorde con la finalidad y naturaleza jurídica que de ella hace la reforma, es aquella que considera que esta segunda excepción debe operar cuando la modificación implique una ampliación del plazo y exista una simultánea ampliación de capital, sea esta superior o no a la posible recarga, es decir, incluso aunque no se altere la responsabilidad hipotecaria. El plazo opera, por tanto, como un límite a la figura de la hipoteca recargable, no de la modificación de las hipotecas en general.

El plazo en la hipoteca recargable cumple así la misma función que en las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito, y respecto de las mismas el artículo 153 exige la determinación de su plazo de duración y de la prórroga o prórrogas posibles. Esta fijación del plazo máximo viene impuesta porque la ampliación del plazo de la hipoteca, aunque lo sea por accesoriedad, supone una mayor afectación del bien y, por lo tanto, no puede perjudicar a terceros.

Y es que no es lo mismo la simple ampliación del plazo de una cuenta corriente en que se ha suprimido la posibilidad de nuevas disposiciones, lo que indudablemente no perjudica a los terceros porque sólo tiene como finalidad facilitar el pago de una deuda anterior, y la misma ampliación del plazo que vaya acompañada de la posibilidad de disponer hasta la totalidad del crédito convenido, lo que sí perjudica a terceros porque, en realidad, se trata de la concesión de un nuevo préstamo, a cuya garantía le sería de aplicación la inoponibilidad y eficacia erga omnes recogida en los artículos 32, 114 y 144 de la Ley Hipotecaria.

Por ello, ese carácter concurrente de la ampliación del plazo del préstamo o crédito y de la ampliación del capital, impide que opere la posibilidad de la recarga tanto si los dos factores tienen lugar de forma simultánea o de forma sucesiva, en la misma escritura de modificación o en otra posterior, ya que, en

caso contrario, sería muy fácil burlar la excepción mediante el procedimiento de pactar una de las ampliaciones en una escritura y la otra en la siguiente.

En conclusión:

1º.- La sola ampliación del plazo de vencimiento del préstamo sin ampliación del capital no produce la pérdida de rango de la hipoteca inscrita, existan o no titulares de derechos intermedios inscritos.

2º.- La ampliación del plazo de vencimiento del crédito garantizado con hipoteca tampoco altera el rango de la misma aunque existan titulares de derechos intermedios siempre que la ampliación del plazo no vaya acompañada de la posibilidad de nuevas disposiciones hasta el vencimiento.

3º.- En el supuesto de hipoteca recargable, la ampliación del plazo de vencimiento unido a la ampliación de capital aunque ésta no produzca incremento de responsabilidad (recarga hasta la cuantía inicial del préstamo) sí que produce la pérdida de rango si existen titulares de derechos intermedios salvo que éstos presten su consentimiento al mantenimiento del rango.

4º.- Se considera que este régimen también es aplicable a la ampliación del plazo del préstamo posterior al vencimiento de la obligación garantizada, aunque existan terceros, ya que:

“a) El vencimiento del plazo de la obligación garantizada no produce la extinción de la misma sino su exigibilidad y, por tanto, dado el principio de accesoriedad, tampoco produce la extinción de la hipoteca.

b) El vencimiento de la obligación sólo afecta a la hipoteca a los efectos de su prescripción y caducidad –Arts. 128 y 82 LH- de modo que la duración de la hipoteca depende de la duración de la obligación, a salvo de la flotante, y por tanto mientras la inscripción de hipoteca esté vigente y el préstamo subsista, las partes podrán tanto ejecutar la hipoteca como conceder moratorias, quitas o modificar las condiciones del préstamo

En este sentido, se indica que el artículo 144 de la Ley Hipotecaria permite la constancia registral de la “espera” de la obligación garantizada, que en pura técnica es un concepto distinto del de prórroga del plazo, y sólo es aplicable a las obligaciones vencidas.

Es verdad que ese artículo 144 de la LH, señala que esa modificación debe constar previamente en el Registro para perjudicar a terceros, pero no lo es menos que hoy ese artículo debe interpretarse a la luz del artículo 4 de la Ley

2/1994 y así, igual que ya ese criterio no es aplicable a la “novación del contrato primitivo” en los casos recogidos en dicho artículo, esa misma consideración debe darse a la “espera”, por cuanto, como ampliación del plazo, guarda con ésta una identidad de razón y debe tener un tratamiento unitario.

5°.- Finalmente, se entiende que la atribución del rango o prioridad entre los derechos inscritos es decisión y responsabilidad del Registrador, y, por ello, ha de resultar claramente determinado de los asientos practicados. Condicionar la determinación del rango a valoraciones posteriores puede provocar graves problemas prácticos a la hora de expedir certificación para los procedimientos de ejecución y de cancelar los asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta”.

**6.-P:** Se presenta una escritura de una hipoteca en garantía de un aval de carácter indefinido en que el avalado es una sociedad mercantil. El plazo de la hipoteca es de 90 años. ¿Existe algún inconveniente para la inscripción?

**R:** Aunque el artículo 12 de la Ley Hipotecaria exige la constatación tabular del plazo de la obligación asegurada, al tratarse de una hipoteca de máximo y en garantía de obligación futura, se considera suficiente la fijación de un plazo máximo de la hipoteca.

En cuanto a lo excesivo e ilógico del plazo señalado para la hipoteca –90 años-, al no existir ninguna limitación legal al mismo –vid. Artículos 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria-, se entiende que debe ser admitido. Algún compañero planteó la posibilidad de aplicación, por analogía, de la limitación de 30 años del artículo 515 del Código Civil relativa al usufructo, pero fue rechazada por la distinta naturaleza de ambos derechos reales.

**7.-P:** En las hipotecas de edificios para el arrendamiento con opción de compra que se podrá ejercitar transcurridos 7 años y financiadas por el ICO, se señala como causa de resolución –total o parcial-, la venta del edificio o de una vivienda en el indicado plazo. ¿Es inscribible?

**R:** Algunos compañeros entendieron que sí, por cuanto existe la prohibición legal de vender esas fincas en el plazo de 7 años –las acogidas a la Ley Autonómica- o de 10 años –las acogidas a la Ley Estatal-, y el acreedor es un órgano administrativo –el ICO-, derivando el préstamo de una línea de financiación destinada exclusivamente la construcción de edificios sujetos a ese régimen.

Pero mayoritariamente se considera que debe denegarse dicha causa de resolución porque encubre una prohibición de disponer prohibida por el artículo

27 de la Ley Hipotecaria, porque el ICO no suele ser el prestamista sino que lo son Cajas y Bancos en virtud de convenios y subvenciones con dicho organismo y porque las citadas prohibiciones sólo deben acceder al Registro cuando una Ley expresamente lo disponga, como ocurre respecto de las “limitaciones, obligaciones, plazos y condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público del suelo” por indicación del artículo 39-3 de la Ley del Suelo de 2008.

A esto se alega por los anteriores contertulios, que muchos terrenos en que se construyen edificios sujetos al régimen de “arrendamiento con opción de compra” son del patrimonio municipal del suelo, habiendo sido enajenados por el ayuntamiento respectivo con tal destino, y que la construcción de viviendas con protección pública lleva consigo un régimen administrativizado que implica la constancia de las citadas prohibiciones configuradoras del derecho inscrito. Pero se señala, frente a esto, que ello impediría la venta, pero no la resolución del derecho real de hipoteca, existiendo sólo, la obligación de devolver las subvenciones y demás beneficios de que se hubiere disfrutado.

**8.-P:** Se presenta una escritura de hipoteca en garantía de una póliza de préstamo personal y constituida a favor del Banco de España, y se pregunta si es posible la subrogación en la parte activa o del acreedor. Se indica que el préstamo era para un empleado, y que al dejar de serlo las condiciones son bastante más onerosas.

**R:** Unánimemente se considera que sí por las siguientes razones:

a) Esta hipoteca lo es en garantía de un préstamo pues, el hecho de la previa instrumentación en póliza, no altera tal naturaleza y, en consecuencia, sea cual sea la opinión que se mantenga en cuanto a su aplicación a los créditos hipotecarios –reconocida por la DGRN-, entra dentro del ámbito de las subrogaciones reguladas en la Ley 2/1994.

b) El hecho que el acreedor agredido sea el Banco de España no altera nada, pues la restricción de la citada Ley 2/1994 de la posibilidad de la subrogación a las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, lo es precisamente porque las mismas se encuentran sometidas a una especial supervisión por parte del Banco de España, lo que permite incluir a éste en su ámbito de aplicación.

**9.-P:** Se vuelve a presentar a estudio el examen de una solución posible para la aparente solidaridad hipotecaria que se trasluce en las recientes hipotecas de crisis, dado que alguna de las obligaciones garantizadas con la hipoteca flotante,

estaba ya garantizada íntegramente con otra hipoteca primitiva o con la anterior que garantizaba la primera refinanciación.

**R:** Aunque el artículo 119 de la Ley Hipotecaria parece proscribir la solidaridad de la hipoteca, al exigir la distribución de responsabilidad hipotecaria cuando se gravan varias fincas, y la DGRN entiende que ello también es aplicable a la solidaridad sobrevenida cuando se amplía la garantía con una nueva finca; se considera, como ya se ha estudiado en otra ocasión en este seminario, que el indicado rechazo a la solidaridad de las hipotecas no es un elemento esencial del derecho real de hipoteca en cuanto a tal, sino más bien una consecuencia del reforzamiento del crédito territorial, como lo prueba el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, que en caso de división de la finca gravada no exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Ello implicaría la admisión de esta doble garantía hipoteca porque, en virtud de la naturaleza de la hipoteca flotante, las obligaciones garantizadas con la misma no pierden su propia individualidad y la posibilidad de ejecución por otras acciones que les pertenecieran, es decir, que el acreedor puede optar por realizar el valor de unas u otras fincas para cobrarse, pero ejercitada una no podrá ejercitar la otra acción hipotecaria, por lo que no existe una auténtica solidaridad.

**10.-P:** Examen de algunas soluciones posibles para los casos de daciones en pago a los fondos de inversión en activos.

**R:** Se señala que en algunos Registros se han inscrito esas daciones en pago con base en la argumentación de que los Estatutos constitutivos de los mismos, prevén su posibilidad expresa y están depositados en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por lo que parece que ésta ha dado su conformidad a dicha posibilidad.

Pero esa solución se rechaza prácticamente por unanimidad, porque lo que tiene lugar en la CNMV es simplemente un depósito sin calificación jurídica alguna, por lo que se confirma la necesidad de un informe jurídico de dicha entidad.

A este respecto se pone de manifiesto que, con este sistema de dación en pago de bienes inmuebles en vez de entrega de dinero, los partícipes de dichos fondos ven sustituidos la liquidez propia de sus participaciones por un activo en depreciación y quizás de difícil liquidez, lo que puede suponer un grave detrimento para los mismos, por lo que debe actuarse con sumo cuidado.

**11.-P:** En una escritura de hipoteca del artículo 153 bis de la LH, en sus Expositivos II y III y en la estipulación 1ª se indica que se garantizan con la

hipoteca dos préstamos: uno para la financiación de la adquisición de vehículos nuevos “Demo” y otro “Crédito-Stock”, pólizas de los cuales se incorporan a la misma; indicándose a continuación que también se garantiza el impago de los cánones arrendaticios del leasing que recae sobre la finca que es objeto de la hipoteca y cuyos datos constan ya en el Registro.

A continuación se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre las dos obligaciones señaladas en primer lugar, pero no respecto de la tercera –cánones del leasing-.

Por otra parte, en la distribución de hipoteca respecto de préstamo “Crédito-Stock” se garantizan intereses hasta una cifra equivalente al 3%, cuando en la póliza de préstamo en la condición particular IV se señala que el tipo de interés, que será fijo durante toda la vida del préstamo, será el que las partes acuerden, pero no se indica cuál es el mismo.

¿Es posible la inscripción?

**R:** Respecto de las dos cuestiones, algunos compañeros se mostraron partidarios de la inscripción dada la gran flexibilidad que la Ley concede a las hipotecas flotantes, pero la misma fue rechazada mayoritariamente por los siguientes argumentos:

En cuanto a la primera cuestión, se señala que ciertamente en las hipotecas flotantes del tipo de las del artículo 153 bis de la LH, la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria respecto de las obligaciones garantizadas, hace innecesaria la distribución de aquélla entre éstas, pero una vez que las partes han optado por dicha distribución, la misma debe comprender todas las obligaciones autónomas y existentes que se garantizan, sin perjuicio de reservar una cantidad para las posibles futuras si se hubiere pactado su garantía o, al menos, debe exigirse ese requisitos si todas las obligaciones garantizadas son presentes.

Este criterio se infiere de lo dispuesto en el artículo 218 del RH que para el caso de edificio dividida por pisos, permite bien la constitución de hipoteca sobre la totalidad de la finca sin necesidad de distribución entre los pisos, bien la constitución sobre los distintos pisos individualmente considerados con distribución entre todos ellos, pero nunca una fórmula mixta.

En relación a la segunda cuestión, se alude, para rechazar la garantía de los intereses, al principio de determinación registral y a los artículos 12 y 114 de la LH, según los cuales, como cláusula financiera que son los intereses, debe señalarse en el contrato el tipo de interés pactado para su constancia en el Registro y para su adecuada cobertura hipotecaria si se quiere garantizar, así

como para poder calcular que no se han infringido los topes legales de esa garantía.

Asimismo, se señala pues que en virtud del principio de accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada, es necesario que exista un interés para que el mismo pueda ser garantizado por la hipoteca, pues ésta no puede garantizar conceptos que no se hubieren pactado en la obligación asegurada.

**12.-P:** Se presenta una escritura en que el dueño del suelo de una finca y el titular de un derecho de superficie sobre parte de la misma, constituyen una hipoteca única, es decir, sin distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las dos titularidades. ¿Es posible?

**R:** En primer lugar se señala que, ya se considere el derecho de superficie como un derecho integrante del dominio o como un derecho real sobre cosa ajena, será necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria entre la titularidad del suelo y del vuelo por aplicación de los artículos 216 y 217 del Reglamento Hipotecario.

A partir de esta situación, algunos compañeros consideran posible el pacto de constitución de una sola hipoteca al amparo del propio artículo 217 del Reglamento Hipotecario; si bien la mayoría rechazó esa posibilidad por no encontrarnos ante derecho integrantes del dominio, sino ante dos dominios o, si se quiere titularidades distintas. Así se considera que a favor de este criterio milita la inscripción y vida registral separada de la propiedad superficiaria, una vez realizada la edificación; la posibilidad, en este caso concreto, de la constitución de otro derecho de superficie -ver resolución de la DGRN de 25 de junio de 1993- y, especialmente, lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley del Suelo de 2008, que permite la transmisión y gravamen separado del derecho de superficie respecto del suelo y la subsistencia de los gravámenes sobre el mismo hasta el trascurso de su plazo, aunque antes se hayan reunido los derecho de propiedad del suelo y los del superficiario.

No obstante, por las mismas razones, sí se considera posible la no distribución de la responsabilidad hipotecaria, pero por aplicación de lo dispuesto en el artículo 218 del Reglamento Hipotecario, que permite la hipoteca unitaria sobre el edificio dividido en pisos en propiedad horizontal si lo acuerdan todos los dueños, porque se estima que existe mayor semejanza con esa figura, sobre todo si se tiene en cuenta que el edificio construido sobre el derecho de superficie, también puede ser objeto de división horizontal.

Se indica, por último, que la razón que se encuentre detrás de esta hipoteca unitaria, sea la normativa del mercado secundario que exige la titularidad del pleno dominio para poder titular las hipotecas que se constituyan sobre bienes inmuebles.

**13.- P:** ¿Es posible constituir una hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente concedido por una empresa suministradora a tres sociedades clientes, hasta un máximo X constituyendo partidas de cargo de la cuenta las facturas de las compras de estas tres sociedades, y de abono los pagos realizados por las mismas?

Existe:

- Pacto novatorio de las obligaciones incorporadas a la cuenta.
- Solidaridad entre las tres empresas titulares de la cuenta.
- Regulación del régimen de llevanza de la doble cartilla de la cuenta a efectos de determinación del saldo líquido al vencimiento y posible ejecución.

**R:** Como ya se ha analizado en otros seminarios, sí es posible este tipo de hipotecas, que, en principio reúnen todos los requisitos recogidos por las resoluciones de la DGRN, echándose únicamente en falta, de lo arriba expuesto, la circunstancia de decirse expresamente que el acreedor queda vinculado a el cargo de todas las deudas que encajen en el tipo pactado y el señalamiento del máximo de prórrogas posibles, aunque se considera que su falta, probablemente debe derivar la imprecisión en la fijación completa del supuesto de hecho.

**14.-P:** CONSULTA REALIZADA POR EL BANCO DE SANTANDER AL SEMINARIO DE MADRID sobre novación modificativa del tipo de interés variable inicialmente pactado por un tipo de interés fijo.

Dada la situación en que se encuentra el mercado inmobiliario hay Clientes que han solicitado modificar el tipo de interés variable a un tipo de interés fijo.

A tal efecto, se han formalizado una serie de Escrituras de Novación Modificativa, sujetas a la Ley 2/94 de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, en las que se ha procedido a sustituir el tipo de interés variable inicialmente pactado por un tipo de interés fijo, aplicable durante el resto de la vigencia del contrato de préstamo hipotecario.

En esas Escrituras de Novación Modificativa no se ha procedido a modificar la responsabilidad hipotecaria.

La inscripción de estas escrituras de Novación Modificativa se han suspendido en algunos Registros de la Propiedad, por considerar que dado el carácter accesorio de la hipoteca, al modificarse el crédito también debería modificarse la responsabilidad hipotecaria; por lo que se solicita una solución unificada.

**R:** Algunos compañeros consideraron el supuesto inscribible, sin necesidad de modificación de la responsabilidad hipotecaria, por la razón de que las responsabilidades hipotecarias que garantizan los intereses remuneratorios y los intereses moratorios, tienen el carácter de hipotecas de máximo.

Llegado el momento de la ejecución hipotecaria, el Acreedor Hipotecario tendrá que acreditar el importe de los intereses impagados devengados, que se calcularán aplicando el nuevo diferencial fijo y/o el nuevo Tipo de Interés de referencia.

Al ser inferior el tipo de interés fijo convenido al tipo de interés convencional fijado como tipo de interés máximo a efectos hipotecarios, en ningún caso se podrá alcanzar la cobertura hipotecaria constituida. Por lo que el único perjudicado será el Acreedor hipotecario que renuncia a esa cobertura potencial que figura formalizada a su favor.

Pero mayoritariamente se considera que sí es necesaria esa modificación paralela de la responsabilidad hipotecaria, tanto si el tipo variable se transforma en fijo, como cuando se establece un tope de intereses a efectos hipotecario inferior al anterior por haberlo determinado así la DGRN en las resoluciones de 5 de noviembre de 1999, 25 de abril de 2002 y 4 de septiembre de 2002.

Dichas resoluciones fundan su criterio en los siguientes argumentos jurídicos. El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (vid arts 104 LH y 1857 del CC), implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definatorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto crédito, de modo que, en estos supuestos, estableciéndose un tipo fijo de interés o un tipo máximo del X% para intereses remuneratorios, no cabe que la cobertura hipotecaria quede definida por referencia al tipo de interés superior que hasta entonces, y con fijación de la cantidad resultante, constituía el límite máximo de aquélla.

Y es que, siguen diciendo las resoluciones, ni siquiera la necesaria interpretación de las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efecto y la valoración conjunta de todas ellas (arts 1281, 1284 y 1285 del CC) puede permitir hacer entender implícitamente modificada la cobertura hipotecaria, toda vez que los límites de dicha cobertura no quedan expresamente modificados, todavía más por que se suele indicar expresamente que en lo no modificado la hipoteca permanece inalterada.

Se pone de manifiesto la incertidumbre que crearía sobre el alcance de la responsabilidad hipotecaria de los intereses remuneratorios, vulnerándose con

ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, impuesta por la trascendencia erga omnes de sus pronunciamientos.

Algunos compañeros señalaron, sin embargo, que tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007 en el artículo 4 de la Ley 2/1994, al haberse suavizado el carácter accesorio de la hipoteca, al poder ser objeto de garantía una nueva entrega de capital –recarga- sin modificación paralela de la responsabilidad hipotecaria; debería, con más razón, también ser posible esa cobertura de los intereses remuneratorios, pues no se modifica la responsabilidad hipotecaria y la cantidad debida por intereses se reduce.

Pero, en contra de esta interpretación se afirma que, de admitirse este criterio, sería muy fácil vulnerar las limitaciones a la responsabilidad hipotecaria por intereses fijadas en los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento, mediante el simple otorgamiento de una escritura modificativa.

**15.-P:** Se presenta una escritura en que se constituyen tres hipotecas a favor de la Hacienda Pública, en garantía de tres deudas tributarias distintas. ¿Cuál será su régimen jurídico?

**R:** Se considera que se trata de tres hipotecas simultáneas y, en consecuencia del mismo rango, aunque no se pacte expresamente, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario, en caso de ejecución de una de ellas, las otras dos se considerarán preferentes y no se cancelarán.

**16.-P:** Subrogación de los préstamos hipotecarios. En contestación a la consulta del BS y en aplicación de las RDGRN de 25-4-02 y 4-9-02 se acordó en el anterior seminario que en las novaciones de préstamos hipotecarios cuando se modifica a la baja el tipo de interés debía exigirse también la modificación de la responsabilidad hipotecaria para que la hipoteca no garantice más intereses que los pactados. Pero, ¿y en las subrogaciones? En ellas siempre se modifica el interés a la baja y sin embargo la ley 2/94 prohíbe que se modifique la responsabilidad hipotecaria ya que el Art. 4 sólo admite que se modifique el tipo de interés y el plazo. ¿Debemos exigir la modificación de la responsabilidad en las subrogaciones también a pesar del precepto legal? ¿Es correcto exigir la modificación de la responsabilidad hipotecaria en las novaciones cuando la propia ley admite que no se modifique e incluso prohíbe la modificación en las subrogaciones?

**R:** Se entiende que el criterio adoptado en el anterior seminario –ver caso 14- es aplicable igualmente al supuesto de subrogación, y por el mismo fundamento del carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (vid. Arts. 104 LH y 1.857 CC), que implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la

hipoteca en cuanto al crédito, de modo que, en estos supuestos, estableciéndose un tipo de interés fijo o un tipo máximo del X% para intereses remuneratorios, no cabe que la cobertura hipotecaria quede definida por referencia al tipo de interés superior que hasta entonces, y con la fijación de la cantidad resultante, constituía el límite máximo de aquella.

No se aprecia impedimento en que el artículo 4 de la Ley 2/1994 disponga que en la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas, pues lo cierto es que la práctica demuestra que en estas escrituras se producen muchas más modificaciones que las previstas en este artículo (v.gr. procedimientos de ejecución, nuevas tasaciones para subasta, domicilio, comisiones, etc.) sin que se plantee duda sobre su admisibilidad e inscripción. Otra cosa es que se pueda plantearse la cuestión sobre si entran en el ámbito de la ley en materia de reducción arancelaria y exención tributaria, pero su validez en el orden civil, y por tanto, su acceso al Registro es indiscutible.

Además, la resolución de la DGRN de 25 de abril de 2002, recoge expresamente la referida modificación paralela de la responsabilidad hipotecaria en caso de subrogación, lo que obvia la aparente prohibición del artículo 4 de la Ley 2/1994, que sólo impediría aquellas otras modificaciones que no sean consecuencia directa de la modificación del interés y del plazo.

**17.-P:** Se presenta una escritura de cancelación de hipoteca otorgada, por virtud del pago, por una sociedad –la acreedora hipotecaria- disuelta y cancelada su hoja registral por no adaptación a la LSA. El representante de la sociedad es, dado que según se manifiesta ha muerto el administrador único y nunca se nombró liquidador, un representante con poder de 1989 que, entre su facultades –se acompaña el poder- sólo puede, frente lo que indica el notario autorizante, otorgar cartas de pago, pero no cancelar la hipoteca. ¿Se puede practicar la cancelación?

**R:** Aunque, como tiene reconocido la DGRN, la simple facultad de otorgar cartas de pago, no comprende la de cancelar hipotecas, basándose, entre otras razones en el artículo 179 del Reglamento hipotecario y, por tanto, el juicio de suficiencia notarial no es correcto; se señala que, dadas las especiales circunstancias del caso concreto, es posible admitirlo, previa comprobación en el flei de las mismas, es decir, del cierre registral y ausencia de liquidador y de la acreditación del fallecimiento del administrador, siguiendo también la doctrina más flexible que la DGRN tiene sentada para supuestos semejantes al presente.

**18.-P.** El título presentado es una escritura pública de dación en pago de deuda. La deuda vencida y que se extingue por la dación en pago se encuentra

garantizada con una hipoteca a cuyo margen figura la nota marginal del artículo 688.1 LEC de haberse expedido certificación registral de dominio y cargas para un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Se solicita también la cancelación registral de esta hipoteca y se pregunta si se podrá inscribir la transmisión, aún estando la deuda cuya extinción es la contraprestación del negocio documentado, ejecutándose por el procedimiento de ejecución hipotecaria.

**R:** Es evidente que la cancelación de la hipoteca no puede practicarse, ya que el párrafo 2º del artículo 688 LEC impide hacerlo, salvo por causa de la propia ejecución, en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal de expedición de la certificación.

Pero, respecto de la inscripción de la dación en pago, mayoritariamente se entendió que no existe ningún obstáculo para la inscripción de la transmisión del dominio, suspendiendo la cancelación de la hipoteca por el artículo 688.2 LEC. Se hace notar que la ejecución de una hipoteca no priva de la facultad de disposición al titular de la finca que podrá transmitir su dominio por cualquiera de los medios previstos en la ley. Y el adquirente podrá conocer, a través de la publicidad del Registro, de la situación en la que se encuentra la hipoteca, no sólo por la información registral que debe de solicitar antes de realizar la adquisición, sino también por la advertencia que el Registrador le hará en la nota de despacho acerca del hecho de constar la nota de expedición y del procedimiento para el cual se ha expedido.

Adoptar la solución contraria dejaría, además, en total indefensión al adquirente/cesionario que, habiendo dado carta de pago de la deuda, no podría proteger su adquisición mediante la inscripción registral, quedando su dominio a expensas de que sobre la finca se pudieran practicar posteriores anotaciones de embargo que no resultarían canceladas por la purga que conlleva el proceso de ejecución.

**19.-P:** Se presenta una escritura de cancelación de hipoteca inscrita a favor del Banco X. En ella comparece un representante del Banco X, pero no dice que se le haya pagado al mismo, sino que cancela porque según consta en certificación que se acompaña del Banco Z –sin firmas legitimadas, acreditación de representación, etc-, éste ha cobrado porque es el acreedor en virtud de una cesión del crédito. ¿Se puede cancelar la hipoteca?

**R:** Unánimemente se consideró que no, por existir un problema de tracto sucesivo, porque el compareciente ni tiene la representación del banco que ha cobrado realmente ni tiene facultades para una cancelación abstracta sin causa, y porque no se haya acreditado fehacientemente el pago. No obstante,

mayoritariamente se estima que no sería necesaria la inscripción de la cesión del crédito, sino que sería suficiente con una ratificación del Banco Z por representante con poder suficiente, vigente e inscrito.

## IDENTIFICACIÓN.

**1.-P:** Consta en el Registro una finca a nombre de D. “X” residente en Nueva York con determinado número de pasaporte (estuvo representado) Viene la venta y consta con NIF y otra numeración claro, y ahora con nombre compuesto (también representado por otro apoderado distinto, además). Además no le exhiben el antetítulo al notario, de lo que advierte. Se le puso nota de calificación para que lo aclararan, dado el caso y se le expuso la doctrina de la DGRN.

Ahora dicen que no que encuentran al vendedor para solucionarlo. ¿Qué se puede hacer?

**R:** La doctrina a la que se refiere es la reflejada en la RDGRN 26/03/2004, según la cual corresponde al Notario la identificación de los otorgantes de la escritura, mientras que el Registrador debe comprobar que la identidad del otorgante coincida con la del titular registral. En el caso planteado es evidente que si en el título inscrito se le identificó con un determinado documento y en el que se presenta ahora a inscripción con otro diferente, la numeración no coincidirá por lo que será necesario acreditar que el titular registral y el vendedor son la misma persona mediante la documentación oportuna – certificación de la Dirección General de la Policía-.

Además, en este caso el hecho de que el titular registral otorgue el documento por medio de apoderado, la no exhibición del antetítulo, la manifestación de que no es posible encontrarlo (ni siquiera por el representante que tendría que rendirle cuentas de la gestión), aconsejan extremar las precauciones y que se acredite documentalmente la coincidencia, de manera que el Registrador pueda llegar a la convicción personal de que son la misma persona.

## MENORES DE EDAD.

**1.-P:** Una finca se encuentra inscrita a favor de una pluralidad de titulares, siendo dos de ellos menores de edad, cuya participación es del 5% cada uno.

Ahora se presenta una escritura en que todos los condueños venden la finca, compareciendo el padre en representación de los menores sin autorización judicial e indicándose que la venta se hace a solicitud de unos condueños, dado que no existe acuerdo para la extinción de la cosa común incitada por los mismos. ¿Se puede inscribir?

**R:** Algunos compañeros consideraron que sí, por entender que la extinción del condominio no es un acto puro de enajenación, porque según el artículo 400 del Código Civil ningún propietario estará obligado a permanecer en la comunidad, porque a falta de acuerdo respecto de la división de la cosa, bastará que un condueño pida la venta de la finca para que ésta se haga –artículo 1062 del Código civil-, y porque no existe perjuicio para los menores dado que los demás condueños estarán interesados en sacar el mejor precio posible.

Sin embargo, la mayoría considero que no es posible porque la escritura presentada es de venta y no de extinción de condominio y el artículo 166 del Código Civil es terminante en estos casos de enajenación acerca de la necesidad de autorización judicial, sin que se establezca ningún género de excepción.

**2.-P: PATRIA POTESTAD.** Los párrafos 1 y 3 del artículo 166 del Código Civil establecen que los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Por su parte el artículo 5.2 de la Ley de Responsabilidad Limitada: "Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones"

Vistos estos dos artículos, la venta de participaciones en una SL cuya titularidad corresponde a un menor y en la que se encuentra representado por su padre en el ejercicio de la patria potestad ¿está excluida de esta autorización judicial?

**R:** La mayoría entendió que la venta de participaciones sociales sí está excluida de la autorización judicial, puesto que no tienen la naturaleza de valores mobiliarios.

Por otros se dijo, en contra, que las expresiones utilizada por el Código Civil no son términos estrictos ni técnicos, y que una interpretación lógica y analógica llevaría a asimilar la venta de tales participaciones a la de valores mobiliarios. El Código Civil ha establecido la necesidad de autorización judicial para la venta de determinados bienes del menor que considera de gran valor, como han sido

tradicionalmente los bienes inmuebles o los establecimientos mercantiles o industriales. Pero hoy en día, de igual o mayor valor pueden ser las participaciones sociales, cuya transmisión, además, puede encubrir una verdadera transmisión de un inmueble (vid. criterio artículo 108 Ley Mercado de Valores), o de la empresa. Según esta argumentación sería también exigible la autorización judicial como ya ha apuntado parte de la doctrina mercantilista.

Además hay que tener en cuenta que al tiempo de redacción de este precepto (Ley 11/1981), la Sociedad Limitada era una figura societaria totalmente residual en nuestro derecho mercantil, situación que ha cambiado radicalmente a raíz de la reforma del derecho de sociedades de 1989, que ha provocado que la inmensa mayoría de las mercantiles sean hoy limitadas.

Esta concepción choca, sin embargo, con la necesaria interpretación restrictiva de las disposiciones excepcionales (vid. artículo 4.2 CC) siendo la regla general el ejercicio de la representación legal sin más limitaciones que las expresamente recogidas en la ley.

Pedro Ávila Navaro, en su obra “La Sociedad Limitada”, explica que el hecho de que la participación no sea un título valor, sino un bien mueble o derecho incorporal influye en el régimen de su enajenación y, especialmente, en la capacidad y poder dispositivo necesarios. Así, este autor distingue:

Padres titulares de la patria potestad. Los padres, en principio, no necesitan autorización judicial para la enajenación o gravamen de participaciones sociales de que sean titulares sus hijos sometidos a patria potestad, puesto que las participaciones sociales no son valores mobiliarios. Pero en algún caso pueden ser consideradas objetos preciosos cuando tengan un gran valor, objetivamente consideradas o con relación al patrimonio del hijo; o ser equiparadas a establecimientos mercantiles cuando se transmitan todas o gran parte de las participaciones en que se divida el capital, de manera que, con ellas, se esté transmitiendo en realidad el establecimiento de la actividad social.

Igual solución habrá que dar al caso de tutores, para la autorización judicial, y de menores emancipados, para la asistencia de sus padres o curador, salvo si se las considera asimiladas a establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

## OBRA NUEVA.

**1.-P:** ¿Es posible la inscripción de una obra nueva por órgano administrativo, siendo que el arquitecto – privado- comparece en el acto de redactar el documento administrativo como si fuera una escritura pública y firma la misma con el funcionario competente que da fe de su identidad?

**R:** Mayoritariamente se estima que este acto tiene el mismo valor que la comparecencia ante Notario en aplicación del artículo 3 de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, sí es inscribible el certificado presentado.

Se afirma que los artículos del RD 1093/1997 relativos a las obras nuevas, en general, sólo contemplan la actuación de los técnicos ante el Notario y a ese ámbito deben circunscribirse; considerándose que en lo no expresamente regulado, la certificación de un funcionario administrativo competente es válido, a efectos de la inscripción, para acreditar la fecha y contenido del acuerdo adoptado por el órgano respectivo, del contenido de un informe aportado al correspondiente expediente administrativo o de la las personas que comparecieron en el mismo.

## OFICINA LIQUIDADORA.

**1.-P:** Con la entrada en vigor de Ley 4/2008, de 23 de diciembre se nos planteaba el problema de cómo acreditar el pago del impuesto en la oficina competente en el caso de mandamientos de embargo que afectaban a fincas situadas en diferentes Comunidades Autónomas.

El tema se ha resuelto por la Dirección General de Tributos en la consulta que más abajo se resume, la cual tiene importancia no sólo para los liquidadores, sino también para los registradores de la propiedad que antes de practicar la inscripción deberán comprobar que se ha liquidado el impuesto en la oficina competente.

Nº de consulta: V2239-09. Fecha: 07/10/2009. Impuesto afectado: Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Materia: Anotación preventiva de embargo ordenado por un juzgado que afecta a inmuebles sitios en varias comunidades autónomas, oficina competente y base imponible. Las conclusiones de la Dirección General de Tributos son las siguientes:

*“Primera: Cuando una anotación preventiva de embargo se produzca ante distintos órganos registrales que radiquen en el territorio de diferentes Comunidades Autónomas, deberá presentarse en cada Comunidad Autónoma la correspondiente autoliquidación del ITPAJD, modalidad documentos administrativos, referida tan solo al rendimiento producido en su territorio. A estos efectos, se entenderá que el rendimiento se produce en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma cuando el Registro en el tenga lugar la anotación preventiva tenga su sede en el territorio de la referida Comunidad.*

*Segunda: La autoliquidación a practicar en cada una de las Comunidades Autónomas en que, conforme al artículo 47 de la Ley 21/2001, deba*

*presentarse, no deberá superar ninguno de los dos límites del artículo 85 del RITPAJD, que son el valor real de los bienes embargados y el importe total de la cantidad que haya dado lugar a la anotación del embargo.*

*Tercera: La cuota correspondiente a la anotación preventiva de embargo deberá repartirse igualitariamente entre las distintas Comunidades Autónomas afectadas. Además, si en alguna de las ellas el valor real de los bienes objeto de la anotación es inferior al importe de la cuota que le corresponda, la cuota correspondiente a tal Comunidad se limitará a dicho valor, y el exceso acrecerá a la cuota de las restantes Comunidades Autónomas.”*

Se pregunta por su aplicación práctica.

**R:** Aún reconociendo la corrección técnica de la adjunta contestación, se considera inaplicable por los siguientes defectos:

a) En materia de anotaciones de embargo, los mandamientos no contienen la descripción de los bienes embargados, que por poder pertenecer a diversos registros dentro de la misma Comunidad Autónoma, dificulta enormemente la remisión de sus datos para valoración.

b) En materia de anotaciones de embargo no se efectúa una remisión de la descripción de las fincas para su valoración, dado que la base imponible es la cuantía garantizada con el embargo.

c) No existe una relación entre las oficinas liquidadoras de las distintas autonomías que permita la remisión de los datos de infravaloración de los bienes respecto de la cuota de partida, para que se practique la correspondiente liquidación complementaria.

En consecuencia se acuerda exigir el impuesto de AJD por la cuantía correspondiente a la cuota aplicable a cada Comunidad Autónoma según la respuesta de la DGT, pero sin mandar las fincas a valorar y, por tanto, sin comunicaciones de derecho a un exceso de cuota o a una devolución de lo ingresado entre las distintas Comunidades.

## **PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

**1.-P:** Se presenta un documento administrativo en que se solicita la inscripción de una finca –solar- a favor de un Ayuntamiento, cuando dicha finca se encuentra inscrita a favor de una Sociedad Inmobiliaria privada sin condición alguna y sin que la finca proceda del Ayuntamiento ni ostente derecho alguno inscrito.

También se declara la obra nueva de un mercado sin que conste la legitimación notarial de la firma del técnico competente –ingeniero privado contratado al efecto- en el certificado de antigüedad de la obra y descripción del edificio.

Por último, se habla de la renuncia a la concesión administrativa del mercado por el primer titular y se solicita la inscripción de la concesión administrativa sobre el mismo mercado a favor de una “Asociación de Comerciantes”, sin más indicaciones.

**R:** Como se deduce de los hechos, se plantean las tres siguientes cuestiones:

a) Respecto de la inscripción del solar a favor del Ayuntamiento, se entiende que para ello será necesario la presentación del título del que derive su adquisición: copia notarial autorizada –no compulsada como se acompaña *a posteriori*- de la escritura a que se alude en el apartado procedencia, y en la cual parece ser que la titular pacto un negocio jurídico con el ayuntamiento, que es el que ha producido la adquisición, o aquella otra por la que se haya producido ésta.

Si como parece ser, en realidad, el título de adquisición es la concesión administrativa a favor del titular registral, en cuyo pliego de condiciones constaría la adquisición por parte del Ayuntamiento del solar y de todas las obras nuevas realizadas, cuando finalice el plazo de la concesión; se considera que sí es título suficiente y, en consecuencia, deberá aportarse para su inscripción. Esta materia ya se analizó en este seminario al tratar de la reversión de los terrenos e instalaciones de las ITV y así consta en otro número de esta revista.

Así mismo deberán presentarse todos los documentos que a partir de los indicados hubieran producido la reversión al Ayuntamiento, señaladamente la renuncia a la concesión administrativa –con firmas fehacientes- de la titular registral, y a falta de la misma, notificación personal a la misma de la intención del Ayuntamiento de inscribir la finca a su nombre.

Todos estos requisitos se infieren del artículo 20 de la LH, según el cual para inscribir títulos por los que se transmitan, modifiquen, graven o extingan el dominio o demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue los actos referidos; siendo necesario en caso de existir documento directamente inscribible, la presentación del mismo, o, en su defecto, tramitar el correspondiente expediente para la reanudación del tracto interrumpido y para el rescate de la concesión –artículos 37-3, 100 y 101 de la LPAP 33/2003-.

b) En cuanto a la segunda cuestión, la legitimación de la firma del ingeniero, se señala que el artículo 49 números 2 y 3 del RD 1093/1997 exige, salvo que el

técnico compareciera en el mismo acto del otorgamiento del documento en que se declara la obra nueva (se estima que este acto tiene el mismo valor que la comparecencia ante Notario en aplicación del artículo 3 de la Ley Hipotecaria), la legitimación notarial de su firma.

Dicha legitimación notarial de firmas, según las Resoluciones de la DGRN de 23 de octubre de 2000 y 22 de marzo de 2003, es necesaria porque el certificado de un técnico es un documento privado, sin que la incorporación a la escritura o documento administrativo lo convierta en público; y sin que el "visado colegial", cuyos efectos se limitan a su ámbito competencial, la supla, pues el mismo acredita sólo el carácter profesional del técnico que dice firmar, pero no la autoría de la firma.

Del mismo modo, en las obras nuevas declaradas por las Administraciones Públicas, será necesaria dicha legitimación de firmas notarial, pues la misma es requisito para producir la inscripción registral, salvo que el técnico que firma sea un funcionario de la Administración respectiva -ej. arquitecto municipal-, y sin que la compulsión administrativa de un documento privado sin firma notarialmente legitimada o una legitimación administrativa de la misma pueda suplir a la legitimación notarial de firmas a efectos registrales. Algunos compañeros, no obstante, entienden que estos documentos tienen la misma validez que el legitimado notarialmente y que los artículos del RD 1093/1997 sólo contemplan la actuación de los técnicos ante el Notario y a ese ámbito deben circunscribirse.

c) Por último, en relación con la tercera cuestión, se señala que los artículos 31 y 60 a 64 del Reglamento Hipotecario y 93-2 y 5 y 92-7 de la LPAP 33/2003 disponen que el título hábil para la inscripción de las concesiones administrativas y de los actos relacionados con la mismas, es el título mismo de la concesión que contenga las condiciones generales de la misma, la resolución administrativa de la concesión y las condiciones particulares y económicas.

Será necesario, por tanto, la presentación de los concretos documentos administrativos de otorgamiento de la concesión administrativa –el primitivo a favor del titular registral y el nuevo a favor de la asociación de comerciantes-, con indicación de todas las circunstancias de la entidad concesionaria y de las condiciones de la concesión, para poder inscribir el bien a favor del Ayuntamiento y luego la concesión a favor de la indicada asociación de comerciantes.

**2.-P:** Se pregunta por la posibilidad de cancelar por un Ayuntamiento unas condiciones resolutorias impuestas en unos concursos de cesión del suelo para la construcción de VPO por la manifestación de haberse cumplido todas las condiciones.

Las condiciones, que en todos los supuestos analizados se configuran como condiciones resolutorias y no como derecho de reversión, no obstante tratarse de cesiones gratuitas, son. Construir VPO, acabarlas dentro de un plazo determinado, venderlas a un precio máximo y a las personas que reúnan determinadas condiciones económicas.

¿Es posible dicha cancelación?

**R:** Algunos compañeros consideraron que no, por tratarse, al ser la cesión gratuita de un derecho de reversión que es indisponible e irrenunciable –artículo 111 del RBEL-. Pero frente a ello se argumentó, que aunque así fuera –lo que en este supuesto sólo sería predicable en parte-, si se han cumplido todas las condiciones impuestas, lo que en este caso es posible dado el tiempo transcurrido, no existe inconveniente sino que más bien es un acto debido. Una cosa es, se dice, la renuncia o la posposición, y otra el reconocimiento del cumplimiento de las obligaciones que pueden producir la reversión o resolución, tanto si son las estrictamente legales, como las derivadas del pliego de condiciones.

Por lo demás, se considera que la cancelación la debe acordar el mismo órgano que impuso la condición, y que podría fijarse en la inscripción que la cancelación se practica sin perjuicio del derecho de reversión legal, si fuere procedente.

## PROPIEDAD HORIZONTAL.

**1.-P:** Existe en el Registro una división horizontal compuesta únicamente por dos elementos privativos. Ahora presentan una escritura de agrupación de dichos elementos privativos dando lugar a una división horizontal con un único elemento privativo con una cuota del 100%.

**R:** La mayoría de los asistentes entendió que dicha agrupación no es compatible con el mantenimiento del régimen de propiedad horizontal sobre el edificio que exige, en todo caso, la existencia de varios elementos privativos para que pueda hablarse de elementos comunes entre ellos, y entre los que distribuir su cotitularidad y gastos; y que, por lo tanto, la escritura como tal agrupación no se puede inscribir sin inmediatamente extinguir dicha división horizontal, extinción que no puede hacerse de oficio por el Registrador, sino que tiene que venir consentida por el titular registral, aunque sobre esta cuestión existió mayor discusión.

Para la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal es necesario, como requisito objetivo, que cada uno de los pisos o locales o partes

autónomas sea susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común, o a la vía pública; es decir, es necesario que pueda constituir una unidad económica independiente (Res. DGRN de 29/09/1979 y 31/03/1989). No es necesario, en cambio, que la edificación esté concluida, ni que los diferentes elementos pertenezcan a diferentes propietarios ya que el régimen puede constituirse por el propietario único.

Por otro lado, el artículo 23 de la Ley de Propiedad Horizontal, señala dos causas de extinción de la propiedad horizontal (naturalmente existen más causas) que son la destrucción del edificio, salvo pacto en contrario, y por su conversión en propiedad o copropiedad ordinaria. En nuestro caso la extinción se produciría porque, con la agrupación, se ha convertido “de facto” en una propiedad ordinaria.

No obstante, por una minoría se entendió que no es imperativo para el propietario o copropietarios del único departamento independiente, extinguir tal régimen de propiedad horizontal, el cual puede subsistir formalmente como situación transitoria hasta una nueva división o segregación del único departamento actual con formación de nuevos departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, momento en el cual cobraría de nuevo efectividad el régimen de propiedad horizontal ya pactado. Téngase en cuenta, además, que la formación de los departamentos independientes puede hacerse por fases dilatadas en el tiempo, y que estamos admitiendo todos los días inscripciones de régimen de propiedad horizontal sobre edificios inexistentes, propiedad sobre pisos meramente proyectados (ex Art. 8 4º, II, in fine LH), sin que nadie se plantee que sea necesario que tengan soporte real o físico.

Más aún, el caso planteado sería un supuesto análogo al previsto en el artículo 23-1º LPH, cuando hay pacto de subsistencia del régimen de propiedad horizontal no obstante la destrucción del edificio. Esta situación, sobre el que no cabe discusión pues se encuentra directamente amparada por la ley, estamos admitiendo la subsistencia de un régimen de propiedad horizontal, no obstante la destrucción del edificio, recayente únicamente sobre un solar. La ley lo prevé como una situación transitoria, recobrando total efectividad el régimen previo ya pactado en el momento en que, de hecho, vuelva a reconstruirse el edificio.

**2.- P:** Una construcción destinada a naves industriales, con espacios libres destinados a viales privados, entre las mismas se va a constituir en régimen de propiedad horizontal tumbada. ¿Se precisa licencia de segregación?

**R:** La exigencia de la licencia de segregación para inscribir estas operaciones en el Registro de la Propiedad dependerá de lo que establezca la propia legislación sustantiva urbanística de la Comunidad de que se trate. El artículo 151.1 letra a) de la Ley de 17 de julio de 2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, sujeta a

licencia las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación. Corresponde determinar, por consiguiente, si el acto pretendido supone o no una división del terreno.

La DGRN, ha venido distinguiendo en varias resoluciones (la última de 3 de diciembre de 2009) entre dos supuestos (en ambos casos se les suele dar el nombre de “división horizontal tumbada”):

1) Los Complejos Inmobiliarios Privados, que no tienen la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sí les es de aplicación el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (artículo 24 de la LPH). Están integrados por parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes (el suelo y el vuelo es privativo), pero que sólo tienen en común los elementos accesorios (viales, instalaciones, servicios, etc.), vinculados “ob rem”.

2) La Propiedad Horizontal Tumbada propiamente. Tiene la naturaleza y es una verdadera propiedad horizontal (aunque tumbada, pues los planos de división de las fincas son verticales, y no horizontales), porque todas las fincas mantienen en común el suelo, vuelo y la unidad de la finca, como en el caso de las viviendas adosadas.

En el primer caso, en los complejos inmobiliarios, la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad “ob rem” otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, *ha de equipararse a una parcelación* a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito.

Por el contrario, la *propiedad horizontal* propiamente dicha, *aunque sea tumbada*, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma, superficie o linderos.

Y, yendo más allá, entiende la DGRN que no se altera esta calificación porque el uso del terreno se atribuya en exclusiva a las diferentes viviendas. Sin embargo, esta última idea, llevada a sus últimas consecuencias, puede dar lugar a verdaderos fraudes que, bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada, escondan auténticas segregaciones o divisiones de terreno, como ocurrió en los supuestos fácticos que dieron lugar a las desafortunadas resoluciones de 10 de diciembre de 2003 y de 14 de junio de 2004, ambas con idéntico fundamentos de derecho. Por fortuna tal doctrina ha sido cuestionada y

corregida por los tribunales que, en una correcta interpretación de la norma, han anulado ambas, poniendo las cosas en su sitio.

El supuesto de hecho era similar. Se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal de una finca consistente en una parcela de terreno sobre la que, según consta en el Registro, existe una edificación dividida en dos partes, una de tres plantas, que ocupa 44 metros cuadrados de la parcela y la otra de dos plantas, que ocupa 68 metros cuadrados de parcela, ambas destinadas a vivienda; y el resto de la superficie está destinado a patio. Del régimen de propiedad horizontal resultan dos elementos privativos (dos viviendas unifamiliares independientes), cada uno de los cuales lleva como *anejo inseparable el uso privativo* de una parte distinta de la parcela no ocupada por la edificación dedicada a jardín.

En estas dos resoluciones han sido anuladas, con sentido común, por sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de febrero de 2007 y 3 de octubre de 2008, respectivamente. La cuestión que se ventilaba era precisamente la necesidad de la licencia de segregación en una pretendida propiedad horizontal tumbada. El Tribunal estima, a diferencia de la DGRN, que sí es necesaria tal licencia ya que al asignar espacios libres de terreno de uso privativo, tal asignación hace que en modo alguna pueda considerarse el suelo como elemento común esencial, de tal forma que tal atribución implica una verdadera división de suelo, de manera análoga a las participaciones indivisas de finca con atribución de uso exclusivo de terreno.

Esta doctrina de los Tribunales es clarificadora. Pero todavía pueden plantearse casos intermedios entre ambos supuestos y de difícil calificación jurídica en la práctica.

Llegados a ese punto es donde cobra especial relevancia la claridad de la exposición de Manuel Peña y Bernardo de Quirós, en su “Derechos reales. derecho hipotecario”, tomo I. Este autor distingue:

**PROPIEDAD HORIZONTAL.** Como conjuntos inmobiliarios en que los diversos derechos principales recaen, como dominios, sobre diversas partes integrantes de una misma cosa susceptibles de aprovechamiento independiente; y, a la vez, la cosa, de algún modo, sigue siendo común a todos los titulares de estos derechos.

**COMPLEJOS URBANÍSTICOS** -denominados por la Ley como complejos inmobiliarios privados-. Como conjuntos inmobiliarios en que los diversos derechos principales son dominios que recaen respectivamente sobre fincas que en lo principal son independientes entre sí.

Los complejos inmobiliarios privados son los conjuntos inmobiliarios urbanos que se caracterizan porque las distintas unidades inmobiliarias objeto de las diversas propiedades separadas consisten en cosas –parcelas edificadas o edificios- independientes entre sí. El objeto de las propiedades separadas del complejo consiste en cosas (parcelas edificadas o edificables) que, en lo principal, son INDEPENDIENTES entre sí; a diferencia de la régimen de propiedad horizontal en la cual cada unidad inmobiliaria objeto de las diversas propiedades separadas (vivienda, garaje o local) consiste en parte integrante de una misma cosa: el edificio. Por eso, dice Manuel Peña y Bernardo de Quirós, que los complejos inmobiliarios privados no son simplemente propiedades horizontales tumbadas.

En consecuencia, no basta con que los interesados o los Estatutos digan que el suelo es común (único requisito que parece ser necesario para distinguir ambas figuras según Res. DGRN 3/12/2009), si luego en la práctica se produce una utilización del mismo exclusiva y separada por parte de cada propietario. Es preciso delimitar algo más la naturaleza jurídica de ambas figuras que, en la práctica, puede llegar a ser difusa. Necesitamos algo más que nos permita distinguir cuando estamos ante una verdadera propiedad horizontal, aunque sea tumbada, y cuándo ante un complejo inmobiliario.

Y aquí es esencial tener en cuenta y no perder de vista la tesis defendida por Manuel Peña al insistir como elemento esencial diferenciador entre una y otra figura, el hecho de que los elementos independientes formen parte de una misma cosa, de una misma estructura o unidad arquitectónica, esto es, de un mismo edificio, que sería el caso del régimen de propiedad horizontal (aunque fuera tumbada por el hecho de que la distribución de los elementos que la integran no se superpongan en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal); o bien, que los elementos independientes (parcelas edificables o edificadas) sean, en lo principal, totalmente independientes entre sí.

Otro elemento importante para la diferenciación entre ambas figuras, aunque no el único, será si se configura el suelo sobre el que se asienta el inmueble como común en su totalidad (en cuyo caso sería propiedad horizontal tumbada); o el mismo es objeto de fraccionamiento de hecho, aunque lo sea sólo mediante la figura jurídica de atribuir el uso exclusivo de determinada parte del suelo a un elemento privativo.

**3.-P:** Se pregunta por la posibilidad de inscribir una propiedad horizontal privada antigua sin necesidad de escritura pública notarial.

**R:** Mayoritariamente se considera que no, aparte la posible declaración judicial, por aplicación de los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 48 y 49 del RD 1093/1997.

No obstante, algún compañero lo admitió en base a los siguientes argumentos:

a) El artículo 2 de la vigente LPH contrapone la comunidad de propietarios en propiedad horizontal que hubiesen otorgado el título constitutivo, es decir, escritura pública –letra a)-, a aquellas que reuniendo los requisitos del artículo 396 del Código civil, no hubieran otorgado escritura pública –letra b)-.

b) Existiendo pues de hecho y por disposición legal ya una comunidad en propiedad horizontal, como ocurre en el supuesto más frecuente de lo que se piensa, de edificios antiguos en que se han vendido cuotas indivisas del edificio que dan derecho a el uso de viviendas concretas, pero que no se pueden inscribir con esa concreción-, no es necesario un nuevo título constitutivo.

c) La inscripción registral del régimen de propiedad horizontal y de los distintos elementos independientes que lo integran, no exigiría, por tanto, escritura pública de constitución, sino únicamente, por aplicación analógica de los artículos 14 p 3º y 16 de la Ley Hipotecaria y 79 de su Reglamento, la presentación de los documentos que prueben haberse transmitido dichos elementos independientes a todos los dueños –escrituras públicas de todas las ventas-, la determinación de los mismos por instancia firmada por todos los propietarios –con firmas legitimadas notarialmente o ratificadas ante el Registrador-, y la justificación con cualquier documento fehaciente –ej. certificación catastral descriptiva y gráfica- que se hallan comprendidos en el edificio las viviendas y demás elementos que se traten de inscribir.

**4.-P:** La **STS 16.12.08** (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos) fija la siguiente doctrina jurisprudencial: “4. Se fija como doctrina jurisprudencial que el copropietario ausente de la junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de 30 días establecido en el *artículo 17.1 LPH*, redactado por la *Ley 8/1999 de 6 abril*, no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el *artículo 18 LPH*, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la LPH fundándose en la ausencia de su voto.”

Razona el TS que tras la reforma de la LPH por Ley 8/1999 de 6 abril los comuneros que no votan a favor del acuerdo que requiere mayoría cualificada ya no quedan vinculados por el mismo, como sucedía en la redacción originaria, sino que se «computará» su voto como favorable al acuerdo sólo a los efectos de lo establecido en los apartados que establecen la necesidad de una mayoría cualificada («A los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma [...]»). En correspondencia con ello, el Art. 18 LPH., establece como requisito

para poder impugnar el acuerdo, únicamente respecto de los copropietarios presentes en la junta, que hayan salvado su voto o votado en contra del acuerdo.

En la redacción anterior de la Ley el propietario disconforme con el acuerdo que no manifestaba su parecer en el plazo de 30 días, quedaba vinculado como si hubiera emitido una declaración de voluntad favorable a la adopción del acuerdo. En la nueva redacción la no manifestación de conformidad únicamente produce sus efectos en relación con el cálculo de las mayorías cualificadas al efecto de computar como favorable el voto omitido.

Confirma esta interpretación el último apartado del Art. 17.1 LPH, conforme al cual «los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios.». Con ello se precisa que el efecto que se atribuye a la no manifestación de disconformidad en el plazo establecido es la formación de la mayoría necesaria y el consiguiente nacimiento del carácter obligatorio del acuerdo, pero no la supresión de la facultad de solicitar su anulación, pues el carácter obligatorio y la consiguiente ejecutividad de un acuerdo no impiden su impugnación.

Esta interpretación es, asimismo, congruente con la ampliación de los plazos de impugnación, que pasan a ser de tres meses o un año, según los casos, frente a la regulación anterior, en la que plazo de impugnación era de 30 días [coincidente con el plazo que tenía el disidente ausente para manifestar su disconformidad].

Con ello, no se hace de peor condición al copropietario presente que no salva su voto, el cual carecería de legitimación para recurrir, según el Art. 18.2.º LPH, frente al propietario ausente, poco diligente en el ejercicio de sus deberes, que no manifieste su discrepancia en el plazo de 30 días desde la notificación del acuerdo. Al propietario presente se le aplica la regla de los actos propios fundada en la existencia de una manifestación de voluntad expresa (voto favorable) o presunta por los actos concluyentes consistentes en su participación en la junta, unida al hecho de no haber salvado su voto, mientras que respecto del propietario ausente su voluntad favorable al acuerdo no puede deducirse de actos concluyentes.

Siguiendo esta doctrina la **STS 22.12.08** (del mismo ponente) [además de fijar como doctrina jurisprudencial que “la comunicación al copropietario ausente de los acuerdos de las juntas prevista en el Art. 18.3 LPH. debe verificarse en la forma establecida en el Art. 9 LPH y sólo puede presumirse la práctica de la notificación si se demuestra, de acuerdo con las circunstancias, el conocimiento detallado por el copropietario ausente del acuerdo adoptado por la junta” entiende que, en el caso de autos, habiéndose ejercitado la acción en plazo legal –en el supuesto de hecho, a los tres meses desde la notificación en forma del acuerdo-, la adopción del acuerdo ha vulnerado la regla de la unanimidad que

era exigible en el caso por tratarse de una modificación de estatutos [es decir, el TS no se fija en la manifestación de disconformidad realizada en los 30 días para considerar que no se respetase la unanimidad, sino en la impugnación].

Parece, en definitiva que el TS cambia el modo de entender el 17 LPH que teníamos hasta el momento (p.ej. RDGRN 19.04.07 llegó a hablar de “unanimidad presunta” por aplicación del 17 LPH). A partir de ahora, ¿tendremos que exigir, además, que se acredite haber transcurrido el plazo de impugnación del acuerdo sin que se haya ejercitado la acción?

**R.-** A) Por la mayoría de los asistentes se concluyó que esta doctrina jurisprudencial no cambia el modo de entender el artículo 17 LPH; una cosa es la mayoría necesaria para adoptar determinados acuerdos y otro la posibilidad de impugnarlos en plazo. Dice este precepto que *“se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción. Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a los dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios.”*

Lo que tiene que calificar el registrador, cuando el acuerdo sea susceptible de causar asiento registral, es que el mismo ha sido adoptado por las mayorías que exige la ley, independientemente que luego el acuerdo se impugne o no dentro de plazo. Hay que tener en cuenta que los acuerdos son ejecutivos desde que se toman con la mayoría prevista en la ley (artículo 19.3 LPH). Sería el mismo caso que un acuerdo societario, por ejemplo de un Consejo de Administración o de la Junta General de una sociedad, que son susceptibles de impugnación en determinado plazo y, sin embargo, son inscribibles si se adoptan con los requisitos establecidos en la Ley.

La impugnación de los acuerdos no impiden su ejecución y, por ende, su inscripción en el Registro, salvo que el Juez así lo disponga con carácter cautelar (artículo 18.4 LPH). En caso de impugnación de un acuerdo que haya tenido acceso al Registro lo que ha de procurar el demandante es que se tome anotación preventiva de su demanda para que no quede ineficaz el resultado del pleito planteado. De igual manera si el juez ha decretado la suspensión, como medida cautelar, una vez que el acuerdo ha causado inscripción, sólo cabrá anotación preventiva de la demanda. Si todavía no se ha inscrito lo lógico es que el Juez comunique la suspensión de la ejecutividad del acuerdo al Presidente de la Comunidad para que se abstenga de llevarlo a efecto, y quizás, a efectos registrales, pudiera pensarse, según José Manuel García García, en una especie

de anotación de prohibición de ejecutar ese acuerdo por la vía analógica del artículo 42.4° LH.

José Manuel García García entiende que basta, para la inscripción, la certificación del Secretario con el visto bueno del Presidente, acreditativa de que se hicieron las citaciones a los ausentes, conforme a los artículos 17 y 9.1.h) LPH, y de que han transcurrido treinta días naturales sin que hayan manifestado al secretario su discrepancia. Diferencia entre el plazo de treinta días naturales del artículo 17 LPH, cuyo transcurso es determinante de la unanimidad en el acuerdo y de su ejecutividad, a efectos de inscripción, y el distinto plazo de impugnación ante el Juzgado, de tres meses o de un año, según los casos, que no afecta a la inscripción ni al problema de la unanimidad del acuerdo, sino a la impugnación por las causas del artículo 18 LPH, y en que cabe que el ausente impugnante pueda solicitar anotación de la demanda de nulidad del acuerdo.

B) Al hilo de la cuestión anterior se recuerda la **forma de acreditar los acuerdos de la Junta de Propietarios** de edificios en régimen de propiedad horizontal. Así, la RDGRN 26/06/1987 señaló que el traslado del acta al Registro puede verificarse por una doble vía: ya a través del testimonio notarial de su contenido, ya por certificación expedida por el órgano de la comunidad de propietarios al que corresponda esa facultad. A ahora bien, puesto que esta segunda posibilidad implica una doble certificación: del acuerdo concreto cuyo acceso registral se pretende y de aquel por el que se designa al autor para el cargo con facultad certificante, así como su vigencia; y puesto que esto último resulta contrario a la exigencia de imparcialidad, es indudable, en este segundo caso, la necesidad de aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio del cargo alegado y sin que quepa alegar, en contra, la imposibilidad de extender la labor autenticadora del Notario a extremos que escapan a su seguro conocimiento o percepción, pues si bien ese libro no contiene todas las posibles causas de cese en el ejercicio de los cargos legal o estatutariamente establecidos, sí habrán de ser reflejados todos los nombramientos, y procede por tanto la aplicación, como en sede de representación voluntaria, de la presunción de vigencia del cargo cuyo nombramiento se acredita.

En definitiva la acreditación de los cargos del presidente y secretario de la comunidad debe hacerse testimonio notarial del contenido del libro de actas, y la acreditación del acuerdo concreto tomado que se ejecuta, puede verificarse por una doble vía:, la de dicho testimonio o bien por certificación expedida por el órgano de la comunidad que tenga facultad certificante, con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo (RDGRN 23/06/2001 Y 20/04/2006).

C) Y la discusión acabó **con la distinción entre los acuerdos colectivos imputables a la Junta como órgano comunitario y los actos que afectan individualmente al dominio de cada copropietario.**

La DGRN, desde la RDGRN de 23/05/2001, distingue entre acuerdos que son imputables a la Junta como órgano colectivo y que han de adoptarse por unanimidad de la misma, conforme a la LPH; y aquellos actos que afectan individualizadamente al derecho de los propietarios, los cuales requerirán que cada uno de éstos preste su consentimiento en escritura pública para poder acceder al Registro, una vez cumplido el requisito del tracto sucesivo. En el primer caso el Registrador sólo habrá de calificar si el acuerdo ha sido adoptado por la mayoría que exige la LPH. En el segundo también deberá comprobar el cumplimiento de las exigencias derivadas del tracto registral.

Pero, el principal problema es distinguir, en el caso concreto, cuándo nos encontramos ante uno u otro supuesto. Las conclusiones a las que puede llegarse son las siguientes:

--- En el caso de desafectación y venta de un elemento común, estima la Dirección General (RDGRN 04/03/2004, 23/03/2005 y 30/11/2006), que nos hallamos ante un acuerdo colectivo, la calificación del cual sólo debe afectar a los requisitos establecidos en la Ley de Propiedad Horizontal para su adopción (singularmente, la unanimidad), pero no al tracto registral, al no tratarse de un acto individual de todos y cada uno de los propietarios. Pero ello matizado en el sentido de que el reajuste de cuotas de los restantes elementos privativos sea proporcional. En otro caso supondría una alteración esencial de cuotas que exigiría el consentimiento individualizado.

Es decir, siempre que se produzca una modificación de las cuotas es necesario (en principio y salvo el supuesto anterior) el consentimiento individualizado. Así en el supuesto de hecho de la RDGRN 23/05/2001 -Escritura en que el Presidente de la Junta eleva a público un acuerdo de modificación de cuotas adoptado por unanimidad- la DG da a entender que sería un acto que afecta individualmente al dominio de cada propietario por lo que sería calificable el consentimiento individual en escritura pública y el cumplimiento del tracto registral.

Más claramente la RDGRN 19/04/2007, en el caso de una escritura en que el Presidente de la Junta eleva a público un acuerdo de modificación de cuotas, destaca que, conforme a la LPH, la cuota supone tanto la proporción con que cada condueño ha de contribuir a los gastos y cargas del edificio como su participación en los nuevos componentes que pueda crearse (por elevación de nuevas plantas) o en el solar en caso de destrucción del edificio. Sobre esta base, declara con carácter general que las modificaciones en la cuota, en tanto en

cuanto afecten al contenido esencial del derecho de dominio, habrán de realizarse con el consentimiento individual y singular de todos los propietarios afectados, en escritura pública, a falta de una norma en que la Ley atribuya expresamente a la Junta de propietarios competencia para ello.

No será necesario tal consentimiento individualizado, bastando el acuerdo de la Junta, según el criterio DGRN en la resolución antes citada, en estos casos:

-- Fijación de las cuotas de los nuevos componentes creados como consecuencia de operaciones de división, segregación o agrupación.

-- Desafectación y venta de algún elemento común con fijación de cuota para el nuevo elemento privativo y **reajuste proporcional** de las cuotas de los demás.

-- Creación de nuevos pisos o locales que no suponga alteración del contenido esencial del derecho de cada propietario en los términos preestablecidos en el título constitutivo.

-- El sostenimiento de nuevos gastos como consecuencia de la creación de servicios no previstos en el título constitutivo

El supuesto de hecho de la RDGRN 12/12/2002 es el siguiente: Figurando en los estatutos de la comunidad que los trasteros bajo cubierta pertenecen a los pisos cuatro a once del edificio, se presenta ahora escritura por la que el Presidente de la comunidad ejecutando acuerdo unánime de ésta, especifica y describe el trastero que corresponde a cada uno de los pisos.

En el caso debatido, se estima que coexisten: un acto esencial, de delimitación y descripción de cada trastero, que requiere el consentimiento específico, prestado en escritura pública, de los titulares registrales de los pisos (por lo cual se rechaza el recurso en este punto); y un acto colectivo, que sería la conformidad de la Junta, al objeto de que con la delimitación de los trasteros no se invadan elementos comunes (acto que ya no requeriría la constancia individualizada de los asistentes exigida por el registrador

Para la inscripción de una escritura de modificación de los estatutos la RDGRN 05/07/2005 estima que nos hallamos ante un acto colectivo, por lo que el único requisito a calificar será el de la observancia de lo exigido por la Ley de Propiedad Horizontal para la adopción de acuerdos, sin que se pueda extenderse a los requisitos que se derivarían del cumplimiento del tracto registral. Habrá que tener en cuenta, no obstante, que si en el tiempo transcurrido entre la adopción del acuerdo y la presentación de la escritura en el Registro se han producido transmisiones de algunos departamentos, será necesario el

consentimiento de los nuevos propietarios para que puedan verse afectados por la modificación estatutaria.

Así, en el caso de la RDGRN 23/07/2005, se pretendía inscribir en el año 2000 el acuerdo unánime adoptado en 1982 por la junta de propietarios de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, por la que se modifican los estatutos de la comunidad. Señala la DG que no es ello posible, pues, tratándose de una modificación estatutaria, y constando en el Registro la existencia de propietarios que adquirieron su derecho con posterioridad al acuerdo, no pueden aquéllos verse afectados por éste. En igual sentido RDRN 09/02/2008.

El supuesto es similar al de la reciente RDGRN 22/09/2009, cuyo supuesto base es el siguiente: Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura pública otorgada en 1997 por la que se eleva a público el acuerdo adoptado por unanimidad en la Junta de Propietarios mediante el cual se modifican las cuotas de participación respecto de los gastos comunes que se establecieron en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal de determinado edificio. El Registrador suspende la inscripción porque, a su juicio, al afectar la modificación de los estatutos a los propietarios de los locales comerciales y habida cuenta de las numerosas transmisiones que se han realizado posteriormente, es necesario un nuevo acuerdo unánime adoptado por la Junta de Propietarios de dicha comunidad o acreditar fehacientemente el consentimiento individualizado de los adquirentes posteriores el acuerdo. La Dirección General confirma el defecto, pues según reiterada doctrina de esta Dirección General, tratándose de modificar el título constitutivo de un régimen de propiedad horizontal y apareciendo inscritos en el Registro derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos debatidos, es necesario que dicha modificación cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del mencionado título constitutivo que, aun cuando se hubiesen acordado con anterioridad, pretenden acceder al Registro en un momento posterior (cfr. Arts. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 13, 20, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria).

**5.-P:** Se quiere escriturar un cambio de uso de un local a vivienda en un edificio en régimen de PH, para lo que se ha obtenido licencia del Ayuntamiento.

Consultado el Registro, si bien los Estatutos no establecen ninguna norma prohibitiva ni limitativa del uso de los departamentos, se observa, sin embargo, que se trata de un edificio cuya obra nueva y división horizontal se hizo en origen para locales y oficinas.

Se pregunta, por tanto, si en este caso concreto sería preciso o no, obtener acuerdo de la Junta.

**R:** Frente al principio de libertad de destino de los elementos de la propiedad horizontal proclamado por las resoluciones de la DGRN de 12/12/1986, 20/2/1989 y 26/01/2002, que excluyen la necesidad de tener que obtener acuerdo de la Junta de consentimiento, salvo que los estatutos dispongan otra cosa; se señala que el destino inicial de la finca global de oficinas, implica una prohibición en el título constitutivo del cambio de uso que exige, para poder efectuarlo, el consentimiento de todos los propietarios.

Se recuerda la existencia de varias sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid que exigen, en todo supuesto de cambio de uso, el consentimiento de la Junta de Propietarios. No se considera argumento a favor, el que no se cambien las cuotas de los distintos elementos, porque normalmente la configuración de un elemento independiente como local, vivienda u oficina, influye en la determinación de las cuotas, más allá de la mera superficie.

**6.-P:** Examen de la resolución de 24 de enero de 2010, relativa otra vez a la posibilidad de dividir una vivienda unifamiliar en propiedad horizontal con asignación del uso de partes determinadas del jardín.

**R:** La citada resolución para un supuesto de Andalucía, considera posible dividir en régimen de propiedad horizontal una vivienda unifamiliar, por considerar que es preciso una norma con rango de ley que exija claramente licencia para realizar esa operación jurídica y que, en caso contrario, el artículo 53 del RD 1093/1997 no es aplicable. Entendiendo que en Andalucía no existe esa norma pues el artículo 66 de su Ley de ordenación Urbanística que prohíbe propiedad horizontales que constituyan parcelaciones urbanísticas encubiertas, sólo es aplicable a terrenos, pero no a edificios.

En definitiva la resolución considera que la propiedad horizontal, desde el momento que mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, si está amparada por una licencia de obra nueva, no puede calificarse de parcelación de terrenos.

Sin embargo, no se considera esta resolución de aplicación dentro del ámbito de la Comunidad de Madrid, por las siguientes razones:

-- Como ha reiterado en numerosas ocasiones la propia DGRN, en materia de urbanismo es aplicable la normativa de cada autonomía, pues en ellas reside la competencia urbanística, por lo que, en cada caso concreto, habrá de estudiarse cuál es ésta.

-- En Madrid, el artículo 151-1-a de la Ley del Suelo Autonómica, exige expresamente licencia para “*parcelaciones, segregaciones y cualesquiera otros*

*actos de división de fincas o predios*”, sin distinguir ni el tipo de división, ni el objeto –terrenos o edificación- a que se refiere, y ello ha sido interpretado por la Audiencia Provincial de Madrid –que es el órgano competente para su interpretación y no la DGRN- en sentencia de 26 de febrero de 2007, que revoca una resolución de 10 de diciembre de 2003, en el sentido de considerar el citado artículo incluye el fraccionamiento jurídico del terreno.

Sigue diciendo la sentencia –ha sido ratificada por otra de 3 de octubre de 2009- que, a efectos de este artículo, una cosa es la parcelación y otra “otros actos de división”, que ambos necesitan licencia, que, desde el momento que se asigna un uso y disfrute como anejo inseparable de una parte de la finca, se está dividiendo el terreno, y que el cumplimiento de este requisito “*está sometido al control registral*”.

La excepción recogida en el artículo 17-2 de la Ley del Suelo Estatal de 2008, que señala que no será necesaria autorización administrativa para “*la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo urbanístico que permite para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que deba tener la condición de dominio público o ser de uso público*”, no empece lo anteriormente señalado porque, en primer lugar, dicho artículo no salva el supuesto de asignación de participaciones indivisas que dan derecho a la utilización exclusiva de una porción concreta de las finca, prohibido por el párrafo primero del mismo número y artículo, y, en segundo lugar, porque, en todo caso sería de aplicación preferente la normativa autonómica expuesta.

## **PUBLICIDAD FORMAL.**

**1.-P:** Se solicita por parte de un perito tasador judicial certificación registral de dominio y cargas de determinadas fincas. En la instancia se pide que se indique expresamente el precio de la última compra. Puestos en contacto con el interesado para explicarle que, salvo supuestos justificados el precio no se incluye en la certificación, nos manifiesta que es el único dato que le interesa ya que ha recibido el mandato de una Comunidad de Regantes para hacer un estudio del valor de los terrenos en determinada zona porque se va a iniciar un procedimiento expropiatorio. Dice que el único medio que tienen es analizar el precio de transmisión de compras realizadas en los últimos años y que las fincas han sido escogidas por muestreo dentro de la zona para hacer el trabajo de tasación requerido. ¿Se puede entender suficientemente justificada la petición para facilitar información sobre el precio?

**R:** Unánimemente se entendió que no estaba suficientemente acreditado el interés legítimo especial para dar el precio en la información registral solicitada, debiendo completarse con algo más, por ejemplo, aportando el contrato de

prestación de servicios suscrito por la solicitante con la Confederación Hidrográfica del Tajo.

Y es que, como han señalado Ángel Valero Fernández-Reyes en su ponencia sobre publicidad formal al “Simposio registral de Sevilla” y siguiéndole, después, Francisco Javier Die Lamana en su trabajo “la publicidad formal del registro de la propiedad y sus medios” publicado en los Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo número 11, la legislación de protección de datos personales, cuya aplicación recuerda el artículo 222.6 LH, obliga a excluir de la **PUBLICIDAD** del Registro como regla general (salvo interés legítimo muy especial) los datos sensibles, especialmente los datos personales sin relevancia patrimonial protegidos por el derecho a la intimidad personal.

Los datos sensibles más frecuentes son: el estado civil, sobre todo matrimonios anteriores al actual y situaciones de crisis matrimonial, domicilio, precios, titularidades y cargas o limitaciones canceladas o caducadas, números de cuentas bancarias, causas de desheredación, filiación extramatrimonial o de adopción, nacionalidad anterior a la española, o causas de incapacitación.

Ello obliga a todos los registradores a extremar el cuidado cuando se expiden notas simples o certificaciones, sobre todo cuando incluyen copia literal de determinados asientos, debiendo excluir de la información los datos sensibles señalados. Es cierto que, en casos muy concretos, el precio puede ser de interés para el solicitante, por ejemplo, cuando se pretende ejercitar un derecho de retracto, pero siempre tiene que justificarse suficientemente a juicio del Registrador y bajo su responsabilidad.

## REPRESENTACIÓN.

**1.-P:** Se presenta hipoteca constituida por el marido en representación de su esposa, con poder para hipotecar, que el notario declara suficiente, en garantía de deuda de una SA cuyo representante y administrador solidario es el esposo compareciente.

Se deniega su inscripción por no salvar el poder la incompatibilidad de intereses –así se deduce de la escueta reseña notarial de facultades-. La mujer se niega a ratificar y el presentante propone que ratifique la otra parte, es decir, otro de los administradores solidarios de la SA.

¿Son admisibles, suficientes o necesarias las siguientes ratificaciones?: a), la ratificación por otro administrador, como solicita el presentante, ó b) la ratificación por la esposa.

**R:** Se considera que en este supuesto la parte perjudicada es únicamente la hipotecante al tratarse de la garantía de una deuda ajena, es decir, la mujer del compareciente, por lo que no es suficiente la ratificación del otro administrador de la sociedad que, en realidad, no corre riesgo alguno al tratarse de un mero beneficiario de una garantía de la que carece y le es necesaria para obtener financiación.

En realidad, esa ratificación social no tiene valor alguno, al contrario de los supuestos de autocontratación en una venta, respecto de los cuales la DGRN viene exigiendo la ratificación por las dos partes contratantes, pues ambos pueden resultar perjudicados.

Por tanto, es ineludible la ratificación de la mujer por aplicación del artículo 1259 del Código civil, dado que es la única posible perjudicada al ser el bien ganancial y ser, por tanto, necesario su consentimiento para efectuar actos de disposición sobre la finca hipotecada conforme impone el artículo 1377 del Código civil-. En caso de negativa de la mujer sólo sería posible la inscripción obteniendo previamente la autorización judicial prevista en el último artículo citado.

**2.-P:** Se pregunta por la actitud a seguir tras la Comunicación del Consejo General del Notariado de 16 de diciembre de 2009, que exhorta a los notarios a denunciar a aquellos registradores que exijan reseña de facultades en las escrituras en que intervenga un representante.

**R:** El argumento fundamental de dicha Comunicación es que existe una pléyade de sentencias de Juzgados de 1ª Instancia que confirman el criterio de que tras el artículo 98 de la Ley 24/2001, el registrador no puede calificar la representación y el notario no debe transcribir ni insertar facultad alguna, aludiendo singularmente a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 relativa al recurso interpuesto frente al Reglamento Notarial.

Tras un intercambio de opiniones se señala que si bien lo indicado en la comunicación es cierto, se silencias dos hechos fundamentales:

a) Que las Audiencias Provinciales, cuyas sentencias son de rango superior a las de los juzgados de Instancia, se han pronunciado a favor de la calificación registral de la representación y a la obligatoriedad del notario de transcribir, insertar o reseñar las facultades del representante en que funde su juicio para que el registrador pueda apreciar su congruencia. Un resumen de estas sentencias, que tienen una argumentación extensa y sólida, y no una mera confirmación del antiguo criterio de la DGRN, consta en el número anterior de esta revista en la esta misma sección.

b) Que la citada sentencia del Tribunal Supremo, lo ha sido en sede Contencioso-Administrativa, que no es la competente para decidir sobre el fondo de la cuestión, sino sólo sobre la legalidad de los artículos. En sede Civil, que es la competente, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado, siendo las sentencias de mayor rango las citadas de las Audiencias Provinciales. Además, también se silencia que dicha sentencia del Tribunal Supremo, señala que el artículo 98 de la Ley 24/2001 se limita al juicio de suficiencia de la representación, pero no abarca la vigencia de la misma que, por tanto, deberá de comprobarse por el Registrador.

En consecuencia, con base en esas realidades, se confirma el criterio de seguir calificando la representación en los términos de flexibilidad ya acordados y que constan en el caso 9 del número 22 de esta revista en la sección Casos Prácticos, apartado de hipotecas.

Por último, se señala que de las comprobaciones que se están efectuando en el Flei se aprecian numerosos errores notariales, como ser el único apoderado compareciente mancomunado, ser sus facultades insuficientes por razón de la cuantía, reseñarse un poder que no se corresponde con el del compareciente, encontrarse el poder revocado, etc.

**3.-P:** En una cancelación de hipoteca de una conocida entidad de crédito, los representantes tienen facultades para cancelar dando carta de pago, cuando la hipoteca se cancela *“porque se ha dejado sin efecto el aval garantizado”*. ¿Es inscribible?

**R:** Unánimemente se considera que sí, porque la intención del poderdante es facultar para la cancelación cuando la obligación garantizada desaparezca y si habla de *“carta de pago”* es porque la forma normal de extinción de la obligación en los préstamos es mediante el pago de las cuotas periódicas.

Sin embargo, se rechaza la cancelación, siendo la fórmula o facultad contenida en el poder utilizada por otra entidad de crédito idéntica a la señalada, alegando que es *“por no considerarse ya necesaria la hipoteca”*, ya que ello puede implicar una renuncia a la garantía, independiente de la extinción o no de la obligación, lo que exigiría un poder expreso

**4.-P:** Se presenta una escritura que documenta un préstamo hipotecario, respecto de cual, en la comparecencia se señala por un lado que comparece La Caja General de Ahorros de Canarias ¿?, no señalándose qué persona física ni con poder ni como mandatario verbal la representa, y sin que se establezca tampoco que se está constituyendo una hipoteca unilateral.

La única referencia a la representación de la indicada entidad crediticia figura en la parte expositiva –no en la intervención-, en la que se señala que la adjunta escritura se encuentra “*ratificada previamente*” ¿? por escritura de 13 de mayo de 2008 de ratificación de un convenio entre la CECA y la entidad ANCERT – dependiente del Consejo General del Notariado- para la formalización de operaciones por vía telemática y “*prestación de consentimiento anticipado*” ¿? a los negocios jurídicos de préstamos hipotecarios, préstamos personales o cualesquiera otros productos financieros mediante pólizas mercantil intervenida por notarios al amparo del citado convenio, y sin que conste ninguna circunstancia más de la representación

¿Es inscribible?

**R:** Unánimemente se observan los siguientes defectos que impiden la inscripción:

1.- Falta una adecuada reseña de la representación de la Caja General de Ahorros de Canarias, por cuanto ni se señala la persona física que presta su consentimiento a la concreta operación escriturada, ni se indica que se ha tenido a la vista copia autorizada de la mencionada escritura de “consentimiento anticipado”, ni tampoco se hace un juicio expreso de suficiencia de la facultades representativas del hipotético apoderado referido al acto concreto objeto del negocio y ni siquiera del otorgante de la mencionada escritura de “consentimiento anticipado”.

2.- Por tanto, no resulta del documento calificado que la entidad que se dice concedente del préstamo garantizado haya prestado su consentimiento contractual referido al préstamo cierto y concreto que se dice celebrado.

Como fundamentos de derecho se señalan los siguientes:

1.- Competencia registral en la calificación de la representación. Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador debe calificar bajo su responsabilidad, a los efectos de practicar la inscripción, los documentos presentados, extendiéndose la calificación –entre otros extremos- tratándose de escrituras notariales a “*la capacidad de los otorgantes*”, lo que incluye la suficiencia de las facultades de los apoderados en caso de representación, y a la “*expresión de todas las circunstancias que según la Ley deba contener la inscripción*”, lo que incluye una relación en las escrituras, ajustada a derecho, de las circunstancias de la representación en todos sus aspectos.

Este principio legal de calificación por el Registrador se reconoce expresamente, en cuanto a los “documentos públicos autorizados o intervenidos por notario”,

también, por el nuevo artículo 143 del Reglamento Notarial, redactado por Real Decreto 45/2007, de 19 de Enero, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye “*podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias*”.

Por su parte, del artículo 98 de la Ley 24/2001, dispone que “*en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que se refiera*”. Los términos imperativos del precepto dejan claro que imponen al Notario autorizante la obligación de hacer tal “reseña de la escritura de apoderamiento tomada de documento auténtico” y “juicio motivado de suficiencia de la representación”, a los que debe añadirse, según su párrafo tercero, “*los documentos complementarios de la representación*”, entre los que se encontraría, en su caso, la ratificación o los complementos de los poderes; siendo competencia del Registrador según el mismo artículo la comprobación “*de la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio de suficiencia y de la congruencia de éste con el contenido del título presentado*”.

2.- El artículo 1262 del Código Civil establece el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, y el artículo 1261 del mismo cuerpo legal señala que no hay contrato sino cuando, existiendo causa, concurren los requisitos del consentimiento de los contratantes sobre el Objeto cierto y concreto que sea materia del contrato.

En el supuesto calificado, no resulta del título justificación de que se haya producido dicho concurso de oferta y aceptación sobre el objeto y la causa del préstamo hipotecario de que se trata, toda vez que el notario autorizante sólo da fe de haberse producido la aceptación del negocio jurídico por los prestatarios, mediante su comparecencia personal y manifestación expresa, y previa su identificación y juicio de capacidad legal para contratar; omitiendo, como se ha expuesto en los hechos, toda dación de fe relativa al contenido de la oferta realizada por la entidad prestamista, la identificación de la persona física que, en su representación, la realiza, la suficiencia de sus facultades, y la expresión de su conformidad con la transcripción que, según minuta, se realiza de la oferta propuesta.

Dicha falta de justificación de la existencia de una oferta realizada por quien tiene facultades para vincular a la Caja de Canarias en los términos concretos que resultan de la operación propuesta y de su conformidad con la redacción final del título no puede entenderse que puedan resultar suplidas por la

existencia de una previa escritura llamada de “prestación de consentimiento anticipado”, toda vez que:

Dicho “consentimiento previo” o “ratificación anticipada”, no puede en ningún caso considerarse como el consentimiento negocial que constituye elemento esencial para la existencia de un contrato determinado, pues no se refiere, según exigen los artículos 1261 y 1262 del CC a un objeto y a una causa determinadas.

En ningún caso, y no obstante la manifestación realizada por el notario autorizante, puede entenderse que tal “consentimiento previo” pueda suponer la “comparecencia” de la Caja, aun cuando ninguna persona física comparezca ante el notario en su representación. De lo previsto en los artículos 156 y siguientes del Reglamento Notarial resulta de forma evidente que sólo se puede considerar compareciente a la persona física que, en presencia del notario, otorga el negocio jurídico documentado, ya en nombre propio, ya en representación de otro.

Tampoco puede considerarse, no obstante la manifestación realizada por el notario autorizante, que dicho “consentimiento previo” constituya una “ratificación previa”, o pueda producir los efectos de una ratificación, toda vez que es de esencia a toda ratificación, según resulta de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, su carácter *ex post facto* o posterior al negocio ratificado. En efecto, sólo cabe ratificar lo ya realizado por una persona, en nombre de quien ratifica, careciendo de facultades para el negocio jurídico celebrado, y sobre la base del conocimiento de todos los elementos del mismo.

3.- En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 señala que *“Cualesquiera contratos, requieren para la validez y eficacia de su celebración, el otorgamiento del consentimiento de las partes que les afecta, ya prestándole personal y de manera explícita a través de su presencia física en el contrato –otorgamiento de la escritura pública en este caso-, ya por mediación de un tercero a través del mecanismo de la representación, y ya, también, por actos posteriores dirigidos a la confirmación o ratificación de lo realizado por otro”*.

Pues bien, como ya se ha manifestado, en este supuesto no se dan ninguna de estas circunstancias, así:

a) La Caja no comparece a través de un representante de manera personal y física en el otorgamiento del negocio jurídico, no pudiendo tenerse por tal la repetida escritura de “consentimiento anticipado”, que no tiene virtualidad para alterar toda de estructura negocial o de representación de la misma, es decir, que no implica que el concreto préstamo hipotecario que se documente, pueda ser decidido por cualquier empleado de la entidad, sino que seguirá teniendo que ser

autorizado por representantes con poder vigente y suficiente –solidario o mancomunado- tanto en cuanto a la materia como en cuanto a la cuantía.

No pueden confundirse las facilidades que se puedan dar a la preparación de las escrituras públicas, con la utilización de nuevas tecnologías, o que en determinados supuestos no sea necesaria la unidad de acto, con la innecesidad de una comparecencia o intervención efectiva ante el notario, de una forma o de otra, de la persona o personas físicas determinadas que autoricen el negocio jurídico concreto.

A este respecto, sin pretender en absoluto incidir en el ámbito más esencial e intrínseco de la fe pública, es lo cierto que el Notario ha incurrido en error al señalar la comparecencia de la indicada Caja, pues al ser ésta una persona jurídica, no cabe pensar de ninguna manera, en que la misma pueda haber tenido una presencia que el Notario haya podido percibir por los sentidos -artículo 1 del RN-, ni desde luego cabe pensar que su firma, como tal entidad moral, conste en la escritura matriz, lo que debe tener su origen en la dificultad de poder imputar el contenido del negocio documentado a la voluntad de la Entidad acreedora expresada a través de un representante identificado y suficientemente legitimado.

b) Tampoco existe una verdadera ratificación del negocio jurídico de préstamo hipotecario pues el enunciado del notario de existir una escritura en la que el Director General de la Caja “presta su previa ratificación a todos los préstamos hipotecarios que esta entidad pueda celebrar a través de cualquier empleado suyo” es una “*contradictio termini*”, por cuanto no se puede ratificar lo que todavía no se ha celebrado, la ratificación es siempre *ex post facto* como se infiere no sólo del significado lingüístico de la palabra, sino también de la utilización jurídica que de ella hace nuestro Código civil -artículos 1259, 1310, 1727 o 1829-, que excluye conceptualmente la posible existencia de ratificaciones “previas” al acto ratificado, así como también la posibilidad de que existan ratificaciones de contenido indeterminado; éstas siempre han de ser referidas a un acto, negocio o gestión concreto y determinado.

c) Y, por último, tampoco, existe un auténtico o completo poder, pues de considerarse el mismo la escritura de “consentimiento anticipado”, deberían ser considerados apoderados todos los Notarios de España –únicos comparecientes excluidos los prestatarios- por el mero hecho de serlo, lo cual no es posible porque en primer lugar, entonces serían incompatibles –artículo 139 del RN- para la autorización de la escritura, en segundo lugar, no es válida la concesión de poderes a personas indeterminadas –resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1976 y 26 de octubre de 1982- y en tercer lugar, se trataría de un poder general que debería ser inscrito en el Registro Mercantil –artículo 94-5 del RRM-.

4.- Asimismo cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta- de 20 de mayo de 2008, sobre la impugnación de determinados artículos del Reglamento Notarial de 19 de enero de 2007, que anula por contrario a Ley el párrafo segundo de su artículo 197 bis que señalaba que *“en los contratos realizados por representantes de entidades financieras en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades de operaciones propias de su tráfico ordinario referidas en le párrafo tercero del artículo 144 de este Reglamento –pólizas mercantiles-, bastará con que el notario, si no concurren personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la legitimidad de las firmas, y de la suficiencia de los poderes de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias”*, es decir, un supuesto semejante al que se produce en el presente supuesto, aunque más ajustado a la legalidad y que excluye expresamente de su ámbito los negocios jurídicos inmobiliarios.

Entiende el Tribunal Supremo que ese artículo reglamentario vulnera los artículos 1 y 17 bis de la Ley del Notariado, en cuanto a la obligación de dación de fe de la identidad de los otorgantes, al suprimir la necesidad de la presencia del notario en el acto de la firma de la póliza y su sustitución por un sistema de mera legitimación de firma.

El Tribunal Supremo argumenta que la vulneración se produce porque *“tratándose del otorgamiento, la dación de fe viene determinada por la intervención del Notario, que no se limita a constatar la firma y representación de los otorgantes sino que incluye otros aspectos como la oportuna información sobre el contenido del instrumento público y la libre emisión del consentimiento por los otorgantes,....., hacer a éstos las reservas y advertencias legales, la conformidad y aprobación del contenido de la póliza”*, añade que *“la dación de fe exige la presencia notarial para su constatación y no puede sustituirse por una forma de legitimación de las firmas y juicio sobre la suficiencia de los poderes presentados que se establece en el precepto -en nuestro caso por una ratificación previa-“* y termina afirmando que *“La invocación de una mayor agilización del tráfico jurídico, no puede justificar la alteración del régimen de fe pública legalmente establecido, prescindiendo, por vía reglamentaria, de las garantías que legalmente se establecen al efecto”*; cuanto más no se pueden modificar por medio de convenios entre entidades privadas.

5.- Es principio básico de nuestro sistema registral, recogido a efectos de representación por la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 2000, el de la exigencia de documentación pública para que los actos inscribibles recogidos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, puedan acceder al Registro de la Propiedad - artículo 3 de la Ley Hipotecaria-, como garantía de realidad y exactitud, lo que en conjunción con la calificación por el Registrador de su validez y eficacia -

artículo 18 de la Ley Hipotecaria-, justifica la fuerza de los pronunciamientos registrales -artículos 1, 34, 37, 38, 41 y 129 de la Ley Hipotecaria-.

Es obvio, por lo demás, que esa exigencia de documentación pública ha de extenderse a todos los elementos esenciales del concreto negocio jurídico realizado y especialmente, a las declaraciones de voluntad de los otorgantes conformadoras del mismo, que ha de revestir la fehaciencia que le confiere la intervención del notario -artículos 1.280-5 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria-, sin que sea suficiente su articulación a través de conducto telemático controlado por una entidad certificante, toda vez que se está incidiendo en una materia, cual es la relativa a la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, de "ius cogens", sustraída, por tanto, a la autonomía de la voluntad.

A este respecto, no debe olvidarse que, como señala la resolución de 27 de diciembre de 1960, *“es la fe de conocimiento el acto más trascendental de todo cuanto emite el Notario, por ser el presupuesto básico para la eficacia del instrumento público el que quede fijada con absoluta certeza la identidad de los sujetos que intervienen”*.

Este principio de necesidad de documentación pública en la prestación del consentimiento contractual para que produzca efectos registrales –únicamente excepcionable por norma expresa- se mantiene, también, con la utilización de las nuevas tecnologías y, más concretamente, en la elaboración del denominado documento público electrónico y así, los artículos 110 y 111 de la Ley 24/2001 respecto de la utilización de medios electrónicos por los notarios para la formalización de negocios jurídicos a distancia, exigen el uso de firma electrónica avanzada por los notarios y, en su caso, por los otorgantes, y, además, la remisión, también por conducto electrónico, del contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad de las partes dirigidas a conformar un único negocio jurídico.

Por su parte, el artículo 17 bis de la Ley del Notariado –en su redacción por la citada Ley 24/2001-, añade que la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial, incluida la obligación del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, del juicio de capacidad y legitimación, de la libertad del consentimiento, etc; lo que implica que aunque la escritura presentada pudiera tener ese carácter –total o parcialmente- por su forma de elaboración, sería también incompleta en lo referido a la prestación del consentimiento.

6.- De todo lo anterior resulta que el llamado “consentimiento previo”, no puede ser considerado más que la declaración de voluntad a partir de la cual el otorgante consiente que en los negocios jurídicos futuros en que sea parte su representada y que pertenezcan a una clase concreta, pueda seguirse el procedimiento de formación del consentimiento previsto en un convenio determinado, convenio cuyo contenido no consta de forma auténtica al registrador abajo firmante, quien, con independencia de su contenido, en todo negocio jurídico que de conformidad con el mismo se celebre deberá poder calificar, para que pueda procederse a la inscripción, que ambas partes han prestado su consentimiento sobre el negocio jurídico concreto celebrado, definido por su objeto y su causa, siendo necesario a tal efecto preciso que el notario autorizante de fe que dicho consentimiento concreto ha sido prestado, de fe de conocimiento y de la capacidad civil de quien lo preste y, en caso de intervención en nombre ajeno, juzgue suficientes las facultades de quien representa a otro.

Por último, tampoco es posible practicar la inscripción de la escritura como si contuviera una hipoteca unilateral –Art. 141 LH- porque no se ha configurado como tal por las partes, por lo que al ser sus efectos distintos de las ordinarias, sobre todo en lo relativo a la cancelación, se hace necesario su configuración o consentimiento expreso por éstas para que la inscripción se practique con tal carácter.

**5.-P:** Respecto de una escritura en que por existir autocontratación calificada por el Registrador, se presentan sendas certificaciones de las Juntas Generales de las Sociedades afectadas –hipotecantes de deuda ajena- con firmas legitimadas notarialmente, y se pregunta si esas certificaciones son suficientes.

**R:** Unánimemente se considera que no, porque, dado que no se trata de la certificación de un acuerdo de la Junta autorizando *a priori* esas hipotecas, sino una ratificación *a posteriori*, se hace necesario el otorgamiento de una escritura pública de ratificación con incorporación de dichas certificaciones, otorgada por aquellas personas –administradores, etc- con facultad para elevar a público los acuerdos de las Juntas Generales, con arreglo a lo establecido en los artículos 108 y 109 del RRM y con el contenido y formalidades recogidos en los artículos 107 y 112 del mismo cuerpo legal.

**6.-P:** Calificación de poderes y subapoderamientos<sup>1</sup>. Cada vez, con más frecuencia, las Entidades de Crédito otorgan las escrituras sirviéndose de los servicios de las gestorías que intervienen en los documentos a través de su apoderado, persona física.

---

<sup>1</sup> Comentario elaborado por Alfonso Ventoso Escribano

En tales casos ¿debe el Notario reflejar en la escritura que se le han exhibido las copias auténticas de los dos poderes? Esto es, la copia del poder de la Entidad de Crédito a la gestoría y la copia del poder que la gestoría confiere a su representante, persona física.

**R:** A esta materia se refiere específicamente la Resolución de 9 de abril de 2003, que plantea un supuesto muy especial. Se trata de una escritura de un aumento de capital de una S.L. otorgada el 31 de julio de 2001 a la que aporta unos inmuebles una sociedad panameña. Ésta actúa a través de D. F, en virtud de una sustitución de poder que le otorga ante un notario de Arabia Saudita el apoderado de la panameña D. G.

En la escritura de aumento D. F exhibe su poder (sustitución poder) -no inscrito- y un certificado del RM -de 8 de enero de 2001- de la inscripción del poder de D. G.

La escritura se presenta el 9 de agosto de 2001 y, pendiente de inscripción, el día 13 de septiembre de 2001 se presentó otra escritura (de 8 de mayo de 2001, anterior pues, a la del aumento) por la que se vendía la finca a un tercero. El 27 de septiembre de 2001 se presenta una certificación del Registro Mercantil comunicando que la certificación del 8 de enero era errónea pues el poder de D. G estaba revocado.

El Registrador deniega, entre otros defectos, por estar revocado el poder de D. G. Posteriormente, la DGRyN estima el recurso y revoca la nota. Sin entrar en mayores precisiones intervienen varios factores:

-- Uno, que no debe afectar desde un punto de vista técnico, son los elementos de extranjería si están bien articulados (sociedad extranjera-panameña y poderes otorgados en el extranjero).

-- Dos, el error del Registrador Mercantil al emitir un certificado declarando, erróneamente, la vigencia de un poder. Principio de prioridad.

Estos factores especiales pueden aclarar la estimación del recurso y una vez despojada la Resolución de tales especialidades centrarse en la regla que acepta y es que el sustituto debe presentar el subapoderamiento y no precisa de presentar el título sustituido, tesis que ya mantuvo en la Resolución de 10 de febrero de 1995.

Esta es la tesis que se va a mantener en esta nota: el subapoderado debe presentar su copia de subapoderamiento y no precisa de exhibir la copia del poder sustituido, si bien con las matizaciones que se expondrán.

Con carácter previo debe precisarse que se da por conocida la teoría de la sustitución en sentido amplio (sustitución propia cuando hay un traspaso de facultades no revocable, y subapoderamiento cuando ese traspaso o delegación de facultades es revocable), aunque en estas líneas se utilizan, sustitución y subapoderamiento, siempre en el segundo sentido siendo el supuesto de hecho el siguiente: el Banco o Caja X (en adelante la “Caja”) concede un poder a la Gestoría XX (en adelante la “gestoría”) para que firme las escrituras de préstamo, subrogación, novación con ampliación o no, y cancelaciones (las típicas del negocio bancario) con o sin límite de cantidad.

Se presupone que no hay cuestión acerca de la reseña de facultades y que se exhibe copia autorizada e inscrita del subpoder. Con estos presupuestos deben distinguirse dos situaciones:

-- La primera de ellas sería en el caso de que, por ejemplo, el administrador único de la gestoría interviniera para conceder un préstamo de la Caja. En tal caso, D. X interviene en nombre de la gestoría como administrador único -cuyo cargo acredita con copia autorizada e inscrita que exhibe-; a su vez la gestoría es apoderado de la Caja en virtud de copia autorizada e inscrita del poder del que resultan facultades para otorgar “préstamos” (se da por supuesto que la reseña es completa: fecha, notario autorizante, etc). Como se observa se tiene que presentar dos títulos de los que resulta la cadena representativa.

Lo mismo ocurre si en lugar de administrador único, es solidario, mancomunado -comparecerán los mancomunados-, consejo-delegado, o apoderado de la gestoría.

-- La segunda situación resultaría cuando comparece D. X y se indica que la gestoría es apoderada de la Caja en virtud de un poder (reseña) y que se sustituyeron esas facultades a favor de D. X el cual exhibe copia autorizada e inscrita (igualmente se da por supuesto que la reseña es completa). En esta segunda situación sólo hay que presentar la copia del subapoderamiento.

Son dos situaciones totalmente diferentes. Pongamos un ejemplo: supongamos que el apoderado de la gestoría de la primera situación tiene exclusivamente facultades para conceder préstamos hipotecarios; igualmente supongamos que el subapoderamiento de la segunda situación tiene igualmente facultades exclusivamente para conceder préstamos hipotecarios; supongamos que se trata de autorizar una escritura de préstamos hipotecario de una Caja. En técnica jurídica correcta, el notario no debería dar juicio de suficiencia del apoderado, en el primer supuesto, pues tiene facultades para conceder préstamos en nombre de la gestoría pero no con el dinero de la Caja; el segundo, sí tiene facultades.

Esta dualidad de situaciones tiene su diferente traducción en la exhibición de copias de la representación; en el primer caso, copias de las dos escrituras; en el segundo, sólo la copia del subpoder.

Esa es la tesis que sugiere la Resolución de 9 de abril de 2003 y que ya venía de la de 10 de febrero de 1995. Ante un caso de actuación por subapoderado la DG en la de 1995 dijo: *“Si bien es cierto que existe una relación de dependencia entre el apoderamiento y el subapoderamiento, de manera que las vicisitudes acaecidas en el primero repercuten en el segundo, y, en sentido inverso, los actos realizados por el sustituto producen efectos en la esfera jurídica del poderdante (cfr. artículo 1722 del Código Civil), no lo es menos que, además de esa dependencia, entre apoderamiento y sustitución de poder, existe también cierta similitud, por lo que, en cuanto que fuere posible, han de aplicarse a esta relación las connotaciones de aquélla. Esta similitud de situaciones determina que así como el apoderado cumple con la exhibición de su copia de escritura de poder y declaración de que se encuentra vigente (no necesita ir más allá, por ejemplo, demostrando la capacidad de obrar del poderdante en el momento de realizar cada uno de los actos en cuestión), al sustituto tampoco debe exigírsele que acredite más allá de su propia legitimación. Es más, exigir al sustituto la demostración de la subsistencia del primer poder sería una solución, además de ineficaz (la sola presentación de la copia tampoco garantiza por sí sola la subsistencia), absurda y poco práctica ya que se priva al apoderado del único instrumento con el que se puede hacer valer su representación, con lo que lejos de ensanchar la capacidad de obrar del poderdante, se estaría yendo contra la finalidad perseguida por el subapoderamiento. Frente a lo anterior no cabe oponer que el apoderado puede fácilmente eludir, mediante una previa multiplicación de subapoderamientos, las consecuencias de la retirada de su poder, o que el poderdante quede desprotegido al ignorar el número y destinatario de los subapoderamientos. En efecto, por un lado, el apoderado está obligado a comunicar las incidencias de sus gestiones, entre las que deben considerarse incluidas el nombramiento de subapoderados (cfr. artículos 1719, 1720 y 1726 del Código Civil); por otro lado, el poderdante siempre puede requerir del apoderado información sobre posibles subapoderamientos realizados. Si a ello se añade la posibilidad que se establece de evitar la existencia de subapoderamientos prohibiéndose expresamente cuando se confirió el inicial poder (artículo 1721 del Código Civil), puede entenderse que el poderdante queda suficientemente protegido de los riesgos señalados, sin necesidad de introducir otro tipo de cautelas a la hora de lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad.”*

Según esta doctrina, cuando estemos ante un propio “subapoderamiento” y la esfera de actuación del subapoderado es sólo la de la entidad de crédito, basta acreditar que se ha presentado la copia autorizada e inscrita del

subapoderamiento, con la reseña correspondiente, que debe incluir la de las facultades del que otorga el poder.

Este criterio no es unánime y así José Manuel García García señala que, con esa Resolución de 1995, la refuta argumentando, además, que la DGRN contraría las Resoluciones de 26 de noviembre de 1971 y de 15 de febrero de 1982 que expresamente cita la propia DGRN. Se pone sin embargo de manifiesto que, en realidad, se trata de casos diferentes lo que no permiten extrapolar las soluciones. Aquéllas Resoluciones se refieren a utilizar testimonios de poderes - cuyo defecto nadie pone en duda- y a una eventual obtención de copias de un poder por persona no facultada para ello -cuya prohibición es evidente para cualquier notario-.

Sí es cierto que la propia Resolución de 1995 argumenta que hay razones para una y otra tesis; pero al final, la DGRN se inclina por la tesis permisiva y J. M. García García por la opuesta (vid “El negocio de subapoderamiento como negocio accesorio de otro principal de apoderamiento [crítica a la Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995], RCDI nº 628 de 1995).

En caso de que la tesis que se propone a discusión, se plantea la cuestión de cómo saber si estamos ante una doble representación -Caja o Banco a gestoría y gestoría a través de sus representantes orgánicos e inorgánicos-, o si estamos ante un auténtico subapoderamiento.

En pura lógica, debe entenderse que un notario que conozca los conceptos indicados de derecho civil y el *ars notariae*, que debe presumirse, lo debería reflejar adecuadamente en el instrumento público. No obstante, si la redacción no fuera clara parece razonable pensar que, en caso de doble representación, el segundo poder (o cargo orgánico) estará inscrito en la hoja registral del RM de la gestoría pues representa a la gestoría aunque, a través de ella, a la Caja o Banco; mientras que si estamos ante un subapoderamiento debería estar inscrito en la hoja registral de la Caja o Banco pues no actúa en el ámbito patrimonial de la gestoría.

Esto parece razonable pero, para comprobar que esa teoría coincide con la realidad, se han realizado dos actuaciones.

-- La primera de ellas, al azar se ha obtenido de diversos Registros Mercantiles la correspondiente información sobre tres gestorías que actúan del modo planteado. El resultado ha sido discrepante: en la hoja de una Caja catalana consta inscrito el apoderamiento de la gestoría a unas personas, es de suponer serán empleados de la gestoría; en la hoja de una Caja castellana consta la inscripción del mismo modo; sin embargo, en la hoja de una gestoría constan los poderes con relación a dos Bancos.

Comprobado el contenido de la escritura, no se entiende la inscripción en este último caso, pues se dice que el Banco X otorgó poderes a la gestoría de esta hoja registral y esta gestoría “confiere poder especial tan amplio y bastante como en derecho se requiera y sea necesario a las personas que a continuación se citan.... para que uno cualquier de ellos SOLIDARIAMENTE en nombre de la sociedad de esta hoja [Gestoría]... pueda ejercitar... las facultades previamente conferidas por [Banco X] a la sociedad de esta hoja”. Pues bien, si el ámbito de actuación es en el ámbito del Banco ¿por qué no consta en su hoja? O se inscriben en ambas hojas o de elegir una debe ser la del Banco o Caja. En este contexto, se plantea la pregunta de si el poder se otorga a una persona física, con facultad de sustituir en una tercera, y se sustituye, ¿en qué hoja se inscribiría?, o si no necesaria inscripción.

-- La segunda actuación se produce ante esta falta de unidad de criterio en las inscripciones. Así, se ha contactado con un compañero del RM de Madrid. Del resultado de esa conversación se han obtenido las siguientes conclusiones: A) Personalmente, el compañero, es de la opinión que aquí se sustenta: la inscripción deber ser en la hoja de la Caja o Banco si es subapoderamiento. B) No existe entre los Registradores mercantiles de Madrid unanimidad de criterio. C) Planteará en una próxima reunión de los mismos, el obtener dicha unificación y comunicarla.

Por todo lo cual se proponen la siguientes Conclusiones:

1.- Hay que distinguir entre dos situaciones diferentes. Una es en el caso de que la gestoría actúe a través de sus propios representantes, orgánicos o inorgánicos, las facultades de la Caja o Banco, en cuyo caso, deben exhibirse las dos copias autorizadas de la representación.

Las facultades del representante de la gestoría no son la de conceder créditos, subrogaciones, etc sino de representar a terceras personas, circunstancia que no plantea cuestión cuando de representación orgánica se trate pero sí si es inorgánica.

La segunda situación sería para el caso de que la gestoría subapodere las facultades concedidas por la Caja en cuyo caso, aunque algunos autores consideran necesaria la exhibición de las dos copias, pues la revocación del primero provoca la caída del segundo; la tesis que aquí se mantiene es que sólo se precisa la exhibición de la copia autorizada del subapoderamiento.

2.- De seguirse la tesis aquí mantenida, esas facultades de conceder préstamos, subrogaciones, etc. se refiere al ámbito patrimonial de la Caja o banco y no de la gestoría; es decir, no podría conceder un préstamo en nombre de la gestoría.

3.- Si el notario redacta la escritura, como es habitual, sin precisar, al hacer la reseña de la representación, si estamos ante un auténtico subapoderamiento, utilizando la precisión jurídica que le es exigible, es decir, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma; se debe estar a la presunción legal de validez, legitimidad y vigencia que deriva del Registro Mercantil.

En consecuencia, la prueba de si estamos en una “doble representación”, para entendernos, o en un “subapoderamiento” sería ver la hoja registral del RM donde está inscrita y así, si se encuentra inscrita en la hoja de la Caja o Banco presumiremos que estamos ante un supuesto de subapoderamiento, y si lo está en la hoja de la gestoría, presumiremos que se trata de un supuesto de doble representación. Si la inscripción se encuentra mal extendida, supuesto posible dado que, como se ha expuesto, no hay uniformidad de criterio entre los registradores mercantiles, la prueba en contrario corresponderá a la parte interesada mediante la exhibición del correspondiente poder.

4.- En todo caso, aunque se den todas las circunstancias favorables expresadas, se considera necesario la constatación en la escritura de hipoteca, en la reseña del poder del compareciente, la reseña –no exhibición de copia- de la representación de los subpoderdantes, tomadas de la escritura de subapoderamiento, para poder hacer las comprobaciones oportunas en el FLEI, pues estamos ante una cuestión de vigencia y la comprobación de ésta como ya ha de declarado el Tribunal Supremo, en sentencias de 20 de mayo y 7 de julio de 2008, no entra dentro del ámbito del artículo 98 de la Ley 24/2001.

En línea con lo señalado se recuerda la resolución de la DGRN de 11 de junio de 2004 según la cual, *"no puede considerarse suficiente una indicación como la ahora debatida que ni siquiera contiene el nombre del Notario autorizante y fecha de la escritura originaria del poder,....., y el Notario debe recoger, tomándolos de la escritura de sustitución, los particulares del poder originario relativos a la justificación documental de la existencia de la representación"*.

## SOCIEDAD CONYUGAL.

**1.-P:** ¿Se puede inscribir un convenio regulador aprobado judicialmente en que se adjudica a uno de los convivientes una finca común por mitades partes indivisas –garaje- y el uso de otra que es privativa del otro?

**R:** A la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, que considera inaplicables, tras la normativa del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral, a las uniones de hecho las disposiciones de los artículos 96 a

98 del Código Civil, y afirma que “*se puede afirmar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren en absoluto contraer matrimonio con sus consecuencias*”; se estima que no pueden aplicarse por “*analogía legis*” las normas propias del matrimonio, como son los artículos 96 a 98 CC porque no hay matrimonio, ni puede afirmarse que existan bienes comunes, a menos que de forma expresa o tácita se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común o que hubo voluntad de constituir una comunidad.

No obstante, se distingue según que el documento presentado sea una sentencia judicial dictada a falta de acuerdo de los convivientes, que se estima inscribible por la imposibilidad del Registrador de entrar a calificar el fondo de los fallos judiciales. O se trate, como es el supuesto, de un mero acuerdo privado entre las partes –el convenio del regulador–, al que la aprobación judicial no transforma dicho carácter, en cuyo caso es calificable y sí se puede suspender, en base a dicha sentencia, y exigirse escritura pública y la constitución de un derecho real de usufructo.

Por lo demás, se recuerda que la extinción de un condominio ordinario en un Convenio regulador, se considera posible, pero debe estar debidamente causalizada como un acto complementario de la liquidación de la sociedad conyugal, por lo que en este supuesto, en aplicación de la sentencia no sería posible.

**2.-P:** Se pregunta si es necesario expresar la causa en las aportaciones a la sociedad conyugal tras la resolución de 22 de julio de 2006, que parece indicar que dichas aportaciones, salvo pacto en contrario, responden a una “*causa matrimonii*”.

**R:** Se alude a la resolución de la DGRN de 22 de junio de 2006 la cual, siguiendo a otras numerosas resoluciones, en primer lugar, señala que es necesario expresar, en las aportaciones a la sociedad conyugal, la “*causa de la transferencia patrimonial*”, que no puede presumirse a efectos registrales, enumerando como posibles causas: la onerosidad o gratuidad, el derecho a reembolso económico, las aportaciones equivalentes, la construcción ganancial sobre finca privativa, etc.

Pero, a continuación, como *obiter dicta* dado que el fondo concreto resuelto es otro, se inclina por considerar que también es posible que el negocio jurídico de atribución de ganancialidad tenga una identidad causal propia, que denomina *causa matrimonii*, y que, en consecuencia, pudiendo tener el desplazamiento carácter oneroso a gratuito, puede presumirse, salvo pacto en contrario, que el desplazamiento patrimonial dará lugar al reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil, que no es causa de la aportación sino consecuencia, y que no constituye precio.

Sin embargo, mayoritariamente, se considera no aplicable esta resolución, primero porque se trata, como ya se ha indicado de un *obiter dicta*, segundo porque a efectos registrales:

a) Aunque esa doctrina fuera válida civilmente, no es suficiente a efectos de inscripción, en que no se admiten presunciones, siendo la expresión de la causa necesaria para que el Registrador pueda cumplir su función calificadora adecuadamente.

b) Del carácter oneroso o gratuito de la adquisición depende el juego de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y tanto la doctrina opina, como la práctica demuestra que no es claro que esas aportaciones sean onerosas por la existencia siempre del reembolso, pues en la mayor parte de los casos, si existe disolución del matrimonio, no suele existir el mismo.

## SOCIEDADES MERCANTILES.

**1.-P:** ¿Es posible la compra por los liquidadores de una sociedad disuelta, con o sin autorización de la Junta General, de cuotas indivisas de fincas de las que son titulares en proindivisión, como operación previa a la liquidación y para lograr un mejor resultado en la misma?

**R:** Unánimemente se considera que sí, siempre que exista previa autorización de la Junta General, pues, en caso contrario, los liquidadores sociales sólo pueden realizar las operaciones estrictamente liquidatorias y las de cumplimiento de los actos debidos.

**2.-P:** Una Sociedad de Responsabilidad Limitada compra sus propias participaciones. Como consecuencia realiza una reducción de capital social y paga con determinados inmuebles a los socios. Se pregunta sobre los problemas que plantea la autocartera en sede de sociedades limitadas.

**R:** La adquisición de las propias participaciones por la SL está regulada en los artículos 39 y ss de la LSRL. La regla general (vid. su artículo 40) es que la sociedad de responsabilidad limitada no puede adquirir sus propias participaciones, o acciones o participaciones de su sociedad dominante SALVO en los siguientes casos:

a) Cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas; b) Cuando las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la Junta General; c) Cuando las

participaciones propias se adquieran en el caso previsto en el artículo 31.3 LSRL (subrogación de la sociedad en caso de transmisión forzosa); y d) Cuando la adquisición haya sido autorizada por la Junta General, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto: adquirir las participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, adquirir las participaciones como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o adquirir las participaciones transmitidas *mortis causa*.

En estos casos las participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser amortizadas o enajenadas, respetando en este caso el régimen legal y estatutario de transmisión, en el plazo de tres años. Si las participaciones o acciones adquiridas los son de una sociedad dominante deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde su adquisición. Además durante este período de tiempo en que permanecen en poder de la sociedad adquirente se le aplican unas reglas especiales.

En el supuesto planteado no parece haber problema ya que la adquisición de participaciones propias con entrega de inmuebles a los socios se hace en ejecución de un acuerdo de reducción de capital social. Pero sí es importante tener en cuenta la regulación de estos supuestos de autocartera dado que su contravención se sanciona con nulidad de pleno derecho (cfr. artículo 40 ter LSRL) y así lo ha venido entendido la más autorizada doctrina mercantilista.

En todo caso es imprescindible la previa inscripción de la reducción del capital social en el Registro Mercantil, dado que tanto ese acto social como, también, la ampliación del capital, son actos constitutivos y, además, por aplicación analógica del artículo 383 del RH que exige dicha previa inscripción para las aportaciones de bienes inmuebles a las sociedades mercantiles.

## TUTELA.

**1.-P:** Se presenta una venta en que un incapaz vendedor es representado por un apoderado al que el tutor concedió poder para vender. Se acompaña autorización judicial para la venta sin subasta “siempre que se cumplan las condiciones de tasación por entidad y venta por intermedio de Agencia de reconocido prestigio, debiendo acreditarse el cumplimiento de las mismas ante el juzgado”.

Ni en la escritura de venta se hace alusión alguna al cumplimiento de las condiciones, ni se acredita que el juez haya dado por buena la venta. ¿Qué sería necesario para inscribir?

**R:** Respecto del poder concedido por el tutor para vender la finca del incapaz, se señala que, dado que la representación legal del tutor tiene el carácter de

función, el tutor no puede conceder poderes generales que impliquen una delegación de su cargo, sino únicamente poder concretos para un acto determinado suficientemente definido en la escritura en que se concede la representación.

En el presente supuesto, dado la parquedad de la reseña notarial de la representación, fruto de la utilización de fórmulas estereotipadas que no se adaptan al caso concreto, no se puede deducir que tipo de poder se ha otorgado, es más, de la dicción literal parece tratarse de un poder general, por lo que deberá suspenderse la inscripción por la incongruencia del juicio de suficiencia notarial de la representación con el contrato que se celebra.

En cuanto, a la segunda cuestión, la relativa a la necesidad de verificación favorable de la autoridad judicial, se recuerda, en primer lugar, que la venta por tutor de un bien del incapaz debe verificarse en subasta pública conforme establece el artículo 2015 de la LEC, salvo que el juez en la autorización hubiere dispuesto otra cosa, como ocurre en el presente supuesto, en cuyo caso han de cumplirse estrictamente las condiciones señaladas por el mismo, lo cual no tiene lugar en el presente caso.

Así las cosas, un grupo mayoritario de compañeros se inclina por exigir la aprobación o visto bueno judicial que deriva de los términos de la sentencia (se alude a la aplicación analógica del artículo 641-4 de la LEC); si bien otro grupo minoritario se conforma con que se acredite, con los consiguientes certificados, que la venta se ha efectuado con la mediación de una agencia de la propiedad inmobiliaria reconocida oficialmente y previa la tasación efectuada por una compañía de valoración también autorizada para ello legalmente, para favorecer el tráfico y en cuanto que son requisitos objetivamente comprobables, como si el juez hubiere puesto como condición un precio mínimo de venta.

## URBANISMO.

**1.- P:** En su día se solicitó la expedición de la certificación de dominio y cargas a efectos de un Proyecto de Compensación, en la que se indicó que existía una finca de X m<sup>2</sup> no incluida en la solicitud que se encontraba dentro de la unidad según se infería del Registro y el Catastro, respecto de la cual se expidió también la certificación y se indicó que debía incorporarse al Proyecto. Consta que el titular se ha personado en el expediente pero no se le ha hecho caso alguno.

Ahora se presenta el Proyecto y se observa que ni la indicada finca 1 ni su titular se han incluido en el mismo y que, por el contrario, la finca 2 dentro de la cual se encuentra situada aquélla es objeto de un exceso de cabida similar,

adjudicándose todas las fincas de resultado correspondientes a la total superficie declarada de la finca 2, al titular de la misma.

¿Se puede inscribir el Proyecto de Compensación?

**R:** Se considera que no porque al tratarse de un supuesto en que una finca se encuentra incluida en la unidad e inscrita –la finca 1-, y al existir una discusión en su titularidad con otro propietario que no tiene inscrita esa superficie física – la finca 2 es otra parcela registral y catastral-, debe prevalecer la legitimación registral y adjudicar, en principio, toda la finca de reemplazo correspondiente a esa superficie, únicamente, al titular registral de la finca 1, dado que al no haber el de la finca 2 entablado demanda judicial y solicitado anotación preventiva de la misma no existe titularidad controvertida, es decir, justo lo contrario de lo que se ha aprobado por el ayuntamiento.

Esta situación deriva de la aplicación estricta de los artículos 13 y 10-3 del RD 1093/1997, dado que no existe titularidad controvertida en los términos de este último artículo. Es decir, si no existe doble inmatriculación porque antes de la inscripción del Proyecto, respecto de la superficie física objeto de disputa, sólo existía la inscripción de la finca 1; ni la titularidad, en consecuencia, es desconocida a efectos registrales; y tampoco es controvertida, pues el titular de la finca 2 no ha entablado acción judicial sino que únicamente ha acudido al ayuntamiento a indicar que es su dueño; sólo queda adjudicar la finca al único titular registral.

Esa solución es la que resulta lógicamente del RD 1093/1997 pues el mismo parte del principio de legitimación del titular registral si éste existiere –artículos 38 y 1 de la Ley Hipotecaria-. Ahora bien, dado que las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1999 y 19 de abril de 2005, recogida entre otras por la sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad de Madrid de 10 de febrero 2006, ha reconocido, erróneamente según juicio general –vid disposición derogatoria única-, la subsistencia del artículo 103.4 del RGU de 1978, que admite la figura de la titularidad dudosa, se considera que ese reconocimiento sólo puede implicar que si ninguna de las fincas de origen estuvieren inscritas, la finca de resultado se inscribiría a favor de los dos reclamantes como dudosa – nadie se encuentra protegido por la fe pública registral- o, más dudoso aunque reconocido por dichas sentencias, si sólo la tuviere inscrita uno de los reclamantes y el otro sólo alegare su derecho en el ayuntamiento, la finca de resultado se inscribiría a favor del único titular registral pero como dudosa por alegación del otro.

Es caso de referencia, se da esa última situación y, por tanto, no se puede inscribir la finca de resultado a favor del reclamante no inscrito, como ha hecho el ayuntamiento, ni tampoco a favor de los dos reclamantes como titularidad

dudosa o para el que venza en juicio, porque entonces, por comparación con los párrafos 3º y 1º del artículo 10 del RD 1093/1997, se estaría privilegiando al reclamante que no ha inscrito y que tampoco ha acudido a los Tribunales, respecto de los que si lo han hecho, lo cual es absurdo.

Por tanto, en el caso debatido, debe rectificarse el expediente con la pertinente operación jurídica complementaria, y adjudicar la finca de resultado discutida a favor del titular de la finca 1 con indicación de que existen dudas en su titularidad, alegadas por el titular de la finca 2.

En conclusión, en principio, el expediente se debe tramitar con quien figure como titular en el Registro de la Propiedad que otorga presunción de titularidad, y aunque, según las indicadas sentencias, no es función de la Administración decidir, con ocasión de la aprobación de un Proyecto de equidistribución, la persona que resulte titular de los terrenos comprendidos en la unidad de actuación, cuando exista una situación dudosa que enfrente una titularidad registral con otras como, por ejemplo de dominio público, abandono o apariencia de titularidad, parece que no debe aplicarse la exigencia de la anotación preventiva de demanda y la Administración debe formular un pronunciamiento en el cual determinará el alcance y extensión de la duda.

**2.-P:** ¿Es necesario incluir las vías pecuarias en lo Proyectos de reparcelación como fincas de origen?

**R:** El artículo 12 de la Ley estatal de vías pecuarias de 23 de marzo de 1995 señala que en las zonas objeto de cualquier forma de ordenación territorial, el nuevo trazado que, en su caso, haya de realizarse de las vías pecuarias, deberá asegurar con carácter previo el mantenimiento de la integridad superficial, la idoneidad de los itinerarios y la continuidad de los trazados con los de tránsito de animales y otros usos compatibles.

Por su parte, los artículos 25 y 26 de la Ley autonómica de vías pecuarias de 15 de junio de 1998 disponen que las vías pecuarias tienen la calificación urbanística de “suelo no urbanizable protegido” y que si, como consecuencia de una nueva ordenación del territorio, fuere necesario ocuparlas, será necesario la previa aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, debiendo el instrumento de planeamiento prever el trazado alternativo de las vías pecuarias, que deberá asegurar, con carácter previo, el mantenimiento de la integridad superficial, el carácter idóneo del nuevo itinerario y la continuidad de las vías de modo que no se interrumpa el tránsito ganadero.

En consecuencia, toda desafectación de vías pecuarias, alteración –total o parcial- de su trazado, incluso por ampliación, así como la declaración de la compatibilidad con las mismas del proyecto de ejecución, exigirá la aprobación

previa del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que deberá, por tanto, ser citada, en su caso, en el expediente de reparcelación, en el cual deberán, igualmente, incluirse dichas vías pecuarias afectadas como fincas de origen.

En el expediente respectivo será necesario que se aluda a la solución establecida para cada caso y a la aprobación por la autoridad competente, sin cuya constancia no será posible la inscripción. Las vías pecuarias deberán, según la solución adoptada en el expediente, bien inmatricularse sino estuvieren inscritas; bien cancelarse, si fueran ocupadas para otros fines, y ser objeto de descripción su nuevo trazado como finca de resultado; o bien ser objeto de rectificación de su superficie y regularización de sus linderos.

# LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

PRIMER TRIMESTRE DE 2010

## ÍNDICE

**DECRETO 1/2010, de 14 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.**

El artículo 27.10 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad de Madrid la competencia para el desarrollo legislativo y ejecución en materia de defensa del consumidor, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución española.

En uso de dichas atribuciones, la Comunidad de Madrid dictó la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, en la que estableció una detallada regulación de los derechos de los consumidores y de su protección jurídica, administrativa y técnica. Asimismo, definió la distribución de competencias entre las diferentes Administraciones Públicas, señaló los cauces de cooperación entre las Administraciones y otros entes sociales implicados en la protección del consumidor y diseñó la política en materia de consumo para la defensa y protección de los consumidores dentro del ámbito regional, atendiendo a las bases de ordenación económica general y política monetaria del Estado.

El legislador, con el fin de facilitar la labor interpretativa, evitar la dispersión de normas y completar la regulación legal, estimó necesario elaborar un único Reglamento aprobado mediante Decreto 152/2001, de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, que englobara los distintos aspectos sobre los que versa la Ley.

La experiencia acumulada en su aplicación del Decreto 152/2001, de 13 de septiembre, hace necesario realizar ajustes y modificaciones en su contenido para adaptarlo a los cambios producidos desde su aprobación.

Las reformas en la organización básica de la Administración de la Comunidad de Madrid y la nueva estructura de la Consejería de Economía y Hacienda, acordada mediante el Decreto 25/2009, de 18 de marzo, del Consejo de Gobierno, a la que se atribuye las competencias en materia de defensa del consumidor, han puesto de manifiesto la necesidad de su adecuación al nuevo marco competencial, suprimiendo las menciones expresas a organismos y entidades que no figuran en la actual estructura orgánica, sustituyéndolas por referencias al órgano o entidad que ostenta la competencia de que se trate y así evitar, en lo posible, futuras modificaciones normativas.

El presente Decreto se estructura en un artículo único, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Por su parte, el Reglamento que se aprueba mediante el presente Decreto, se estructura en cinco títulos.

El título I del Reglamento regula su objeto y ámbito de aplicación.

El título II relativo a órganos colegiados de consulta y asesoramiento establece la regulación del Consejo de Consumo, así como su adscripción, composición y funciones, con el objeto de adaptarlo a la situación actual.

El título III relativo a la protección jurídica, administrativa y técnica, en relación con los derechos de los consumidores, establece una regulación en función de las necesidades detectadas con la aplicación práctica del sistema unificado de reclamaciones y los códigos de buenas prácticas y símbolos de calidad empresarial. Las dificultades surgidas para la universalización de la hoja de reclamaciones prevista en el sistema unificado de reclamaciones y para la fijación de criterios uniformes entre los órganos competentes en esta materia, han motivado la actual regulación. Por otra parte, se ha vinculado en su totalidad el desarrollo de los códigos de buenas prácticas al Consejo de Consumo, al considerarlo el foro adecuado para su incardinación.

En el título IV se regula el control, inspección y sanción en materia de consumo.

En el título V, relativo a la cooperación administrativa, se procede a adaptar la regulación de la Comisión Regional de Política de Consumo a las necesidades detectadas durante los años que han mediado entre la aprobación del anterior Reglamento y el presente. Asimismo, se establece el marco jurídico de aplicación al Registro de servicios de consumo para adaptarlo a las nuevas figuras que surgen en este ámbito.

El presente Decreto ha sido informado por el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid. En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4.b) de la Ley 6/1991, de 4 de abril, de Creación del Consejo Económico y Social, el presente Decreto ha sido sometido a informe de este órgano consultivo.

En virtud de lo expuesto, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión de 14 de enero de 2010,

**DISPONE. Artículo único.** Aprobación del Reglamento de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid

Se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, que se inserta a continuación.

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. Plazo de adecuación**

El Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid, el Comité Técnico de Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid y la Comisión Regional de Política de Consumo tendrán un plazo de seis meses para adecuarse a las modificaciones contenidas en el presente Decreto. Durante este período continuarán en sus funciones los miembros o Vocales designados al amparo del Decreto 152/2001, de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

**DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa**

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango 1. en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto.

Quedan derogadas expresamente las siguientes 2. disposiciones:

a) El Decreto 152/2001, de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, excepto en lo relativo al modelo de hojas de reclamaciones y cartel informativo del Sistema Unificado de Reclamaciones, recogido en los artículos 29.1 y 30, que permanecerá en vigor hasta la aprobación de Orden del titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores que lo regule.

b) La Orden 9665/2002, de 29 de octubre, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, por la que se regula la concesión del símbolo “Buenas Prácticas” en materia de protección al consumidor.

**DISPOSICIONES FINALES. Primera. Habilitación de desarrollo**

Se autoriza al titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores para dictar las normas que resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de lo establecido en el presente Decreto.

**Segunda. símbolo de calidad empresarial**

Por Orden del titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, se establecerá el símbolo de calidad empresarial y el procedimiento de concesión del mismo.

**Tercera. Entrada en vigor**

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

**TÍTULO I**

**Disposiciones generales**

**Artículo 1. Objeto**

El presente Reglamento tiene por objeto aprobar las normas de desarrollo de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

**Artículo 2. Ámbito de aplicación**

El presente Reglamento será de aplicación al régimen jurídico de protección de los consumidores en el territorio de la Comunidad de Madrid.

**TÍTULO II**

**Órganos colegiados de consulta y asesoramiento**

**Capítulo I**

**Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid**

**Artículo 3. Adscripción**

El Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid es el órgano colegiado consultivo, asesor, de participación de instituciones y organizaciones sociales y de coordinación interadministrativa en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores en el ámbito autonómico, sin perjuicio de los órganos similares que, en su propio ámbito, puedan constituir las Corporaciones Locales, y de las funciones que se atribuyan en su ámbito material al órgano previsto en el artículo 78 del presente Reglamento.

El Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid se adscribe a la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

**Artículo 4. Funciones**

El Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid tendrá en el ámbito de las competencias que se otorgan a la Comunidad de Madrid en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, las siguientes funciones:

- a) Promover e impulsar la defensa del consumidor y usuario y la solución extrajudicial de controversias derivadas de la misma.
- b) Emitir dictamen en los asuntos que facultativamente el Consejo de Gobierno, las Consejerías u otros organismos de la Comunidad de Madrid le sometan a su conocimiento, en el marco de las materias que le son propias.
- c) Proponer al Consejo de Gobierno y a las Consejerías de la Comunidad de Madrid cuantas medidas consideren oportunas para una adecuada ordenación del consumo y defensa de los consumidores, valorando las normas en vigor, promoviendo la modificación de las mismas, así como la elaboración de las nuevas disposiciones o la realización de actuaciones concretas.
- d) Elaborar informes y estudios, a iniciativa propia o a instancia de las instituciones y órganos de la Comunidad de Madrid u otras instituciones públicas.
- e) Conocer e informar preceptivamente cuantas disposiciones de carácter general de la Comunidad de Madrid afecten directamente a los consumidores.
- f) Colaborar en la programación de la política para la defensa de los intereses de los consumidores en la Comunidad de Madrid.
- g) Colaborar, cooperar y, en su caso, coordinar con otros organismos análogos, Administraciones y entidades públicas o privadas cuyas competencias o actividades tengan

relación con la defensa del consumidor, cuantas iniciativas públicas se adopten en materia de protección de los consumidores.

h) Colaborar en la elaboración de los códigos de buenas prácticas de ámbito autonómico e informar los códigos de buenas prácticas de ámbito municipal.

El informe a que se refiere la letra e) del apartado anterior deberá ser emitido en el plazo que fije el Consejo de Gobierno o la Consejería competente en la solicitud del informe, plazo que no podrá ser superior a dos meses, salvo que se haga constar la urgencia de su emisión, en cuyo caso no podrá ser superior a un mes. De no evacuarse en dichos plazos se proseguirá con la tramitación del procedimiento.

#### **Artículo 5. Medios materiales y personales**

La Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, facilitará los medios y recursos necesarios para el correcto funcionamiento del Consejo.

El Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid podrá, a su vez, recabar a través de la Consejería competente en materia de ordenación del consumo cuanta información y documentación sea precisa para el desempeño de sus funciones.

#### **Artículo 6. Estructura**

El Consejo de Consumo se estructura en los siguientes órganos:

a) El Pleno. b) La Comisión Permanente. c) La Comisión de Precios. d) La Comisión de Legislación. e) La Comisión de Organizaciones de Consumidores. f) La Comisión de Códigos de Buenas Prácticas.

El Pleno o cualquiera de las comisiones podrán constituir grupos de trabajo de carácter temporal para la elaboración de propuestas o informes en temas concretos o especializados, con la composición que acuerde el órgano que los constituya. Los informes de los grupos de trabajo no tendrán carácter vinculante y se elevarán al Pleno o, en su caso, a las comisiones para su aprobación.

#### **Artículo 7. Composición del Pleno**

El Pleno del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid estará integrado por los siguientes miembros: Un Presidente, un Vicepresidente primero, un Vicepresidente segundo, los Vocales designados de acuerdo con lo señalado en el apartado 4 del presente artículo y un Secretario.

Será Presidente del Consejo el titular de la Consejería que ostente la competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

Será Vicepresidente primero el titular de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores. Será Vicepresidente segundo el titular de la Secretaría General Técnica de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores o persona en quien delegue.

Serán Vocales del Consejo: a) Un representante de cada una de las Consejerías de la Comunidad de Madrid propuesto por su titular.

b) Siete representantes de organizaciones de consumidores de implantación regional, inscritas en el Registro de organizaciones de consumidores de la Comunidad de Madrid y que tengan la consideración de colaboradoras.

c) Dos representantes de las organizaciones empresariales de carácter intersectorial más representativas en el territorio de la Comunidad de Madrid.

d) Dos representantes de las organizaciones sindicales de carácter intersectorial más representativas en el territorio de la Comunidad de Madrid.

e) Tres representantes de los municipios de la Comunidad de Madrid: Uno a propuesta del Ayuntamiento de Madrid, uno a propuesta de la Federación de Municipios de Madrid en representación de los Ayuntamientos con servicio municipal de consumo y el Presidente de la Federación de Municipios de Madrid en representación de todos los municipios de la Comunidad de Madrid.

f) Un representante de los profesionales colegiados, propuesto de mutuo acuerdo por los Colegios Profesionales incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid. A tal efecto, los Colegios Profesionales de ámbito territorial exclusivamente madrileño deberán estar inscritos en el Registro de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid en los términos previstos en su normativa reguladora.

g) Un experto de reconocido prestigio en materia de consumo propuesto por el titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

Como Secretario actuará, con voz y sin voto, un funcionario de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores propuesto por su titular.

La condición de Presidente, Vicepresidente, Vocal o Secretario del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid no dará derecho a percibir retribución económica alguna por parte de la Comunidad de Madrid.

#### **Artículo 8. Propuesta y nombramiento de los Vocales representantes de la Administración Pública y del Secretario**

Los Vocales representantes de las Administraciones Públicas y el Secretario del Consejo de Consumo serán nombrados por el titular de la Consejería con competencias en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, a propuesta de los órganos e instituciones relacionadas en el artículo anterior.

De acuerdo con el procedimiento establecido en el párrafo anterior, el titular de la Consejería con competencias en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores nombrará un suplente de cada uno de los Vocales y del Secretario.

En caso de vacante, ausencia, enfermedad o cualquier otra causa legal o reglamentaria sobrevenida, los Vocales titulares serán sustituidos por los suplentes, el Presidente por el Vicepresidente primero o, en caso de ausencia de ambos, por el Vicepresidente segundo, y el Secretario por el Secretario suplente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

#### **Artículo 9. Propuesta y nombramiento de Vocales en representación de entidades**

Las entidades que deseen formar parte del Consejo en representación de las organizaciones de consumidores, empresariales, profesionales y sindicales, lo solicitarán al titular de la Dirección General con competencias en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

El titular de la Dirección General propondrá las organizaciones a las que se otorgará la representación, teniendo en cuenta los criterios de representatividad, en especial, implantación a nivel regional, número de asociados, capacidad técnica, infraestructura y actividad efectiva. En el caso de las organizaciones de consumidores, deberán contar con calificación como entidad colaboradora por el Registro de Organizaciones de Consumidores de la Comunidad de Madrid. A esos efectos, podrá recabar de las organizaciones la documentación acreditativa necesaria para realizar la propuesta.

Realizada la propuesta, corresponde a las respectivas organizaciones designar el Vocal representante de dicha organización.

Designado el Vocal representante, será nombrado por el titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

Con ocasión de la renovación de cada mandato, se abrirá un nuevo período de solicitudes, reconsiderándose la representatividad de las organizaciones al objeto de adaptar la configuración del Consejo a la evolución de la realidad regional.

El Pleno del Consejo podrá acordar que la designación de los Vocales de las comisiones sea rotativa, sin que por ello se vea alterada la composición de las mismas, en cuanto a la representatividad determinada en el presente Reglamento.

**Artículo 10. Duración del mandato y cese**

El nombramiento de los Vocales del Consejo se realizará por un período de cuatro años, pudiendo ser renovado dicho nombramiento por períodos iguales.

Los Vocales del Consejo cesarán por cualquiera de las siguientes causas: a) Renuncia. b) Incumplimiento sobrevenido de los requisitos que determinaron su designación. c) Por acuerdo del Consejero con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, previa propuesta de aquel a quien corresponda efectuar la designación. d) Por el transcurso del plazo de cuatro años para el que fueron nombrados, manteniéndose en funciones hasta la efectiva incorporación de sus sucesores. e) Por cualquier otra causa, legal o reglamentaria, sobrevenida.

En todo caso, en el supuesto de cese, los nuevos Vocales nombrados continuarán el mandato de sus predecesores hasta la renovación cuatrienal del Consejo.

**Artículo 11. Funciones del Pleno**

Corresponde al Pleno del Consejo el ejercicio de las funciones que se atribuyen al Consejo de Consumo y que no se asignen expresamente a otro órgano del mismo. En particular, le corresponde:

- a) Elaborar la propuesta de Reglamento de Régimen Interno que se elevará para su aprobación y posterior publicación al titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.
- b) Analizar y evaluar las políticas de consumo de la Comunidad de Madrid.
- c) Crear grupos de trabajo dentro del Consejo de Consumo o delegar en las comisiones esta facultad.
- d) Nombrar los Vocales que formen parte de las comisiones del Consejo de Consumo.
- e) Programar, coordinar y evaluar las actuaciones de las comisiones del Consejo de Consumo.
- f) Proponer la realización de estudios e investigaciones de interés para los fines del Consejo de Consumo.
- g) Informar preceptivamente las disposiciones normativas de la Comunidad de Madrid que afecten directamente a los consumidores.
- h) Emitir aquellos otros informes, dictámenes o estudios sobre las materias o asuntos que, por su especial trascendencia, le eleven las comisiones u otros organismos de la Comunidad de Madrid para su conocimiento.
- i) Colaborar en la elaboración de los códigos de buenas prácticas de ámbito autonómico.
- j) Informar los códigos de buenas prácticas municipales.
- k) Constituir comisiones cuando se considere necesario para el Pleno desarrollo de las funciones del Consejo.
- l) Aprobar la memoria anual.

**Artículo 12. Comisión permanente**

La comisión permanente ejercerá cuantas funciones le sean delegadas por el Pleno y aquellas otras que le atribuya el Reglamento de Régimen Interno. Asimismo y por razones de urgencia, podrá adoptar acuerdos en relación con las materias competencia del Pleno y de las comisiones, dando cuenta motivada a aquel en la primera sesión que se celebre.

La comisión permanente tendrá la siguiente composición:

- a) Presidente: El Presidente del Consejo o persona en quien delegue.
- b) Vicepresidente: El Vicepresidente primero del Consejo.
- c) Los Vocales designados por el Pleno del Consejo entre sus miembros en los siguientes términos: Dos Vocales de entre aquellos a que hace referencia la letra a) del apartado 4 del artículo 7, uno de los Vocales representantes de las organizaciones de consumidores, uno de los Vocales representantes de las organizaciones empresariales, uno de los Vocales representantes de las organizaciones sindicales, uno de los Vocales representantes de los municipios.

d) Un experto de reconocido prestigio en materia de consumo propuesto por el titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

e) Secretario: El Secretario del Consejo, que actuará con voz pero sin voto.

### **Artículo 13. Comisión de Precios**

La Comisión de Precios ejercerá cuantas funciones le sean delegadas por el Pleno y aquellas otras que le atribuya el Reglamento de Régimen Interno y, en particular, la aprobación de los precios autorizados de ámbito autonómico, de conformidad con el artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

La comisión de precios tendrá la siguiente composición:

a) Presidente: El Vicepresidente primero del Consejo o, en su caso, el Vicepresidente segundo o persona en quien delegue.

b) Los Vocales designados por el Pleno del Consejo entre sus miembros en la forma prevista en el artículo 12 del presente Reglamento. Entre los Vocales de esta comisión deberá figurar, en todo caso, el representante de la Consejería con competencia en materia de comercio.

c) Secretario: Un empleado público de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, con voz pero sin voto, designado por su titular.

### **Artículo 14. Comisión de Legislación**

La Comisión de Legislación ejercerá cuantas funciones le sean delegadas por el Pleno y aquellas otras que le atribuya el Reglamento de Régimen Interno. En particular ejercerá las siguientes funciones:

a) Elaborar la propuesta de informe del Consejo sobre las disposiciones de carácter general que se sometan a la consideración del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid.

b) Evaluar la incidencia en la Comunidad de Madrid de la normativa europea en materia de protección al consumidor.

c) Valorar y analizar la aplicación de la normativa estatal, autonómica y local que afecte directamente a los consumidores.

d) Proponer modificaciones a la normativa vigente en materia de defensa del consumidor dentro de la Comunidad de Madrid.

e) Proponer disposiciones normativas en materia de defensa del consumidor dentro de la Comunidad de Madrid.

La Comisión de Legislación tendrá la siguiente composición:

a) Presidente: El Vicepresidente primero del Consejo o, en su caso, el Vicepresidente segundo o persona en quien delegue.

b) Los Vocales designados por el Pleno del Consejo entre sus miembros de la forma prevista en el artículo 12 del presente Reglamento.

c) Secretario: Un empleado público de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, con voz pero sin voto, designado por su titular.

### **Artículo 15. Comisión de Organizaciones de Consumidores**

La Comisión de Organizaciones de Consumidores ejercerá cuantas funciones le sean delegadas por el Pleno y aquellas otras que le atribuya el Reglamento de Régimen Interno. En particular ejercerá las siguientes funciones:

a) Realizar informes en materia de consumo en la Comunidad de Madrid.

b) Proponer actuaciones en materia de consumo.

c) Estudiar nuevas líneas de información y formación al consumidor.

d) Elegir en los supuestos en que proceda a los representantes de los consumidores en las distintas instituciones públicas o privadas en que se les confiera representación.

La Comisión de Organizaciones de Consumidores tendrá la siguiente composición:

- a) Presidente: El Vicepresidente primero del Consejo o, en su caso, el Vicepresidente segundo o persona en quien delegue.
- b) Los Vocales representantes de las organizaciones de consumidores.
- c) Secretario: Un empleado público de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, con voz pero sin voto, designado por su titular.

**Artículo 16. Comisión de Códigos de Buenas Prácticas**

La Comisión de Códigos de Buenas Prácticas ejercerá cuantas funciones le sean delegadas por el Pleno y aquellas otras que le atribuya el Reglamento de Régimen Interno. En particular ejercerá las siguientes funciones:

- a) Participar, junto con representantes del sector empresarial, en la elaboración de textos de códigos de buenas prácticas sobre las materias que acuerde el Consejo de Consumo.
- b) Informar sin carácter vinculante la procedencia de elaboración de los códigos de buenas prácticas solicitados por las asociaciones empresariales.
- c) Proponer la elaboración de códigos de buenas prácticas en los sectores que se estimen de interés.
- d) Elaborar informes y estudios sobre los códigos de buenas prácticas en los distintos sectores.
- e) Designar el grupo de trabajo de evaluación y seguimiento de cada código de buenas prácticas.
- f) Proponer la aprobación de la concesión del símbolo de calidad empresarial “Buenas Prácticas” a las empresas que lo soliciten, que se hayan adherido a un código de buenas prácticas y cumplan los requisitos fijados en el mismo, previo informe favorable del grupo de trabajo de evaluación y seguimiento de cada código, correspondiendo su aprobación al titular de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.
- g) Proponer la prohibición de la utilización absoluta del símbolo de calidad empresarial “Buenas Prácticas” a las empresas que incumplan los compromisos adquiridos, previo informe favorable del grupo de trabajo de evaluación y seguimiento de cada código, correspondiendo su prohibición al titular de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.
- h) El seguimiento, control y evaluación de los códigos de buenas prácticas aprobados.
- i) Solicitar la inscripción de oficio en el registro del símbolo de calidad empresarial “Buenas Prácticas” de las empresas destinatarias.

La Comisión de Códigos de Buenas Prácticas tendrá la siguiente composición:

- a) Presidente: El Vicepresidente primero del Consejo o, en su caso, el Vicepresidente segundo o persona en quien delegue.
- b) Los Vocales designados por el Pleno del Consejo entre sus miembros de la forma prevista en el artículo 12 del presente Reglamento.
- c) Secretario: Un empleado público de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, con voz pero sin voto, designado por su titular.

La composición de los grupos de trabajo de evaluación y seguimiento del código de buenas prácticas será acordada por la comisión, ajustándose a la normativa que resulte aplicable a la materia.

**Artículo 17. Asistencia de técnicos o expertos**

A las reuniones del Consejo, en Pleno o en comisiones, podrán asistir, con voz pero sin voto, los técnicos o expertos convocados por el Presidente, a propuesta de cualquiera de los miembros del Consejo.

**Artículo 18. Funcionamiento del Consejo**

El Pleno del Consejo se reunirá, como mínimo, en sesión ordinaria convocada por su Presidente, una vez cada seis meses. La convocatoria deberá ir acompañada de la

documentación necesaria y habrá de remitirse a sus miembros con, al menos, cinco días naturales de antelación. Podrá reunirse, además, en sesión extraordinaria, cuando lo convoque su Presidente a iniciativa propia o a solicitud de, al menos, un tercio de los Vocales.

El Pleno y las comisiones quedarán válidamente constituidos con la presencia del Presidente y Secretario o quienes les sustituyan, y la mitad, al menos, de los Vocales miembros.

La adopción de los acuerdos de los órganos del Consejo requerirá mayoría de los asistentes, dirimiendo los empates el Presidente con su voto de calidad. Los dictámenes o informes podrán incluir los votos particulares, si los hubiera.

#### **Artículo 19. Normas aplicables**

La organización y funcionamiento del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid se regirá por lo dispuesto en el presente Reglamento y en el Reglamento de Régimen Interno. En lo no previsto en los mismos se aplicará lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### **Capítulo II**

#### **Comité Técnico de la Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid**

##### **Artículo 20. Adscripción**

El Comité Técnico de la Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid es el órgano colegiado consultivo, asesor y especializado de la Administración Autonómica en materia de seguridad en el consumo, sin perjuicio de los órganos similares que, en su propio ámbito, puedan constituir las Entidades Locales.

El Comité Técnico de la Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid se adscribe a la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

##### **Artículo 21. Funciones**

El Comité Técnico de la Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid tendrá, en el ámbito de las competencias que se otorgan a la Comunidad de Madrid en materia de seguridad en el consumo y sin perjuicio de las atribuidas a otros organismos en materia de salud pública y de las funciones que en materia de seguridad alimentaria se otorgan al Consejo de Seguridad e Higiene Alimentaria de la Comunidad de Madrid, a requerimiento de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores u otros órganos de la Comunidad de Madrid, las siguientes funciones:

- a) Emitir informes sobre productos comercializados como seguros y que presenten riesgos.
- b) Valorar las medidas que se deban adoptar ante la comercialización de productos, bienes y servicios inseguros.
- c) Emitir informes técnicos.
- d) Proponer el desarrollo de programas de control en materia de seguridad y colaborar en la programación de la política de seguridad en el consumo.
- e) Cualesquiera otras funciones que en su condición de órgano asesor pueda desarrollar en materia de seguridad en el consumo.

Las materias que sean objeto de propuesta, valoración e informe tendrán carácter confidencial, no pudiendo ser objeto de difusión, salvo que se acuerde expresamente, por estimarse necesaria su divulgación para garantizar la seguridad de los consumidores.

##### **Artículo 22. Composición**

El Comité Técnico de la Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid estará constituido por un Presidente, un Vicepresidente, 15 Vocales, que serán expertos en materia de seguridad y en técnicas de ensayo y análisis, y un Secretario.

El Presidente del Comité será el titular de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

El Vicepresidente será un miembro de la unidad administrativa general, responsable de las materias de inspección y control de mercado, de la Dirección General, con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

Serán Vocales del Comité:

- a) Un representante de la Dirección General competente en materia de industria propuesto por el titular de la Consejería competente en esa materia.
- b) Un representante de la Dirección General con competencia en materia alimentaria propuesto por el titular de la Consejería competente en esa materia.
- c) Un representante de la Dirección General con competencia en materia de consumo propuesto por el titular de la Consejería competente en esta materia.
- d) Un representante de la Dirección General con competencia en materia de control farmacéutico y productos sanitarios propuesto por el titular de la Consejería competente en esta materia.
- e) Un representante de la Dirección General con competencia en materia de sanidad ambiental propuesto por el titular de la Consejería competente en esta materia.
- f) Un representante de las organizaciones de consumidores con representación en el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid propuesto por la Comisión de Organizaciones de Consumidores de dicho Consejo.
- g) Un representante de las organizaciones empresariales con representación en el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid propuesto por las citadas organizaciones.
- h) Un representante de las organizaciones sindicales con representación en el Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid propuesto por las citadas organizaciones.
- i) Un representante de los municipios de la Comunidad de Madrid propuesto por la Federación de Municipios de Madrid.
- j) Un representante del Ayuntamiento de Madrid.
- k) Dos expertos propuestos por el órgano estatal competente en materia de consumo.
- l) Un representante de la Fundación para el Fomento de la Innovación Industrial propuesto por la misma.
- m) Un representante de los profesionales colegiados propuesto de mutuo acuerdo por los Colegios Profesionales incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid. A tal efecto, los Colegios Profesionales de ámbito territorial exclusivamente madrileño deberán estar inscritos en el Registro de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid en los términos previstos en su normativa reguladora.
- n) Un representante del Consejo de Seguridad e Higiene Alimentaria.

Como Secretario actuará, con voz y sin voto, un empleado público de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores propuesto por su titular.

La condición de Presidente, Vicepresidente, Vocal o Secretario del Comité no dará derecho a percibir retribución económica alguna por parte de la Comunidad de Madrid.

#### **Artículo 23. Nombramiento y suplencia de los Vocales y del Secretario**

Los Vocales y el Secretario del Comité serán nombrados por el titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores a propuesta de los órganos, instituciones u organizaciones relacionadas en el artículo anterior.

Siguiendo idéntico procedimiento, el titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores podrá nombrar suplente de cada uno de los Vocales y del Secretario.

En caso de vacante, ausencia, enfermedad o cualquier otra causa legal o reglamentaria sobrevenida, los Vocales titulares serán sustituidos por los suplentes y el Presidente por el Vicepresidente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En caso de vacante, ausencia, enfermedad o cualquier otra causa legal o reglamentaria el Secretario será sustituido por el Secretario suplente.

#### **Artículo 24. Duración del mandato y cese**

El nombramiento de los Vocales del Comité se realizará por un período de cuatro años, pudiendo ser renovado dicho nombramiento por períodos iguales.

Los Vocales del Comité cesarán por cualquiera de las siguientes causas:

- a) Renuncia.
- b) Incumplimiento sobrevenido de los requisitos que determinaron su designación.
- c) Acuerdo del Consejero con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, previa propuesta de aquel a quien corresponda efectuar la designación.
- d) Transcurso del plazo de cuatro años para el que fueron nombrados, manteniéndose en funciones hasta la efectiva incorporación de sus sucesores.
- e) Cualquier otra causa, legal o reglamentaria sobrevenida.

En todo caso, en el supuesto de cese, los Vocales designados en sustitución de los anteriores continuarán el mandato de sus predecesores hasta la renovación cuatrienal del Comité.

**Artículo 25. Asistencia de técnicos o expertos**

A las reuniones del Comité podrán asistir, con voz pero sin voto, aquellos técnicos o expertos en materia de seguridad en el consumo convocados por el Presidente, a iniciativa propia o a propuesta de cualquiera de los Vocales.

**Artículo 26. Organización y funcionamiento**

El Comité se reunirá, como mínimo, una vez al año en sesión ordinaria convocada por su Presidente. Podrá reunirse, además, en sesión extraordinaria, cuando lo convoque su Presidente a iniciativa propia o solicitud de, al menos, un tercio de los Vocales.

La organización y funcionamiento del Comité Técnico de la Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid se regirá por lo dispuesto en el presente Reglamento y en el Reglamento de Régimen Interno que pudiera aprobar el Comité. En lo no previsto en los mismos se aplicará lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Artículo 27. Medios materiales y personales**

La Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores de la Comunidad de Madrid facilitará los medios y recursos necesarios para el correcto funcionamiento del Comité.

El Comité Técnico de la Seguridad en el Consumo de la Comunidad de Madrid podrá, a su vez, recabar a través de la Consejería a la que se adscriba, cuanta información y documentación sea precisa para el desempeño de sus funciones.

**TÍTULO III**

**Protección jurídica administrativa y técnica en relación con los derechos de los consumidores**

**Capítulo I**

**Sistema unificado de reclamaciones**

**Artículo 28. Concepto**

El sistema unificado de reclamaciones es el conjunto de instrumentos y actuaciones que la Administración Pública pone a disposición de los consumidores con el fin de garantizar su derecho a reclamar, así como a un tratamiento homogéneo de las reclamaciones, en los términos dispuestos en el presente capítulo.

**Artículo 29. Ámbito de aplicación**

Las personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, que produzcan, faciliten, suministren o expidan en régimen de derecho privado bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, comercializados o prestados directamente a los consumidores como destinatarios finales dentro del ámbito de consumo de la Comunidad de Madrid, tendrán a su disposición las hojas de reclamaciones reguladas en el presente capítulo. Quedarán exentos de la obligación de disponer de hojas de reclamaciones:

a) Los profesionales liberales en el ejercicio de las actividades para las que obligatoriamente tengan que estar colegiados, cuando el colegio profesional legalmente reconocido disponga de comisión deontológica.

b) Los centros de enseñanza que imparten enseñanza reglada para esta actividad.

c) Los servicios públicos prestados directamente por la Administración Pública cuando dispongan de su propio procedimiento de reclamaciones.

Las personas físicas o jurídicas que estén obligadas a disponer de hojas o libros de reclamaciones en virtud de una normativa sectorial propia, no derivada expresamente de disposiciones específicas en materia de protección al consumidor, se registrarán por la misma sin perjuicio de la aplicación de las normas recogidas en el presente capítulo, en aquellos aspectos de información y protección al consumidor no contemplados en aquellas disposiciones.

La Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores coordinará las acciones orientadas a la extensión del sistema unificado de reclamaciones.

Los profesionales o empresas de venta a distancia, venta celebrada fuera de establecimientos mercantiles, venta automática, comercio electrónico, venta en pública subasta y otros que carezcan de establecimientos o locales abiertos al público, pero que operen dentro del territorio de la Comunidad de Madrid, dispondrán de las hojas de reclamaciones y estarán obligados a informar a los consumidores de su existencia y de la forma de acceder a las mismas.

#### **Artículo 30. Otras formas de reclamación**

La Administración Pública competente en materia de consumo pondrá a disposición del consumidor en sus oficinas, impresos de reclamaciones diferenciadas de las de otros procedimientos administrativos adaptadas a las peculiaridades de la reclamación o denuncia en materia de consumo.

La utilización de las hojas de reclamaciones no excluye la posibilidad que tienen los consumidores de formular su reclamación de cualquier otra forma legalmente prevista.

#### **Artículo 31. Hojas de reclamaciones de empresarios o profesionales**

Las hojas de reclamaciones se ajustarán al modelo que se establezca por Orden del titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

En todo caso, deberán contener la identificación del organismo emisor de la hoja, el anagrama de identificación de la Comunidad Autónoma y el espacio para la identificación de las partes reclamante y reclamada y para las alegaciones de las mismas.

#### **Artículo 32. Cartel informativo de empresarios o profesionales**

Todas las personas físicas o jurídicas que deban disponer de hojas de reclamaciones, deberán exhibir en el establecimiento o lugar donde proceda, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, de modo permanente y perfectamente visible al público, un cartel en el que figure de forma legible la leyenda “Existen hojas de reclamaciones a disposición del consumidor”. Dicho cartel, que se ajustará al modelo oficial que se establezca por Orden del titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, será facilitado por la Administración competente para su emisión.

Los profesionales y las empresas a los que hace referencia el artículo 29.4, informarán de la disposición de las hojas de reclamaciones, incluyendo en los lugares o soportes en que realicen la oferta y la venta, en todo caso, la leyenda “Existen hojas de reclamaciones a disposición del consumidor” y el modo de acceder a ellas de manera perfectamente legible.

#### **Artículo 33. Competencias de las Entidades Locales en materia de consumo**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, las Entidades Locales podrán asumir la competencia respecto a la edición y distribución de las hojas de reclamaciones y de los carteles informativos para los empresarios o profesionales dentro de su ámbito territorial, salvo los dedicados a la venta ambulante y a los profesionales y empresas a que se refiere el

artículo 29.4 del presente Reglamento, cuya competencia corresponde a la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de las que se otorgan a los órganos autonómicos competentes en el artículo 62 y en el apartado 2 del citado artículo 63 de dicha Ley.

La distribución de las hojas de reclamaciones de empresarios o profesionales se realizará por el organismo, ente, oficina, departamento o servicio de consumo de la Entidad Local correspondiente, con las salvedades a que se ha hecho referencia en el apartado anterior o por otros organismos administrativos, Corporaciones de derecho público u organizaciones empresariales, previo acuerdo o convenio suscrito al efecto con el órgano competente para la edición y distribución de las hojas de reclamaciones.

Los órganos y entidades responsables de la distribución, de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, mantendrán un registro de las personas físicas y jurídicas a las que se les haya suministrado hojas de reclamaciones. La organización y gestión de dichos registros observará lo establecido en la legislación reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Dentro de los primeros quince días de los meses de enero, abril, julio y octubre, el órgano o entidad responsable de la distribución remitirá al organismo de la Comunidad de Madrid con competencia en materia de defensa del consumidor, una relación de las personas físicas y jurídicas a las que se les hayan suministrado hojas de reclamaciones en el trimestre anterior, con referencia a los códigos de control de las hojas facilitadas.

Al efecto de facilitar el intercambio y normalización de información en esta materia, la Comunidad de Madrid podrá determinar el sistema informático o de otro tipo que deba ser utilizado en la transmisión de datos.

**Artículo 34. Obtención de hojas de reclamaciones por las personas físicas y jurídicas obligadas**

Para la obtención de las hojas de reclamaciones, las personas físicas y jurídicas obligadas deberán dirigirse a los organismos administrativos, Corporaciones de derecho público u organizaciones empresariales a los que hace referencia el apartado 2 del artículo 33 del presente Reglamento, aportando la documentación acreditativa del ejercicio de la actividad profesional o empresarial.

**Artículo 35. Entrega de hojas de reclamaciones a los consumidores**

El profesional, la persona responsable o cualquier empleado del establecimiento deberá facilitar de manera obligatoria y gratuita al consumidor que se lo solicite, un juego de hojas de reclamaciones con el fin de que formule la reclamación que considere pertinente.

A tal efecto, las personas físicas y jurídicas obligadas deberán disponer de hojas de reclamaciones en todos los establecimientos, locales o dependencias abiertas al público, sin que pueda remitirse a los consumidores a otros lugares distintos, salvo lo dispuesto en el artículo 29.4 del presente Reglamento.

Cuando las personas físicas y jurídicas obligadas no dispongan de hojas de reclamaciones o se negasen a facilitarlas, el consumidor o usuario podrá dirigir la reclamación directamente a la Administración competente, utilizando el medio que considere más adecuado y haciendo constar aquellas circunstancias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30 del presente Reglamento. No obstante lo anterior, el consumidor podrá requerir la presencia del cuerpo policial competente para que acredite las referidas circunstancias.

**Artículo 36. Cumplimentación de la reclamación**

Con carácter previo a su entrega al consumidor, el titular o empleado del establecimiento o dependencia deberá cumplimentar debidamente el recuadro correspondiente a la identificación del establecimiento y del prestador del servicio.

El consumidor cumplimentará el resto de la hoja de reclamaciones en el establecimiento, local o dependencia en donde lo solicite, haciendo constar su nombre, apellidos, domicilio, número del documento nacional de identidad o pasaporte, así como los demás datos que se incluyen en el modelo. Deberá exponer claramente los hechos que han motivado la queja, con

expresión de la fecha en que ocurrieron, y concretar su solicitud sin que ello suponga limitar el ámbito de la actuación administrativa.

El titular o empleado del establecimiento o dependencia consignará, en su caso, en el apartado correspondiente, las alegaciones que considere pertinentes y procederá a firmar y sellar el juego de hojas de reclamaciones y a su entrega al consumidor.

**Artículo 37. Remisión de las hojas de reclamaciones**

Cumplimentada la hoja de reclamaciones, el consumidor entregará el ejemplar para el establecimiento a su titular o empleado y conservará en su poder los ejemplares para la Administración y para el reclamante. El consumidor dirigirá a la Administración el ejemplar correspondiente, en los términos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el Decreto 175/2002, de 14 de noviembre, por el que se regula la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración de la Comunidad de Madrid, y conservará el suyo.

Junto con las hojas de reclamaciones el consumidor deberá presentar la factura o justificante de pago, el contrato, los folletos informativos, el documento de garantía y cuantas pruebas o documentos sirvan para mejorar la valoración de los hechos.

**Artículo 38. Tramitación administrativa de las reclamaciones**

Recibida la reclamación en el organismo competente y en función del contenido de la misma o de la solicitud del reclamante, podrá iniciarse la mediación como sistema operativo de resolución voluntaria de conflictos y reclamaciones en materia de consumo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 11/1998, de 9 de julio, y demás normativa aplicable.

Cuando en la hoja de reclamaciones se denuncien presuntas infracciones en materia de defensa de los consumidores o pueda deducirse la presunta comisión de las mismas, el órgano competente iniciará las acciones pertinentes para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos y, en su caso, la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador, todo ello de acuerdo con la normativa reguladora del procedimiento sancionador, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden en que pudiera incurrir el presunto infractor.

La comunicación a la parte reclamada de la iniciación de un procedimiento mediador o de un procedimiento sancionador interrumpirá el plazo de prescripción de la infracción.

**Artículo 39. Archivo de la reclamación**

El desistimiento del reclamante, la avenencia o la falta de acuerdo entre las partes o el sometimiento de la cuestión a arbitraje de consumo implicarán el archivo de la reclamación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 91.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y de las responsabilidades administrativas, civiles o penales en que pueda haber incurrido, en su caso, el presunto infractor.

**Capítulo II**

**Arbitraje de consumo**

**Artículo 40. Junta Arbitral Regional de Consumo de la Comunidad de Madrid**

La Junta Arbitral Regional de Consumo, adscrita a la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, es el órgano al que se le atribuyen las funciones de gestión y desarrollo del sistema arbitral de consumo en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo preceptuado en la normativa estatal de aplicación.

Corresponde al titular de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores el nombramiento del Presidente y del Secretario de la Junta y de los Presidentes de los Colegios Arbitrales.

**Artículo 41. Adhesión de entidades pertenecientes al Sector Público**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, las entidades que conforman el Sector Público de la Comunidad de Madrid, según dispone la Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, que provean bienes, productos, servicios, actividades o funciones destinados a

consumidores finales en régimen de derecho privado, presentarán oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo a través de la Junta Arbitral Regional, previo acuerdo del órgano de gobierno correspondiente de la entidad, sin perjuicio de que si en determinados sectores así existiese, el sometimiento lo fuera al sistema arbitral administrativo especializado gestionado por la Comunidad de Madrid. La oferta podrá limitarse de forma cualitativa o cuantitativa motivadamente.

En los términos establecidos en el apartado anterior, las Corporaciones Locales, en el ámbito de sus competencias, propiciarán la adhesión al arbitraje de consumo de las empresas pertenecientes a su Sector Público.

**Artículo 42. Criterio de concesión de subvenciones**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley 11/1998, las bases reguladoras de las subvenciones y ayudas públicas que conceda la Comunidad de Madrid dirigidas a las personas físicas y jurídicas a que se refiere el artículo 29 del presente Reglamento, contendrán entre los criterios de concesión la adhesión del solicitante al sistema arbitral de consumo a través de la Junta Arbitral Regional de Consumo o a cualquier otro sistema arbitral administrativo especializado gestionado por la Comunidad de Madrid, siempre que el objeto de la actividad subvencionada así lo aconseje.

**Capítulo III**

**Códigos de buenas prácticas y símbolos de calidad empresarial**

**Artículo 43. Códigos de buenas prácticas**

Las organizaciones representantes de sectores empresariales o profesionales o Corporaciones de derecho público y, en su caso, las asociaciones de consumidores u otras cuyos intereses pueden verse afectados, entre las que podrán figurar otros organismos públicos territoriales o institucionales, podrán solicitar al Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid la elaboración y aprobación, o solo la aprobación de códigos de buenas prácticas en materia de protección al consumidor en el ámbito autonómico, excepto en materia alimentaria.

El código es una relación de buenas prácticas empresariales, entre las que necesariamente se ha de contener la aceptación de la resolución de reclamaciones a través del sistema arbitral de consumo, con el fin de dar una adecuada satisfacción a los consumidores, sin perjuicio del obligatorio cumplimiento de la normativa aplicable en cada caso, además de cualquier otra práctica beneficiosa para los consumidores.

Podrán adherirse voluntariamente al código todos aquellos empresarios del sector que se comprometan a su cumplimiento, formen o no parte de las organizaciones que lo suscriban, según las condiciones que en él se establezcan.

En el código se establecerán mecanismos de control del cumplimiento de los compromisos en él contenidos por parte de los empresarios adheridos, sin perjuicio de las actividades de inspección, control y verificación que desarrollen las Administraciones Públicas en aquellas prácticas que pudieran ser objeto de infracción administrativa.

El código regulará necesariamente el plazo de vigencia y revisión, que se llevará a cabo, en todo caso, transcurridos cuatro años desde su aprobación y siempre que se produzca alguna modificación normativa que afecte sustancialmente a su contenido.

**Artículo 44. Símbolos de calidad empresarial**

Reglamentariamente se establecerá el símbolo de calidad empresarial que distinguirá a las empresas adheridas a los códigos de buenas prácticas y el registro de personas físicas o jurídicas concesionarias de símbolos de calidad empresarial en materia de protección al consumidor.

**Capítulo IV**

**Patrocinio y colaboración de entidades con ánimo de lucro**

**Artículo 45. Del patrocinio**

Mediante convenio de colaboración suscrito al efecto por cualquier organismo o entidad de la Administración de la Comunidad de Madrid o por una Entidad Local competente en materia de consumo, y por entidades públicas o privadas con ánimo de lucro, podrá acordarse la

realización de actividades generales o sectoriales de fomento, promoción, defensa y protección de los derechos de los consumidores.

En el citado convenio se harán constar las aportaciones económicas o materiales de la entidad interesada y la posibilidad de que en las actuaciones a realizar figure su nombre y anagrama - junto con el correspondiente al órgano de la Administración competente. En ningún caso el convenio podrá realizar publicidad directa o indirecta de productos, bienes o servicios de la entidad patrocinadora.

No podrán ser objeto de los convenios a que hace referencia el presente artículo aquellas actuaciones susceptibles de constituir el objeto de los contratos regulados en la legislación general o especial de contratación de las Administraciones Públicas.

**Artículo 46. Patrocinio de entidades adheridas al sistema arbitral de consumo.**

La formalización de los convenios regulados en el presente capítulo se realizará preferentemente con entidades adheridas al Sistema Arbitral de Consumo.

**TÍTULO IV**

**Control, inspección y sanción en materia de consumo**

**Capítulo I**

**Inspección de consumo**

**Artículo 47. Organización**

Corresponde a la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores la organización y el ejercicio de las funciones de la inspección de consumo de la Comunidad de Madrid en el ámbito de sus competencias, y a las Entidades Locales en su propio ámbito, sin perjuicio de la necesaria colaboración, coordinación y cooperación para una mejor y más eficaz protección de los intereses de los consumidores en los términos previstos en la Ley 11/1998, de 9 de julio; en la legislación reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en la legislación de Régimen Local y demás normativa aplicable.

**Artículo 48. Personal inspector**

Las actuaciones derivadas de las funciones atribuidas a la inspección de consumo de la Comunidad de Madrid serán desarrolladas por funcionarios adscritos a la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores a los que se les faculte para su realización.

Las actuaciones meramente preparatorias de actividades de inspección, toma de muestras indicativas de investigación de mercado, de comprobación o verificación de hechos o circunstancias podrán encomendarse a otros empleados públicos que no ostenten la condición de funcionarios, destinados en la referida Consejería y habilitados por ella, que cuenten con una adecuada formación.

Para el desarrollo de las actuaciones referidas en el apartado anterior podrá requerirse la colaboración de las Entidades Locales a través de sus empleados públicos, siempre que estén habilitados para ello y cuenten con una adecuada formación.

**Artículo 49. Visitas de inspección**

Las visitas de inspección podrán llevarse a cabo sobre el establecimiento, local, almacén o cualquier otra dependencia tantas veces como sea necesario, sin que resulte preciso realizar aviso previo, perturbando solo en lo estrictamente necesario la actividad profesional del inspeccionado. La visita podrá extenderse, tanto a las dependencias abiertas al público como a las áreas restringidas. No obstante, cuando el establecimiento constituya el domicilio, constitucionalmente protegido, será precisa la obtención de la oportuna autorización judicial si no mediara consentimiento del inspeccionado, en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**Artículo 50. Comparecencias**

Cuando resulte necesaria para la actuación inspectora, la inspección de consumo podrá requerir la comparecencia de cualquier persona física o jurídica que de forma directa o indirecta puedan tener alguna relación con el objeto de la inspección. La comparecencia podrá

tener lugar en la empresa inspeccionada, en los locales relacionados con la actividad o en las dependencias de los propios órganos de control.

Las citaciones para comparecencia podrán realizarse mediante acta o notificación escrita, debiendo quedar constancia de su recepción por el interesado. En la citación se hará constar el lugar, fecha y hora de la citación; la documentación que, en su caso, se requiera para su aportación por el interesado, y las consecuencias de la incomparecencia.

Durante la comparecencia se levantará acta en la que se dejará constancia de sus motivos y de las diligencias practicadas, en los términos previstos en el artículo 37 de la Ley 11/1998, de 9 de julio.

#### **Artículo 51. Requerimientos**

En los términos previstos en el artículo 50 del presente Reglamento, la inspección de consumo podrá efectuar motivadamente requerimientos a los interesados en relación con el contenido de la inspección.

#### **Artículo 52. Programación de la Inspección de Consumo**

La programación de las actuaciones de la Inspección de Consumo de la Comunidad de Madrid se llevarán a cabo anualmente, incluirá la planificación de las actuaciones de investigación, inspección y control de la inspección de consumo y, en su caso, se integrarán en el Plan General de Inspección de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores.

Podrán aprobarse planes especiales de actuación de carácter sectorial o territorial.

Con las salvedades legalmente previstas, la ejecución de los planes o programas de inspección tendrán carácter reservado y solo de forma motivada podrán ser objeto de publicidad.

#### **Artículo 53. Actuaciones no programadas**

La realización de actuaciones no programadas se llevará a cabo de oficio, de acuerdo con los principios de eficacia y oportunidad, a iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, por comunicación de otras Administraciones, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

#### **Artículo 54. Formación**

La Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, en colaboración con las Entidades Locales, organizará programas de formación específica en materia de inspección de consumo, dirigidos tanto al personal adscrito al órgano con competencia en materia de consumo de la Comunidad de Madrid como al personal adscrito a los órganos con competencia en materia de consumo de las Entidades Locales.

#### **Artículo 55. Identificación del personal inspector**

El personal adscrito a la inspección de consumo de la Comunidad de Madrid, tan pronto como se produzca la toma de posesión del puesto de trabajo que implique el ejercicio de funciones inspectoras o se le faculte para ello, deberá proveerse de la tarjeta de identificación correspondiente, de acuerdo con el modelo que determine el órgano autonómico competente.

Producido el cese en dicho puesto de trabajo o finalizadas las funciones facultadas, se le retirará la tarjeta, sin perjuicio de que se le provea de la correspondiente al puesto o funciones que pase a desempeñar.

En caso de sustracción, pérdida y destrucción o deterioro notorio de la tarjeta de identificación, su titular deberá comunicarlo a la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, que procederá a entregarle otra sustitutiva de aquella, sin perjuicio de la comunicación de los hechos al órgano policial competente para evitar su utilización fraudulenta.

Corresponde a las Entidades Locales, en los términos dispuestos en los apartados anteriores, aprobar el modelo de tarjeta de identificación del personal inspector adscrito a las mismas.

#### **Artículo 56. Traslado de actuaciones de inspección**

Cuando en el ejercicio de sus funciones la Inspección detectase la existencia de indicios de infracción de la normativa vigente en materia de consumo o en otras materias cuya

competencia territorial o material se atribuya a otros órganos de su Administración o a otras Administraciones, dará traslado inmediato de las actuaciones al órgano o Administración competente, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar, en su caso, las medidas provisionales que procedan, siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 41 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, y de la obligación del órgano o Administración competente de informar de las actuaciones que realice.

Cuando en el ejercicio de sus funciones la inspección de consumo tuviera conocimiento de hechos que, además de poder ser constitutivos de infracción administrativa, pudieran ser constitutivos de un ilícito penal, lo pondrá en conocimiento del órgano competente para incoar el procedimiento sancionador, que actuará en la forma prevista en la normativa reguladora del mismo. No obstante, si tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícito penal sin que constituyeran infracción administrativa, remitirá directamente las actuaciones al Ministerio Fiscal a través del órgano administrativo del que dependa.

En todo caso, la inspección de consumo podrá comunicar los hechos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado si su naturaleza así lo requiere.

**Artículo 57. Depósito y conservación de productos por los inspeccionados**

Los inspeccionados deberán depositar y conservar adecuadamente los productos, bienes y servicios sujetos a medidas provisionales, incluso cuando hayan adoptado voluntariamente la inmovilización o la suspensión de su distribución o ambas circunstancias a la vez y así conste en la correspondiente acta. Las muestras recogidas siguiendo el procedimiento reglamentario correspondiente, se sujetarán en ambos casos a cuantos controles y comprobaciones sean necesarios, siguiendo las instrucciones de los servicios competentes.

El incumplimiento de las citadas instrucciones constituirá infracción por manipulación, traslado o disposición de muestras o de mercancías depositadas o sujetas a medidas provisionales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

**Artículo 58. Toma de muestras y pruebas analíticas**

Las tomas de muestras y las pruebas analíticas se efectuarán de acuerdo con el procedimiento establecido en el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria o norma que le sustituya o con el que pueda establecerse en la Comunidad de Madrid, con las especificaciones previstas en el presente capítulo.

**Artículo 59. Conservación de muestras**

A efectos de garantizar la adecuada conservación de la muestra se añadirán expresamente en el acta de toma de muestras las condiciones de dicha conservación, así como, en su caso, las citaciones que por motivos técnicos o de urgencia puedan realizarse.

Cuando las muestras sean demasiado voluminosas, requieran condiciones especiales de conservación o concurren otras circunstancias que dificulten su traslado al órgano competente, podrá acordarse el depósito de las mismas en los locales del inspeccionado, haciéndose constar en el acta dicha circunstancia y las instrucciones para su conservación y traslado.

**Artículo 60. Pago de muestras**

La inspección actuante deberá abonar al inspeccionado el precio de venta de los ejemplares de las muestras que queden en poder de dicha inspección, excepto cuando la inspección se realice en establecimientos mayoristas en los que el abono se realizará únicamente a instancia del inspeccionado y por el valor del bien en la fase de comercialización que corresponda.

El pago, así como las circunstancias que concurren en el mismo, se harán constar en el acta. Excepcionalmente, el pago podrá diferirse al momento en que pueda disponerlo el organismo actuante, en los términos que establece la normativa reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, pudiendo, en ese caso, procederse a la retirada de las muestras sin pago directo.

Si se tratara de productos sujetos a inmovilización u otras medidas provisionales que limiten su fabricación, distribución o venta, no se abonarán las muestras recogidas.

**Artículo 61. Ensayos, análisis y valoraciones periciales**

En el transcurso de las actuaciones de inspección y del período de información reservada o de prueba de los procedimientos sancionadores, podrán practicarse ensayos, análisis y valoraciones periciales sobre los asuntos objeto de investigación.

Las pruebas citadas en el apartado anterior se practicarán por laboratorios o centros oficiales de acreditada solvencia o, en su defecto, por peritos insaculados del correspondiente colegio profesional u otras entidades públicas o privadas de reconocido prestigio.

En el curso de la inspección, cuando se investiguen posibles riesgos para la seguridad, se podrán practicar pruebas sobre el producto en el mismo lugar donde se esté realizando la inspección, por personal cualificado adscrito a los laboratorios o centros a que se refiere el apartado anterior, debiéndose hacer constar, en el acta de inspección, la identidad del técnico actuante y los hechos que puedan implicar un riesgo para la seguridad de las personas y que justifican este procedimiento de práctica de prueba.

A estos efectos se realizará la toma de muestra de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 38 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, disponiendo el responsable del producto de un plazo de cinco días hábiles para solicitar la práctica de prueba contradictoria.

En todo caso, el inspector podrá adoptar las medidas provisionales previstas en el artículo 42 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, que estime necesarias.

**Artículo 62. Resultado de los ensayos, análisis y valoraciones periciales**

La práctica de las pruebas se realizará utilizando métodos de ensayo oficiales o aprobados por organismos de normalización internacionales o los establecidos en la normativa sectorial reguladora de los productos, bienes o servicios.

De no existir método aprobado conforme al apartado anterior, se realizará por aquellos métodos reconocidos por entidades de reconocido prestigio públicas o privadas.

Los informes de las pruebas realizadas serán detallados, permitirán la trazabilidad de su práctica, indicarán la metodología instrumental y cálculos realizados e incluirán las conclusiones del mismo, además de los datos relativos al producto analizado, fecha de recepción, fecha de análisis y otros datos que deban constar en el informe.

Los informes periciales seguirán el procedimiento establecido por el colegio profesional al que pertenezca el perito y, en todo caso, se ajustarán a las instrucciones dadas por la Administración actuante, debiendo contener una identificación y descripción del bien objeto del informe, su valoración económica, fecha de elaboración, identificación del perito y cuantos demás datos se consideren necesarios.

**Artículo 63. Pruebas contradictorias y dirimentes**

Las pruebas contradictorias y dirimentes se practicarán únicamente sobre aquellos parámetros o elementos objeto de imputación. Si hubiere discrepancia entre los diferentes resultados analíticos o los informes periciales, esta deberá estar motivada mediante informe, si ello fuera posible. En el caso de los ensayos y análisis se indicará expresamente si la causa de la discrepancia es cuantitativa o cualitativa, motivada por las características de las muestras, por la incorrecta realización de los anteriores análisis, por utilización de equipos mal calibrados, por aplicación de técnicas o reactivos inadecuados, por las características de los parámetros o por cualquier otra causa.

**Capítulo II  
Medidas provisionales**

**Artículo 64. Adopción**

La adopción de medidas provisionales podrá acordarse motivadamente por el órgano competente para la iniciación de expediente sancionador en materia de consumo, a iniciativa propia, a propuesta de la inspección, del instructor del procedimiento, a instancia de otras Administraciones, del propio responsable si voluntariamente lo solicita o como consecuencia

de denuncia, sin perjuicio de la adopción directa de las citadas medidas por los inspectores en los supuestos y en las condiciones previstas en la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

#### **Artículo 65. Publicidad**

Acordada la adopción de alguna de las medidas provisionales establecidas en el artículo 42 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, el órgano competente podrá hacer pública, motivadamente, la adopción de aquellas medidas en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando existan indicios razonables de riesgo para las personas, los bienes o el medio ambiente, siempre que exista una difusión masiva del producto o servicio, se aprecie falta de colaboración de los responsables, se desconozca el mismo o estuviera ilocalizable.
- b) Cuando existan indicios razonables de infracción por adulteración, alteración o fraude, por prestación de servicios defectuosa o incorrecta o por normalización técnica, comercial o de prestación de servicios y concurra continuidad, generalización, reiteración o clandestinidad.

#### **Artículo 66. Ejecución**

Acordadas las medidas provisionales previstas en la Ley 11/1998, de 9 de julio, entre ellas, la inmovilización cautelar de un bien o producto o la suspensión de su distribución o adoptadas estas voluntariamente por el inspeccionado, deberán hacerse constar por el órgano actuante los datos del producto, o bien objeto de restricción, retirada o inmovilización, de manera que quede garantizada la identidad del mismo en todo momento, el número de unidades retiradas o inmovilizadas y el lugar de depósito.

Los productos o bienes objeto de las medidas provisionales del apartado anterior, tanto si han sido adoptadas por la Administración como por la propia empresa en el marco de las obligaciones establecidas en el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre Seguridad General de los Productos, para comercializar únicamente productos seguros, permanecerán depositados en los locales o dependencias del responsable de la empresa o establecimiento, no pudiendo ser trasladados, manipulados ni objeto de disposición alguna sin autorización, hasta que el órgano competente acuerde elevar a definitivas las medidas provisionales adoptadas o se acuerde su levantamiento.

La destrucción o expurgo de bienes inmovilizados se realizará de forma respetuosa con la salud y seguridad de las personas y el medio ambiente.

El depositario de los bienes que constituyen el depósito estará sujeto a responsabilidad, en los términos del artículo 57 de este Reglamento, tanto si dicho depósito se establece mediante medidas provisionales acordadas por el órgano competente como si se constituye por aceptación voluntaria del inspeccionado y así conste en el correspondiente acta.

#### **Artículo 67. Levantamiento**

Corresponde al órgano competente para incoar el correspondiente procedimiento el levantamiento de las medidas provisionales a propuesta de la inspección o, en su caso, del instructor del procedimiento sancionador, sin perjuicio de la decisión que, al respecto, pueda adoptar el órgano competente para resolver el procedimiento sancionador.

#### **Artículo 68. Pruebas periciales**

Las pruebas periciales analíticas y los controles de calidad, análisis, exámenes comparativos o test de productos que se realicen en el marco de las actuaciones reguladas en los títulos II, IV y V de la Ley 11/1998, de 9 de julio, tanto por la Administración competente como por los particulares afectados, deberá efectuarse en laboratorios o centros de análisis públicos o privados especializados en este tipo de pruebas.

Los laboratorios o centros de análisis que dependan de las Administraciones Públicas se considerarán especializados para el ejercicio de las funciones referidas.

### **Capítulo III**

#### **Infracciones y sanciones**

#### **Artículo 69. Especificación de infracciones**

Será considerado, en todo caso, como infracción en materia de normalización técnica, comercial y de prestación de servicios la no entrega a los consumidores del documento de

garantía conforme a la Ley, la extensión de documentos que impidan el ejercicio de las garantías legales, la limitación unilateral de las condiciones de la garantía o los defectos formales del documento.

Será considerado, en todo caso, infracción en materia de normalización técnica comercial o prestación de servicios, la utilización o exhibición de distintivos de marca de calidad o de certificación, sin contar con la autorización pertinente o la utilización de esos distintivos incumpliendo los requisitos exigidos en la autorización, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50.1 y 50.3 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

Será considerado, en todo caso, infracción en materia de prestación de servicios incorrecta o defectuosa, la prestación de servicios no solicitados, el cobro de cantidades mínimas fijas por salidas o servicios a domicilio, los recargos por servicios en circunstancias en que no procediera y los cobros por distancias superiores a donde se anuncie la base del servicio cuando se incumplan las normas de información de carácter sectorial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49.1 y 49.2 de la Ley 11/1998.

#### **Artículo 70. Graduación de las sanciones**

Las sanciones de multa previstas en el artículo 53 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, se graduarán en los siguientes términos, atendiendo a la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en el artículo 54 de la citada Ley, circunstancias que se harán constar explícitamente en la resolución sancionadora:

- a) Infracciones leves: En grado mínimo hasta 300 euros, en grado medio de 301 a 1.500 euros, en grado máximo de 1.501 a 3.005,06 euros.
- b) Infracciones graves: En grado mínimo de 3.005,07 a 4.500 euros, en grado medio de 4.501 a 7.512 euros, en grado máximo de 7.513 a 15.025,30 euros.
- c) Infracciones muy graves: En grado mínimo de 15.025,31 a 30.050 euros, en grado medio de 30.051 a 90.151 euros, en grado máximo de 90.152 a 601.012,10 euros.

Cuando la comisión del hecho ilícito suponga un resultado más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de la norma vulnerada, se considerará esta circunstancia como agravante para la determinación de la sanción de multa en su grado máximo en las infracciones graves y muy graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, pudiéndose rebasar la cantidad máxima de multa hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos, bienes o servicios objeto de la infracción.

#### **Artículo 71. Procedimiento sancionador**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el procedimiento sancionador se sustanciará de conformidad con lo previsto en el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración Pública de la Comunidad de Madrid, con las especialidades establecidas en el presente capítulo.

#### **Artículo 72. Instrucción del procedimiento**

Corresponde al órgano competente para incoar el procedimiento sancionador de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/1998, de 9 de julio, designar a su instructor y, en su caso, al Secretario entre los empleados públicos que formen parte de las unidades administrativas dependientes de dicho órgano.

La identidad del instructor se hará constar en el acuerdo de iniciación del procedimiento, con el fin de que los interesados puedan promover, en su caso, la recusación del mismo.

#### **Artículo 73. Gastos del procedimiento imputables al sancionado**

Serán por cuenta del sancionado los gastos del procedimiento que deban imputarse al mismo de conformidad con la normativa aplicable, incluyendo la práctica de pruebas periciales. La liquidación de los gastos podrá realizarse en la resolución sancionadora o en resolución independiente, dependiendo de la naturaleza del gasto realizado. En todo caso, las cantidades resultantes tendrán a todos los efectos la consideración de ingresos de derecho público.

### **TÍTULO V**

### Cooperación administrativa

#### **Artículo 74. Traslado de actuaciones**

Los órganos competentes en materia de consumo que tuvieran conocimiento de reclamaciones o cualesquiera otras actuaciones cuya competencia material o territorial correspondiera a otra Administración u órgano administrativo, darán inmediato traslado de aquellas al órgano competente. Del citado traslado se dará cuenta a los interesados.

El traslado de actuaciones al Ministerio Fiscal en los supuestos previstos legal y reglamentariamente interrumpirá los plazos de prescripción de la posible infracción o, en su caso, de caducidad para perseguir las infracciones y del procedimiento sancionador.

#### **Artículo 75. Registro de Entidades Locales con competencia en materia de consumo**

El Registro de Entidades Locales con competencia en materia de consumo que se adscribe a todos los efectos a la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, garantizará una acción coordinada y eficaz en la defensa y protección del consumidor.

Las Entidades Locales que asuman competencias en materia de consumo deberán solicitar su inscripción en el registro referido en el apartado anterior, acompañando la documentación en la que se haga constar las competencias asumidas e indicando expresamente las funciones que desarrollan, en el marco de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 11/1998, de 9 de julio.

Las Entidades Locales inscritas podrán solicitar la actuación de la Comunidad de Madrid para el desarrollo de sus competencias en materia de consumo, en los términos previstos en el artículo 63.3 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

En el caso de las Entidades Locales no inscritas en el referido registro, la Comunidad de Madrid asumirá directamente la competencia a través de la Dirección General competente en la materia, de acuerdo con lo señalado en el artículo 63.2 de la Ley 11/1998, de 9 de julio.

#### **Artículo 76. Funcionamiento del Registro de Entidades Locales con competencia en materia de consumo**

Las Entidades Locales debidamente inscritas en el registro deberán notificar al mismo en el momento en que se produzca, cualquier modificación de los datos declarados en la inscripción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

Si la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores apreciara que alguna Entidad Local incurre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 63.2 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, respecto de aquellas competencias y funciones asumidas y registradas, podrá modificar de oficio la inscripción registral, previo requerimiento a dicha Entidad Local en los términos dispuestos en el artículo 60 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

Las Entidades Locales inscritas estarán obligadas a presentar una memoria anual de actividades del ejercicio anterior en el primer trimestre de cada año natural.

La inscripción en el Registro de Entidades Locales con competencia en materia de consumo permitirá a dichas entidades optar a las subvenciones en materia de consumo y a la firma de convenios con la Comunidad de Madrid en este ámbito.

#### **Artículo 77. Red de empleados públicos especializados en consumo**

Mediante convenio suscrito al efecto entre las Entidades Locales inscritas en el registro regulado en el presente título y la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, podrá crearse una red de empleados públicos especializados en consumo para coordinar acciones ejecutivas, informativas y formativas.

#### **Artículo 78. Comisión Regional de Política de Consumo**

La Comisión Regional de Política de Consumo dependiente de la Consejería con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores es el órgano de coordinación, colaboración, consulta y asesoramiento entre la Comunidad de

Madrid y las Entidades Locales para la ordenación de la política regional de consumo y defensa de los consumidores.

El Pleno de la Comisión estará presidido por el titular de la Dirección General con competencia en materia de ordenación del consumo y defensa de los consumidores, siendo Vocales el Presidente de la Federación de Municipios de Madrid, los titulares de las Concejalías o Áreas con competencias en materia de consumo de los Ayuntamientos inscritos en el Registro de Entidades Locales con competencia en materia de consumo, los Presidentes de las Mancomunidades legalmente constituidas e inscritas en dicho registro.

El Secretario de la Comisión Regional de Política de Consumo será designado por el titular de la citada Dirección General entre el personal adscrito a la misma, y actuará con voz pero sin voto.

La Comisión se reunirá en Pleno y en los grupos de trabajo creados por este, de los que formarán parte técnicos adscritos al organismo, ente, oficina, departamento o Servicio de Consumo de la Entidad Local y de la Dirección General de la Comunidad de Madrid competente en la materia.

La Comisión se reunirá en sesión ordinaria, al menos, dos veces al año, y en sesión extraordinaria cuantas veces sea convocada por el Presidente, a iniciativa propia o a petición de los Vocales.

A las reuniones de la Comisión, en Pleno o en grupos de trabajo, podrán asistir, con voz pero sin voto, técnicos o expertos convocados por el Presidente, a propuesta de cualquiera de los Vocales.

La Comisión Regional de Política de Consumo elaborará y aprobará en Pleno un Reglamento de Régimen Interno para regular su funcionamiento.

## BREVE RESUMEN DE LAS SENTENCIAS MÁS DESTACABLES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

### DOBLE INMATRICULACIÓN DE FINCA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25ª) DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Guglieri Vázquez.

**Antecedentes.-** El origen del litigio se encuentra en la doble inmatriculación de un inmueble, si bien la cabida de la finca difiere notablemente entre ambas inscripciones (siendo la mayor la inscrita a favor de la parte demandada). La titularidad del demandante trae su causa del asiento de inmatriculación más antiguo, que data de 1902, mientras que la titularidad de la demandada trae su causa de una inmatriculación posterior, en 1969, efectuada al amparo del artículo 205 LH. Si bien la fecha de inmatriculación de la finca jugaría a favor del demandante, la fecha de inscripción del propio derecho resulta favorable a la demandada: El derecho del demandante –adquirido por herencia- se inscribió en el año 2000, mientras que el derecho de la demandada –que adquirió por compraventa- se había inscrito con anterioridad, en 1988.

En Primera Instancia se desestimó la acción del demandante y se absolvió a la demandada. En el recurso se traen a colación los criterios que han de resolver los conflictos de doble inmatriculación de fincas.

**Doctrina.-** Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que afirma que los supuestos de doble inmatriculación no se resuelven conforme a reglas genéricas sino atendiendo al caso concreto y aplicando, en primer lugar, las normas del Derecho civil. Las normas del Derecho hipotecario quedan en un segundo plano pues la inscripción de ambas titularidades neutraliza el efecto protector del Registro de la propiedad, si bien pueden aplicarse los principios registrales cuando no pueda determinarse la preferencia con arreglo a las normas del Derecho civil. Entre esas normas destaca la de *prior tempore potior iure*.

Esta regla se aplica a favor de toda adquisición válida respecto de la posterior. «Hacer depender la preferencia de un título sobre otro, no de la clase o modo sino de un factor distinto como sería cuándo se inmatriculó la finca, -expresa en

su sentencia la Audiencia Provincial de Madrid- carece de apoyo en el Art. 609 CC. Por consiguiente, de acuerdo con tal precepto no hay razón alguna para atribuir preferencia a un título sobre otro y en consecuencia se tendrá que acudir a los principios registrales llegándose así a la regla *prior tempore, potior est iure*».

Al aplicar los principios registrales para resolver la cuestión de la doble inmatriculación de finca, por no ser suficientes en este caso las reglas del Derecho civil, puede tomarse en consideración también lo dispuesto en el artículo 34 LH. Por coincidir a favor de la demandante tanto el criterio de preferencia en el tiempo como la condición de tercero hipotecario, procede proteger su derecho frente al derecho del demandado, que resulta ser de peor condición.

CARMEN JEREZ DELGADO

**SERVIDUMBRE «POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA O DESTINO DEL PROPIETARIO» [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 18ª) DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2009.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Rueda López.

**Antecedentes.-** En la escritura de segregación y venta de parte de una finca no se hizo constar la voluntad del antiguo propietario único del inmueble de que desaparecieran los derecho de paso y de luces y vistas que favorecían a la porción de finca vendida, como tampoco fueron suprimidos los signos externos que ponían de manifiesto la existencia de tales derechos. Ante determinadas actuaciones de los actuales propietarios de la finca colindante, negatorias de la existencia de la servidumbre de paso y de la servidumbre de luces y vistas, los compradores de la porción de finca segregada ejercitaron una acción confesoria de la existencia de una y otra servidumbre. En ambas instancias se estimó plenamente la demanda por apreciarse que el antiguo propietario único de ambos inmuebles dejó constituidas las servidumbres al enajenar a los demandantes parte de la finca.

**Doctrina.-** Es jurisprudencia del Tribunal Supremo la que interpreta que para que se constituya un derecho de servidumbre conforme a lo dispuesto en el artículo 541 CC es suficiente con que concurren los siguientes requisitos: Primero, que entre dos predios o en uno pertenecientes inicialmente a un mismo propietario exista una situación de hecho conforme a la cual resulta evidente que una parte de la finca presta un servicio a favor de la otra; Segundo, que dichos signos se hayan constituido por el propietario único de las dos fincas o de la finca luego dividida; Y tercero, *que el estado de hecho se transforme en gravamen mediante la enajenación de uno de los fundos o la división del único, subsistiendo el signo.*

Existe título de servidumbre «por destino del padre de familia o destino del propietario» (artículo 541 CC) cuando en la escritura de segregación y venta de parte de un inmueble no se suprime expresamente la existencia del derecho al uso que hasta el momento se venía haciendo (por ejemplo, de paso o de luces y vistas), ni antes de otorgarse la escritura se haga desaparecer el signo externo de la servidumbre. La extinción de esta servidumbre requiere alguna de las formas previstas por el legislador en el artículo 546 CC.

CARMEN JEREZ DELGADO

**ACCIÓN REIVINDICATORIA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 19ª) DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2009.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López.

**Antecedentes.-** El titular registral demandante ejercitó una acción reivindicatoria frente a los propietarios de la finca vecina, basándose en datos catastrales así como en los datos de cabida de las fincas publicados por el Registro de la propiedad. La porción de finca reivindicada constituía la franja limítrofe entre ambos inmuebles. La parte demandada alegó en su defensa que la existencia de un muro de piedra sobre el que se había edificado una valla en la que aparece yedra crecida, así como la existencia de un desnivel considerable entre ambas fincas, sostenido por el citado muro de piedra, acredita suficientemente ser ése el límite natural entre las dos fincas. En ambas instancias se desestimó la demanda.

**Doctrina.-** Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la que exige, como presupuesto general para el ejercicio de la acción reivindicatoria, que esté perfectamente determinado el objeto que se reivindica y plenamente acreditada la titularidad del mismo por el demandante.

El Catastro *ni quita ni da la propiedad*. En cuanto a los datos de hecho publicados por el Registro de la propiedad, tales como los relativos a la extensión de las fincas, no son suficientes para acreditar la titularidad de una porción discutida de terreno en contra de signos evidentes que de hecho proclaman que la extensión de las fincas es otra conforme a la realidad extrarregistral. La razón que lo justifica es la consideración de que el Registrador de la Propiedad, al practicar la inscripción, lo hace conforme a la documentación presentada, que no es documentación técnica o pericial sobre la extensión del inmueble.

CARMEN JEREZ DELGADO

**SERVIDUMBRE DE PASO: CAUSAS DE EXTINCIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 13.ª) DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto de Bustos Gómez-Rico.

**Antecedentes.-** En la escritura pública de aprobación y protocolización de operaciones divisorias otorgada en abril de 1959 con motivo del fallecimiento de doña E. se adjudicó en pleno dominio, entre otros bienes, a doña ML., la finca inventariada con el núm. 000, pajar en el Boalo en la calle 00, la cual figura inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Colmenar Viejo con el núm. 001. La citada finca tiene a su favor una servidumbre de paso sobre la finca que se describirá a continuación (la núm. 002), pues carece de salida directa a la vía pública; dicho paso será de cuatro metros de ancho a todo lo largo del lindero oeste del predio sirviente.

El 5 de junio de 1981 doña ML vende la mencionada finca (pajar en el Boalo) a los cónyuges don JL. y doña S., con todo cuanto le sea dependiente o accesorio.

En la antes reseñada escritura pública de aprobación y protocolización de operaciones divisorias se adjudicó al viudo don M. la finca inventariada con el núm. 002 (una casa con corral sita en término de El Boalo, al barrio de Abajo, calle 00, núm. 003), la cual figura inscrita en el Registro de la Propiedad núm 2 de Colmenar Viejo con el núm. 004. Sobre esta finca se constituye a favor de la finca descrita anteriormente con el núm. 000 una servidumbre de paso de cuatro metros de ancho a todo lo largo del lindero oeste. Don M. vende esta finca en junio de 1959 a don A. y doña MR. Y éstos, a su vez, la vendieron en julio de 1966 a don D. y doña AM., quienes en julio de 2002 la donaron a su hijo y actual propietario don O.

En la inscripción 2ª de la finca núm. 004 (predio sirviente) figura extendida el 21 de febrero de 1970, al margen de la inscripción 3ª, una nota por la que se hace constar «la servidumbre que se menciona en el párrafo de cargas de la adjunta inscripción 2ª, queda cancelada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario».

En mayo de 2007 doña S. y don JL. Interponen una demanda, como propietarios de la finca registral núm. 001, ejercitando la acción confesoria de servidumbre de paso voluntaria, permanente y discontinua contra don O., a fin de que se declare el derecho real de servidumbre de paso que tiene a su favor la finca núm. 001 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Colmenar Viejo, ordenando su inscripción sobre la finca núm. 004.

El demandado, don O., en su respuesta a la demanda presenta una demanda reconventional y aunque reconoce el origen legal de la servidumbre, por quedar la finca de los demandantes enclavada entre otras ajenas sin salida directa a la vía pública, solicita que, además de desestimar las pretensiones de la actora, se declare extinguida la servidumbre legal de paso porque los demandantes han adquirido la finca núm. 007, la cual tiene acceso directo a la vía pública, y, por tanto, la finca registral núm. 001 ha perdido la condición de enclavada y ha desaparecido la razón de ser de la servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Colmenar Viejo desestima la demanda y estima la demanda reconventional presentada por el demandado don O. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia de Madrid lo desestima.

**Doctrina.-** La Audiencia Provincial de Madrid recuerda en esta sentencia que el elemento esencial que diferencia las servidumbres voluntarias de las servidumbres forzosas o legales es su finalidad o razón de ser. «Así, mientras que en las primeras lo constituye la utilidad que proporcionan al predio dominante, que no ha de confundirse con la mera comodidad, de ahí que sus dos notas características sean las de ser *utiliter* y ejercerse *civiliter*; en las servidumbres legales reside en la necesidad de hacer posible o facilitar la adecuada utilización de los usos o aprovechamientos de la finca en cuyo favor o beneficio se establece, perteneciendo a esta clase de servidumbres forzosas la servidumbre de paso que se reconoce en el artículo 564 del Código Civil al propietario de una finca o heredad enclavada entre otras que pertenecen a distintos propietarios, sin salida a camino público.

La necesidad que justifica el establecimiento de la servidumbre es la inexistencia de una salida o medio de comunicación con la vía pública, necesidad que naturalmente desaparece cuando el paso preexistente deviene inutilizable por causa imputable al dueño de la finca que pretende ser predio dominante o cuando el enclavamiento tiene lugar de modo deliberado o simplemente pudo ser evitado por aquél».

Asimismo declara la Audiencia Provincial que cualquiera que sea la forma de constitución de una servidumbre forzosa (por acuerdo de las partes o de forma coactiva), «ello no le hace perder su naturaleza forzosa ni altera las causas que provocan su extinción, entre ellas, y la más importante, la desaparición de la necesidad, tanto por dotarse con posterioridad a su creación de salida a vía pública al predio dominante, como por devenir el propietario del fundo [enclavado entre otros, sin salida a un camino público], dueño de otro colindante a través del cual se pueda acceder a un camino público» (en este sentido, entre otras, SSTs 15 de junio de 1993, 22 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2004 y 20 de diciembre de 2005).

**MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA**

**LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJERCITAR UN INTERDICTO DE RECOBRAR LA POSESIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 9.ª) DE 13 DE OCTUBRE DE 2009.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Gordillo Alvarez Valdés.

**Antecedentes.-** Mediante una escritura pública de enero de 2008 se cedieron y transmitieron a don P. todos los derechos inherentes al pleno dominio que ostentaban los transmitentes sobre una veintiunava parte indivisa de una determinada finca sita en Madrid, que se materializó en el uso y disfrute en exclusiva de un determinada plaza de garaje de dicho inmueble, según consta en la propia escritura pública.

Don P. interpone una demanda para recobrar la posesión de la plaza de garaje de su propiedad frente a don C.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de Madrid desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Madrid lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda.

**Doctrina.-** La Audiencia Provincial de Madrid, citando numerosas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y de otras Audiencias Provinciales, mantiene que la legitimación activa para ejercitar un interdicto de recobrar la posesión la ostenta todo poseedor, tanto mediato como inmediato. Asimismo afirma que será poseedor interdictalmente protegido todo aquel sujeto que respecto de la cosa o derecho se encuentre en una aparente situación de señorío de hecho o poder efectivo sobre la cosa, reconociéndose legitimación activa para interponer un interdicto de recobrar al propietario, al poseedor mediato o inmediato, a los titulares de derechos reales limitados, al nudo propietario en cuanto poseedor mediato e incluso se considera que la inscripción en el Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en el artículo 38 LH facilita dicha legitimación (véase en este sentido la SAP de Toledo de 1 de julio de 2002).

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

**SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25.ª) DE 14 DE OCTUBRE DE 2009.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado.

**Antecedentes.-** Don I. y doña P. interponen una demanda contra don R. y doña A. solicitando se dicte una sentencia que declare, entre otras cosas, que la finca de los demandados está gravada con una servidumbre de luces y con una servidumbre de vistas, siendo el predio dominante propiedad de los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Valdemoro estima parcialmente la demanda y declara la existencia de una servidumbre de luces a favor de la parte demandante y condena a los demandados a derribar los muros construidos. Contra la sentencia de primera instancia se interponen dos recursos de apelación, uno por parte de los demandantes y otro por parte de los demandados y la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de la parte demandante y estima parcialmente el recurso de la parte demandada, revocando la sentencia de primera instancia en lo concerniente al pronunciamiento de condena de los demandados a derribar el muro de ladrillo cerámico.

**Doctrina.-** La Audiencia Provincial de Madrid recuerda en esta sentencia que «al tratarse la servidumbre de un gravamen que afecta a la libertad de disposición de los propietarios de las fincas, la aplicación de las normas no puede hacerse de forma extensiva, aconsejando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretarlas de forma restrictiva y causando el menor perjuicio al predio sirviente» (véanse en este sentido las SSTS 4 de noviembre de 1897, 13 de noviembre de 1929 y 13 de marzo de 1952)

Y en lo concerniente a la servidumbre de vistas, la Audiencia Provincial señala que al tratarse de una servidumbre negativa (se disfruta impidiendo al dueño de la finca colindante tapar las vistas) el plazo para la usucapión de dicha servidumbre no comienza hasta que se realiza un acto obstativo prohibiendo el dueño del predio dominante al dueño del predio sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito sin la servidumbre [véase en este sentido el Art. 538 CC y así también lo declara la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 30 de octubre de 1983, 23 de mayo de 1985 y 2 de marzo de 1988)].

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

# RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

PRIMER TRIMESTRE DE 2010

## i.- PROPIEDAD

**RESOLUCIÓN DE 29-07-2009 (BOE: 03-12-2009).** Notificación de calificación por telefax. Registro: Alcorcon nº 1

Se emite una calificación negativa por la Registradora y es comunicada al Notario autorizante de la escritura calificada por telefax, archivándose en el expediente el correspondiente "recibí"

Transcurrido ampliamente el plazo de un mes el Notario recurre la calificación. La DGRN para mejor proveer pregunta al Notario cuando tuvo conocimiento, y por que medio, de la calificación, sin que este concrete fecha alguna.

La DGRN no admite el recurso por hallarse fuera de plazo y aunque reitera su doctrina de otras resoluciones en el sentido de que «el telefax no es medio idóneo de notificación de la calificación negativa» más que si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente (Art. 322 LH), aunque el hecho de que el Notario haya presentado el recurso «pone de manifiesto que el contenido de la calificación ha llegado a su conocimiento, según admite expresamente, por lo que el posible defecto formal en que se hubiera incurrido habría quedado sanado

Añade asimismo que la referida disposición del Art. 322 LH debe ser interpretada atendiendo no sólo a sus palabras sino también a su espíritu, al marco normativo resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios

electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias como funcionarios públicos

**RESOLUCIÓN DE 13-10-2009 (BOE: 03-12-2009).** Rectificación de descripción física de una finca. Registro: Picassent nº 1

Se presenta una instancia privada suscrita por parte de los titulares de una finca, algunos sin que su firma este legitimada, en cuya virtud se pretende modificar la descripción física de una finca inscrita registralmente. Se acompaña una certificación catastral

El Registrador suspende la inscripción porque :

-- No se presenta la preceptiva escritura pública precisa para hacer la rectificación y

-- No se acredita el consentimiento de todos los titulares registrales a la modificación

La DGRN no considera que sea un defecto el hecho de presentarse una instancia y no un documento público, ya que aquella no es sino complemento del documento público inscrito

Sin embargo si considera como defecto que no todos los titulares firmen la instancia y tengan las firmas legitimadas

Asimismo entiende que no resulta suficientemente acreditada la identidad de la finca cuya descripción se pretende modificar.

**RESOLUCIÓN DE 14-10-2009 (BOE: 03-12-2009).** Calificación del fraude. Registro: Berja

Estando ya inscrita la venta de una finca de un incapaz hecha por su tutor a su hermano, se presenta ahora una escritura de compraventa en la que este adquirente vende la finca al tutor en el mismo precio en que la adquirió.

El Registrador suspende la inscripción por considerar que existen serios indicios de fraude» y se está contraviniendo la prohibición del Art. 221.3 C.c., que impide a quien ostente cargo tutelar adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

La DGRN partiendo de lo dispuesto en el art 18 Lh entiende que el Registrador carece de medios para indagar en la conciencia o 'psique' de los contratantes averiguando su intencionalidad subjetiva, si bien no cabe duda de que podrá apreciar tal carácter fraudulento cuando de forma objetiva resulte de la documentación la existencia de un resultado antijurídico. De manera que «para que el Registrador pueda apreciar el carácter fraudulento del título presentado debería resultar de modo patente del mismo y esto no se deduce de modo indubitado del documento presentado.

**RESOLUCIÓN DE 14-10-2009 (BOE: 03-12-2009).** Cesión de derechos de créditos y cesión de contrato. Registro: Berja

Se presenta una escritura de dación en pago de deuda a favor de un acreedor cesionario consistente en la cesión, por parte del deudor cedente, de su posición y derechos contractuales como acreedor en un contrato de permuta, sin que medie el consentimiento del deudor cedido

El Registrador suspende la inscripción por no constar el consentimiento del cedido por tratarse de una cesión de contrato

La DGRN considera que hay que partir de la diferenciación entre las figuras, cercanas pero diferentes, de la cesión del contrato y de la cesión de derechos de crédito. Si nos encontramos en presencia de una cesión de contrato, será necesario el consentimiento de las tres partes involucradas en la operación jurídica, cedente, cesionario y deudor cedido. Por el contrario, si nos encontramos en presencia de una cesión de los derechos de crédito del acreedor cedente, ésta puede realizarse con el simple consentimiento de cedente y cesionario.

Considera que en este caso como uno de los permutantes había cumplido, ha desaparecido el carácter sinalagmático del contrato primitivo y no es una cesión de contrato sino una cesión de sus derechos de crédito y, consecuentemente, no es necesario ni exigible el consentimiento por parte del deudor cedido.

**RESOLUCIÓN DE 16-10-2009 (BOE: 03-12-2009).** Calificación de Auto de judicial de expediente de dominio. Registro: Ordenes

Se presenta un auto judicial recaído en expediente de dominio para la reanudación del tracto, cuando en el momento de su iniciación las inscripciones contradictorias tenían más de treinta años de antigüedad,

pero en el momento de presentarse en el Registro existe una inscripción contradictoria reciente cuyos titulares no han sido notificados personalmente.

El Registrador suspende la inscripción por no haberse cumplido la notificación personal exigida por el Art. 202 LH

La DGRN confirma el defecto y señala que es función principal del Registrador comprobar que el titular registral ha sido llamado al procedimiento con las garantías exigidas en las normas, lo cual no es sino aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva, una de cuyas manifestaciones en el ámbito registral se concreta en el principio de tracto sucesivo (Art. 20 LH). Esta calificación entra en el ámbito de la calificación registral a los efectos de la inscripción de la resolución judicial en el Registro (Art.100 RH) sin que ello signifique en absoluto entrar en la validez, corrección o justicia de la decisión judicial, extremo éste que queda al margen de las competencias calificadoras de los Registradores

**RESOLUCIÓN DE 17-10-2009 (BOE: 03-12-2009).** Anotación preventiva de embargo por gastos de urbanización. Registro: Alcazar de San Juan nº 2.

Se pretende por un Ayuntamiento que se tome anotación preventiva de embargo por incumplimiento del pago de gastos de urbanización, en procedimiento administrativo de apremio dirigido contra quien ya no es titular registral.

Considera el Ayuntamiento entiende que es posible, dada la afección real de las fincas al pago de esos gastos de urbanización

El Registrador suspende la inscripción porque

1 ) Para que las fincas queden afectas con carácter real al pago de los gastos de urbanización sí es necesario que se inscriba el instrumento de equidistribución» (Art. 19 RD. 1093/04.07.1997);

2 ) Y porque el hecho de que existiera una afección real al pago de los gastos de urbanización no exime de la necesidad de llamar al procedimiento al titular registral en el momento de la anotación

La DGRN confirma los defectos señalados en la nota entendiendo que para que las fincas queden afectas con carácter real al pago de los gastos de

urbanización es necesario que se inscriba el instrumento de equidistribución y en éste caso no se han inscrito aún los correspondientes instrumentos de equidistribución, por lo que todavía no ha nacido la afección real de las fincas. Pero además, el hecho de que existiera una afección real al pago de los gastos de urbanización no exime de la necesidad de llamar al procedimiento al titular registral en el momento de la anotación, como consecuencia del principio de tracto sucesivo del Art. 20 LH, que es una manifestación en sede registral del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

**RESOLUCIÓN DE 19-10-2009 (BOE: 03-12-2009).** Embargo por convenio de un Ayuntamiento sobre bienes sitios fuera del termino municipal. Registro: Ubeda

Se presenta mandamiento de embargo dictado por el Servicio de Recaudación de la Diputación Provincial con providencia de embargo a favor de un Ayuntamiento sobre un inmueble sito en otro término municipal

El Registrador en base a la reiterada doctrina de la Dirección general deniega la anotación entendiendo que el Ayuntamiento no puede embargar directamente bienes de otro término municipal con arreglo a lo dispuesto en el Art. 8 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas

La DGRN por el contrario aún cuando mantiene su doctrina considera que cuestión bien distinta es que exista convenio de delegación de competencias en la Diputación Provincial u otras entidades locales para la gestión, liquidación y recaudación ejecutiva de los tributos municipales, como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, pues en tal caso, debe aplicarse el apartado 4 del artículo 8 antes mencionado

**RESOLUCIÓN DE 20-10-2009 (BOE: 08-01-2010).** Auto recaído en expediente reanudador del tracto sucesivo interrumpido. Registro: Pola de Laviana

Se presenta un auto recaído en expediente de dominio reanudador del tracto, en que el juez declara justificado el dominio de las tres fincas en las que se dividió la primitiva y ordena la reanudación.

El Registrador deniega la inscripción de una de las tres fincas por entender que debió ser otra la finca cuyo dominio se acredita, tachando de incongruente la resolución judicial.

La DG reitera su doctrina sobre la calificación registral de documentos judiciales: "El Registrador ha de limitarse al Art.100 del RH, sin entrar a valorar sobre el acierto intrínseco de la resolución judicial que en aquellos se contiene". "El título inscribible es el auto, y como éste ordena la inscripción a favor del promotor y tiene aptitud legal para provocar tal asiento, el Registrador ha de estar y pasar por tales declaraciones y practicar la inscripción solicitada, pues de lo contrario, el Registrador se interferiría en el fundamento de la resolución judicial y realizaría una actividad jurisdiccional que no le corresponde".

**RESOLUCIÓN DE 02-11-2009 (BOE: 03-12-2009).** Constitución de servidumbre atípica. Registro: Madrid 19

Se presenta una escritura en la que se constituye una servidumbre en cuya virtud se atribuye al predio dominante el uso exclusivo sobre rasante de parte del predio sirviente, con la posibilidad de darle cualquier destino y el uso exclusivo bajo rasante lo mantiene el titular del predio sirviente

El Registrador atendiendo a las circunstancias concurrentes suspende la inscripción por entender que se trata de una situación de horizontalidad y que debe darse el tratamiento de un conjunto inmobiliario con los requisitos que para ello exige el art 24 LPH

La DGRN considera por el contrario inscribible la servidumbre porque existe libertad entre los contratantes para crear derechos reales innominados o atípicos siempre que el derecho creado tenga las características esenciales del derecho real. Lo que, como ha dicho la doctrina más autorizada, supone que se pueden crear derechos reales nuevos, los cuales en su mayoría serán combinaciones o variaciones sobre los existentes. Todo ello tiene como consecuencia que si los contratantes no quieren someterse a una figura de derecho real típica, no existe obstáculo para que se aparten de ella, siempre que no contravengan una prohibición legal. Por ello nada impide que pueda constituirse como servidumbre la figura que en la escritura se configura, sobre todo, teniendo en cuenta que en el campo de las servidumbres donde el Código Civil refleja el reconocimiento en nuestro Derecho del sistema de 'numerus apertus'

**RESOLUCIÓN DE 03-11-2009 (BOE: 03-12-2009).** Inscripción de exceso de cabida. Registro: Roses nº 2

Se presenta una escritura en la que se declara un exceso de cabida inferior a la quinta parte acreditado mediante un informe técnico que identifica la finca con los mismos linderos y expresa que la cabida real obedece a una medición basada en un plano topográfico

La Registradora deniega la inscripción porque no se acredita que se cumplan los requisitos exigidos en los artículos 199 LH, 298 de su Reglamento y 53.10 de la Ley 13/1996

La DGRN por el contrario considera correctamente acreditado, conforme a los Arts. 199 LH, 298 RH y 53.10 L. 13/1996, un exceso de cabida que es inferior a la quinta parte de la cabida inscrita, se acredita con informe técnico y se identifica perfectamente la finca con los linderos que figuran inscritos, expresando claramente que no existe ninguna inmatriculación encubierta, siendo la cabida real la que se solicita inscribir, y resultando la misma de la existente entre los linderos tal y como ya se encuentran en el Registro

**RESOLUCIÓN DE 05-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** El asiento de presentación caducado no produce efecto alguno. Registro: Albuñol

Se presenta mandamiento de embargo y caduca el asiento de presentación, por lo que el Registrador procede al despacho de una escritura de compraventa posterior en la que el deudor transmite la finca a un tercero. Presentado de nuevo el mandamiento de embargo, el Registrador suspende la anotación.

La DG confirma la nota de calificación, por aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación (arts.20 y 38 de la LH y 140.1 del RH) así como el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (Art.24 de la CE). “La circunstancia de que en el momento de adoptarse la resolución judicial la finca aún perteneciere al deudor, no basta para tomar la anotación preventiva de embargo, pues el momento en que se debe cumplir el tracto sucesivo es el de la presentación en el Registro del título cuya inscripción se pretende o después si durante la vigencia del asiento de presentación se aportan los títulos intermedios; por lo que no basta con que se cumpliera el tracto sucesivo en el momento de la fecha del auto ordenando la anotación “(arts.24 y 25 de la LH).

“En caso de que se deje caducar el asiento de presentación procede el despacho de los títulos posteriores, que ganan prioridad y producen el

cierre registral de títulos incompatibles aunque sean de fecha posterior” (Art. 17 de la LH).

**RESOLUCIÓN DE 06-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Anotación preventiva de embargo. Derechos que puedan corresponder al cónyuge deudor. Liquidación de sociedad conyugal. Registro: Málaga 15

Se presenta testimonio de una sentencia firme por la que se adjudica la mitad indivisa de finca inscrita como ganancial “resultando que la anotación de embargo-al haber fallecido el cónyuge no deudor-, se tomó sobre los derechos que pudieran corresponder al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad conyugal.

El Registrador suspende la inscripción solicitada por no resultar acreditada la previa liquidación de la sociedad conyugal del deudor ejecutado.

La DG confirma la nota de calificación y reitera su doctrina de que: “disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto a patrimonio separado colectivo”. La DG reitera la necesidad de distinguir las tres hipótesis en el embargo de bienes gananciales después de disuelta la sociedad. En este supuesto nos encontramos ante un embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en la masa patrimonial, y en estos casos no es posible la adjudicación de la mitad indivisa de un bien, pues no existen todavía, pendiente de liquidación la sociedad, cuotas indivisas sobre bienes concretos. Podría haberse adjudicado la parte que al cónyuge le correspondiera en la liquidación, pero no una mitad indivisa de un bien”.

**RESOLUCIÓN DE 09-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Rectificación del Registro: error de concepto rectificable por el Registrador cuando resulta del propio Registro. Registro: Línea de la Concepción

Se presenta instancia solicitando la rectificación de una nota marginal en la que se hace constar la cancelación de una condición resolutoria, pidiéndose la anulación de la misma por haberse extendido erróneamente, ya que la escritura que provocó dicho asiento reseñaba un pago parcial del precio y no de la totalidad del mismo.

El Registrador suspende la práctica de la rectificación que se pretende, por no constar el consentimiento del titular registral, o en su defecto, una providencia judicial que ordene dicha rectificación, por considerar que el error es de concepto.

La DG estima el recurso, y aunque entiende que el error es de concepto, señala que “ resultando claramente el error padecido de los propios asientos el Registrador no precisa del consentimiento de los interesados para proceder a su rectificación”, citando la STS de 28 de febrero de 1999 al hacer exégesis del Art.217 de la LH. “Del título que generó la cancelación de la condición resolutoria resulta de modo inequívoco que se trataba de un pago parcial y que no se prestaba consentimiento a la cancelación de la condición resolutoria”, por lo que “no hay ningún obstáculo para la rectificación solicitada a la vista de que se trata de un error de concepto padecido en la redacción de una nota marginal cuya sola confrontación con la inscripción principal respectiva basta para darlo a conocer”. Finalmente añade que “el hecho de que la rectificación implique la reactivación de la condición resolutoria cancelada no es un obstáculo para la misma, pues la rectificación no surtirá efecto frente a terceros sino desde la fecha en que se verifique (arts.40 y 220 de la LH) y el titular registral ya prestó su consentimiento a la condición en la escritura de compraventa originaria.

**RESOLUCIÓN DE 10-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Sentencia dictada en procedimiento declarativo ordinario es título hábil para proceder a la cancelación de las inscripciones que se declaran nulas en el documento judicial y para proceder a la inscripción del pleno dominio a favor del demandante. Registro: Molina de Aragón

Se presenta testimonio de sentencia dictada en juicio declarativo ordinario en que se declara la nulidad del contrato de compraventa y se ordena la cancelación de los asientos practicados en virtud de la Escritura declarada nula así como la inscripción del dominio a favor del demandante. El asiento cuya cancelación se solicita es una inscripción primera de inmatriculación.

El Registrador resuelve en suspender el despacho del documento por no presentarse los documentos exigidos por la legislación vigente para la práctica de la inscripción a favor del demandante. Para dicha inscripción, dado que tiene naturaleza inmatriculadora, será necesario aportar el título idóneo para la práctica del citado asiento de conformidad con los arts.199 y 205LH,298 del RH y 57.3 de la Ley 13/1996.

La DG estima el recurso señalando que “en el supuesto de hecho no estamos ante una inmatriculación propiamente dicha, pues se trata de cancelar una inmatriculación previa ya practicada y a continuación de proceder a la inscripción a favor del actor, en lo que formalmente será una inscripción segunda. Por lo que huelga toda referencia a los requisitos para la inmatriculación de la finca, pues al inscribirse la sentencia no quedará desinmatriculada la finca”. Pero es que además “aunque hubiéramos estado ante un supuesto de inmatriculación es doctrina reiterada que en juicio declarativo ordinario es posible la inmatriculación de fincas, sin necesidad de acudir a los procedimientos de inmatriculación específicos previstos en la LH”, salvo, claro está, “la exigencia de certificación catastral descriptiva y gráfica, exigible para todo supuesto de inmatriculación desde la L13/96”.

**RESOLUCIÓN DE 11-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Rectificación del Registro. Error de concepto rectificable por el Registrador cuando resulta del propio Registro. Registro: Línea de la concepción

Se presenta instancia solicitando la rectificación de una nota marginal en la que se hace constar la cancelación de una condición resolutoria, pidiéndose la anulación de la misma por haberse extendido erróneamente, ya que la escritura que provocó dicho asiento reseñaba un pago parcial del precio y no de la totalidad del mismo.

El Registrador suspende la práctica de la rectificación que se pretende, por no constar el consentimiento del titular registral, o en su defecto, una providencia judicial que ordene dicha rectificación, por considerar que el error es de concepto.

La DG estima el recurso, y aunque entiende que el error es de concepto, señala que “resultando claramente el error padecido de los propios asientos el Registrador no precisa del consentimiento de los interesados para proceder a su rectificación”, citando la STS de 28 de febrero de 1999 al hacer exégesis del Art.217 de la LH. “Del título que generó la cancelación de la condición resolutoria resulta de modo inequívoco que se trataba de un pago parcial y que no se prestaba consentimiento a la cancelación de la condición resolutoria”, por lo que “no hay ningún obstáculo para la rectificación solicitada a la vista de que se trata de un error de concepto padecido en la redacción de una nota marginal cuya sola confrontación con la inscripción principal respectiva basta para darlo a conocer”. Finalmente añade que “el hecho de que la rectificación implique

la reactivación de la condición resolutoria cancelada no es un obstáculo para la misma, pues la rectificación no surtirá efecto frente a terceros sino desde la fecha en que se verifique (arts.40 y 220 de la LH) y el titular registral ya prestó su consentimiento a la condición en la escritura de compraventa originaria.

Notas: Resolución que tiene el mismo contenido que la R. De 9 de noviembre de 2009, en ésta el recurrente es un particular y en la de 11 de noviembre la sociedad anónima “Rocío Alto”.

**RESOLUCIÓN DE 12-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Identificación de los medios de pago previstos para el pago aplazado: no es necesaria. Registro: Murcia 8

Se presenta escritura pública de compraventa con parte del precio aplazado acordándose su abono en la forma que las partes tengan por conveniente, sin que puedan precisarla en ese momento.

El Registrador suspende la inscripción por considerar que es necesario hacer constar los medios previstos para los pagos correspondientes a la parte del precio aplazado.

La DG estima el recurso: “ Las manifestaciones y constancia documental de los medios de pago empleados exigidas tanto por los Arts. 21y 254 de la LH, como por los arts.24 de la LN y 177 del RN aparecen referidas en todo caso, a los pagos realizados en el momento del otorgamiento de la correspondiente escritura pública o con anterioridad al mismo, pero no se refieren en ningún caso a los pagos que para satisfacer la parte de la prestación dineraria pactada que haya sido aplazada se hayan de realizar en un momento ya posterior a aquel otorgamiento, con independencia de que en la inscripción se haga constar, conforme al Art.10 de la LH, la forma en que las partes contratantes hayan convenido los pagos futuros correspondientes a la parte del precio aplazado”.

Notas: Añade la DG que en el supuesto no “resulta necesario prejuzgar si en el caso de que los interesados reclamen la constancia registral, a través de la correspondiente nota marginal, del pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de practicada la inscripción de su adquisición por cuenta o saldo del precio de la venta, conforme al Art. 58.1 del RH, tal constancia queda sujeta o no a las exigencias de constancia del medio de pago empleado impuestas por la Ley 36/2006”. Resulta evidente que sí, no sólo por la consideración teórica de que la escritura de pago debe

considerarse complementaria de las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles; sino por la práctica de que, de no exigirse así, sería fácil burlar las previsiones legales sin más que dejar aplazado el precio y otorgar carta de pago poco después.

**RESOLUCIÓN DE 16-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Inmatriculación: exigencia de doble transmisión. La inmatriculación no puede practicarse con documentación reveladora de que ha sido elaborada a ese solo efecto. Registro: Cáceres número 2

Se presenta escritura de fecha 16 de octubre de 2008 en que los cónyuges dueños en pro indiviso y por partes iguales de varias fincas, no inscritas, las aportan a su sociedad de gananciales, y a continuación agrupan dos de ellas por ser colindantes. Figura en la escritura que los cónyuges adquirieron tales fincas, en una mitad indivisa para cada uno, en pago de su haber en la liquidación de la sociedad de gananciales hecha en escritura ante el mismo notario el 8 de octubre de 2008.

El Registrador suspende la inscripción por tratarse de “documentos elaborados ad hoc con la única finalidad de conseguir la inmatriculación, recogiendo por tanto, simples transmisiones instrumentales, lo cual no cumple los requisitos de los arts.205 de la LH y 298 del RH”, además de requerirse la certificación catastral descriptiva y gráfica totalmente coincidente con la descripción de las fincas en el título ( Art.53.7 de la L13/96, de 30 de diciembre).

La DG desestima el recurso: “en el caso concreto, no cabe duda de que tanto el título inmatriculador como el documento fehaciente que incorpora la adquisición anterior no son más que transmisiones instrumentales a fin de crear una documentación aparentemente susceptible de conseguir la inmatriculación de la finca a favor de quienes dicen ahora ser sus propietarios sin disponer de título público de su adquisición y sin poder acreditar por medio de documento fehaciente la adquisición de quien a ellos les transmitió”. “Cualquiera que fuera la motivación del legislador para exigir una doble transmisión, no cabe duda de que tal finalidad no se cumple si la situación de las fincas al final del proceso inmatriculador es la misma que existía cuando se inició dicho proceso, lo que permite deducir que la finalidad era la naturaleza distinta al objetivo perseguido con la inscripción”( en el supuesto los bienes mantienen el mismo carácter que tenían anteriormente(las fincas agrupadas siguen siendo gananciales). “La

limitación de los medios del Registrador a la hora de calificar no puede suponer tener que desconocer lo que paladinamente muestran sin sombra de duda los documentos que califica”.

Finalmente añade que “es imprescindible para la inmatriculación la total coincidencia entre la certificación catastral y la que resulta de título, conforme al Art.53.7 de la L 13/96.

**RESOLUCIÓN DE 17-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Para que el Registrador entienda cumplidos los requisitos exigidos por los arts.254 y 255 de la LH, basta que el documento se haya presentado en la Administración. Bienes gananciales: no se contradice con una confesión de privación con otra anterior. Registro: Valladolid número 5

Se presenta escritura de elevación a público del documento privado en que dos hermanos,acompañados de sus respectivas esposas, manifiestan que son propietarios en pro indiviso, según el Registro de la nuda propiedad, y según la realidad del pleno dominio por fallecimiento de su madre (como se acredita con el correspondiente certificado de defunción, pero sin acreditarse haberse practicado la liquidación del impuesto por la extinción del usufructo inscrito) de determinada finca, y proceden a disolver el condominio y adjudicar la finca a uno de ellos a cambio de que éste indemnice a su hermano con la mitad del valor del inmueble. Estando inscrita la mitad de la finca a nombre del adjudicatario como bien privativo confesado, se solicita la inscripción de la totalidad de la finca como bien privativo de éste, pues en el mismo acto se declara que su sociedad de gananciales tiene contra él un crédito igual al precio pagado por la mitad.

El Registrador resuelve en suspender la inscripción solicitada por no poderse consignar una confesión contraria a una aseveración u otra confesión previamente registrada de una misma persona en base al Art.95.6 del RH. Fundándose además en los arts.95.4 y 95.5 del RH; y por no ser posible practicar la inscripción del pleno dominio al no acreditarse la liquidación del ITPAJD por la extinción del derecho de usufructo.

La DG estima el recurso: en primer lugar “basta que el documento se haya presentado en la Administración Tributaria para entenderse cumplidos los requisitos fiscales, sin perjuicio de que el Registrador, si lo entiende procedente, pueda poner en conocimiento de dicha Administración la no liquidación de un concepto que él entienda que es liquidable”. En segundo lugar respecto al carácter privativo del bien “si en un momento se confesó que una mitad del inmueble era privativo y ahora, al adquirir la segunda

mitad se dice que es privativo en su totalidad, no se está haciendo una afirmación contradictoria sino complementaria de la primera.

**RESOLUCIÓN DE 18-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Convenio regulador: el pacto de que los hijos del matrimonio tendrán su domicilio familiar en una vivienda privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente, no supone la atribución del uso de la vivienda familiar. Registro: Sevilla 2

Se presenta sentencia firme de divorcio acompañada del convenio regulador aprobado en el que se establece que “las hijas comunes del matrimonio junto con su madre, tendrán su domicilio habitual en la vivienda que fuera domicilio conyugal, privativa del padre...”

El Registrador suspende la inscripción porque en el documento calificado no se adjudica bien inmueble alguno, ni se constituyen derechos reales sobre los mismos, razón por la cual no puede provocar asiento registral alguno.

La DG desestima el recurso: “en el supuesto se plantea la duda de si lo que se está constituyendo es el derecho de uso de la vivienda familiar tipificado legalmente, o una simple declaración de intenciones o una obligación sin repercusión frente a terceros”. La duda en cuanto a los efectos que de tal “derecho” se derivarán, así como el hecho de no atribuirse al cónyuge, que es el verdadero titular del derecho de uso configurado por el CC, inclinan a concluir que no se constituye un derecho al uso de la vivienda como el legalmente tipificado e inscribible en el Registro”.

La DG recuerda su doctrina de que el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues no tiene carácter patrimonial, sino familiar; y que tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo, que puede ser variable, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. En consecuencia no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho (titularidad que corresponde al cónyuge a quien se atribuye) (R.27-08-2008)

**RESOLUCIÓN DE 19-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Reserva de usufructo vitalicio por la dueña única y enajenante mientras no fallezcan ella y una hermana suya: debe ser inscrito como usufructo conjunto y

sucesivo. Anotación preventiva de suspensión:: no puede tomarse si está pendiente recurso gubernativo. Registro: Madrid número 5

Constituido el usufructo que se reserva la vendedora constituido sobre su vida y la de su hermana y disponiéndose que se extinguirá y consolidará con la nuda propiedad al fallecimiento de la última de ellas dos e inscrito como usufructo conjunto y sucesivo a favor de ambas hermanas; en diligencia de la misma escritura en la que comparecen todos los interesados (incluida la hermana beneficiaria), se solicita la rectificación de la inscripción, en el sentido de que se cancele el usufructo de la hermana, “pues ella no es titular sino sólo persona cuya vida es determinante de la duración de tal usufructo”.

El Registrador suspende la rectificación solicitada por entender que se había constituido un usufructo conjunto y sucesivo y que, de no ser así, “no cabe inscribir el usufructo vitalicio a favor de la vendedora con la “duración pactada” porque la duración del usufructo vitalicio es la de la vida del usufructuario”.

El Notario autorizante impugna la calificación y solicita la práctica de anotación preventiva de suspensión.

La DG confirma la nota registral añadiendo que aunque si bien “es cierto que podría sostenerse que el usufructo se incluyera en el caudal hereditario de la hermana premuerta, tal consecuencia debería preverse con claridad en la escritura”. En cuanto a la solicitud de anotación preventiva de suspensión, la DG recuerda las R de 13,14,15 y 17 de septiembre de 2005 : “suspendido el plazo de caducidad del asiento de presentación como consecuencia del recurso, no existe razón para que el mismo asiento quede suspendido también por la práctica de la anotación”.

**RESOLUCIÓN DE 20-11-2009 (BOE: 19-01-2010).** Nulidad de una división material y posibilidad de una cancelación parcial. Registro: Chipiona.

Supuesto de hecho: Se presenta en el Registro un mandamiento judicial ordenando la cancelación de las inscripciones registrales correspondientes a cinco nuevas fincas registrales creadas en virtud de título de división que ha sido declarado nulo judicialmente, y conservándose como única inscripción válida la de la finca matriz ilegalmente dividida.

La registradora deniega la inscripción por los siguientes motivos:

1º Figurar inscritas dos de las fincas creadas (una sólo en cuanto a la nuda propiedad) a nombre de personas distintas de aquellas contra las que se dirige el procedimiento, de acuerdo con los principios de tracto sucesivo del artículo 20 LH y de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

2º Que la demanda se formula por la Comunidad de Propietarios... sin que se expresen sus circunstancias personales, lo que vulneraría el principio de especialidad y los Arts. 9 LH y 51 RH.

La Dirección confirma la nota respecto de las fincas inscritas a nombre de persona distinta del demandado, pero la revoca en cuanto a las demás fincas, admitiendo la cancelación parcial basándose en el principio de rogación y la solicitud del presentante y en que además constaba la Anotación de Demanda sobre esas fincas, por lo que si existía un problema que impedía la constatación registral parcial de la demanda debería haberse planteado entonces y no en el momento de la presentación de la sentencia.

En cuanto al segundo argumento alegado por la Registradora, la Dirección también revoca la nota por entender que no es obstáculo para proceder a la cancelación que no se expresen las circunstancias personales del demandante si las mismas pueden obtenerse de los Libros del Registro, donde ya consta la anotación preventiva de demanda del procedimiento judicial, y el asiento a cancelar está identificado perfectamente por los datos referentes al título que lo motivó.

**RESOLUCIÓN DE 21-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Recurso Gubernativo: el plazo para su interposición empieza a contar desde la notificación de la calificación sustitutoria, en su caso. Declaración de obra antigua: acreditada la antigüedad de la obra, no obsta el que no conste en el Catastro. Registro: Alicante número 3

Se presenta escritura de subsanación y complemento de escritura de declaración de obra nueva que incorpora un nuevo certificado expedido por el mismo técnico, con firma legitimada y visada colegialmente, en la que se expresa que la obra nueva tiene una antigüedad anterior al año 2000 ( en la anterior se expresaba que la construcción contaba con más de cinco años de antigüedad).

El Registrador deniega la inscripción dada la contradicción existente, es decir, “ que la construcción sea anterior al año 2000, como hace constar la

certificación del Arquitecto, y que durante todo ese espacio de tiempo transcurrido no se haya actualizado el Catastro, no figurando en el mismo la vivienda unifamiliar cuya obra nueva se declara. Ante esta contradicción, la certificación del Arquitecto aportada, por sí sola, no es documento fehaciente”.

Se impugna la calificación, el Registrador remite el expediente a la DG, alegando además que el recurso está interpuesto fuera de plazo, “ya que debe contarse desde la notificación y no desde que tuvo lugar la calificación sustitutoria”.

La DG estima el recurso: en primer lugar: “como ha afirmado anteriormente este Centro Directivo (R: 9 de octubre de 2006), el uso de la facultad de solicitar una calificación a cargo del Registrador sustituto conforme al Art.19 bis de la LH, no es propiamente un recurso, asemejándose a una reposición previa con los consiguientes efectos suspensivos de los plazos propios de la interposición del recurso contra la calificación negativa inicial”, y precisamente por eso, en el caso de que el Registrador sustituto califique negativamente el título, “deberá notificar su calificación al Notario autorizante de la escritura, en el plazo y en la forma establecidos en el Art.322LH, toda vez que dicha notificación determina el “dies a quo” del plazo para la interposición del recurso”...

En segundo lugar: respecto a la declaración de obra nueva: “El hecho de haber transcurrido nueve años desde la construcción sin que la misma figure en el Catastro, no es determinante, pues dicha construcción se acredita mediante otro medio legalmente admitido”.

**RESOLUCIÓN DE 23-11-2009 (BOE: 19-01-2010).** Embargo contra persona del mismo nombre y apellidos pero distinto DNI y nombre de su esposa. Registro: Cuenca

Hechos: Se presenta en el Registro mandamiento judicial solicitando la práctica de anotación preventiva de embargo sobre diversas fincas.

El registrador deniega la práctica de algunas de ellas por estar inscritas las fincas a favor de persona distinta del demandado, haciendo constar que el titular registral tiene igual nombre y apellidos que el demandado, pero que no coinciden ni el DNI ni el nombre de su esposa.

El recurrente alega que coincidían los DNI que aparecían en la póliza con los de las notas simples registrales, lo cual es reconocido por el registrador

(parece que por error del programa informático o del usuario del mismo), pero habiéndose notificado, en todo caso a una persona distinta de la esposa titular registral.

La DGRN confirma la calificación, pues, al no coincidir ni el DNI ni la esposa, se incumple el principio de tracto sucesivo. Los asientos registrales han de prevalecer sobre la publicidad formal que se pueda expedir, incluso cuando se trata de certificaciones, todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad civil en que haya podido incurrir el Registrador por los gastos ocasionados como consecuencia de ese error -aunque pudiera ser imputable al programa informático-, y siempre que se prueben en el procedimiento adecuado para ello.

**RESOLUCIÓN DE 24-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Prórroga del plazo de duración de un préstamo garantizado con hipoteca: puede hacerse constar en el Registro la prórroga pactada después del vencimiento. Registro: Torrijos

Se presenta escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario consistente en prorrogar doce meses más la duración del contrato, pactada transcurrido el plazo de duración del préstamo garantizado con hipoteca.

El Registrador suspende la inscripción por considerar “no inscribible la prórroga [...] por haberse pactado la ampliación una vez vencido el plazo inicialmente acordado, lo que implica el nacimiento de una nueva obligación, que por el carácter accesorio de la hipoteca supondría la necesaria constitución de una nueva garantía con cancelación de la primitiva-arts.1203,1204 y 1857 CC y 105 de la LH”.

La DG estima el recurso: “En el presente supuesto, no se trata de un pacto que modifique una anterior cláusula que sujetara a término el mismo derecho real de hipoteca (como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito) ni se trata de un plazo de la obligación configurado como esencial. Se modifica un plazo fijado para la duración de la obligación garantizada cuyo vencimiento no tiene como consecuencia la extinción de la misma sino que el incumplimiento de esta obligación devenida exigible puede dar lugar a la efectividad de la hipoteca si el acreedor no reintegrado de su crédito utiliza la acción hipotecaria para hacer valer su derecho.

La propia LH, Art.144 LH admite la posibilidad de modificaciones de la obligación garantizada con la hipoteca(entre ellas, la espera) si bien

dispone que no surtirán efecto contra tercero, si no se hacen constar en el Registro por medio del asiento correspondiente. Por lo demás, la ampliación del plazo del préstamo se contempla como un supuesto de novación modificativa el Art.4 de la Ley 2/94 de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sin que deba decidirse ahora sobre el alcance que haya de tener la interpretación de la norma del apartado 3 de dicho precepto legal relativa al rango de la hipoteca inscrita”

**RESOLUCIÓN DE 03-12-2009 (BOE: 19-01-2010).** Segregación en propiedad horizontal tumbada. Necesidad de licencia si el suelo no es elemento común. Registro: Santa Cruz de Tenerife 4

Hechos: Se presenta en el Registro escritura por la que doña M. P. M. G. declara que es dueña de una finca urbana que forma parte de un conjunto urbanístico. Dicha finca está compuesta por casa y edificio destinado a instalación deportiva cubierta. Se le asigna una cuota en los beneficios y gastos del complejo del cincuenta y cinco por ciento.

Constando en los Estatutos que los propietarios de las fincas podrán, sin autorización de la Junta de Propietarios segregar o dividir sin que afecte a las cuotas de los demás, la titular de la finca segrega la casa, asignándole una cuota en los beneficios y gastos del complejo del 17,52 %.

El registrador suspende la inscripción por estimar que, en el fondo, se lleva a cabo una segregación del terreno, por lo que es preciso que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable -en este caso la canaria- o la declaración municipal de su innecesidad que deberá testimoniarse literalmente en el documento. Considera que también se necesita licencia al modificarse el número de entidades susceptibles de uso independiente.

El notario autorizante recurrió alegando que la normativa sustantiva viene constituida por el Decreto Legislativo de Canarias 1/2000, el cual sujeta a licencia «las parcelaciones, segregaciones, modificaciones o cualquier otro acto de división de fincas o predios» salvo que proceda de una reparcelación o de una junta de compensación; que se trata de una propiedad horizontal en que uno de los elementos, además de estar destinado a vivienda, cuenta con un local para actividades deportivas; y que si algo caracteriza a la propiedad horizontal es el mantenimiento del terreno como unidad, por lo que el acto calificado está fuera de los actos

regulados en el artículo 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de Canarias”.

El defecto se subsanó a posteriori, pero, al no retirar el recurso el notario, la DGRN resuelve a efectos doctrinales, confirmando la calificación. Para ello solicitó que se le acreditara si, según los estatutos el suelo es elemento común o no, resultando que sólo lo es el camino de acceso.

Señala la Dirección que la Ley de Propiedad Horizontal se aplica también a los complejos inmobiliarios, pero ello no los convierte en propiedades horizontales en sentido estricto. En el caso presente, a pesar de denominarse “propiedad horizontal tumbada”, estamos realmente ante un complejo inmobiliario en el que el suelo –con la excepción del camino de acceso aquí no tocado- no es un elemento común.

En los complejos inmobiliarios, la formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad ob rem otros elementos, ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito.

Por el contrario, la propiedad horizontal en sentido estricto, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma, superficie o linderos.

**RESOLUCIÓN DE 04-12-2009 (BOE: 19-01-2010).** nueva e identificación del terreno sobre el que descansa (suelo rústico de especial protección). Registro: Alicante 3

Hechos: Se presenta en el Registro escritura por la que los cónyuges propietarios de una finca inscrita como rústica declaran que sobre la misma existe una construcción, cuya obra declaran, desde hace más de treinta años. Acompañan certificación de arquitecto, que acredita el hecho de existir una construcción en una finca cuyos linderos coinciden con los del Registro (los linderos se identifican sólo con los nombres de los titulares de los predios colindantes) y que se dice situada en el lugar denominado «Camino del Barranco, número 28, partida de Verdegas». Se protocoliza

certificación catastral que dice que la finca está sita en «DS Verdegas 64» en la que no figura construcción alguna.

El registrador rechaza la inscripción, por los siguientes motivos:

1.- Ningún dato acredita que la finca esté situada en el Camino del Barranco 28, ya que según el certificado catastral lo está en DS (diseminados) 64.

2.- La certificación del arquitecto no es documento fehaciente que acredite la situación de la finca, por tanto no se pueden tomar en cuenta dichas certificaciones, ya que no se determina que la finca sobre la que se declara la obra nueva es la registral, sita en la Partida de Verdegas.

3.- No se acredita mediante documento fehaciente que la vivienda declarada no se haya construido sobre suelo no urbanizable de especial protección.

4.- La Ley Urbanística Valenciana/2005 relativa a obras sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones establece que el plazo de prescripción de las sanciones urbanísticas será de 4 años, salvo que se hubieran ejecutado en zona verde, viales, o sobre suelo no urbanizable protegido, respecto de los que no existe plazo de prescripción, en cuanto a la posibilidad de restauración de la legalidad y reparación al estado anterior de los bienes.

El notario impugna la calificación manifestando que el lugar donde el arquitecto sitúa la obra nueva no es preciso que concuerde con los datos registrales por cuanto éstos no se actualizan y pueden no coincidir, y lo mismo ocurre con el certificado catastral.

Por otro lado añade que no se precisa además la aportación del certificado catastral para esta declaración de obra, y que la exigencia de documento fehaciente que la vivienda no está en suelo no urbanizable protegido, es un requisito que no exige la ley.

La Dirección General desestima el recurso ya que indica que es necesaria para las obras nuevas que carecen de licencia y certificado de técnico, una serie de requisitos, entre ellos que se acredite bien por certificado del Catastro, certificado técnico o acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título, lo que debe asegurar la inexistencia de duda en cuanto a que la edificación que se

describe es la misma respecto de la que se acredita su terminación, que se demuestre que ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción urbanística, y que se pruebe dicha antigüedad y que no existe divergencia en cuanto a dónde está situada la edificación.

En este supuesto el arquitecto no identifica suficientemente la finca, ya que se hace sólo por los nombres de los titulares colindantes, cosa de la que el arquitecto no tiene conocimiento ni especial competencia, divergiendo en cuanto al nombre del pago o paraje, circunstancia que sí puede ser conocida por dicho profesional. Y si a ello se agregan las divergencias según el Registrador entre el paraje descrito y los mapas catastrales y se agregan las denuncias efectuadas por autoridades de la zona, que exige extremar el celo en caso de registración de obras por prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad el recuso debe decaer.

Comentario: en esta resolución, la cuestión más discutible planteada es la de que no se acredita por el notario que la vivienda no se haya construido en suelo no urbanizable protegido, ya que respecto del mismo la Ley Urbanística Valenciana establece que no cuenta la prescripción, por lo que no se puede acreditar el transcurso del plazo de la acción de restauración de la legalidad urbanística. En este tema no entra la DG y lo único que hace es alegarlo como un argumento más para exigir la perfecta identificación de la ubicación de la vivienda.

En el caso concreto, algunos pueden entender que dicho extremo no es exigible. Para ello, hay que partir del hecho de que las obras nuevas a las que se refiere el art 52 del RD de 1997 no gozan de los requisitos exigidos por la legalidad urbanística (ni licencia, ni proyecto, ni seguro decenal, ni fin de obra y así etc...). Por tanto lo único que hace la norma es admitirlas en el Registro (incluso de forma provisional) porque de acuerdo con lo que dice la LUV pueden ser derruidas por el Ayuntamiento; o sea que la inscripción ni legitima, ni legaliza la construcción, al contrario es el inicio de un camino que puede llevar a su demolición, desde el momento en que el Registrador lo va a comunicar al Ayuntamiento correspondiente, que es a quien corresponde el control de la disciplina urbanística. El Registrador sólo puede exigir el cumplimiento de los requisitos del art 52, pero ni uno más, ya que el hecho de que la finca se encuentre o no en un suelo de una categoría u otra, no es algo que le afecte, desde el momento que su responsabilidad acaba en el momento en que lo pone en conocimiento de la Corporación Local, y estimula su actuación.

Por ello la ley exige además que no exista anotación preventiva de incoación de expediente por infracción en el Registro de la Propiedad, es decir se cierra el círculo: de un lado no debe existir anotación y de otro, una vez inscrita la obra, se notifica al Ayuntamiento para que, en su caso, actúe, pero la política de control de la disciplina corresponde a la Corporación Local. Lo correcto evidentemente sería que en las distintas fincas registrales figurara su calificación urbanística, donde previa conexión con el Catastro se pudiera saber en cada momento la calificación urbanística de la finca en cuestión.

**RESOLUCIÓN DE 05-12-2009 (BOE: 19-01-2010).** Adición a escritura. Rectificación del carácter presuntivamente ganancial de la finca por manifestación del precio privativo confesado. Registro: Almuñécar

Hechos: se presenta en el Registro de la Propiedad tercera copia autorizada de una escritura de compraventa. En la citada escritura comparecieron, además de la vendedora, don J. M. P. R. y su esposa, haciéndose constar en el otorgamiento de la misma que don J. M. P. R. «compra» –sin referencia al carácter de su adquisición–. No obstante, al final del texto de la escritura, se lee «Adición: “Don J. M. P. R. manifiesta que el dinero con que realiza la compra es de su exclusiva pertenencia, lo que asevera su esposa por ser cierto, y solicita su inscripción como privativo”».

La finca en cuestión consta inscrita en el Registro a favor de don J. M. P. R. con carácter presuntivamente ganancial.

La Registradora rechaza la inscripción pero no por defectos formales, sino porque estima que la inscripción que se solicita del bien es como bien privativo confesado, pero no como “privativo puro” y que además es necesaria la intervención de todos los interesados.

La Dirección General revoca la calificación y ordena la inscripción de la finca como privativa por precio confesado.

Entiende la Dirección que la adición corresponde a una rectificación que ya figuraba en la escritura matriz original, y puesto que la esposa ya compareció en la primera copia presentada, no se precisa una nueva comparecencia, por cuanto la adición se entiende que formaba parte de dicha matriz, y o bien no constaba en la copia autorizada que se presentó a inscribir o bien no fue tenida en cuenta a la hora de despachar la copia.

**RESOLUCIÓN DE 05-01-2010 (BOE: 08-02-2010).** No cabe rectificación por instancia sin intervenir titulares registrales. Registro: Carmona

Hechos: se presenta en el registro por parte de una sociedad un escrito solicitando la rectificación de los que considera errores en relación con diversas inscripciones de agrupaciones y segregaciones practicadas hace más de veinte años, por entender que merman la superficie inscrita de su propiedad.

El registrador deniega la rectificación por los siguientes motivos:

- a) La instancia presentada no cumple los requisitos de titulación pública previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.
- b) La rectificación de errores requiere del consentimiento de todos los titulares afectados o en su defecto resolución judicial (1, 38, 40, 79, 82 Ley Hipotecaria).
- c) Si de lo que se trata es de la inscripción de un exceso de cabida, no se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en los artículos 200 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento.

La DGRN confirma la nota, centrándose fundamentalmente en que algunas de las fincas figuran inscritas en la actualidad a favor de terceras personas que no han prestado su consentimiento, por mucho que la sociedad solicitante entienda que no se les produce perjuicio.

Por otra parte, no parece que el recurso gubernativo sea el cauce adecuado, porque, aun cuando efectivamente hubiesen existido tales equivocaciones en inscripciones practicadas, éstas se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que no pueden ser modificadas sin consentimiento de todos sus titulares o en virtud de resolución judicial firme dictada en procedimiento dirigido contra tales titulares.

**RESOLUCIÓN DE 08-01-2010 (BOE: 01-03-2010).** Expediente de dominio para reanudar tracto: datos personales, citaciones, licencia segregación. Registro: Requena

Se presenta en el Registro de la Propiedad de Requena testimonio de un auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Requena en expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo

interrumpido, por el que se declara acreditado el dominio de una finca, procediendo por tanto la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre la misma y la cancelación de las inscripciones contradictorias que sobre ella existan.

Se invocan por la registradora diversos defectos:

1. No constan las circunstancias personales del promotor del expediente, esto es D.N.I, estado civil en el momento de la compra y si fuera casado el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos del conyuge. Se confirma el defecto, la Ley Hipotecaria y su Reglamento exigen que tales circunstancias consten en toda inscripción que se haga en el Registro. Por otra parte, la registradora cumplió notificando la calificación al presentante (art 322 LH) sin que sea preceptivo hacerlo al interesado. Tampoco el hecho de que dichas circunstancias personales omitidas se contengan en el escrito de interposición del recurso, determina la estimación del mismo pues no pudieron ser tenidas en cuenta por la registradora en el momento de la calificación. El recurso contra la calificación registral sólo puede recaer sobre cuestiones que se relacionen directa o inmediatamente con la nota de calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (art 326 LH). No es por tanto la vía adecuada para subsanar los defectos recogidos en la calificación del Registrador para lo cual debe acudir a una nueva presentación de documentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario

2. No consta haberse practicado las citaciones a los titulares de la finca matriz, ni a las transmitentes, o en su caso a sus causahabientes, ni la forma en que se han practicado. La Dirección revoca la nota, pues del título presentado resulta suficientemente que sí se practicaron las citaciones legal y reglamentariamente exigibles, toda vez que se dice en el Mandamiento que “se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 202.3 LH “(...)

3. A los efectos de la cancelación del asiento contradictorio con antigüedad inferior a treinta años, no constan las citaciones hechas, una al menos personalmente y si comparecieron o no los titulares registrales o sus causahabientes. Se confirma el defecto, en los expedientes de reanudación de tracto interrumpido, por cuanto constituyen excepción al principio de tracto sucesivo (art 20 de la LH), adquiere especial importancia el estricto cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria,

que regula los diversos supuestos de citación y participación del titular registral en los indicados expedientes, como norma protectora de sus derechos, atendiendo al efecto cancelatorio que implican de las inscripciones contradictorias. Por eso debe constar en el auto la forma en que se han practicado las notificaciones. Todo ello no es más que una consecuencia del principio de legitimación y por ello del más genérico principio constitucional de Tutela Judicial efectiva y entra dentro de la calificación del Registrador comprobar que el titular registral ha sido llamado al procedimiento con las garantías exigidas en las normas sin que ello signifique en absoluto entrar en la validez, corrección o justicia de la decisión judicial, extremo éste que queda al margen de las competencias calificadoras de los Registradores

4. La finca objeto del expediente es parte de otra y no se acompaña la necesaria licencia de segregación. También se confirma el defecto, el expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo está dirigido a la acreditación del dominio con relación a la finca tal como aparecen inscritas en el Registro, pero si como en el caso presente, el expediente no se refiere a la totalidad de la finca registral, sino a parte que en su día se segregó, deben cumplirse los requisitos exigidos por la legislación urbanística y aportarse licencia de segregación o certificación del Ayuntamiento de innecesidad de la misma.

**RESOLUCIÓN DE 09-01-2010 (BOE: 19-02-2010).** Obra nueva de vivienda unifamiliar no precisa licencia de primera ocupación. Registro: Torrox

Hechos: se presenta en el Registro una escritura por la cual una sociedad procede a la declaración de la obra nueva de una vivienda unifamiliar y, seguidamente, vende la finca y la vivienda cuya obra nueva previamente ha declarado a doña N. A. L. que, por medio de su representante, la compra.

El registrador suspende la inscripción solicitada al no acompañarse la correspondiente licencia de primera ocupación.

La Dirección revoca la calificación y aborda las dos cuestiones siguientes respecto de la declaración de obra nueva terminada de una vivienda unifamiliar:

1ª.- Si la legislación aplicable, en cuanto a su constancia en escritura y posterior inscripción en el Registro, es la vigente en el momento de terminación de la obra o la vigente en el momento de su constancia en

escritura. La DGRN opta por lo segundo, puesto que la normativa dirigida a notarios y registradores (artículo 19 de dicha ley) está referida a los requisitos exigibles a las obras nuevas para su documentación pública e inscripción y no a los controles administrativos exigibles en su terminación. Por tanto, en el caso concreto, considera aplicable los requisitos exigidos por la Ley del Suelo 8/2007 a notarios y registradores, aunque la finalización de la obra fue anterior a la entrada en vigor de dicha ley.

2ª.- Si es necesario acreditar al notario la Licencia de Ocupación o no. Resuelve la DGRN que NO, por cuanto que la licencia de ocupación no es requisito para edificar ni tampoco para la entrega de la edificación a los usuarios. Hay que tener en cuenta que las exigencias legales a Notarios y Registradores en este punto tienen como finalidad acreditar la legalidad urbanística de la obra nueva, la publicidad en el Registro de la mutación jurídico real de la propiedad y su incorporación al patrimonio de su titular, y no directamente la protección de los consumidores.

**RESOLUCIÓN DE 12-01-2010 (BOE: 01-03-2010).** Notificación por fax. Enumeración de fincas en división horizontal. Registro: nº 2 de Santa Fe

Como cuestión de procedimiento se plantea si es válida la notificación de la nota al notario por telefax. Afirma el recurrente que no se le ha notificado la calificación por el Registrador, mientras que este último indica que verificó la notificación por fax. A este respecto se ha de recordar que, según el artículo 322 de la Ley Hipotecaria (con la redacción resultante de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), el Registrador de la Propiedad debe notificar la calificación negativa al Notario autorizante del título, en el plazo y en la forma establecidos en dicho precepto legal, que establece que dicha notificación se efectuará conforme a los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.. Resuelve la Dirección que, si bien no se ajusta exactamente a los Arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992 y por ello el propio centro directivo ha venido poniendo de relieve reiteradamente que no siempre es medio idóneo de notificación y que el Art. 322 LH establece que será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente, como también exigía el Art. 59 LRJAPyRAC; hoy este Art. 59.3 está derogado por la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. y además el 322 “debe ser interpretado atendiendo no sólo a sus palabras sino también a su espíritu, al marco normativo

resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que (ya desde lo establecido en los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre, y 2537/1994, de 29 de diciembre) se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias como funcionarios públicos.” (cfr. los artículos 107 y 108 de la Ley 24/2001, con las modificaciones introducidas por de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre; y, en otro ámbito, los artículos 45.1 de la Ley 30/1992; 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre). Reitera la doctrina de R 29.07.09

Y que además, en cualquier caso, el hecho de que el notario haya presentado el recurso pone de manifiesto que el contenido de la calificación ha llegado a su conocimiento, por lo que el posible defecto formal en que eventualmente se hubiera podido incurrir habría quedado saneado conforme al Art. 58.3 de la Ley 30/92.

Como cuestión de fondo, se considera que no está correctamente hecha la identificación y numeración de los elementos independientes de la propiedad horizontal reseñados como «planta sótano, garajes 1 al 18, trasteros 1 a 7; planta baja, vivienda bajo A y local comercial; planta primera: viviendas A a F; planta segunda: viviendas A a E» El Registrador considera que la numeración que se hace en la escritura de los elementos horizontales que conforman el edificio tiene bases completamente heterogéneas y no responde a ningún criterio sistemático, no acomodándose a las exigencias de numeración impuestas por los artículos 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8.4º de la Ley Hipotecaria.

La Dirección confirmando la calificación entiende que no, que la exigencia de numeración correlativa de los elementos tiene la finalidad de ordenarlos secuencialmente, de forma que con ese solo dato se pueda identificar separadamente cada uno de los departamentos privativos, evitando así la confusión que acarrearía el que dos de ellos pudieran tener eventualmente el mismo número de orden. (Reitera doctrina R. 09.01.2006) Y en este caso no se cumple este requisito y la identificación de las fincas induce a confusión al existir coincidencia en alguna de ellas, pues para identificar los elementos privativos se requiere agregar a la letra o número identificativos otros datos, como la planta del inmueble en el que se ubican.

**RESOLUCIÓN DE 13-01-2010 (BOE: 01-03-2010).** Principio Tracto sucesivo Registro: nº9 de Murcia

Trata este recurso sobre la inscripción de una escritura de elevación a público de contrato privado de cesión onerosa de derechos de uso y disfrute sobre determinadas plazas de un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión, otorgada judicialmente en rebeldía del demandado. La inscripción se solicita cuando la concesión administrativa y por tanto las fincas adquiridas figuran ya inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de persona distinta del transmitente y del que fue condenado en la sentencia que se ejecuta, debiéndose considerar además que la demanda de elevación a público del contrato privado de compraventa no fue objeto de anotación preventiva.

La Dirección confirma la nota del Registrador. Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los Tribunales a favor de una persona jurídica distinta del anterior titular registral, no podrá accederse a la inscripción del ahora calificado sin consentimiento del actual titular registral, por más que haya sido otorgado por titular anterior de quien trae causa el actual (cfr. artículo 17 de la Ley Hipotecaria). “Esta conclusión no puede alterarse por el hecho de tratarse de un título derivado de un procedimiento judicial, ya que respecto de estos se exige que el titular registral actual haya sido parte en el proceso (artículo 40 de la Ley Hipotecaria) o que se hubiera tomado en su día y estuviera vigente la correspondiente anotación preventiva de la demanda interpuesta (cfr. artículo 71 de la Ley Hipotecaria). Sólo con las mencionadas cautelas puede garantizarse el adecuado desenvolvimiento del principio constitucional de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de la interdicción de la indefensión, con base en el artículo 24 de la Constitución Española”

**RESOLUCIÓN DE 14-01-2010 (BOE: 19-02-2010).** Normativa aplicable a las declaraciones de obra nueva. Registro: Granada 6

Hechos: Se presenta en el Registro una escritura por la que los dueños por mitad y pro indiviso de una parcela sobre la que se halla edificada una

vivienda que se describe como “vivienda unifamiliar” dividen la misma en dos elementos privativos, constituyen sobre la misma el régimen de propiedad horizontal y adjudican una vivienda a cada uno de los dueños.

El Registrador suspende la inscripción por no aportarse la licencia necesaria para realizar la división exigida por el artículo 53.a) del RD 1093/1997 y el artículo 66.2 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía..

La Dirección revoca la calificación, considerando que en Andalucía NO se precisa nueva licencia para dividir horizontalmente en dos una vivienda calificada de unifamiliar, puesto que, para que ello fuera así, sería necesaria una norma con rango de Ley que restrinja el principio de libertad de dominio, el derecho del propietario a utilizar su propiedad de la forma más conveniente. El artículo 53 del Reglamento de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística no es aplicable por sí solo, sino que ha de ponerse en relación con una Ley que exija la licencia municipal.

En el caso concreto de Andalucía, la normativa existente (artículo 66 de la Ley 7/2002, reformado en 2005) prohíbe las divisiones horizontales que impliquen parcelaciones. Es evidente que esa normativa está dirigida a parcelas o terrenos, no a edificaciones, y además que en el supuesto planteado no se produce una parcelación ni existe posibilidad de formarse un nuevo núcleo de población, pues el terreno es urbano. Por otro lado la división horizontal no altera la unidad de la finca, pues sigue siendo común el derecho de vuelo, de la misma forma que, por ejemplo, en las urbanizaciones de viviendas adosadas.

**RESOLUCIÓN DE 15-01-2010 (BOE: 19-02-2010).** Licencia no certificada por el secretario. Diferencia entre superficie construida y computable. Registro: Mojácar

Hechos: Se presenta en el Registro una escritura por la que se declara una obra nueva construida sobre un solar. De la escritura resulta que la edificabilidad de la finca es de 222 metros cuadrados. El total de superficie edificada es de 274,12 metros cuadrados, de los que 103,99 corresponden a la planta sótano, 91,33 construidos a la planta primera y 78,80 metros construidos a la planta primera. Se incorporan: licencia municipal de obras expedida por el Concejal de Urbanismo y Certificado del Arquitecto técnico acreditativa de la adecuación con el proyecto correspondiente, así como licencia de primera ocupación expedida por el Secretario del Ayuntamiento.

El registrador suspende la inscripción señalando como defectos que no se acredita la licencia con certificación del Secretario (artículos 46 del RD 1093/1997 y 169 y 176 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía), y que la superficie total construida excede de la señalada en la licencia.

La Dirección confirma la calificación respecto del primer defecto, al señalar que la acreditación de la licencia de obra ha de hacerse por certificado del Secretario del Ayuntamiento o bien por comunicación del Alcalde al notario.

Sin embargo, respecto del segundo la revoca por cuanto considera que un concepto es la superficie construida total (que incluye la superficie bajo rasante) y otra la superficie computable a efectos de Licencia y de la normativa urbanística, que normalmente solo lo es la superficie construida sobre rasante. Por otro lado el Técnico ya ha certificado la legalidad de la descripción de la obra y su ajuste al proyecto y a la licencia.

**RESOLUCIÓN DE 16-01-2010 (BOE: 08-03-2010).** Rectificación de linderos. Registro: nº 8 de Madrid

Resolución de 16 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad nº 8 de Madrid, a rectificar los linderos de una finca.

Se pretende la rectificación de linderos de una finca inscrita en 1877, en un Registro de Madrid, por medio de una instancia privada en base a un documento público de 1844, dándose la circunstancia de que tal rectificación implicaría el traslado de la finca a un Registro colindante, donde, posiblemente, se produciría una doble inmatriculación.

La Dirección en primer lugar resalta la importancia de la finca como “la entidad básica del sistema inmobiliario español, y si bien los datos físicos, en el siglo XIX se basaban exclusivamente en declaraciones de los interesados, hoy día nuestra ley procura una perfecta identificación de las fincas y su coordinación con el Catastro”;

Se plantea entonces en este recurso la posibilidad de rectificar el Registro en caso de inexactitud sin necesidad de acudir a los procedimientos legalmente establecidos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria como

reclama la recurrente. Dicha posibilidad ha sido reconocida por este centro directivo en relación con aquellos supuestos en que es posible comprobar plenamente los errores producidos en los títulos mediante documentos auténticos que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes bastando en tal caso la solicitud de rectificación presentando los títulos presentados (Rs 11.01.2006, 01.06.2006 y 13.10.2009). Sin embargo tal procedimiento indica la Dirección “no es posible aplicarlo al caso que nos ocupa, ya que la documentación aportada no prueba fehacientemente que se haya incurrido en error” y, debido a aquellas diferencias, el Registrador tiene dudas fundadas sobre que la finca resultante del cambio de descripción sea la misma que la registral que se pretende rectificar;

Además de todo ello, el artículo 53 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre establece en su número 8 que, cuando se produzcan dudas en la identidad será necesaria una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca de la que resulte que entre la descripción de dicha finca contenida en la certificación y la que conste en el Registro pueda deducirse la identidad de la finca, no habiéndose aportado en el presente supuesto tal certificación.

**RESOLUCIÓN DE 18-01-2010 (BOE: 08-03-2010).** Legado a favor de una Fundación en formación; obstáculos fiscales. Registro: Torrelaguna

Resolución de 18 de enero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Burgos, don J. Julio Romeo Maza, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Torrelaguna, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

En el supuesto del presente recurso son relevantes los siguientes hechos: Mediante testamento otorgado el 22 de octubre de 2001 el causante nombró heredera a su hermana, sustituida, en caso de premoriencia, por «la Fundación P. R..., en proceso de constitución»; dispuso, entre otros, un legado de determinados inmuebles, así como otros bienes y derechos a favor de dicha fundación «... en constitución»; y legó «A favor de la Iglesia Católica: Los fondos de inversión que tenga suscritos...».

El problema fundamental de esta resolución es el legado hecho por el testador a favor de “la Fundación P.R., en proceso de constitución”, respecto de la que la heredera manifiesta que no se llegó a constituir y que, en consecuencia, el legado era nulo por ser a favor de una persona inexistente. Explica la Dirección que en esa cláusula “puede interpretarse

que el testador sólo quería favorecer a una persona jurídica cuyo proceso de nacimiento pretendía concluir él mismo, de modo que de no llegar a completarse dicho proceso antes de su fallecimiento, habría de entenderse como disposición a favor de una persona inexistente”, o bien que “el testador manifiesta su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes integrantes de la dotación, de modo que las personas encargadas de ejecutar dicha disposición de última voluntad deberán completar el proceso fundacional”; según la Dirección, parece que «el testador no se limita a manifestar su voluntad de constituir la fundación y dotarla con los bienes legados (supuesto contemplado en el Art. 9.4 L. 50/26.12.2002, de Fundaciones), sino que se está refiriendo a una fundación cuya escritura de constitución ya ha sido otorgada, aunque no inscrita en el Registro de Fundaciones al tiempo del otorgamiento del testamento (cfr. Art. 13 L. 50/2002)»; en cualquier caso, «para tener la fundación como inexistente no es suficiente la sola manifestación de la heredera»; y aunque dice la Dirección que «tampoco debe prejuzgarse sobre la forma de acreditar la inexistencia de la fundación», añade que, «aun cuando en principio –y a falta de albacea designado– compete al heredero la interpretación del testamento como sucesor y encargado de ejecutar la voluntad del testador (cfr. Art. 911 C.c. y R. 13.10.2005), deba entenderse que no pueda por sí mismo declarar ineficaz dicha disposición, sino que en el presente caso es necesaria la correspondiente resolución judicial declarativa, habida cuenta de las circunstancias que han de valorarse y de los posibles intereses en juego». (se presentan sendos certificados negativos del Registro de Fundaciones de Madrid y del Ministerio de Cultura, acreditativos de la inexistencia de la Fundación. Señala la DGRN que solo se pueden tener en cuenta los documentados presentados antes de la calificación, por lo que no entra a valorar dichos certificados.).

En el testamento se establece un legado de determinados fondos de inversión a favor de la Iglesia Católica, sin más precisión de diócesis o parroquias. La heredera, interpretando la voluntad del testador, considera que el legado lo es a favor de la archidiócesis de Burgos, y, de acuerdo con ésta, sustituye el objeto del legado por la entrega de determinadas fincas de la herencia, para facilitar el pago del impuesto de sucesiones. Considera la registradora que el legado y adquirido son fondos de inversión, y que el cambio de objeto en la entrega del legado implica un nuevo negocio jurídico extraparticional de permuta que requiere el cumplimiento de los requisitos sustantivos (canónicos también en este caso) y fiscales. Sobre este punto la DGRN no entra en el fondo del asunto, pues considera que mientras no se resuelva la duda anterior sobre la Fundación, la heredera no

tiene la disponibilidad sobre los bienes de la herencia que ahora se entregan a la Iglesia.

El tercer problema es el relativo a la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales, La registradora considera que no se ha presentado ante la administración competente (se presenta en Madrid) y que la autoliquidación no acredita que se hayan incluido en la misma los bienes relacionados en la escritura. La dirección resuelve que sí debe tenerse en cuenta que la escritura calificada se ha presentado a autoliquidación ante la Administración Tributaria competente; y respecto de las obligaciones que la legislación tributaria establece para los Registradores de la Propiedad en el proceso de inscripción cabe recordar que es doctrina reiterada de este centro directivo que, si bien el artículo 254 de la Ley Hipotecaria impone al Registrador el deber de comprobar el pago de los impuestos que devengue todo acto que pretenda su acceso al Registro, como requisito previo para la práctica del asiento, tal deber queda cumplido si el documento presentado contiene nota firmada por el Liquidador del impuesto que acredite su pago, prescripción o exención, o nota al pie del título expresiva de la presentación de la autoliquidación correspondiente, sin perjuicio de que el Registrador, si lo estima procedente, pueda poner en conocimiento de las autoridades fiscales lo que considere oportuno. Esta solución permite la adecuada composición de los intereses en juego; y, concretamente, los de la Hacienda Pública, mediante el suministro a la misma de los elementos necesarios para la exacción del impuesto y la nota que el Registrador habrá de extender al margen de la inscripción del bien de que se trate para hacer constar la afección de éste al pago de la correspondiente liquidación tributaria –cfr. Artículos 100 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 122.3 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados– (cfr., por todas, las Resoluciones de 21 de octubre de 1987, 11 de enero de 2001, 5 de enero y 27 de septiembre de 2002, 31 de enero y 5 de febrero de 2008 y 13 de marzo de 2009).

## **II.- MERCANTIL**

**RESOLUCIÓN DE 06-11-2009 (BOE: 07-12-2009).** Recurso. Registro: Reg. Mercantil de Burgos

Un interesado tiene conocimiento por medio de una nota de información general del Registro Mercantil de la presentación de unas cuentas sociales a depósito, y antes de la resolución del Registrador sobre su admisión interpone recurso gubernativo solicitando su rechazo por no haber sido aprobadas en una junta general legalmente convocada.

El nombramiento de auditor hecho por el ahora recurrente fue rechazado por el Registrador y se halla pendiente de recurso

La DGRN no admite el recurso y considera que sólo pueden ser objeto de recurso gubernativo las calificaciones registrales ordenando suspender o denegar la práctica de un asiento o, en su caso, tener o no por efectuado el depósito de las cuentas anuales

**RESOLUCIÓN DE 14-11-2009 (BOE: 08-01-2010).** Sociedad Profesional: no es necesario reproducir en los estatutos sociales reglas fundamentales idénticas a las legales cuando en los mismos estatutos se haga constar la remisión a la Ley. Registro: Córdoba

Se presenta escritura de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General de una S.L, relativos a la adaptación de sus Estatutos sociales a la Ley de Sociedades Profesionales y reelección de administradores de dicha sociedad.

El Registrador suspende la inscripción de la disposición de los Estatutos en la que se dispone que “para ser nombrado administrador no será necesario la condición de socio, sin perjuicio de lo establecido respecto a los socios profesionales”, apoyándose en el Art.4.3 de la Ley de Sociedades Profesionales. También considera como defecto el no hacer constar expresamente que todos los Consejeros Delegados deben ser socios profesionales.

La DG estima el recurso: “la propia literalidad de la disposición estatutaria deja a salvo lo prevenido respecto a los socios profesionales”, y en el Art.1 de los estatutos sociales se contiene una remisión respecto del contenido imperativo de la Ley de Sociedades Profesionales. La DG recuerda su doctrina, según la cual “ no es necesario reproducir en los estatutos reglas fundamentales idénticas a las legales cuando en los mismos estatutos se haga constar la remisión a la Ley”.