

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- PROBLEMAS DE LAS HIPOTECAS EN LOS ACUERDOS DE REFINACIACIÓN. Ángel Valero Fernández-Reyes
- 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 Jesús Juez Álvarez, Esther Rada Pelegrí y Javier Martínez Colmenarejo

Editada	Decanato de Registradores de Madrid
Consejo de redacción	María de Molina 62. 28006 Madrid 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
Depósito legal Secretaria	Marta Congosto Fernández

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores

PROBLEMAS DE LAS HIPOTECAS EN LOS ACUERDOS DE REFINACIACIÓN.

ÍNDICE:

I.- Los acuerdos de refinanciación preconcursal de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal de 2003 tras la reforma del Real Decreto Ley 3/2009:

1.- Antecedentes.

2.- La regulación legal: presupuestos, requisitos y efectos.

II.- Principales problemas de las hipotecas en garantía de los contratos de refinanciación:

1) Introducción.

2) Problemas relacionados con la titularidad.

3) Problemas relacionados con las cláusulas de vencimiento anticipado.

4) Problemas relacionados con las cifras garantizadas con la hipoteca y la exclusión de solidaridad de las hipotecas.

5) Problemas relacionados con la preferencia del nuevo efectivo concedido y la posibilidad de ejecución parcial.

III.- Conclusiones estadísticas.

I.- LOS ACUERDOS DE REFINACIACIÓN PRECONCURSAL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DE LA LEY CONCURSAL DE 2003 TRAS LA REFORMA DEL REAL DECRETO LEY 3/2009.

1.- ANTECEDENTES.

Como todos sabrán, ante la crisis económica que vive España desde el otoño de 2007 y su rápida evolución, las entidades de crédito se han encontrado con las dificultades que numerosas empresas, fundamentalmente inmobiliarias pero también industriales, han tenido para hacer frente a sus pagos, bien por la inminencia de la insolvencia, bien por ser la misma ya efectiva o actual. Ante esta situación los operadores del tráfico, frente a la alternativa de solicitar o propiciar la apertura del correspondiente concurso de acreedores, se han mostrado, en la práctica, partidarios de soluciones amistosas extrajudiciales, para prevenir o superar las crisis empresariales, cuando ello es posible, dado el ahorro de costes temporales y económicos que ello conlleva.

Con estas soluciones las entidades de crédito tratan de eludir las dotaciones o incrementos de provisiones por insolvencia (CBE 4/2004, de 22 de diciembre), así como el aumento de requerimiento mínimo de recursos propios (CBE 3/2008, de 22 de mayo, CBE 6/2008) que conlleva la entrada en concurso de uno de sus prestatarios; y han consistido, fundamentalmente, en cesiones de activos -ej. acciones-, daciones en pago de bienes inmuebles y, sobre todo, las refinanciaciones preconcursales de la deuda del empresario en crisis económica con sus principales acreedores profesionales, y estas últimas son las que van a ser objeto de esta ponencia.

La licitud de las mismas no ofrece lugar a dudas, dentro del ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad de las partes, recogido en el artículo 1255 del Código Civil, sin que sean aplicables condicionamientos legales en su contenido, al menos si la situación del deudor es sólo de insolvencia inminente. La dificultad radicaba en encontrar una fórmula que permitiera garantizar de forma real o *erga omnes*, esa refinanciación, tanto respecto de las antiguas deudas que ahora se modifican o sustituyen, como respecto del nuevo efectivo entregado, dado que los créditos que forman parte de la refinanciación van a seguir manteniendo su propia individualidad, contenido, vencimiento y posibilidad de ejecución aislada.

Efectivamente los créditos que integran la masa de la refinanciación, suelen pertenecer con carácter independiente -a veces con carácter mancomunado o solidario- a los diferentes acreedores; su naturaleza es muy diversa -préstamos ordinarios, créditos en cuenta corriente, contratos de cobertura de tipos de interés, contratos de confirming a proveedores, contratos de garantía de descuentos comerciales, de avales o de contratos de leasing o sale-lease-back, etc.-; y su nacimiento igualmente diferente, pues unos créditos ya existen en el momento de la refinanciación y son los que dan origen a la misma, otros nacen en efectivo en ese mismo momento -fresh money- y otras nacerán en caso de producirse el hecho objeto de la cobertura -ejecución del aval, no pago del efecto descontado, etc.

Además, estas refinanciaciones conllevan la revisión del plan de negocio, un plan de desinversiones y un amplio plan de reestructuración de la deuda que permita asegurar la viabilidad de la actividad ordinaria del deudor, lo que implica la adopción de medidas de reducción de la deuda mediante disposición de activos, y la refinanciación de toda o parte de la misma, que comprende, modificaciones muy variadas, pues junto con las fundamentales reducción de los tipos de interés y la ampliación de los plazos de vencimiento -raramente la quita-, se suelen incluir también otras modificaciones de las cláusulas financieras o de vencimiento anticipado, la concesión de nuevos préstamos o compromisos de los acreedores y el establecimiento de variadísimas obligaciones por parte del empresario deudor.

El mecanismo que han utilizado desde el principio las entidades de crédito para conseguir garantizar con carácter real los resultados de estas refinanciaciones ha sido la utilización conjunta de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que, sobre todo tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, permite una variada gama de novaciones modificativas de las obligaciones garantizadas sin afectar al rango de las hipotecas; y la propia citada Ley 41/2007 que introdujo, en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, una nueva hipoteca de máximo -denominada *flotante* en la exposición de motivos-, que permite, por primera vez en el derecho español, la garantía de una pluralidad de obligaciones -presentes o futuras y de cualquier naturaleza-, sin que las mismas pierdan su propia independencia y sin nexo causal entre las mismas.

Por tanto, la reforma de la Ley 41/2007, pensada para favorecer el crédito empresarial y la refinanciación de las familias en épocas de bonanza, se ha revelado como providencial para contribuir a la subsistencia de las empresas en situación de insolvencia inminente -refinanciaciones preventivas- e incluso actual -remoción de la insolvencia-; pues las hipotecas tradicionales sólo permitían la garantía de las obligaciones una a una.

Sin embargo, estas refinanciaciones se han visto afectadas, fundamentalmente, por las acciones de reintegración del artículo 71 de la Ley Concursal según el cual, “*declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*”, perjuicio que se presume, salvo prueba en contrario, en caso de “*constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*”, supuesto en el que, que se dice, encajan plenamente las refinanciaciones, pues con las mismas se perjudica no solo a la masa activa, conllevando una disminución patrimonial, sino también a la masa pasiva conculcando la *par conditio creditorum*. Y esa reintegración determinaría, asimismo, la consiguiente mutación de la clasificación concursal del crédito de que sería titular la entidad financiera por el préstamo subsistente, que pasaría de ser privilegiado por un privilegio especial (artículo 90-1-1º LC) a ordinario.

Efectivamente, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, aunque no constituye, *strictu sensu*, una disminución o perjuicio del patrimonio del deudor, al que aludiría el citado artículo 71-3-2º de la Ley Concursal, aunque si supone un trato de favor a uno o varios acreedores frente al resto acreedores de carácter ordinario, que pudiera determinar, en última instancia, pero no de manera directa, una reducción de la masa activa destinada a la satisfacción de los créditos de estos últimos, al colocar, esa constitución de garantías a favor de los primeros que no gozaban de ellas, en posición privilegiada.

Pues bien, esa subsunción de las refinanciaciones extrajudiciales con garantías hipotecarias, en el ámbito del citado supuesto de reintegración, fue acogida por diversos juzgados mercantiles; lo que ha motivado que la ausencia, en la legislación española, de una regulación de los llamados “*escudos o paraguas protectores*” de las mismas, en la eventualidad de que finalmente se declare un concurso de acreedores, haya sido duramente criticada por las entidades de crédito y por la doctrina mercantilista, pues, al final, esa falta de una exención a favor de los acreedores profesionales, no hace sino redundar en una menor competencia en el mercado del crédito y un correlativo incremento de los costes de financiación, impidiendo, además, a la masa del concurso beneficiarse de mejoras en las condiciones de financiación y frustrando, en buena medida, las posibilidades de las empresas de superar las situaciones de insolvencia financiera y la continuidad de su actividad, que, por otra parte, es una de las finalidades de la propia Ley Concursal.

En este ámbito debe tenerse en cuenta que para que una refinanciación pueda reclasificar una operación que ya hubiera sido calificada como morosa y disminuir las provisiones por insolvencia, se exige que se cumplan las condiciones que establece la CBE 4/2004, entre las que se sitúa que «*exista una certeza razonable de que el cliente pueda hacer frente a su obligación de pago dentro del calendario previsto o se aporten nuevas garantías eficaces*», entre las que desde luego se sitúan la constitución de garantías reales.

Y, además, como señala Juana Pulgar,¹ “*en ocasiones una refinanciación lejos de perjudicar a la masa la beneficia como en el caso en que la entidad financiera acreedora tenía título ejecutivo y en virtud de la refinanciación renuncia a una rápida ejecución sobre bienes libres del deudor y opta por un aplazamiento aunque se acompañe de constitución de nuevas garantías o si se refinancia en condiciones más ventajosas respecto del tipo de interés*”.

¹ Juana Pulgar: “Refinanciaciones de deuda y concurso de acreedores: la ausencia de escudos protectores”, Diario La Ley nº 6963.

En conclusión, existía una inseguridad jurídica respecto del tratamiento en sede concursal de los acreedores profesionales que refinanciaban la deuda con anterioridad a la declaración de concurso, que se vino a paliar con la introducción por el RD-L 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, de la disposición adicional cuarta, cuya finalidad central es dotar a los acuerdos de refinanciación extrajudicial de la necesaria seguridad jurídica, favoreciendo la adopción de los mismos.

2.- LA REGULACIÓN LEGAL.

La citada disposición adicional cuarta establece el efecto fundamental, respecto de los acuerdos de refinanciación que se ajusten a sus prescripciones y las garantías que se constituyan en ejecución de los mismos, de la exclusión de las acciones de rescisión o reintegración concursal prevista en el artículo 71-1 de la Ley Concursal antes señalado; lo que viene a dotar de seguridad jurídica a la concertación de los mismos.

Otro efecto de estas refinanciaciones es la no necesidad de proceder a la declaración de concurso, pues lo normal es que, aunque el empresario se encuentre en estado de insolvencia, las mismas doten al deudor de la liquidez suficiente para remover dicha situación y evitar la obligación de presentar la solicitud de la declaración del concurso o la propuesta de Convenio anticipado del artículo 5-3 de la Ley Concursal.

Estos acuerdos de refinanciación son definidos, por la citada disposición adicional cuarta número 1, como aquellos *“alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas”*, lo que parece excluir de su ámbito los acuerdos referidos únicamente al interés u otras cláusulas financieras.

Por otra parte, al no señalarse límites expresos al contenido de estos acuerdos de refinanciación, ni existir remisiones a las normas del concurso, no se entienden aplicables los límites de quitas, esperas y otros que el artículo 100 de la Ley Concursal señala para las propuestas de convenio anticipado del artículo 5-3 de la misma Ley, y, en consecuencia, el mismo podrá ser todo lo amplio que las partes acuerden.

En otro orden de cosas, el presupuesto esencial de este tipo de refinanciación es que la misma responda *“en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo”*.

Este plan de viabilidad, a su vez, se suele desglosar, según el tipo de empresas, en planes de desinversión o enajenación, de negocio, de amortización del pasivo, de operaciones societarias extraordinarias -p.e. fusiones-, etc.; y su cumplimiento suele estar supervisado por el denominado Banco Agente o por un experto independiente, distinto al que nos referiremos posteriormente, nombrado de común acuerdo entre las partes o por los denominados *“Comités de Seguimiento”*, aunque éstos en España en menor medida.

Además, se señalan, en el párrafo 2º, los siguientes requisitos formales que necesariamente deben cumplirse:

a) Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

La dificultad de este primer requisito parte de la forma del cálculo de esa porción del 3/5 que señala la norma, que deberá valorarse una vez firme el informe de la administración

concurzal (artículo 75 en relación al artículo 96 LC) y por ello teniendo en cuenta los créditos que se determinen en ese momento pero referidos a la fecha del acuerdo de refinanciación. Por lo demás, entendemos que se encuentran incluidos en dicho computo, los acreedores de todo tipo -privilegiados, ordinarios y subordinados-, y tanto de las entidades de crédito sujetas a la LMH, como las que no lo están, los acreedores públicos, los proveedores y cualesquiera otros acreedores.

b) Que el acuerdo sea informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme al procedimiento establecido en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El informe del experto deberá contener un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el apartado 1º, y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Este informe es considerado por la mayoría de la doctrina como vinculante para la administración concursal a la hora de considerar su legitimación para interponer la acción de reintegración, siempre que no existan salvedades que hagan dudar de su verdadero sentido.

c) Que el acuerdo se formalice en “instrumento público”, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores. Esta intervención notarial, que puede ser en póliza o escritura, atribuye a estos acuerdos una “fecha cierta”, y hace juicio de la representación de las partes, no comprendiendo ningún otro control de legalidad.

Finalmente, el número 3 de la disposición adicional cuarta señala que, declarado el concurso, los acuerdos de refinanciación y, por tanto, las hipotecas que los garantizan que estén inscritas a favor de los acreedores firmantes, podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, sólo por la administración concursal, que tendrá, según la generalidad de la doctrina, que demostrar el incumplimiento de algún requisito legales de la refinanciación -quorum, informe favorable, etc.-, no bastando la mera alegación de mala fe del acreedor o el perjuicio para la masa activa.

En todo caso, si los bienes hubieren salido patrimonio del deudor, quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe -p.e. un rematante de la subasta o cesionario del crédito (artículos 73-2 LC y 10 de la Ley del Mercado Hipotecario)- que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El acreedor que hubiere participado en al acto rescindido deberá entregar a la masa activa el valor que los bienes tuvieron al salir del patrimonio del deudor con su interés legal, pero el adquirente no se verá afectado por gozar de la protección registral.

Pero debe quedar claro que, la falta de alguno de los requisitos expuestos, deberá entenderse que el acuerdo de refinanciación no reúne las condiciones para ser considerado protegido; pero ello no implica que dicho acuerdo no sea válido e inscribible, sino que seguirá siendo válido aunque rescindible -en los términos del 10 LMH-, lo que tendrá también efectos en orden a que el acreedor sea considerado cómplice y a la calificación del concurso -artículos 166 y 172 de la Ley Concursal-.

Esta validez de los acuerdos de refinanciación que no cumplan con todos los requisitos analizados, hace que, en principio, la concurrencia de los mismos no sea objeto de calificación registral -fundamentalmente porque el Registrador no tendrá medios suficientes para comprobar si se cumple el quórum de 3/5 o si se suministró al experto independiente información suficiente-, que las hipotecas se inscriban en uno y otro caso y

que, la mención, si es que consta, de haberse cumplido los requisitos expuestos, tomada de la escritura de hipoteca, no tenga efecto jurídico alguno, no extendiéndose a la misma la fe pública registral por aplicación de los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de no afectar la rescisión al tercero de buena fe en los términos antes expuestos.

II.- PRINCIPALES PROBLEMAS DE LAS HIPOTECAS EN GARANTÍA DE LOS CONTRATOS DE REFINANCIACIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN.

El primer problema que se encuentra el Registro de la Propiedad ante las anteriormente mencionadas hipotecas de máximo flotantes con que se garantizan las operaciones de refinanciación bancaria de las empresas en estado de insolvencia inminente, es la propia novedad de esta figura y su insuficiente regulación legal -sólo por el artículo 153 bis LH-. Esta circunstancia, unida a la falta de una jurisprudencia específica y a la dificultad de aplicar a la misma muchas normas hipotecarias vigentes al no amoldarse a su particular naturaleza, hacen que surjan dudas jurídicas acerca de la inscribibilidad de muchas de sus estipulaciones.

Antes de enumerar cuales son las principales cuestiones que se plantean respecto de las hipotecas de refinanciación, conviene señalar ante qué tipo de hipoteca nos encontramos y cuáles son sus principales características.

Así, podemos definir la hipoteca flotante, tal como ha sido configurada por el artículo 153 bis de la LH, como aquella que permite, a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 o de los acreedores públicos, garantizar una pluralidad de obligaciones distintas, de cualquier clase, ya sean presentes y/o futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas y sin necesidad de pacto novatorio de las mismas para su ejecución, dejando al arbitrio del acreedor la elección de la obligación u obligaciones garantizadas que, encontrándose vencidas, determinen la ejecución del bien.

Sus características principales, que se pueden agrupar en constitutivas y operativas, son la siguientes:

I.- Características constitutivas:

a) Los acreedores garantizados sólo pueden ser las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario o de los acreedores públicos por créditos tributarios o del seguridad social; lo que excluye la posibilidad de garantizar con hipoteca flotante a otros acreedores distintos de los anteriores aunque sus créditos formaren parte de la refinanciación.

b) Permite garantizar una pluralidad de obligaciones distintas, de cualquier clase, ya sean presentes y/o futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas; lo que las configura como el único tipo de hipoteca hábil para garantizar en sus conjunto los acuerdos de refinanciación.

c) Respecto de la determinación de la obligación u obligaciones garantizadas, no es necesaria la constatación circunstanciada de sus elementos identificadores -salvo que ya estén contraídas-, sino que es suficiente que se especifique su denominación técnica y, si fuere preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro dichas obligaciones.

Es decir, que frente a la necesidad de determinar inicialmente con detalle el contenido de las obligaciones garantizadas aunque sean futuras, la hipoteca flotante permite definir éstas por sus rasgos generales -ej. contratos de cobertura de tipos de interés, de avales o de leasing que se contraten en el futuro con cualquiera de los acreedores firmantes-, lo que es frecuente en los acuerdos de refinanciación y que tampoco podría garantizarse con una hipoteca ordinaria.

d) No tiene lugar, salvo pacto en contrario, la novación extintiva de las obligaciones garantizadas, es decir, que no se produce la pérdida de la individualidad de las obligaciones garantizadas en el momento de su inclusión en la cuenta liquidatoria, como ocurre en la hipoteca en garantía de una cuenta corriente novatoria, en que se refunden las obligaciones de forma irrevocable en el saldo de las misma, siendo esta hipoteca la única posibilidad anterior a la reforma de garantizar una pluralidad de obligaciones.

Sin embargo, en la hipoteca flotante las obligaciones conservan su carácter independiente, mientras no se produzca su ejecución, y pueden excluirse de la cuenta y ser ejercitadas, al margen de la hipoteca -con la salvedad que veremos respecto de las hipotecas solidarias-, las acciones que le sean propias, sin perjuicio de los pactos entre los acreedores acerca del reparto de lo cobrado u otros extremos, lo que se aviene mejor a los intereses de las entidades refinanciadoras.

e) En la escritura de constitución de hipoteca deberá determinarse necesariamente, la cantidad máxima de que responda la finca por principal, intereses de demora y costas y gastos; el plazo de duración máximo de la hipoteca, que será independiente de cada una de las obligaciones garantizadas, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado; pudiendo pactarse, también, que dicho saldo exigible en caso de ejecución, sea el resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera.

II- Características operativas:

a) Es característica esencial de la hipoteca flotante, la no necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados, por lo que vencido alguno o algunos de ellos, el acreedor puede, a su libre arbitrio, realizar el bien hasta su total responsabilidad hipotecaria, para la satisfacción de todas, algunas o alguna de las obligaciones garantizadas vencidas, o incluso de sólo una parte de ellas.

Es lo que se ha venido a denominar "*la flotabilidad o indiferenciabilidad*" de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante entre los créditos garantizados, que permite que no deba obligatoriamente especificarse en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza cada obligación y que el acreedor pueda dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas. Esta característica favorece el tipo de garantía que se busca con los acuerdos de refinanciación.

b) Cabe también asegurar créditos pertenecientes a varios acreedores, ya sean éstos solidarios, parciarios o en mano común -por accesoriedad o por pacto-, y ya tenga ello lugar en el momento de la constitución o como consecuencia de una cesión o subrogación parcial de los créditos garantizados.

En este caso, no es tampoco necesario, a mi juicio como luego veremos, especificar en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza el crédito, préstamo u obligación de cada acreedor. Entiendo que esta posibilidad de realización por parte de cualquiera de los acreedores -salvo en el caso de parciariedad-, al faltar la distribución de responsabilidad, existe incluso en caso de extinción, por pago u otra causa -salvo la ejecución- del crédito de uno o varios de los otros acreedores.

c) Esa falta de correlación, salvo pacto expreso, entre la responsabilidad hipotecaria y la deuda, implica que si bien la extinción de todos los créditos garantizados, determina la extinción de la hipoteca, la extinción sólo de alguno o algunos de ellos, no se traslada a la hipoteca, que seguirá garantizando por la total responsabilidad, el resto de las obligaciones garantizadas.

No es necesario, por tanto, salvo dicho pacto expreso, liberar parcialmente las fincas gravadas por la hipoteca flotante, ni cualquiera de ellas en su totalidad, en caso de pago de una o varias de las obligaciones garantizadas, lo que favorece también los intereses de las entidades refinanciadoras.

d) El artículo 153 bis de la LH reconoce expresamente la ejecutividad de la hipoteca flotante mediante el ejercicio de la acción directa hipotecaria, lo que se entiende adecuado por las garantías que para el deudor suministra la LEC, con base a la certificación del saldo final líquido emitido por la entidad bancaria.

Además, frente al hecho de que en las hipotecas ordinarias, aunque se constituyan distintas hipotecas en garantía de distintas obligaciones, cada obligación goza de una responsabilidad hipotecaria autónoma; en las hipotecas flotantes, la responsabilidad hipotecaria, salvo pacto en contrario, es global o indistinta para todas y cada una de las obligaciones garantizadas, lo que supone una mayor garantía.

e) Por último, respecto de la posibilidad de su ejecución parcial, que suele pactarse en las hipotecas en garantía de acuerdos de refinanciación, nos remitimos lo expuesto en un apartado posterior.

2.- PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA TITULARIDAD.

A.- El primer problema que se plantea en esta materia, es que, como queda dicho, la hipoteca flotante sólo puede constituirse a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 y de los acreedores públicos, pero no a favor de otros prestamistas profesionales o de particulares -ej. proveedores-; por lo que si los mismos intervienen en los acuerdos de refinanciación, debe tenerse cuidado de que sus obligaciones no queden garantizadas con la hipoteca del artículo 153 bis de la LH, debiendo acudir, respecto de las mismas a la garantía de una hipoteca ordinaria independiente.

B.- Una segunda cuestión surge respecto de los acreedores públicos -fundamentalmente la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social-, consistente en si pueden participar en los acuerdos de refinanciación preconcursales, pues su normativa específica -artículos 10-3 de la Ley General Presupuestaria y 24 Ley General de la Seguridad Social- solamente admite formas de transacción extrajudicial, sobre los derechos de Hacienda o de la Seguridad Social, en el seno de los procedimientos concursales.

En mi opinión, los artículos son suficientemente claros, en el sentido que no son posibles los pactos extrajudiciales de “quita” o de reparto proporcional con créditos de peor calificación, pero la misma normativa específica permite a estos entes públicos conceder fraccionamientos o aplazamientos de sus créditos -artículo 82 LGT- y estas concesiones, aunque no venga siendo habitual, sí pueden formar parte de una refinanciación y garantizarse con hipoteca flotante.

Este criterio viene corroborado por el artículo 71-5 de la Ley Concursal reformado, según el cual los diferentes acuerdos, convenios o garantías realizadas en el ámbito de una refinanciación de los créditos de derecho público no podrán ser objeto de rescisión.

Respecto de la pluralidad de acreedores de la hipoteca flotante, en concurrencia con la Administración Tributaria o la TGSS, si bien creo que esta posibilidad será mirada con prevención, tendría la ventaja de que ninguna de las garantías de las administraciones gozaría peor rango ni estaría expuesta al peligro de verse afectada por una purga hipotecaria, sino que, mediante la distribución de la responsabilidad hipotecaria, se trataría de un supuesto de pluralidad de hipotecas con el mismo rango y que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario, subsistirían, en caso de ejecución de una de ellas, como hipotecas de igual rango no ejecutadas.

C.- Por último, el problema más importante que, en este ámbito, se está teniendo en los Registros, es la admisión o no de la denominada hipoteca “en mano común”, a la que yo prefiero referirme como “colectiva o sindicada”, y que ha adquirido carta de naturaleza en las hipotecas flotantes, por amoldarse mejor a esa indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria, pues lo que se pretende es que no sea aplicable la norma de limitación de la cobertura de cada obligación en el porcentaje de su cuota en el derecho real de hipoteca del citado artículo 227 del RH, es decir, que todas las obligaciones puedan quedar garantizadas con el total importe de la responsabilidad hipotecaria.

Sin poder en este trabajo analizar todas las implicaciones de esta cuestión, resumiremos brevemente las diferentes posturas jurídicas existentes.

1.- La de los que consideran que en derecho español no existen las obligaciones “en mano común” y que la única comunidad permitida es la comunidad romana o por cuotas, pues el artículo 392-1 del CC dispone que “*hay comunidad cuando la propiedad de una cuota o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*”; estando la comunidad germánica o “en mano común” únicamente permitida en los casos reconocidos expresamente por la Ley (sociedades conyugales, comunidad hereditaria, comunidad de pastos o leñas y comunidad de montes vecinales en mano común).

La posibilidad a que se refiere el párrafo segundo de dicho artículo, según este sector doctrinal, es únicamente a la regulación del régimen jurídico de dicha comunidad por

cuotas, no a que se pueda pactar otro tipo de comunidad en que se prescindiera de la fijación de cuotas.

Y, a efectos registrales, la fijación de cuotas indivisas en tanto por ciento o porcentaje del derecho real inscrito recogida en el artículo 54 del RH, es una cuestión de orden público inmobiliario por la necesidad de favorecer la libre disposición de los bienes inscritos.

2.- La de los que opinan que esas afirmaciones no son ciertas y que, en consecuencia, al existir las obligaciones “en mano común”, la hipoteca que las garantice, en virtud de la aplicación del principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito garantizado, será también “en mano común”, puesto que, además, consideran que el artículo 54 del RH sólo es aplicable cuando la comunidad sea parciaria o romana.

Lo importante, dicen, es que cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, ésta quede bien perfilada en el asiento registral; la falta de determinación de las cuotas no atenta contra el principio de especialidad, en la medida en que todo el régimen de actuación conjunta y toma de decisiones, tanto para la ejecución, como para la cancelación de la garantía o para la cesión de la posición jurídica de acreedor, haya sido definido y haya tenido acceso al Registro.

3.- Algunos autores van más allá y consideran que, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación garantizada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano común o parciario; sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros y pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o 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.

Así, afirman sus partidarios, que en el denominado “crédito sindicado” se hace necesaria una *organización unitaria o empresarial*, que, a través de sus órganos de representación, controle, administre y decida sobre todas las circunstancias del crédito “unitario”, e, incluso, llegado el caso, proceda a la ejecución total o parcial de la garantía, de tal forma que ninguna de las Entidades acreedoras (generalmente Bancos y Cajas de Ahorro) pueda decidir por sí, ni siquiera en cuanto a la parte de capital por ella invertido, ya que se trata de una “operación conjunta” que estará dominada por un “destino vinculante”, y cuya ejecución derivará de un acuerdo previo y en principio *indisoluble*.

4.- Esta discusión se complica en el ámbito de la hipoteca flotante o de máximo del artículo 153-bis de la LH, es decir, en el marco de las refinanciaciones, en que ante la complejidad de las situaciones posibles, parece inevitable la adopción del criterio de que la configuración del tipo de titularidad debería ser siempre “la colectiva” sin cuotas, con base a los argumentos expuestos en el apartado anterior.

No obstante, algunos autores estiman que se pueden distinguir entre los siguientes supuestos:

a) Si con la hipoteca se garantizaran varias obligaciones, todas las cuales fueran de la misma naturaleza, proporción y titularidad y, además, el valor de la responsabilidad hipotecaria cubriera la totalidad de las obligaciones garantizadas, por aplicación estricta

del principio de accesoriedad, que también existe en las hipotecas flotantes aunque mitigado, la misma titularidad o cuota de cada una de las obligaciones, al ser igual en todas, se trasladaría a la titularidad del derecho real de hipoteca, si bien cada cuota se distribuirá, también entre las obligaciones garantizadas.

b) Si, por el contrario, las distintas obligaciones garantizadas fueran todas ya nacidas pero de titularidad de distintos acreedores, o las proporciones o la naturaleza de las mismas fuera distinta, se puede admitir que la titularidad de los acreedores en el derecho real de hipoteca, también en virtud del principio de accesoriedad, se corresponde con la titularidad que cada uno ostente en las distintas obligaciones garantizadas y, en consecuencia, la multiplicidad de titularidades de los acreedores respecto de los distintas obligaciones garantizadas se traslada, así, a la hipoteca. Cada obligación en cuanto a tal tendrá una cuota en el derecho real de hipoteca y dentro de cada una de esas cuotas, cada acreedor tendrá su titularidad en la misma forma que sea titular de la obligación.

c) Si todas o algunas de las obligaciones garantizadas son futuras, surge el problema de que la titularidad de los acreedores de las mismas resultan parcialmente indeterminados, pues se conocen quienes son, pero no la proporción en que van a participar del crédito o los créditos asegurados, además, tales obligaciones pueden ser cambiantes; indeterminación subjetiva que, además, subsiste aunque se hallan contraídas las obligaciones, habida cuenta de la innecesidad de hacer constar el nacimiento de éstas en el Registro y de la facultad del acreedor de incorporarlas o no al “saldo final líquido garantizado”.

A mi juicio, la imposibilidad de saber *ab initio* cuál será el número y la cuantía de cada futura obligación garantizada, su naturaleza, el número de acreedores firmantes de la escritura de hipoteca que suscriban cada obligación futura y en qué proporción y, de nuevo, la especial naturaleza de la hipoteca de máximo regulada en el artículo 153 bis de la LH, excluyen, salvo voluntad en contrario, la necesidad de 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 las normas ya analizadas, 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 existen, en todo o en parte, obligaciones que puedan transmitirle 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.

d) Si las partes, voluntariamente, proceden a distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas o a fijar cuotas de titularidad en el derecho real de hipoteca, aun en los supuestos que sea innecesario, y, a su vez, si se gravan varias fincas, la responsabilidad correspondiente a cada obligación es distribuida entre cada una de las fincas hipotecas, a efectos de ejecución, se deberán considerar como hipotecas independientes unas de otras, tanto en lo relativo a la cantidad que puede percibir del remate cada acreedor, como respecto a la subsistencia sólo del resto de la responsabilidad hipotecaria en garantía del resto de las obligaciones garantizadas; lo que supone perder gran parte de las ventajas de la hipoteca flotante.

5.- Así las cosas, se plantea la cuestión de si existe alguna especialidad en cuanto a la titularidad “en mano común”, en el marco de las denominadas hipotecas preconcursales o de refinanciación, en que, además, suele ser habitual que el valor de las fincas gravadas en el momento de la constitución de la hipoteca y, por tanto, la responsabilidad

hipotecaria, no alcanza a garantizar el importe total de las obligaciones contraídas y garantizadas.

Personalmente, siguiendo el criterio de la Comisión Técnica de Hipotecas del Colegio de Registradores de la Propiedad, me inclino por la solución afirmativa y, en este sentido considero aplicables, dada la identidad de razón existente, las resoluciones de la DGRN de 30 de enero de 2003 y 10 de septiembre de 2009, según las cuales son inscribibles las cesiones en pago o adjudicaciones judiciales de fincas efectuadas en el marco de procedimientos de quiebra, a favor de la pluralidad de acreedores que constituyen el sindicato de acreedores de la quiebra, sin necesidad de fijación de las cuotas de cada uno en el dominio y a pesar de carecer de personalidad jurídica, por *“..... la existencia de un elevado número de acreedores, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, el carácter “en mano común” de las titularidades ostentadas, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores.....”* y, siguen diciendo las resoluciones, ello es así, porque aunque estas colectividades -sindicato de acreedores-, no estén perfectamente identificadas es su composición, si están *“..... plenamente articuladas para su funcionamiento, y sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral”*.

Es decir, se ha de entender que la determinación de cuotas, prevenidas en el artículo 54 del RH -como ocurre en el caso de titularidad solidaria-, es innecesaria en aquellos casos en los que el derecho real de hipoteca se constituye a favor de un conjunto de acreedores integrados en un sindicato, pues los mismos constituyen una colectividad cuyos miembros están “completamente identificados”, existe una entidad -El Agente- “legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes”, ostentan, como dicen las citadas resoluciones, una titularidad semejante a la “en mano común” y, finalmente, tienen una “perfecta articulación en su funcionamiento”.

Sería absurdo entender que es posible la constitución de este tipo de hipoteca sindicada vía Convenio concursal (el que puede lo más -dominio-, debe poder lo menos -hipoteca-), efectuado para dar viabilidad a una sociedad en crisis y en concurso, dando una salida a su actividad mercantil; pero que no es posible si a dicho acuerdo, con la misma finalidad de garantizar la viabilidad económica de la empresa, se llega dentro del marco de refinanciación permitido en la disposición adicional cuarta de la propia Ley Concursal 22/2003, que tiende a facilitar los acuerdos entre los acreedores que permitan evitar la apertura del concurso, los excluye de la rescisión por perjuicio a la masa activa de éste, y establece como uno de sus requisitos la redacción de un plan de viabilidad y el informe favorable respecto del mismo de un experto independiente nombrado por el Registro Mercantil del domicilio del deudor.

Y ello es así, porque al margen de las posibles quitas o la clasificación de las deudas, los créditos dentro del proceso concursal conservan su propia individualidad sin refundición alguna y, en consecuencia, se encuentran en una situación semejante a la de los créditos comprendidos en los acuerdos de refinanciación.

3.- PROBLEMAS RELACIONADOS CON LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Los acuerdos de refinanciación contienen un ingente número de obligaciones para el deudor de diverso tipo, tendentes a asegurar la buena marcha del plan de viabilidad empresarial y el mantenimiento de su solvencia, cuyo incumplimiento se configura, también, como causa de vencimiento de todas los créditos garantizadas y, en consecuencia provoca la ejecución de la hipoteca; lo que plantea el problema de cuáles de las mismas son inscribibles y cuáles no.

Estas obligaciones y causas de vencimiento anticipado, que suponen a efectos prácticos una especie de intervención en el desarrollo de la actividad empresarial del deudor, se pueden sistematizar en los siguientes grupos: a) las relativas al incumplimiento de calendario de pagos de la refinanciación; b) las relacionadas con la conservación del bien gravado con la hipoteca o con obligaciones vinculadas con el mismo -seguro de daños, pago del IBI, pago de gastos de comunidad de propietarios, etc-; c) las que imponen prohibiciones a las facultades de administración y disposición sobre los bienes hipotecados -prohibición de enajenar, gravar, etc-; d) las que afectan al mantenimiento y rango de la propia garantía hipotecaria -inscripción, rango registral, gastos tramitación y ejecución, etc-; e) las relativas a la gestión y funcionamiento de la propia empresa deudora -prohibición de fusiones, modificaciones estatutarias o aumentos de capital, prohibición de transmisión de acciones o participaciones sociales, necesidad de consentimiento del Banco Agente, etc-; y f) las relacionadas con la solvencia del deudor -embargo de sus bienes, presentación de una solicitud de concurso, impago de otras obligaciones, auditoria adversa de las cuentas, etc-.

Pues bien, aunque tras la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, el artículo 12-2 de la Ley Hipotecaria establece expresamente que *“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”*, este párrafo debe interpretarse en el sentido de que tal constancia se debe hacer a efectos de una correcta identificación de la obligaciones garantizadas y sin perjuicio, como indica su preámbulo, de las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral y los requisitos para su inscripción.

Ello es así, porque como lo que se inscribe es el derecho real de hipoteca, el contenido obligacional del título se hace constar en la inscripción de la misma, no como tal crédito o préstamo, sino en la medida en que delimita el contenido del mencionado derecho real de hipoteca, delimitación que es imprescindible en un sistema de accesoriedad (así lo indica el preámbulo de la Ley 41/2007). En otras palabras, las mencionadas cláusulas financieras y de vencimiento anticipado se trasladan al asiento registral, bien porque determinan el contenido de la reclamación hipotecaria -las financieras- o bien porque afectan a la duración de la hipoteca y pueden provocar la ejecución de la misma -las de vencimiento anticipado-, es decir, porque tienen trascendencia real al constituir o afectar a la facultad de realización del valor que es una de las facultades inherentes al derecho real de hipoteca.

Pero al Registro de la Propiedad no acceden todas las cláusulas de vencimiento anticipado, sino que, como ocurre con el resto de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios, y ha sido corroborado por la Sentencia del Tribunal Supremo 792/2009 de 16 de diciembre, la calificación registral debe dejar fuera del Registro, al despachar escrituras de préstamo y crédito hipotecario, aquellas cláusulas que se encuentren en alguno de los supuestos siguientes:

a) Que no tengan carácter inscribible, por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de carácter hipotecario, de carácter imperativo en todo caso para el registrador. Así ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones de disponer, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

b) Que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas de carácter objetivo y, por tanto, salvo que la norma establezca un efecto distinto para el caso de su contravención,

nulas de pleno derecho. Así ocurre, por ejemplo con los pactos que impongan una tasación realizada por el acreedor para que una disminución del valor de la finca produzca el vencimiento del crédito, por ser contrarios al artículo 5 de la Ley 41/2007.

c) Que hayan sido declaradas nulas de pleno derecho por razón de su carácter abusivo, por sentencia judicial firme inscrita en el Registro General de condiciones Generales de la Contratación.

Así podemos señalar como principales cláusulas de vencimiento anticipado no inscribibles en las hipotecas ordinarias, las siguientes:

-- El pacto de vencimiento por no inscripción, no inscripción en plazo determinado o denegación parcial, dado su carácter superfluo una vez practicada la inscripción si la misma es expresamente solicitada por el interesado pese a darse la circunstancia prevista (STS 16 de diciembre de 2009).

-- El pacto de vencimiento anticipado para el caso de la parte prestataria sea declarada en concurso, ya que el artículo 61-3 de la Ley Concursal 22/2003 expresamente e imperativamente dispone que se ha de entender como no puesto, salvo en el supuesto que se establezca sólo para aquellos supuestos en que la legislación concursal lo permita.

-- El pacto de vencimiento anticipado en caso de enajenación o realización de actos dispositivos respecto de la finca hipotecada, que infringe normas imperativas como los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria y disposición adicional de la Ley 41/2007 que regula la hipoteca inversa, en que con carácter excepcional se admite, condicionado a que no se preste una garantía complementaria (STS 16 de diciembre de 2009).

-- La prohibición absoluta de arrendar sin consentimiento del acreedor o con rentas bajas referidas a un baremo objetivo o en que se anticipen rentas, por aplicación también del artículo 27 de la LH y 219 del RH; o cuando afecte a arrendamientos sujetos a purga - artículos 133 de la LH y 175-2 del RH- (STS 16 de diciembre de 2009, que sólo lo admite en casos excepcionales).

-- El pacto de vencimiento anticipado en caso de despacho de mandamiento de ejecución o embargo contra la finca hipotecada o contra la parte deudora hipotecante, porque es pacto totalmente ajeno al préstamo garantizado y, además, la ejecución no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca y, por tanto, vulnera los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria y el 1129.1 del Código Civil (STS 16 de diciembre de 2009).

-- A este supuesto habrá que equiparar, por las mismas razones, los pactos relativos a la disminución del patrimonio del prestatario, al riesgo o disminución de su solvencia (STS 16 de diciembre de 2009), al impago de otras obligaciones ajenas al contrato, a la existencia de cualquier acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del deudor, o a la existencia de una auditoria adversa a dicha solvencia.

-- El pacto de vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca "a juicio del prestamista o apreciada por perito vinculado a ésta" por ser contrario a los artículos 1129-3 y 1256 del CC, 85-3 de la LGDCU de 16 de noviembre de 2007 y al artículo 3 bis I) de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario. El mismo criterio es aplicable al supuesto de no asegurar la finca en compañía de reconocida solvencia "a juicio del acreedor" (STS 4 de junio de 2008).

-- El pacto de vencimiento anticipado por la pérdida de condición de empleado del acreedor por parte del deudor -SAP Málaga de 22 de mayo de 1998-, o por incumplimiento

de prestaciones accesorias o irrelevantes que no respondan a una justa causa -STS 16 de diciembre de 2009 y STS 4 de junio de 2008-.

Estas cláusulas, sin embargo, sí serían inscribibles si la causa de vencimiento no fuera el acaecimiento de los supuestos enunciados sino la no aportación de la garantía complementaria pactada para el caso de tener lugar los mismos, y éstos estuvieren objetivizados de alguna manera (artículo 1129 del Código Civil y STS 16 de diciembre de 2009).

Indudablemente la mayoría de estas estipulaciones, tampoco serían inscribibles en el caso de las hipotecas flotantes que garantizan las refinanciaciones; sin que se puedan alegar los artículos 40, 42, 43 o 137 de la Ley Concursal, para legitimar la imposición de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración o disposición del deudor, porque su carácter exorbitante exige la previa declaración del concurso. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que mientras que las prohibiciones de disponer establecidas en contratos a título oneroso no deben tener acceso al Registro -art. 27 LH-, las que tienen su origen en alguna resolución judicial, sí lo tendrán y serán objeto de anotación preventiva -art. 26-2 LH-.

No obstante, existen ciertas cláusulas que siendo rechazables en una hipoteca ordinaria, podría admitirse su inscripción en la hipoteca de refinanciación dado que su especial finalidad le atribuye justa causa y así, por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de entregar la contabilidad al acreedor o de permitir una auditoria de la misma -artículo 45 y 46 LC-, puede entenderse accesorio en un préstamo hipotecario ordinario, pero no en una hipoteca de empresa y menos si es de las denominadas preconcursales, pues a través de misma es como se puede verificar el cumplimiento del plan de viabilidad que es condición *sine qua non* de estas hipotecas.

Por la misma razón, podrían también considerarse inscribibles un conjunto de obligaciones que constituyen parte esencial del plan de viabilidad y pagos y que se asemejen a obligaciones paralelas que se suelen establecer en los Convenios concursales, como la obligación de destinar al pago de las deudas refinanciadas, el precio obtenido de las ventas derivadas del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor -artículos 44 y 100-4 LC-, o las de enajenar una rama de actividad con la misma finalidad -artículo 100-2-2º LC- debidamente regulada.

También entrarían dentro de este paquete de cláusulas inscribibles, aquellas otras relacionadas con la gestión y funcionamiento de la propia empresa deudora que tiendan a facilitar el desarrollo del giro a tráfico ordinario de la misma y a garantizar su solvencia, como la obligación de fusionarse con otras entidades del mismo grupo para unir sus patrimonios a efectos de una garantía global de la refinanciación -artículo 100-3 LC, la prohibición del reparto de dividendos o de la salida de la empresa del socio de referencia, o la necesidad de informar al Banco Agente para la realización de actos de carácter extraordinario.

Sin embargo, existen, también, en estos acuerdos de refinanciación, un gran número de prohibiciones y obligaciones especiales de carácter accesorio que tampoco encajan en los anteriores supuestos de admisibilidad por no apreciarse justa causa o idoneidad y proporcionalidad con el fin propio de la refinanciación y, cuya inscripción debe ser, en principio, rechazada, al amparo de las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y 4 de junio de 2008, y cuya concreta admisibilidad o rechazo exigirá un estudio detenido de cada caso.

El criterio que, a mi juicio, debe presidir su calificación, es el de inscribibilidad de las estipulaciones que impliquen una mera supervisión de la ejecución del acuerdo de refinanciación o de la gestión empresarial del deudor y el rechazo de aquéllas otras que impliquen una injerencia real, sustancial y manifiesta en la citada gestión empresarial, por no ser idóneas al fin estricto de la refinanciación e implicar unas prohibiciones o limitaciones en las facultades del deudor que exigen de intervención judicial.

4.- PROBLEMAS RELACIONADOS CON LAS CIFRAS GARANTIZADAS CON LA HIPOTECA Y LA EXCLUSIÓN DE SOLIDARIDAD DE LAS HIPOTECAS.

En este ámbito se puede observar los siguientes problemas prácticos, derivadas de otros tantos supuestos fácticos:

En primer lugar, es habitual en los acuerdos de refinanciación que el valor de las fincas que dispone el deudor para ofrecer en garantía sea inferior al importe total de la deuda refinanciada, por lo que no es posible garantizar toda ella y, a veces, ni siquiera un tramo concreto; lo que chocaría con el principio hipotecario de identidad de la deuda con la responsabilidad hipotecaria.

Otras veces, en el caso de refinanciación global de un grupo empresarial, lo que ocurre es que algunas de las empresas del grupo tienen un patrimonio superior a su pasivo garantizado, mientras que otras se encuentran en el supuesto opuesto. Lo distintos acreedores tienen, en estos supuestos, intereses enfrentados, y por ello los acreedores de las primeras empresas se suelen reservar, bien unos derechos de cobro preferentes respecto de las fincas de sus deudores, bien el rango de primera hipoteca para la que garantice sus respectivos créditos. Además, en estos casos, se suelen otorgar distintas escrituras para garantizar los créditos de cada entidad del grupo, por lo que, al encontrarse las fincas normalmente en distintos Registros, se imposibilita la comprobación del cumplimiento de determinadas normas hipotecarias, como la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria global entre las distintas fincas gravadas, lo que enlaza con el problema siguiente.

Por último, es frecuente que algunas de las deudas refinanciadas estuvieran previamente garantizada con hipoteca ordinaria -p.e. distintas promociones inmobiliarias del deudor-, luego el saldo pendiente de esos préstamos se incluye entre los créditos garantizados con la refinanciación, con lo que se están garantizando dos veces; e incluso una tercera vez, en los supuesto de segundas refinanciaciones de la misma empresa, de las que existen varios supuestos. Pues bien, estas sucesivas garantías vienen a chocar con la norma del derecho español que excluye que puedan pactarse las denominadas hipotecas solidarias, es decir, que la misma deuda pueda estar garantizada dos veces con distintas hipotecas.

Analizamos cada uno de estos supuestos:

a) En cuanto al hecho de ser la responsabilidad máxima hipotecaria inferior al importe total de las obligaciones garantizadas, dada la valoración de las fincas gravadas en el momento de la constitución de la hipoteca, entiendo que es posible porque, como hemos visto, las mismas no se garantizan con una hipoteca ordinaria sino que la hipoteca flotante del artículo 153 bis de la LH tiene la consideración de hipoteca de máximo, y en éstas el propio artículo 153 de la LH prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada, al decir que *“si al vencimiento del término fijado por los otorgantes, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la*

cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca”.

Este criterio viene confirmado por las resoluciones de la DGRN 2 y 3 de enero de 1996, interpretadas amoldándolas a la nueva figura hipotecaria, pues las mismas, en un caso de garantía parcial de la obligación, estiman que: *“El carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes, una con garantía y otra sin ella, sujetas a un régimen jurídico diferenciado”,* que *“la única significación del carácter parcial de la garantía, se produce exclusivamente en el propio juego de ésta; en caso de ejecución del bien hipoteca, el actor sólo podrá detracer del precio de remate obtenido, hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado; del mismo modo, si el tercer poseedor quiere evitar la ejecución de ese bien, únicamente deberá desembolsar esa cantidad máxima, aunque quede parcialmente insatisfecho el crédito”* y que *“la garantía parcial es típica de toda hipoteca de máximo”.*

Recordemos a este respecto que la configuración legal de la hipoteca flotante recogida en el citado artículo 153 bis de la LH, es que esta hipoteca asegurará el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones garantizadas hasta el importe máximo debido bajo cada una de ellas y con el límite máximo de la responsabilidad máxima hipotecaria.

Es decir, ninguno de los acreedores u obligaciones tiene atribuido un porcentaje de la responsabilidad hipotecaria propio y excluyente del resto de acreedores u obligaciones, por lo que en caso de renuncia por parte de cualquiera de los acreedores de sus derechos sobre la hipoteca respecto de cualesquiera de las obligaciones garantizadas (ya sea total o parcial) o en caso de pago, condonación o extinción por cualquier otra causa (ya sea total o parcial) de cualquiera de las obligaciones garantizadas (excepto en el caso de ejecución parcial en los términos que se hayan pactado), se mantendrá la hipoteca respecto de las restantes obligaciones garantizadas por la totalidad de la responsabilidad máxima hipotecaria.

b) Respecto de la posibilidad de constituir varias hipotecas en garantías de los acuerdos de refinanciación, de tal manera que algunas de los créditos se encuentren garantizados con hipoteca de primer rango con unas determinadas fincas y luego se constituya una hipoteca de segundo rango para garantizar el resto o parte de los demás créditos, no existe ningún inconveniente normativo, siempre que se determine claramente los distintos créditos garantizados en cada hipoteca y no se vulnera la prohibición de la hipoteca solidaria a que no referimos en la letra c) siguiente.

En relación con el problema del cobro preferente respecto del precio del remate obtenido con la ejecución de unas determinadas fincas, entiendo que entra dentro de los límites de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código civil, por lo que ningún inconveniente se observa respecto del mismo, salvo que estuviera vinculado no a un mero orden de imputación de pagos, sino que posibilitará también una ejecución parcial de la hipoteca, para cuyo estudio nos remitimos al apartado quinto siguiente.

A este respecto, según el artículo 100-2 párrafo 1º de la Ley Concursal, se permite que en los convenios concursales existan pactos particulares que sólo afecten ciertos acreedores particulares o a ciertas categorías o clases de acreedores, lo que entiendo, también, aplicable a los acuerdos de refinanciación.

c) En cuanto a la última cuestión, debe señalarse que el derecho español rechaza la posibilidad de constitución de las hipotecas solidarias, no por ser estructuralmente contrarias a la naturaleza de la hipoteca, sino por ser contrarias al desarrollo del crédito territorial y proteger desproporcionalmente al prestamista sin razón justificativa suficiente -vid resoluciones de la DGRN de 16 de marzo de 1929 y 3 de mayo de 2000-. Estas hipotecas solidarias son aquellas que dan 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 o la suma de cuyas responsabilidades hipotecarias exceda de ésta.

De esta prohibición es consecuencia, entre otros, el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, según el cual “cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder”, y tradicionalmente no ha admitido otras excepciones que las establecidas legalmente como el artículo 123 LH que, en caso de división de la finca gravada, no exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria, o el artículo 218 b) del RH que, permite la hipoteca unitaria de un edificio dividido horizontalmente. Pero lo que no se ha admitido, por ejemplo, es posponer a otra escritura el gravamen o afectación hipotecaria sobre otra finca en garantía de la misma obligación, para impedir así la necesidad de distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Es decir, que la prohibición de que se garanticen con hipoteca más cuantía que el principal total de la deuda garantiza, es aplicable tanto si las fincas se gravan simultáneamente como cuando la hipoteca, después de constituida, se amplía a otras fincas; y ello, además, 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 (artículos 117 LH y 219 2º RH; 115 LH; 163 LH; 5 Ley Mercado Hipotecario), en cuyo caso se impone necesariamente la redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre la finca o fincas inicialmente hipotecadas y la nueva o nuevas.

Ello ha obligado en estos casos de hipotecas de refinanciación a arbitrar una Comisión Técnica, que se encargue, en estos supuestos, tanto si se otorgan varias escrituras simultáneas de hipoteca en garantía de los acuerdos de refinanciación, como si ello ocurre sucesivamente -segundas refinanciaciones, etc-, de comprobar que la responsabilidad hipotecaria global no exceda ni del total de la deuda refinanciada, ni que tampoco ningún crédito o tramo concreto se encuentre sobregarantizado en los términos señalados.

Ahora bien, como la necesidad de distribución hipotecaria no tiene un carácter de orden público registral, se ha planteado si podría admitirse dicha doble garantía hipotecaria en supuestos especiales, como aquellos en que la segunda hipoteca fuera una hipoteca en garantía de cuenta corriente novatoria o una hipoteca flotante, dadas sus especiales características y por excluir éstas, la doble ejecución de las garantías.

En mi opinión, en el caso concreto de la hipoteca flotante, la respuesta debe ser afirmativa, porque, en virtud de la naturaleza de esta 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, aunque no se haya cobrado toda la deuda, por lo que no existe una auténtica solidaridad.

Por otra parte, la hipoteca flotante, normalmente garantizará un conjunto de créditos entre los que se encuentra el ya garantizado íntegramente, que ahora se garantiza sólo en la cantidad pendiente de pago, por lo que no existe una exacta identidad entre las

obligaciones y, además, puede ocurrir que la hipoteca sea ejecutada de manera total para el cobro de otras obligaciones distintas de la que esa solidaridad podría afectar, lo que viene a mitigar esta característica.

Lo que no considero admisible es el pacto en virtud del cual la acción real de la hipoteca flotante tiene “*carácter cumulativo y no excluyente respecto de otras garantías reales - hipotecas-*”; por aplicación del citado artículo 119 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina de la DGRN relativa a la hipoteca solidaria.

5.- PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA PREFERENCIA DEL NUEVO EFECTIVO CONCEDIDO Y LA POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN PARCIAL

A.- Otro supuesto que se está planteando en la práctica en estas hipotecas es el de fijar, cuando la responsabilidad hipotecaria no cubre el total importe de las obligaciones aseguradas, dos grupos de acreedores: uno denominado “no preferente”, respecto del cual se concede un período de espera, y otro denominado “preferente”, referido a aquellos acreedores que han aportado “nueva liquidez” para impedir la apertura del concurso, que es objeto de una amortización acelerada y de la posibilidad de ejecución parcial.

A efectos del tráfico es indudable que desde el momento que la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal habla, como posible contenido de los acuerdos de refinanciación de “*la ampliación significativa del crédito disponible*”, que esas nuevas líneas de liquidez son totalmente legales, pero el problema radica en cuál se será la calificación jurídica de dichos créditos a efectos de cobro en el concurso, y cuál puede ser su tratamiento registral.

Respecto de la primera cuestión, en derecho español el crédito del nuevo financiador, el denominado *fresh money*, no recibe en el concurso en sede de clasificación de créditos, un tratamiento preferencial frente a lo que acontece en modelos como el francés o el norteamericano, siendo calificado en la posición que le corresponda según el crédito de que sea titular, pudiendo ver en ocasiones degradada su posición crediticia en virtud de la subordinación que podría derivar del carácter del crédito como deuda intragrupo (art. 92.5 LC en conexión con el art. 93.2.3.º LC), así como de la eventual rescisión de la operación con consideración de mala fe (art. 73.3 LC).

Esta circunstancia viene a penalizar la financiación en este ámbito, pues el acreedor que aporta nueva liquidez, es decir, que concede un nuevo crédito, en situaciones insolvencia inminente o actual, para permitir la continuación de la actividad del deudor, corre un riesgo mayor que los otros acreedores, que prestaron en situación de normalidad, que quiere, con toda lógica, verse recompensado al menos con un cobro privilegiado, que podría consistir en el pago a su vencimiento y sin formar parte de la masa pasiva, eludiéndose con ello los riesgos que la calificación de ese crédito podrían conllevar.

Para ello bastaría, según algunos autores, que simplemente la Ley Concursal expresamente atribuyera, sobre la base del artículo 84.2.11.º LC, esa consideración de crédito prededucible al crédito del financiador concedido en el marco de un acuerdo de refinanciación, no siendo óbice para ello que nos encontremos ante un crédito anterior y no posterior a la declaración del concurso.

Pero a falta de esa norma, muchos registradores consideran que estos pactos no son inscribibles porque suponen una alteración del orden de pagos o preferencias de créditos del Código Civil y, por tanto, contrario a normas imperativas.

Sin embargo, aparte de que creo que la determinación de la preferencia de los créditos es una cuestión judicial que excede de la función registral, considero posible, que en el marco de la refinanciación se acuerde el pago preferente de los aportantes de liquidez, acuerdo que será vinculante para todos los acreedores firmantes del mismo, al amparo de la aplicación analógica del artículo 100 número 5 párrafo 2º de la Ley Concursal, según el cual “*los créditos que se concedan al deudor para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio* -léase acuerdo de refinanciación-”.

Por tanto, desde el punto de vista registral, en consonancia con lo expuesto, entiendo que será igualmente admisible la creación de los dos grupos de acreedores, de tal manera que los aportantes de nueva liquidez cobren antes que el resto -por lo tanto, serán preferentes- y, como consecuencia de ello, que la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria esté destinada a su pago prioritario.

De igual modo será inscribible el pacto de poderse ejecutar parcialmente la hipoteca por decisión única de los acreedores preferentes para el cobro de sus nuevos créditos. En este caso, los acreedores no preferentes cobrarán después, de modo que con cargo a la hipoteca únicamente podrán ser satisfechos hasta la suma de responsabilidad que los cubra que sobre del remate, debiendo reclamar su preferencia respecto del exceso de deuda por otra vía.

También considero ajustado a derecho, el pacto de la ejecución parcial por parte de los acreedores no preferentes condicionada suspensivamente al cobro de los preferentes, por cuanto todos los interesados prestan su consentimiento. El hecho de que previamente deban ser pagados los acreedores preferentes no excluye la naturaleza hipotecaria del crédito de los no preferentes, que gozan de todas las acciones hipotecarias (inspección y devastación) propias del derecho real de garantía, aunque no puedan (provisionalmente) actuar su derecho de realización de valor (como ocurre por lo demás en todo supuesto de obligación futura o condicional).

Pero lo que no estimo inscribible, es la fijación de “cuotas variables” en el derecho real de hipoteca no coincidentes con los porcentajes de participación en las obligaciones garantizadas (mayor para los acreedores preferentes y menor para los no preferentes) y de un pacto de redistribución de dichas cuotas en caso de extinción de una de las obligaciones aseguradas, de tal manera que, en tales supuestos, subsiste la total garantía pero cubriendo otros créditos de la misma clase -preferente o no preferente - a prorrata y, sólo en defecto de ellos se garantiza a los del otro grupo.

Y ello porque esa cláusula es contraria al principio de determinación hipotecaria, que exige que la titularidad del derecho real de hipoteca se corresponda con la titularidad de la obligación de la que es accesoria y que la redistribución de las cuotas responda, en todo caso, a la utilización de fórmulas que permitan conocer *a priori*, a los posibles terceros, cuál será la responsabilidad hipotecaria subsistente en caso de dicha ejecución parcial.

B.- Respecto del pacto de ejecución parcial de la hipoteca, habitual también en las hipotecas flotantes de refinanciación, deben hacerse las siguientes consideraciones:

Es indiscutida la posibilidad de la ejecución parcial de la hipoteca flotante si se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas o existe un pacto en se fijen los criterios objetivos para su distribución para el caso de ejecución o la titularidad de los acreedores es parciaria o por cuotas; discutiéndose si es posible con carácter general.

En este sentido, se puede afirmar que al ser el objeto de la ejecución una pluralidad de obligaciones, por no tener efecto novatorio la cuenta en que se instrumentan las obligaciones garantizadas con la hipoteca flotante -art.153 bis LH-, determinable por su conexión con el acto jurídico básico del que deriva la garantía hipotecaria, se abre la posibilidad de la ejecución parcial, es decir, respecto de algunas de esas obligaciones, permaneciendo vigente la hipoteca, en una determinada cuantía, respecto del resto de las obligaciones garantizadas, porque, en realidad, la regla en caso de pluralidad de créditos garantizados (artículos 154, 155 y 157 de la LH) es la subsistencia de la hipoteca respecto de las obligaciones no ejecutadas en los términos del artículo 227 del RH, es decir, como hipoteca de igual rango.

Si no existen más pronunciamientos legales en este sentido es porque la regla general en nuestro derecho ha sido que una hipoteca sólo podía garantizar un préstamo, crédito u obligación, pero en los casos en que ha existido pluralidad de obligaciones o supuesto similar -artículo 693-1 de la LEC-, se ha inclinado, como queda dicho, por la posibilidad de ejecución parcial.

El problema radica en la determinación de esa cuantía de responsabilidad hipotecaria subsistente y de las concretas obligaciones en las que se subroga el rematante, pues sólo si es posible determinar *a priori* cuál será la responsabilidad subsistente, será factible la ejecución parcial. En consecuencia las estipulaciones que se ajuste a este principio serían inscribibles y las que no se ajusten deberían denegarse.

Así, con base en ese criterio, se argumenta por algunos autores que tan sólo en el caso de que la hipoteca flotante garantizará una pluralidad de obligaciones determinadas y existentes podría aplicarse analógicamente las disposiciones del artículo 693-1 de la LEC respecto de las obligaciones de capital e intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, y permitir la ejecución parcial respecto de alguna o algunas de las obligaciones con subsistencia de la hipoteca en garantía de las obligaciones no ejecutadas.

En este caso, al suponer normalmente la cifra de la responsabilidad hipotecaria, la suma de los principales de cada obligación garantizada, la responsabilidad remanente será la suma de los principales de los préstamos no ejecutados con carácter flotante entre ellos. Y si la cantidad debida es superior a la responsabilidad hipotecaria, la cantidad que debe restarse a la responsabilidad hipotecaria debe ser la cantidad reclamada en la ejecución parcial.

Pero qué ocurre si, originariamente, alguna o todas las obligaciones garantizadas son futuras. A mi juicio, también es posible que *a priori* se sepa cuál será la responsabilidad hipotecaria subsistente y, por tanto, la ejecución parcial sin necesidad de pacto previo alguno, al menos en ciertos supuestos.

A favor de esta tesis, considero aplicable analógicamente el artículo 613-3 de la LEC -limita la responsabilidad resultante respecto del rematante a la cifra que conste en el saldo bancario aportado a la subasta-, según el cual deberán señalarse si existen otras obligaciones aseguradas con la hipoteca flotante -distintas de las ejecutadas-, a efectos de la subrogación del propio rematante -artículos 668-3 y 670-5 de la LEC-, que sólo asumiría como preferente el resto de la responsabilidad de la flotante si constará su existencia y cuantía de la deuda en la propia inscripción o por la nota marginal del artículo 657 de la LEC -donde debería indicarse no sólo el capital pendiente sino también la obligación de la que procede cada apunte-, que se debería expedir, también, en este caso por efecto de su subsistencia conforme al artículo 227 del RH; lo que implicará que sólo es

posible la ejecución parcial si existen otras obligaciones existentes en el momento de la ejecución -aunque en el momento de la constitución fueren futuras- y en cuanto al importe líquido de las mismas en ese momento, pero con carácter flotante entre ellas si la suma de sus importes es superior a la responsabilidad hipotecaria subsistente.

Por otra parte, si existen una multiplicidad de fincas gravadas, se complica la cuestión y, en este caso considero que los acreedores podrán obtener el cobro total de sus créditos instando la ejecución de una sola, de varias o de todas las fincas gravadas, ya exceda o no la obligación u obligaciones garantizadas por la(s) que se realiza la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca y ya el precio del remate exceda o no del nominal de la obligación u obligaciones garantizadas por la(s) que se ejecuta, puesto que la hipoteca no genera una afección individualizada de cada una de las fincas hipotecadas respecto de todas y cada una de las obligaciones garantizadas, en la proporción pertinente, sino sólo una vinculación global de aquéllas, en favor de todas las obligaciones garantizadas en su conjunto, de modo que los acreedores podrán hacer valer íntegramente su derecho sobre cualquiera de las fincas hasta donde alcance su específica responsabilidad hipotecaria.

En consecuencia, la ejecución de la hipoteca ante el incumplimiento de una deuda, cuando la cantidad debida y reclamada por la deuda ejecutada exceda de la responsabilidad hipotecaria de las fincas ejecutadas, determinará la cancelación de la hipoteca respecto de las mismas y, si no se ejecutaren todas las fincas hipotecadas, la subsistencia de la hipoteca respecto del resto de las obligaciones garantizadas sobre el resto de las fincas hipotecadas.

Como se observa, se trata de una compleja cuestión cuya clarificación exigiría una reforma legal urgente.

III.- CONCLUSIONES ESTADÍSTICAS.

Acabaremos la exposición, con una breve referencia a los principales datos estadísticos de estas refinanciaciones, en la medida que se han garantizado con hipoteca, durante 2009, y lo primer que se debe señalar es que el número de las mismas ascendió a 90, dato que no se puede comparar con el 2008, porque en ese año no se computaron en la estadística concursal del Colegio de Registradores. Ahora bien, de los sondeos efectuados y dado que muchas entidades eran reticente a las mismas por el peligro de la aplicación de la acción de reintegración, eliminado el mismo, hemos de entender que han aumentado, aunque quizás no en el número esperado.

Si comparamos esta estadística con el número de concursos iniciados que asciende a 3647, parecería que se trata de una solución menos o marginal. Pero si comparamos los pasivos en ambos casos, en el supuesto de sociedades en concurso asciende a unos 21 mil millones de euros y en el caso de sociedades refinanciadas asciende aproximadamente a 15 mil millones de euros; lo que indica que se han acogido a la refinanciación empresas muy grandes y que estos acuerdos revisten gran importancia.

Respecto del ámbito de distribución geográfica de los acuerdos de refinanciación, por número de operaciones concertadas Canarias es la primera Comunidad con 22 acuerdos, seguida de Madrid con 12, Galicia con 9 y Cataluña, Andalucía y Valencia con 7.

Pero este dato apenas informa de su verdadera incidencia económica, por eso si atendemos al total de pasivos refinanciados, la primera Comunidad afectada resulta ser Cataluña con 7.740 millones de euros, seguida de Madrid con 2.570 millones de euros,

Valencia con 1712 millones de euros, País Vasco con 1348 millones de euros, y Canarias con 673 millones de euros.

Si seguimos el criterio de distribución de los acuerdos de refinanciación por sectores de actividad, los sectores con más supuestos son el de la Industria con el 25,6%, seguido de la Construcción -con sus proveedores- con el 23,3% (el 45% en las sociedades concursadas) y el de Inmobiliarias, financieras y seguros con el 11,6%.

Y si atendemos a la suma de los pasivos del sector de actividad, la construcción representa el 71% del mismo, la información, comunicación y resto de servicios el 15,6% y las inmobiliarias, financieras y seguros el 4,6%; de donde resulta que el sector de la construcción es el que mayor uso ha hecho de este mecanismo de renegociación, quizás porque sus miembros son los que más activos hipotecables. El pasivo de las

Ciñéndonos a las empresas de la Construcción -con sus proveedores-, como hemos dicho representan el 23,3% de las sociedades refinanciadas frente al 45% de las sociedades concursadas; y su pasivo asciende, en el caso de la refinanciación a unos 11 millones de euros y en el caso de las concursadas a 13 millones de euros.

La gran dimensión de algunas de las sociedades que firmaron acuerdos de refinanciación se evidencia si observamos que el promedio de su activo es de 231 millones de euros (mediana de 24), el de su pasivo exigible asciende a 177 millones de euros (mediana de 19), el del volumen de negocio es de 59 millones de euros (mediana de 3,5) y el número de asalariados 238 (mediana de 40).

Si se considera que la mediana del activo de las empresas concursadas fue de 1,8 millones de euros, la mediana de su pasivo 1,4 millones de euros, el del volumen de negocio fue de millones de euros y la del número de asalariados de 12; resulta de nuevo que el perfil de las empresas que han refinanciado es de mayor tamaño que el de las concursadas.

Respecto del ratio de "apalancamiento" de las sociedades que han acudido a los acuerdos de refinanciación, los datos nos dan un promedio del 1,12 y una mediana del 0,84, es decir que los pasivos superan a los activos en un 12%, aunque la mediana nos da que sólo llegan al 84% de éstos. Esta diferencia tan grande, viene a señalar que existen un número reducido de empresas refinanciadas con un pasivo muy superior a su activo. En el caso de las sociedades concursadas su promedio de ratio de apalancamiento es de 0,88 y su mediana de 0,90.

Otro dato significativo es que el porcentaje de pasivos corrientes sobre el total pasivo fue del 66% en promedio, arrojando una mediana del 71%, de donde resulta que la mayoría de los acuerdos de refinanciación se concreta fundamentalmente en retrasar el vencimiento de las deudas a corto plazo.

Por último, en cuanto a la rentabilidad económica de estas sociedades es muy baja: negativa en un 5% de promedio y en un 1% de mediana; y el resultado de explotación es también negativo en un 60,7% y positivo en un 39,3%. Destacar lo significativo de que el resultado de explotación negativo de las empresas concursadas sólo asciende al 41,4%, siendo en el 58,6% de los casos positivo.

En resumen, las empresas que han firmado acuerdos de refinanciación son fundamentalmente, sociedades dedicadas a la construcción, de bastante dimensión, con un alto grado de apalancamiento y fuerte presencia de créditos con vencimiento a corto plazo, cuyos indicadores de rentabilidad son poco satisfactorios al menos en ese corto plazo.

Madrid a 28 de Junio de 2010
Ángel Valero Fernández-Reyes

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

SEGUNDO TRIMESTRE DEL AÑO 2010

ÍNDICE ANALÍTICO

- ANOTACIONES PREVENTIVAS
- ARRENDAMIENTOS
- CENSOS
- CONCURSO
- DERECHO DE SUPERFICIE
- DESCRIPCIÓN DE LAS FINCAS
- ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO
- EMBARGOS
- EXPEDIENTES DE DOMINIO
- HERENCIAS
- HIPOTECAS
- OBRAS NUEVAS
- OPCIÓN DE COMPRA
- PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
- PRINCIPIO DE PRIORIDAD
- PROPIEDAD HORIZONTAL
- REPRESENTACIÓN
- SERVIDUMBRES
- SOCIEDAD CONYUGAL
- URBANISMO
- USUFRUCTO

ANOTACIONES PREVENTIVAS.

1.-P: ¿Se puede practicar anotación preventiva de prohibición de disponer decretada en pieza separada para asegurar las responsabilidades pecuniarias del imputado abierta en autos de diligencias previas de un procedimiento penal por delito de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, cuando la finca está inscrita a favor del imputado y de su cónyuge con carácter ganancial, y no consta que se haya notificado al cónyuge?, ¿Se podría anotar en cuanto a las facultades dispositivas del imputado y denegar en cuanto a las facultades de disposición del cónyuge?

R: La prohibición de disponer es una medida de aseguramiento que impide que una persona pueda distraer bienes de su patrimonio y burlar así una eventual responsabilidad pecuniaria que pudiera hacerse efectiva sobre el mismo, y que implica una limitación de una facultad que, de ordinario, corresponde a la persona en cuanto a tal. Supone una limitación de la facultad general de obrar de la persona, como cualidad de la misma, pero no afecta al bien en cuanto tal, no es una carga sobre el bien. En este sentido, se entendió por la mayoría que no era necesario la notificación al cónyuge, aún tratándose de bien ganancial, como tampoco sería exigible tal notificación en el supuesto de que se inscribiera, sobre finca ganancial, una sentencia de incapacidad de uno sólo de los cónyuges.

Es cierto, se añadió, que tal prohibición de disponer impuesta a uno sólo de los cónyuges va a impedir, de hecho, la disposición del bien ganancial, dada la regla general de codisposición o disposición conjunta de los bienes gananciales (cfr. artículo 1.375 CC). Pero tal situación se producirá también, en el supuesto de incapacitación de uno sólo de los cónyuges, en cuyo caso y sólo si el otro fuera nombrado tutor o representante legal de su consorte se le transferiría por ministerio de la ley la facultad de disposición (artículo 1.387 CC); y, en todo caso, siempre podrá salvarse tal dificultad con la pertinente autorización judicial, artículo 1.377 CC.

ARRENDEAMIENTOS.

1.-P: Se presenta una escritura de cesión de arrendamiento de un local. ¿Es necesario para inscribir la notificación al propietario?

R: Al hablar de cesión de arrendamiento de un local, se entiende que estamos bajo la vigencia de la nueva Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamiento Urbanos, que ha sustituido la antigua expresión de “traspaso” de local, por la cesión del contrato.

En la actual LAU se regula la cesión del contrato y subarriendo, en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en su artículo 32, y del mismo resulta que si en la finca arrendada se ejerce una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador. El arrendador tendrá derecho, en este caso, a una elevación de la renta y, por eso, se impone la obligación de notificarle fehacientemente estos cambios en el plazo de un mes.

El Título II de la LAU, donde se regula la cesión del contrato y subarriendo de arrendamientos de vivienda - en el que se establece un criterio opuesto y se exige el consentimiento por escrito del arrendador para la cesión y el subarriendo-, no es aplicable supletoriamente, ya que los arrendamientos de locales se rigen, en primer lugar y de forma imperativa, por los Títulos I, IV y V de la ley; en segundo lugar, por la voluntad de las partes; en su defecto, por lo dispuesto en el Título III; y, supletoriamente por el Código Civil.

En resumen, aparte de las reglas del artículo 32, habrá que tener en cuenta los pactos que, en uso de la autonomía de la voluntad (artículos 1.255 y 1.258 Código Civil), hayan establecido las partes. En consecuencia, se estimó que, salvo que el contrato exigiera la notificación previa al arrendador como requisito para la validez de la cesión, tal requisito no sería necesario para su inscripción.

Respecto a la inscripción de estas modificaciones del contrato de arrendamiento, el artículo 5 del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, dice únicamente que se inscribirán, en base a los mismos títulos que señala el artículo 2, los subarrendos, cesiones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos, pero sin añadir ningún otro requisito.

Con base a estos argumentos, la mayoría entendió que no era exigible la notificación al propietario para la inscripción de la cesión, ya que el único requisito de la notificación fehaciente posterior al arrendador no se sanciona por la ley como un supuesto de cierre registral. Cuestión distinta es que, caso de no practicarse esta notificación fehaciente en el plazo de un mes, el arrendador pueda resolver el contrato según el artículo 35 LAU.

CENSOS.

1.-P: Se plantea cual es el procedimiento para cancelar un censo que lleva inscrito en el Registro desde hace mucho tiempo y que posiblemente no tenga vigencia en la actualidad.

R: Es cierto que, con cierta frecuencia, aparecen estos censos en el historial de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, los cuales, por los propios datos que constan en el historial parece que no están vigentes. Sin embargo, no es posible aplicar para su cancelación el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, pues es de naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido (art. 1.608 CC).

Tampoco existe en derecho común un precepto similar al que se contienen en las disposiciones transitorias de la Ley de 10 de mayo de 2006 por el que se aprueba el Libro V del Código Civil de Cataluña que establecen una serie de reglas para entender extinguidos los censos y que se puedan cancelar a simple petición de los propietarios de la finca gravada, de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria, y sin que sea preciso tramitar el expediente de liberación de cargas.

Por consiguiente la única forma posible de cancelarlos es acudir al expediente de liberación de cargas y gravámenes que prevé el artículo 209 LH y cuya finalidad es cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena y que hayan prescrito de acuerdo con la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro. En dicho procedimiento deberá acreditarse que durante el período de tiempo exigido por la legislación civil (artículos 1.931 y ss del Código Civil) ni se ha efectuado pago alguno del importe del censo que aparece inscrito ni tampoco y por sus titulares se ha llevado a cabo reclamación alguna. Hay que tener en cuenta que el censo prescribe por el no ejercicio de las facultades del censalista, siendo prescriptibles tanto el capital como las pensiones de los censos (artículo 1.620 CC); que el derecho de censo prescribe a los treinta años, por ser acción real sobre inmuebles (art. 1.963 del CC); y que el tiempo se cuenta desde el último pago de la pensión o renta (art. 1.970 del CC).

CONCURSO.

1.-P: Se presenta una escritura en que un concursado, dedicado a la promoción y venta de viviendas, con intervención de los administradores del concurso, pero sin autorización judicial, enajena una finca. ¿Es anotable?

R: Según los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez; pero se exceptúan de ese requisito los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor que necesitarán la autorización de los administradores del concurso, si bien hasta la aceptación de éstos, incluso el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.

Por tanto, en este caso será necesario, simplemente, que los administradores concursales manifiesten en la escritura de venta y con referencia al objeto social específico del concursado, que se trata de un actos propios de su giro o tráfico empresarial del mismo.

DERECHO DE SUPERFICIE.

1.-P: Plan 18.000: ¿Es posible la cancelación de la condición resolutoria del ayuntamiento relativa a la obligación de construir vivienda de protección oficial, en un solar sobre el que se ha constituido un derecho de superficie, en certificación administrativa?

R: Aunque algunos compañeros se mostraron reacios, la mayoría considera que sí por aplicación del artículo 82 de la Ley Hipotecaria que permite la cancelación de inscripciones que se hubieren hecho por escritura pública, mediante escritura o “documento auténtico” en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere practicado la inscripción; y el documento administrativo es un documento auténtico -artículos 1216 del CC y 3 LH-, y en él la Administración titular registral presta su consentimiento a la cancelación.

Ahora bien, se considera que el acto que se documente en la certificación administrativa tiene que tener la misma jerarquía -acuerdo de Pleno, resolución del Consejo de Gobierno, Decreto de Alcaldía- que el que motivo en su día la inscripción.

DESCRIPCIÓN DE LAS FINCAS.

1.-P: Se presenta una escritura en que se transmite la mitad indivisa de dos fincas, que constituyen el resto de sendas fincas registrales después de numerosas segregaciones realizadas para la construcción de edificios.

En dichos restos de fincas se indica que las fincas están respectivamente “destinada en su mayor parte a viales, zonas ajardinadas y otras cosas de uso común”, y otra “destinada en su mayor parte a viales, zonas ajardinadas de la Urbanización”, sin que se describan sus linderos nada más que por lindar con todos sus aires con parcelas segregadas. ¿Es inscribible?

R: De la inscripción registral se infiere la existencia de calles y jardines en las fincas registrales transmitidas que pueden ser de titularidad municipal o de carácter “*ob rem*” de los edificios que los rodean y a cuya urbanización pertenecen y que, además, están pendientes de cesión por los titulares registrales, de acuerdo con la normativa urbanística.

En consecuencia, debería precisarse:

a) Si lo transmitido se refiere a esa “parte” de la finca matriz que no se destina a viales y zonas verdes por estar pendiente de segregación y ser realmente privativa, deberá describirse expresamente la parcela concreta que sigue siendo de titularidad privativa y proceder a su segregación con los requisitos que ello comporta.

b) Si lo transmitido se refiere a toda la finca matriz, deberá acreditarse con certificación municipal del planeamiento, que esos viales y zonas ajardinadas son de propiedad privativa de los transmitentes y no de propiedad municipal o común de los edificios de la zona -interbloques- como complejo urbanístico.

Estas precisiones derivan de lo dispuesto en los artículos 9 nº 1 de la LH y 51 nº 1 a 4 del RH, que exigen la perfecta determinación de la finca transmitida en cuanto que constituye el objeto del contrato que se inscribe.

Además, de los artículos 20 y 38 de la LH, se infiere que sólo se puede transmitir, a efectos registrales, lo que se tiene inscrito y con la extensión y límites con que conste en el Registro, lo que implica en este caso, dado la situación registral de las fincas transmitidas, que no se encuentra determinada la parte de la finca que es de titularidad privativa y puede, en consecuencia transmitirse; aunque se sostenga que la mención señalada del destino de la finca no desvirtúa la legitimación registral.

Por último se señala la reiterada doctrina de la DGRN que, aunque referida a otros supuestos fácticos, viene señalando la necesidad de una adecuada descripción de las fincas objeto de los negocios jurídicos que las objetivice a los efectos de inscripción (por todas las resoluciones de 16 de enero de 2010 y 13 de junio de 2001).

En definitiva en estos casos de venta de un resto de finca cuya descripción es incompleta, pues carece de linderos y únicamente se ha hecho constar la superficie resultante después de múltiples segregaciones, el problema no sería de titularidad de la finca o de la constancia de la indicada mención de su destino a viales, sino de indeterminación del bien objeto del embargo y de la imposibilidad de ser objeto de tráfico jurídico con tal imprecisa descripción. En esta línea, José Manuel García García (nota al pie del artículo 51 RH Código de Legislación Hipotecaria) dice que la regla general sobre descripción de resto impera en la Resolución DGRN de 14 de junio de 1963 y que *“En todo caso, cuando se realiza un negocio jurídico u operación concreta sobre el resto, la descripción del mismo es imprescindible, pues constituye una finca que ha de describirse conforme a los artículos 9.1º LH y 51 reglas 1ª a 4ª RH”*.

Según la resolución de 14 de junio de 1963 citada, una de las finalidades de las disposiciones hipotecarias ha sido procurar que los inmuebles se describan en los libros registrales de manera que sea posible su identificación, puesto que son la base sobre que descansan los derechos inscribibles y por ello, tanto el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, apartado primero, como el artículo 51, apartados 2 y 3 de su Reglamento, preceptúan que las inscripciones expresen la situación, linderos, medidas superficial y cualquier otra circunstancia que contribuya a identificar las fincas. Por ello, en los supuestos de segregación, los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exigen describir la porción restante, "cuando esto fuese posible", y como el Notario autorizante del instrumento debe identificar la finca, solicitará de las partes los antecedentes y datos que contribuyan a su determinación, con el fin de que queden claramente determinadas, tanto la parte segregada como el resto, de manera que éste se pueda identificar posteriormente en el Registro y se facilite la calificación de títulos, quedando limitada la aplicación de la simple modificación de extensión y linderos a los casos excepcionales en que sea imposible cumplir los requisitos de general observancia. En las modificaciones de las fincas que alteren su fisonomía, el Notario procurará en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 170 y 171 del Reglamento Notarial entonces vigente, que se consignen con claridad y precisión los datos que permitan identificar, tanto la finca matriz como la porción

segregada, y cuando autorice títulos después de cualquier modificación sufrida en la extensión o linderos de los inmuebles, ya acepte los datos facilitados por las partes ya los recoja de otros documentos, deberá actualizar las descripciones con el fin de mantener el más exacto paralelismo entre la realidad jurídica y los pronunciamientos registrales.

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO.

1.-P: Escritura de elevación a público de un contrato privado de venta de tres inmuebles de un valor muy considerable, sin fecha fehaciente, otorgada por el comprador y por el esposo de la que fue vendedora, compareciendo este último en su propio nombre y como representante legal en ejercicio de la patria potestad de sus tres hijos menores de edad, acompañando testamento de la vendedora a los efectos de acreditar la condición de herederos de él y los tres menores legalmente representados. ¿Cuál es la mejor solución?.

R: Se señala que caben dos posturas:

- Entender que se puede inscribir dicha escritura porque no hay venta en el momento actual, sino sólo elevación a público de una venta ya perfeccionada que adquiere fecha fehaciente al fallecimiento de la vendedora (aunque no hay legitimación de firmas), estando los herederos menores debidamente representados por su padre, con el que no tienen conflicto de intereses.

- Entender (siguiendo la doctrina de la DGRN en resoluciones de 9 de enero de 2004 y de 15 de julio de 2003 de las que resulta que, a efectos registrales, sólo puede considerarse como fecha en que se produce la transmisión la del documento público) que hay en este acto de elevación a público una "transmisión" en cuanto minoración de los derechos hereditarios de los menores sobre esos tres bienes, siendo necesario exigir la autorización judicial para dicha elevación a público de conformidad con el artículo 166-1 del CC, o bien la previa acreditación judicial de la validez y exactitud del negocio contenido en el documento privado, tal y como se indica en las resoluciones reseñadas.

La respuesta al caso dependerá, como se ha dicho, de la fecha en que pueda considerarse acreditada la transmisión de las fincas. En efecto, en las resoluciones citadas en el planteamiento se entiende que, a los efectos de la inscripción en el Registro, la fecha de un contrato de elevación a público de un documento privado que carece de fecha fehaciente, debe ser precisamente la del documento público. En cambio, si el documento privado que se eleva a público tuviera fecha fehaciente respecto de terceros, ésta sería la considerada a efectos de su inscripción en el Registro. Esta doctrina no se discute, pero el problema se plantea cuando la fehaciencia de la fecha del documento privado se alcanza por el fallecimiento de uno de los que lo firmaron (artículo 1227 Código Civil), pues la acreditación de que la firma que figura en el documento es la del fallecido requiere una prueba que parece vedada al Registrador por lo limitado de los medios de prueba del procedimiento registral.

La seguridad y exactitud de los pronunciamientos registrales exige que, en este caso, quede debidamente acreditada la fehaciencia de la fecha del documento privado, es decir, la fecha de la transmisión, para entender que el bien ha salido del patrimonio de la difunta madre y no se encuentra ya en el caudal relicto, excluyendo así la exigencia de la autorización judicial que procedería si se tratara de vender bienes de un menor. Por lo tanto, la mayor parte de los presentes entendieron que lo procedente sería acudir al procedimiento judicial correspondiente para acreditar la validez y exactitud del contenido del documento privado. Otros, en menor número que los anteriores, entendieron también admisible que por parte de un notario se legitimaran ahora las firmas de los firmantes, para dar fehaciencia a su fecha por aplicación el artículo 1.227 CC, puesto que uno de los

firmantes ha fallecido. Lo que ocurre es que se ve difícil que ningún notario pueda realizar tal legitimación si se atiende a lo que dispone el artículo 258 del Reglamento Notarial según el cual, sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia.

Algunos compañeros aludieron a la posibilidad de acreditar la fecha, como ocurre para el caso de liquidación, mediante la presentación de las altas antiguas en luz, agua, teléfono, gas, etc.

EMBARGOS.

1.-P: Se presenta mandamiento de embargo y mandamiento de cancelación de embargo de la TGSS, sin que conste su presentación ante la Administración Tributaria y acompañados ambos con la siguiente diligencia: *“Se hace constar que de acuerdo con el art. 6.3 del RD 1415/2004 el presente mandamiento se libra de oficio y tiene a todos los efectos, la misma virtualidad que los emanados de la autoridad judicial, según el art. 104.1 del citado RD; por lo cual el acto jurídico documentado no constituye hecho imponible para el impuesto de transmisiones patrimoniales y por ello está exento de justificación previa, mediante presentación en la Oficina Liquidadora que corresponda del modelo 600 o 601 según proceda, del pago o exención de dicho impuesto, a tenor de lo establecido por los artículos 40.2 y 54.1 del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, y con el criterio ya establecido por la DGRN en su resolución de 21 de diciembre de 1987.”*

¿Debe exigirse la presentación previa en Hacienda?

R: Desde hace unos días, y cambiando la práctica que venía siendo habitual, se están presentando en los Registros algunos mandamientos expedidos por la TGSS para la práctica de anotaciones preventivas de embargo en procedimientos administrativos sin que conste su previa presentación ante la Administración Tributaria competente. A la vista de la generalización de esta práctica, que no es uniforme ya que la misma TGSS y respecto de otros mandamientos sí que cumple con todos los requisitos fiscales (como hasta ahora venía haciendo y como hacen habitualmente la AEAT, y las Administraciones Públicas), el Seminario de Madrid ha acordado:

1º) Proceder a suspender la calificación y consiguientemente el despacho de los mandamientos así presentados en tanto no resulte acreditado, al menos, la presentación del mandamiento ante la Administración Tributaria competente. A estos efectos se ha redactado una nota muy completa y argumentada por el compañero Juan José Bernal-Quirós Casciaro que más abajo se reproduce.

2º) Dar traslado del acuerdo adoptado al Director del Centro de Estudios de la Junta de Gobierno para su conocimiento y por si estimara conveniente unificar la práctica de todos los Registros a nivel nacional.

NOTA DE CALIFICACIÓN EN MANDAMIENTO DE EMBARGO DE LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD QUE SE PRESENTEN SIN LIQUIDAR DEL IMPUESTO DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. POR JUAN JOSÉ BERNAL-QUIRÓS CASCIARO.

A.- Si no llevan el anexo al mandamiento antes reproducido.

“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:

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.

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 estén 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 vengan 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.JD. 828/1995, de 29 de Mayo, -BOE 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 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 incluso 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 Reglamentos anteriormente resumidos”.

B.- Cuando el mandamiento lleva el “anexo” arriba reproducido. Antes de pie indicando los recursos se debe añadir 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:

1.- 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 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, 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 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 con estricta igualdad con los mandamientos judiciales (artículo 3 Ley Hipotecaria, 25, 164, etc. Reglamento Hipotecario), sin necesidad de apoyar el valor de aquéllos en el de estos últimos. Y menos todavía cabe extraer de los artículos 167.2 y 170.2 LQT y 84.1 y 104.1 RRSS ninguna igualación 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.

2.- Tampoco cabe afirmar que los mandamientos de embargo que expidan 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 podrá afirmar que lo hace bien 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 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.

3.- 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, cuyos créditos de naturaleza pública también 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 esencia, las normas de aquél, siendo además el RGR supletorio del RRSS -disposición final 1ª del RRSS- 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, parece entender implícitamente 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 durante tantos años 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.

4.- 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 inmuebles trabados en 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.

5.- 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.

Durante el examen de la indicada nota surgieron, además, los siguientes argumentos:

La sujeción de las anotaciones preventivas al gravamen de Actos Jurídicos Documentados exige el cumplimiento de cada uno de los siguientes requisitos (ex artículo 40.2 TR ITPAJD):

- 1.- Anotaciones que se practiquen en los Registros Públicos.
- 2.- Anotaciones que tengan por objeto un derecho o interés valuable.
- 3.- Anotaciones que no vengán ordenadas de oficio de por la autoridad judicial.

Éste último requisito, fundamental en la argumentación hecha, ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de diciembre de 1998, al señalar lo

siguiente: *“Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Declaramos la siguiente doctrina legal:*

1.- Constituyen hecho imponible del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, no afectado por el artículo 2 de la Ley 25/1986, la anotaciones preventivas producidas por mandamientos judiciales, que se practiquen en los Registros Públicos, cuando tengan por objeto un derecho o interés valuable y no vengan ordenadas de oficio por la autoridad judicial. 2.- Se han de entender ordenadas de oficio las que los sean por decisión del Órgano Jurisdiccional y no hayan sido objeto de instancia de parte, directa o indirectamente. 3.- Las anotaciones preventivas, legalmente obligatorias, practicadas con ocasión de juicios ejecutivos, no pueden considerarse ordenadas de oficio.”

No se han encontrado otros pronunciamientos oficiales de la Dirección General de Tributos ni del Tribunal Administrativo Central sobre el tema que nos ocupa. Sin embargo, es de interés también traer a colación la doctrina DGRN sobre el tema.

La doctrina DGRN, salvo algunos excepcionales supuestos de los últimos años a los que ahora se hará referencia, siempre se ha mostrado muy prudente en esta materia y respetuosa con la función del Registrador, consciente, por un lado, que no tenía competencia para pronunciarse respecto a cuestiones fiscales; y, por otro, que el que asume la responsabilidad, en caso de acceso del documento al Registro, es el Registrador. Así ha declarado que la no sujeción al impuesto (nótese que no dice exención) puede ser apreciada por el Registrador, BAJO SU RESPONSABILIDAD, a los efectos de inscribir el documento, PERO NO ESTÁ OBLIGADO a hacer tal calificación.

Así la resolución de 5 de mayo de 1994 dispone que: *“Por lo tanto, aunque es posible que el Registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiera la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes los que podrán manifestarse al respecto, sin que corresponda a esta Dirección el pronunciarse, a no existir razones suficientes para ello (por ejemplo, cfr. artículo 118 Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida”.*

Esta doctrina, fundamentada con carácter general en evitar una multiplicación injustificada de trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral y, con carácter especial, por entenderse que se estaba realizando una especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (el artículo 118 de la Constitución citado se refiere a la obligación de colaboración con Jueces y Tribunales), se ha extendido patológicamente a supuestos de exención del impuesto.

Así, en las escrituras que documentan cancelación de hipotecas, esta razonable doctrina expuesta se amplió, en una discutible interpretación de la ley, para que el Registrador no sólo pudiera sino que, en virtud de la pretendida vinculatoriedad de las resoluciones, estuviera obligado a apreciar de oficio la exención del Impuesto. La RDGR 16/02/2008 señaló que el Registrador debe, de oficio, apreciar la exención del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, pues lo contrario supondría entorpecer injustificadamente la necesaria agilidad de la contratación inmobiliaria y mercantil. Esta resolución, cuya doctrina reiteraron las resoluciones de 07/04/2008, 17/04/2008 y 03/03/2009, ha sido anulada por Sentencia de 28/07/2008 del Juzgado de 1ª Instancia de Lérida, confirmada por Sentencia 30/10/2009 de la Audiencia Provincial de Lérida. Estas sentencias, además de aclarar que los Registradores se encuentran más vinculados a la ley que a las resoluciones DGRN, dicen que el Registrador no puede ir más allá de apreciar la sujeción o no del acto a inscribir, de suerte que, si estima que está sujeto, deberá requerir que se le acredite la liquidación, correspondiendo entonces únicamente a la Administración

Tributaria apreciar su propia competencia, practicar la liquidación o declarar la sujeción o no sujeción, y acreditarlo en la forma que estime oportuna y prevea la propia legislación fiscal.

Y en el mismo sentido se ha pronunciado la Dirección General de Tributos en la consulta V1487/08 de 14 de julio de 2008, a instancia del Colegio de Registradores y a propósito de la necesidad de presentación o no ante la Administración Tributaria competente de las escrituras de novación por ampliación de plazo de los préstamos hipotecarios que recaen sobre la vivienda habitual. Estas escrituras (que por acuerdo del Consejo de Ministros no devengarían honorarios registrales ni notariales de ningún tipo durante el plazo de dos años) están además exentas del impuesto en su modalidad Acto Jurídico Documentado. Pues bien, la Dirección General de Tributos en la consulta citada, emitida conforme al artículo 89.1 de la Ley General Tributaria, establece la necesaria y previa presentación en la Oficina Liquidadora o de Gestión competente de los documentos sujetos a inscripción, y que las escrituras citadas no están incluidas en el supuesto de excepción de la obligación de presentación en las Oficinas Liquidadora a la que se refiere el artículo 54.2.c) del texto refundido de la ley del I.T.P.A.J.D. que exonera de tal obligación a las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable, siendo así que las que nos ocupan sí tienen tal objeto.

2.-P: Se solicita la anotación preventiva de embargo sobre una finca, que es el resto después de unas segregaciones y que en el Registro se describe como "destinada a viales", pero sin que esté inscrita a favor del Ayuntamiento, sino que todavía está inscrita a nombre de los segregantes, unos particulares. Mi opinión es que no se puede embargar porque se trata de una finca que, por estar destinada a viales, es un bien de dominio público, pero me ha surgido la duda porque en el Registro se practicó una anotación de embargo anterior, que, aunque caducada, está sin cancelar.

R: La expresión que aparece en la inscripción indicando que la finca está "destinada a viales" no desvirtúa el principio de legitimación registral proclamado en el artículo 38 de la LH por lo que la presunción opera a favor de que la titularidad de la finca es la que proclama el Registro. No se podrá, en consecuencia, denegar el embargo si la finca, aún con aquella expresión en su descripción, aparece inscrita a nombre de los demandados.

El problema sería de falta de diligencia de la Administración, como en la práctica sucede en algunos casos, de regularizar la situación registral de sus inmuebles (por ejemplo, la falta de presentación a inscribir de las actas de ocupación y pago) incumpliendo la obligación de la inscripción establecida por el artículo 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. La expresión "destinada a viales" carece de protección registral y lo que procederá, según entendió la mayoría, es practicar el embargo y, en todo caso, advertir de ello en la nota de despacho. Además, se añadió que bien pudiera tratarse de viales privados.

Por otros se aclaró, sin embargo, que si se trata de un resto de finca cuya descripción es incompleta, pues carece de linderos y únicamente se ha hecho constar la superficie resultante después de múltiples segregaciones, no se podría practicar la anotación de embargo. El problema no sería de titularidad de la finca o de la constancia de la indicada mención de su destino a viales, sino de indeterminación del bien objeto del embargo y de la imposibilidad de ser objeto de tráfico jurídico, y por lo tanto de eventual subasta, con tal imprecisa descripción. En esta línea, José Manuel García García (nota al pie del artículo 51 RH Código de Legislación Hipotecaria) dice que la regla general sobre descripción de resto impera en la Resolución DGRN de 14 de junio de 1963 y que "*En todo caso, cuando se realiza un negocio jurídico u operación concreta sobre el resto, la descripción del mismo es imprescindible, pues constituye una finca que ha de describirse conforme a los artículos 9.1º LH y 51 reglas 1ª a 4ª RH*".

Según la resolución 14/06/1963 citada, una de las finalidades de las disposiciones hipotecarias ha sido procurar que los inmuebles se describan en los libros registrales de manera que sea posible su identificación, puesto que son la base sobre que descansan los derechos inscribibles y por ello, tanto el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, apartado primero, como el artículo 51, apartados 2 y 3 de su Reglamento, preceptúan que las inscripciones expresen la situación, linderos, medidas superficial y cualquier otra circunstancia que contribuya a identificar las fincas. Por ello, en los supuestos de segregación, los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exigen describir la porción restante, "cuando esto fuese posible", y como el Notario autorizante del instrumento debe identificar la finca, solicitará de las partes los antecedentes y datos que contribuyan a su determinación, con el fin de que queden claramente determinadas, tanto la parte segregada como el resto, de manera que éste se pueda identificar posteriormente en el Registro y se facilite la calificación de títulos, quedando limitada la aplicación de la simple modificación de extensión y linderos a los casos excepcionales en que sea imposible cumplir los requisitos de general observancia. En las modificaciones de las fincas que alteren su fisonomía, el Notario procurará en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 170 y 171 del Reglamento Notarial entonces vigente, que se consignen con claridad y precisión los datos que permitan identificar, tanto la finca matriz como la porción segregada, y cuando autorice títulos después de cualquier modificación sufrida en la extensión o linderos de los inmuebles, ya acepte los datos facilitados por las partes ya los recoja de otros documentos, deberá actualizar las descripciones con el fin de mantener el más exacto paralelismo entre la realidad jurídica y los pronunciamientos registrales.

3.-P: Se presenta un mandamiento de embargo, en juicio de reclamación de pensiones de divorcio, contra A, siendo demandante su cónyuge B, siguiendo inscrita la finca a favor de los mismos con carácter ganancial., por no haberse aportado la liquidación de la sociedad conyugal que, por otra parte no se ha realizado.

R: Según el artículo 144-4 del Reglamento Hipotecario, disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges; lo que puede considerarse sustituido por la actuación como demandante de uno de ellos, pues no puede hacerse depender la toma de la medida cautelar de un acuerdo o decisión judicial sobre la liquidación de la sociedad conyugal. La finalidad del artículo citado es la de que ambos cónyuges sean parte en el procedimiento ejecutivo y puedan depender sus intereses, lo que se produce en este caso.

Según la resolución de 16 de enero de 2009, no es anotable el embargo de la mitad indivisa que al demandado pertenece sobre un bien inscrito con carácter ganancial, siendo la demandante su esposa, y hallándose ambos separados legalmente; pues disuelto pero no liquidado el régimen de gananciales, no corresponde a cada uno de los cónyuges una cuota sobre cada uno de los bienes que integran aquél, de la que pueda disponer separadamente, sino que su respectiva participación se predica sobre todo el patrimonio ganancial considerado en su conjunto, como patrimonio separado sujeto a un especial régimen de gestión y disposición; de manera que sólo cuando concluyan las operaciones liquidatorias esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se les adjudiquen. *A sensu contrario*, sí sería anotable si la el embargo se dirige contra el bien ganancial.

4.-P: Sobre una finca sobre la que se ha practicado una anotación preventiva de prohibición de disponer como consecuencia de un procedimiento penal se presenta un mandamiento de anotación preventiva de embargo.

Entiendo que procede practicar la anotación; ¿debería advertirse en la nota de despacho que no podrá inscribirse el auto de adjudicación en tanto subsista la anotación de

prohibición de disponer o por el contrario cabe la ejecución del embargo por no ser un acto de disposición voluntario del titular registral?

R: La escasa regulación de las anotaciones de prohibición en nuestro Derecho Positivo, ha dado lugar a muchas dudas doctrinales sobre los efectos de “cierre registral” que producen. En relación con las anotaciones preventivas de embargo sobre fincas sujetas a prohibición de disponer se ha pasado desde posiciones primitivas muy restrictivas a posturas más recientes abiertamente permisivas. Según Rafael Riva Torralba (“Anotaciones de embargo. Tomo I”) hoy en día se pone claramente de manifiesto el criterio doctrinal favorable a la posibilidad de anotar embargos sobre bienes sujetos a prohibición de disponer, defendido como regla general o principio de carácter general. Lo que no impide, por otra parte, que deban ser respetadas ciertas excepciones, especialidades o matices, si tenemos en cuenta la naturaleza u origen de la prohibición: legal, voluntario, judicial -civil o penal- o administrativo.

En caso de PROHIBICIONES VOLUNTARIAS el efecto de la anotación preventiva de disponer debe restringirse a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, lo cual, unido al principio de responsabilidad patrimonial universal (ex. Artículo 1911 CC), hace que no impida en absoluto ni la práctica de una anotación de embargo posterior, ni la eventual adjudicación que en dicho procedimiento se lleve a efecto.

En materia de PROHIBICIONES LEGALES deberá atenderse, según el mismo autor RIVAS TORRALBA, al interés protegido y a la finalidad perseguida en cada caso por la prohibición, anotando o no el embargo, según la mayor o menor compatibilidad de esta medida con aquel interés o finalidad. Lo que ocurre es que, tras examinar algunas prohibiciones legales, llega a la conclusión de que no es fácil encontrar en ningún supuesto sólidas razones para denegar la anotación de embargo.

Finalmente si se trata de PROHIBICIONES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS, la regla general es también favorable a la anotación de embargo, aunque se discuta la posibilidad de inscribir las enajenaciones forzosas, vigente la prohibición. Se exceptúa el caso de las anotaciones de prohibición de disponer decretadas en procedimiento penal o al amparo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en virtud de resolución de la Dirección General de Seguros, que imponen un auténtico cierre registral que impide anotar mandamientos judiciales o providencias administrativas de embargo.

También se impone este cierre registral, incluso para las anotaciones preventivas de embargo, dentro de este último ámbito, cuando se haya decretado la disolución administrativa de la entidad y desde la fecha de publicación en el BOE de la orden ministerial de disolución. En este caso los encargados de los Registros harán constar por nota marginal el hecho de la disolución y el cierre del folio registral para los actos indicados (artículo 29.2 del TR de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados). Fuera de estos supuestos la regla general es que la prohibición de disponer solamente debe afectar a los actos dispositivos voluntarios (no a los forzosos) y que en ningún caso alcanza, puesto que no constituye un acto de enajenación, a las anotaciones de embargo. Y si en el proceso de que trae causa la anotación de embargo se produce la realización del bien, no estaríamos ante un acto de disposición procedente de la voluntad del ejecutado, sino ante un acto de autoridad del ejecutor.

No obstante todo ello, la mayoría de los asistentes estuvo de acuerdo en que no estaba de más el advertir en la nota de despacho la existencia de esa anotación de prohibición de disponer, por fundamento análogo a la exigencia del artículo 434.3º del Reglamento Hipotecario.

5.-P: Examen de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de diciembre de 2009 que anula Resolución DGRN 1 de septiembre de 2008. Anotación de embargo a favor de Ayuntamientos aún tratándose de bienes de municipios diferentes.

RESUMEN DE LA SENTENCIA según Juan Carlos Casas Rojo:
 "CABE ANOTAR EMBARGOS A FAVOR DE AYUNTAMIENTOS, AUN TRATANDOSE DE BIENES DE MUNICIPIOS DIFERENTES. La Sentencia de 28 de Diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante, revoca esta Resolución, que, al igual que otras muchas (R. 9 de Marzo de 2006, R. 29 de Noviembre de 2006, R. 29 de Noviembre de 2006, R. 29 de Noviembre de 2006, R. 22 de diciembre de 2006, R. 24 de Enero de 2007, R. 6 de Marzo de 2007, R. 9 de Marzo de 2007, R. 8 de Marzo de 2007, R. 27 de Agosto de 2008, R. 1 de Septiembre de 2008, R. 23 de Diciembre de 2008, R. 3 de Abril de 2009, R. 3 de Abril de 2009, R. 3 de Abril de 2009) había considerado que el recaudador municipal no podía embargar inmuebles de otros municipios. Recordemos que tanto la calificación negativa del Registrador como la Resolución ahora revocada se basaron en el contenido del artículo 8.3. del Real Decreto Legislativo 2/2004 por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales: "Las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la respectiva entidad local en relación con los ingresos de derecho público propios de ésta, serán practicadas por los órganos competentes de la correspondiente comunidad autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del presidente de la corporación." por lo que el Ayuntamiento carece de competencia para realizar actuaciones de recaudación ejecutiva y en consecuencia para trabar embargo directamente sobre bienes situados fuera de su término municipal, siendo este extremo -competencia del órgano administrativo que expide el documento- de aquellos a los que se extiende la calificación registral de los documentos administrativos (art. 99 RH).

Toda la argumentación de la sentencia (que estima el recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Alicante, de 17 de Junio de 2009, que había confirmado la resolución) se centra exclusivamente en el carácter no constitutivo de la anotación de embargo. En tal sentido señala que "una cosa es la traba de los bienes y otra las medidas concretas para asegurar el mismo". Y que "es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 14-10-1965.....16-12-2003) que el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta judicialmente y con independencia de su anotación en el Registro, cuya anotación no puede condicionar su existencia, ni tener respecto de ella un valor constitutivo. Añade que este es el criterio legal en que se basa la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, conforme a la cual "el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba". (art. 587 LEC). Concluye señalando que la anotación preventiva del embargo interesada y denegada tanto por el Registrador de la Propiedad como por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no tiene naturaleza de actuación ejecutiva, sino que ésta debe predicarse solamente del embargo acordado, siendo aquella una mera medida de garantía".

R: Se señala que es cierto, como afirma la Sentencia comentada, que la anotación de embargo no tiene carácter constitutivo y que una cosa es la traba de los bienes y otra su publicidad, cuestión que es aceptada por todos y no se discute, pero lo que plantea dudas al comentar esta sentencia es si la propia traba de los bienes que radican fuera del ámbito municipal puede considerarse como actuación en materia de recaudación ejecutiva que ha de efectuarse fuera del territorio de la respectiva entidad local.

La normativa aplicable a los tributos municipales está constituida por las siguientes disposiciones:

El Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RDLeg 2/2004.

La legislación general del Estado y sus disposiciones reglamentarias en las siguientes materias: -intereses de demora y recargo de apremio-; así como -infracciones y sanciones tributarias- y -gestión, liquidación, recaudación e inspección-.

Las ordenanzas fiscales locales.

Por otra parte, los Ayuntamientos pueden gestionar sus impuestos de las siguientes formas: bien directamente por sí mismos; bien, delegando todas o parte de sus facultades a favor de las Comunidades Autónomas o de Entidades locales supramunicipales. Las actuaciones de inspección o recaudación en vía de apremio que deban efectuarse fuera del territorio de la Entidad local, deben practicarse, previa solicitud del presidente de la Corporación, por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma, cuando deban realizarse dentro de su ámbito territorial, o por los órganos competentes del Estado, en otro caso.

Habrá que acudir, por consiguiente, a las normas Ley General Tributaria y al Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 939/2005, de 29 de julio, siendo éste último de aplicación a todas las Administraciones Tributarias -Estado, CCAA y Entes locales- (respecto de estos últimos vid. artículo 12 LHL y artículo 8 RGR).

La recaudación en periodo ejecutivo se inicia cuando ha transcurrido el período voluntario de pago sin satisfacerse las deudas. Una vez iniciado el periodo ejecutivo, la recaudación se efectuará por el procedimiento de apremio, que se iniciará, a su vez, mediante la notificación de la providencia de apremio (artículo 69 RGR). Y según el artículo 70 RGR, la providencia de apremio es el acto de la Administración que ordena la ejecución contra el patrimonio del obligado al pago, siendo los órganos competentes para dictar la providencia de apremio los que establezca la norma de organización específica. Finalmente el artículo 75 RGR, señala que, una vez iniciado el período ejecutivo y notificada la providencia de apremio, sin haberse realizado el ingreso requerido, se procederá, en cumplimiento del mandato contenido en la providencia de apremio, al embargo de los bienes y derechos que procedan, siempre que no se hubiese pagado la deuda por la ejecución de garantías o fuese previsible de forma motivada que de dicha ejecución no resultará líquido suficiente para cubrir la deuda. Cada actuación de embargo se documentará en diligencia de embargo.

De todo ello puede concluirse que siendo la providencia de apremio el acto que inicia el procedimiento de apremio (una vez iniciado el período ejecutivo), y siendo competente para dictarla el órgano competente que establezca la norma de organización específica, parece que tal providencia de apremio debe ser ya dictada y notificada por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando debe realizarse en el ámbito territorial de ésta, o por los órganos competentes del Estado en otro caso. Y siempre a solicitud del Presidente de la Corporación, a cuyos órganos competentes, Recaudación Municipal, corresponderá expedir la correspondiente certificación de descubierto.

No obstante, dada la importancia del tema y en orden a preparar un posible circular que unifique el tema se propuso comentar la duda con el asesor fiscal del Colegio para que, como especialista, confirme las ideas expuestas.

6.-P: Examen de la Resolución DGRN 11 de marzo de 2010. Duración anotaciones preventivas de medidas cautelares practicadas conforme al artículo 81 de la Ley General Tributaria. Posible prórroga de la medida cautelar y su constancia en el Registro. La

prórroga de la medida cautelar ¿implica la prórroga de la anotación? Plazo de vigencia de la anotación y forma de hacer constar en el Registro su eventual conversión.

R: Esta resolución, como se venía intuyendo en otras anteriores, ha venido a confirmar el criterio ya seguido por este Seminario, a saber, que las anotaciones preventivas que publican el embargo preventivo como medida cautelar prevista en el artículo 81 LGT, tienen la duración general de cuatro años prevista en el artículo 86 LH.

Se basa en los siguientes argumentos:

Es necesario diferenciar entre el plazo de duración de la medida cautelar dentro del procedimiento tributario, que es de seis meses, salvo ampliación hasta un máximo de doce meses, y el de duración del asiento que lo publica, que es el general de cuatro años.

Es cierto que no todas las anotaciones preventivas tienen una duración de cuatro años, y que tal plazo es el máximo posible, pero también los es que el artículo 86 LH señala que la regla general es que tendrán esa duración, salvo aquellas (excepción a la regla general) que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. Y ningún precepto de la LGT señala para estas anotaciones preventivas un plazo inferior de duración.

Al contrario, de la lectura del apartado 2 del artículo 81 LGT se deduce que las medidas cautelares podrán consistir, además de las que allí se citan -como la retención del pago de devoluciones tributarias, la prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos, y otras- en el embargo preventivo de bienes y derechos, del que se practicará, en su caso anotación preventiva. Y, según su apartado 5, los efectos de las medidas cautelares (de todas las previstas y no sólo del embargo preventivo) cesarán en el plazo de seis meses desde su adopción.

Una cosa es la medida cautelar adoptada y otra distinta la posibilidad de dotarla de publicidad para que sea oponible a terceros, lo que acontecerá, en su caso, esto es, en el caso de bienes registrables, mediante un asiento de anotación preventiva. La LGT sólo habla de duración de las medidas cautelares y en ningún caso de la duración de la anotación preventiva que eventualmente pueda practicarse para asegurar la medida cautelar.

Que el repetido plazo de seis meses lo es de duración de la medida cautelar y no de la anotación, resulta también evidente de la propia redacción de la Ley que fija el “dies a quo” para su cómputo en la fecha de la adopción de la medida cautelar. Si tal plazo lo fuera de la duración de la anotación preventiva el “dies a quo” sería el de la práctica del asiento.

Este plazo de seis meses del que habla el artículo 81 LGT es ajeno a la legislación hipotecaria, y tiene relación inmediata con el plazo general máximo para resolver los procedimientos tributarios que será de seis meses, salvo que se pueda superar por otro que esté establecido por una norma de rango legal o venga previsto en la normativa comunitaria europea (cfr. artículo 104 LGT). Sólo se excluye precisamente el procedimiento de apremio, cuyas actuaciones pueden extenderse hasta el plazo de prescripción del derecho de cobro.

AMPLIACIÓN DE PLAZO DE LA MEDIDA CAUTELAR. El plazo de la medida cautelar - que, como se ha dicho, es de seis meses- se puede ampliar mediante acuerdo motivado, sin que la ampliación pueda exceder de seis meses (art. 81.5 d).

También ahora se refiere el precepto a la ampliación del plazo de duración de la medida cautelar y no a la ampliación del plazo de la anotación que lo publica. Por eso, en estos casos de ampliación del plazo del embargo cautelar no procede la prórroga de la

anotación preventiva de embargo preventivo practicada en su día. Tal prórroga del asiento no está prevista porque, como se ha dicho, siendo la duración de la anotación de cuatro años tal prórroga resulta ineficaz. No se trata de una prórroga del asiento sino de una ampliación de plazo dentro del procedimiento tributario.

Otra cosa es la necesidad, si no se quiere frustrar la función del asiento, de hacer constar en el Registro esta ampliación del plazo de la medida cautelar (que se insiste se refiere al embargo preventivo, que no a la anotación que lo publica). Esta constancia se practicará, a juicio del Seminario, mediante una nota al margen de la anotación preventiva. De este forma, cuando en el futuro llegue, si es el caso, el mandamiento que solicite la conversión de la medida cautelar en embargo en procedimiento de apremio, el Registrador podrá calificar si tal conversión se ha dictado dentro del plazo de seis meses desde su adopción, más el plazo en que haya sido ampliado. Porque lo que si es evidente es que la conversión de la medida cautelar en embargo en procedimiento de apremio debe acordarse dentro del plazo máximo de seis meses, o de doce meses en caso de ampliación, denegándose tal conversión en caso de que se haya dictado fuera de plazo.

En estos casos de ampliación de plazo, en el mandamiento que se presente en el Registro, se debe hacer constar por nota al margen de la anotación practicada en su día, según el siguiente modelo que se propone: “Por acuerdo de fecha * del Delegado Especial se ha acordado ampliar por seis meses más la medida cautelar prevista en el artículo 81 LGT consistente en el embargo preventivo que publica la adjunta anotación preventiva. Lugar y fecha.”

Y si se estima necesario, por solicitarse expresamente en el mandamiento que se prorrogue la anotación, se puede especificar en la nota de despacho denegando la práctica de la prórroga de la anotación preventiva fundamentándolo en los anteriores argumentos y diciendo que, en su lugar, se ha hecho constar por nota marginal la ampliación del plazo de la medida cautelar hasta un plazo de DOCE MESES desde la fecha del acuerdo inicial.

De esta manera se hubiera evitado el resultado de la Resolución de 9 de junio de 2009. De los hechos resulta que la A.E.A.T. adoptó como medida cautelar el embargo preventivo de determinadas fincas, del que se practicó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Dicha medida cautelar fue prorrogada (confusión en que incurre la A.E.A.T. pues debería hablar de ampliación de plazo de la medida cautelar y no dar a entender que es prórroga de la anotación preventiva) por acuerdo de fecha 19 de febrero de 2008. En base a este acuerdo el Registrador prorrogó por seis meses más las anotaciones practicadas, haciéndolo constar así expresamente en la nota de despacho. Ahora se solicita la conversión en definitiva de las medidas cautelares adoptadas. Según el recurrente el acuerdo de conversión es de 11 de agosto de 2008 y, por lo tanto, dentro del plazo de seis meses. Sin embargo la fecha del mandamiento en el que se solicita la conversión es de 10 de septiembre de 2008 y se presenta en el Registro el 19 siguiente. Es evidente, argumenta la DG, que tal asiento de prórroga de la anotación de embargo preventivo se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales y vincula al Registrador que ahora califica por lo que, al haberse extendido por plazo de seis meses, se encuentra ya caducado no pudiendo ser objeto de conversión.

Pero también es cierto que la A.E.A.T. ha cumplido con todos los plazos del procedimiento tributario, no ha habido dejación por su parte, pero cuando quiere hacerlo constar en el Registro ve frustrado su objetivo por una interpretación errónea de la Ley. El adecuado equilibrio de los intereses en juego hace necesario una interpretación como la que se ha propuesto, para que el Registro pueda reflejar exactamente todas las incidencias del procedimiento.

CONVERSIÓN en EMBARGO DEFINITIVO. En cuanto a la conversión del embargo preventivo en embargo en el procedimiento de apremio se plantea la duda del asiento a practicar, bien una nota al margen de la anotación que se convierte, bien una nueva anotación preventiva de embargo. La cuestión no es sólo de pura técnica registral, sino que va referida también al plazo de duración de la anotación preventiva.

Mayoritariamente se entendió que lo procedente es hacer constar la conversión en definitivo del embargo cautelar mediante una nota al margen de la anotación. Con ello el plazo de duración será el de cuatro años desde que se tomó la primera anotación de embargo cautelar. En estos casos se recomienda hacer constar expresamente en la nota de despacho esta duración de la anotación, para que no queden dudas al solicitante de la conversión.

Por otros compañeros bastante numerosos, sin embargo, se entendió que lo procedente era extender una nueva anotación de conversión que tendrá su propia duración de cuatro años desde su fecha, y conectada con la anotación anterior ya que su prioridad es la de la primera anotación. Hay que tener en cuenta que la finalidad de la anotación de embargo preventivo es ganar prioridad o rango frente a otros posibles acreedores, y que en los otros supuestos de conversión de anotaciones previstos en la legislación hipotecaria, sea en inscripciones o en anotaciones, se hace constar por medio de un nuevo asiento.

Un posible modelo, que nos envía el compañero de Zaragoza Francisco Curiel, sería el siguiente: “LA ANOTACIÓN LETRA * DE EMBARGO PREVENTIVO, embargo cuyos efectos se ampliaron durante seis meses según consta en nota al margen de la misma, QUEDA CONVERTIDA en ANOTACIÓN DE EMBARGO DEFINITIVO a favor del ESTADO, tramitado en expediente administrativo de apremio por las siguientes deudas:..... La suma de los principales pendientes asciende a *. Esta anotación, que tendrá una duración de cuatro años a contar desde la fecha del presente asiento, se practica por haberse acreditado los requisitos necesarios para convertir la medida cautelar en definitiva, a saber: el * se notificó a * el acuerdo de declaración de su responsabilidad solidaria, no ingresando el importe de la deuda en el plazo voluntario de pago. Consecuencia de ello, el * se dictó PROVIDENCIA DE APREMIO para procederse ejecutivamente contra el patrimonio de la citada sociedad, habiéndose notificado el * sin haberse efectuado el ingreso por la deudora. Mediante acuerdo de * de Don *, Jefe de la Dependencia Regional de la Agencia Tributaria, Delegación de * al que ha prestado su conformidad con igual fecha *, Delegada Especial de la citada Agencia, se convierte en definitiva la medida cautelar adoptada, habiéndose emitido el *, la notificación de la conversión a la entidad deudora. Así resulta de un mandamiento librado por duplicado en * el *, por *, Jefe de la Unidad de Recaudación citada, que se presentó a las....”

En cualquier caso, sea cual sea la solución adoptada, es muy aconsejable dejar constancia en la nota de despacho del tipo de asiento que se ha practicado y de la duración de la anotación.

7.-P: MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN DE CARGAS. Dictado en procedimiento ejecutivo ordinario tras la adjudicación de la finca en pública subasta. En dicho procedimiento se practicó anotación preventiva de embargo en garantía de 100 euros de capital y 50 de costas y gastos. Con posterioridad a dicha anotación la finca fue adquirida por un tercero, a quien se le notificó la existencia de la anotación, y a quien se le ha notificado por el Juzgado la ejecución tramitada según resulta del Auto de Adjudicación previo.

El precio de remate fue de 170 euros según el auto de Adjudicación previo, y practicada la correspondiente liquidación de costas las mismas ascienden a 70 euros por lo que según el auto y mandamiento calificados el juez declara que no hay sobrante, y ordena sin

consignación alguna, la cancelación de la anotación y de las cargas e inscripciones posteriores, lo que incluye la inscripción de dominio a favor de este tercero.

El problema que se plantea es si a efectos registrales existe o no remate que deba ser objeto de consignación en favor del tercer adquirente de la finca, puesto que la responsabilidad de la finca por la anotación de embargo que consta en el Registro es sólo de 50 euros.

R: La cuestión debatida se encuentra regulada en los artículos 613 y 662 de la LEC con diversas interpretaciones según los autores:

- art. 613-2 LEC *Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución no podrá aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho.*

Esta regla general sólo tiene una excepción en el párrafo siguiente de este mismo artículo:

art. 613-3 LEC *Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando los bienes sean de las clases que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquellos hubieran inscrito su adquisición.*

- Por su parte el artículo 662 de la LEC en su apartado 3 establece: *En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, el tercer poseedor podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado 613-3 de esta ley.*

A la vista de estos dos artículos, compañeros como Rivas Torralba entienden que la cifra de capital costas y gastos respecto del tercer adquirente sólo es límite de responsabilidad en dos supuestos: 1- si es un adquirente en previa adjudicación judicial; 2- o si siendo otro su título de adquisición paga lo debido antes de la subasta.

Sin embargo otros compañeros como José Manuel García, entienden que frente al tercer adquirente el límite de responsabilidad debe entenderse siempre el que resulte de la anotación por interpretación conjunta de estos dos artículos y el 659-3 LEC.

Además si el propio artículo 613 en su apartado 4 prevé la posibilidad de ampliar la responsabilidad por intereses y costas y hacerlo constar en el Registro de la propiedad por nota marginal, si no existe esta nota, no debería el tercer adquirente sufrir las consecuencias y asumir la totalidad de lo debido.

La cuestión planteada fue objeto de diversos artículos doctrinales nada más aprobarse la nueva LEC, debatiéndose los autores entre una y otra postura. En la actualidad la DGRN ha tenido varias ocasiones de pronunciarse sobre el tema y puede considerarse asentado el criterio de que la cantidad reseñada en la anotación no actúa como límite en beneficio de titulares posteriores, sino que, cualquiera que sea dicha cantidad, y salvo el caso previsto en el artículo 613.3 LEC -terceros adquirentes en otra ejecución-, la finca queda afecta al pago íntegro del crédito reclamado por el actor. Resoluciones DGRN de 26/09/2003, 12/02/2005, 26/04/2005, 01/10/2005 y 26/04/2006.

Esta interpretación es mayoritaria en la doctrina, y, salvo algún supuesto concreto, ha sido confirmada por los Tribunales. Se apoya en los siguientes argumentos:

a) En ningún lugar de la LEC -salvo la hipótesis marginal del artículo 613.3- se establece que la cantidad que figura en la anotación de embargo significa el límite de responsabilidad a que queda afecto el bien embargado frente a titulares posteriores de derechos sobre el mismo.

b) Por el contrario, el artículo 613.1 LEC establece como regla básica que el embargo atribuye al acreedor el derecho a cobrarse íntegramente con el precio de realización del bien trabado y, en consecuencia, los adquirentes posteriores de algún derecho sobre dicho bien no pueden desconocer legítimamente tal alcance del embargo.

c) Siguiendo la línea del número 1 del artículo 613 LEC, el número 2 del mismo artículo establece que este derecho al cobro íntegro por el acreedor embargante no puede ser impedido por ningún otro acreedor que no haya sido declarado preferente en tercería de mejor derecho.

d) Además, el artículo 610 LEC añade, en la misma línea, que el efecto del reembargo queda supeditado a la previa satisfacción del embargante anterior, de modo que ese segundo embargo en modo alguno puede menoscabar ese derecho al íntegro cobro del acreedor embargante.

Por eso mismo, es posible la ampliación de embargo por intereses y costas aunque existieran titulares de derechos posteriores a la anotación ampliada.

EXPEDIENTES DE DOMINIO.

1.-P: Se presenta un expediente de dominio, en que su promotor declara haber adquirido la finca objeto del mismo, en documento privado, de los hermanos “Salas Hernández”, que parecen ser los herederos del titular registral “Don Antonio Salas Manso”, lo que impediría al inscripción del expediente por no ser el procedimiento adecuado para obtener la inscripción de derecho, debiendo entablarse la acción de elevación a público del documento privado de venta con simultánea partición de herencia o bien la acción declarativa correspondiente.

Pero, además, se incorpora al testimonio del expediente de dominio, copia de dicho documento privado, en que los transmiten alegan haber adquirido del promotor del edificio, la sociedad “Cega SA”, el mismo día y ante el mismo notario que el titular registral; lo que supone o bien la confirmación de que los transmitentes son herederos del titular registral o bien que se trata que de un supuesto de doble venta, en cuyo caso tampoco sería el expediente de dominio el procedimiento adecuado para lograr la inscripción, sino que debería haberse ejercitado la acción reivindicatoria del dominio contra el titular registral o sus herederos.

R: Como consecuencia de lo expuesto más arriba, sólo podrá inscribirse el expediente de dominio, sin tener que acudir a otro procedimiento de los ya señalados, si se acredita fehacientemente, que los transmitentes demandados son los únicos herederos del titular registral y, además, que alguno de ellos ha fallecido ya y, por tanto, existe una auténtica reanudación del tracto, debiendo en este supuesto, además, ratificar en escritura pública sus herederos dado que no han sido parte en el expediente.

Así, como reiteradamente ha señalado la DGRN (vid por todas las resoluciones de 4 de enero de 2002 y de 17 de agosto de 2009), cuando el promotor de un expediente de dominio ha adquirido, mediante documento privado, de los herederos del titular registral, no puede inscribirse su propiedad, mediante Auto recaído en expediente de dominio. La excepcionalidad del expediente de dominio como vía para inscribir la adquisición de una

finca (al no ser imprescindible que en él intervenga la persona de quien proceden los bienes, y poder ocurrir que el derecho del promotor conste en un simple documento privado no averado por todos sus firmantes) lleva a que sólo quepa acudir a él cuando se haya producido una efectiva interrupción del tracto; y ello no ocurre cuando los transmitentes son herederos del titular registral pues está reconocida en la legislación hipotecaria la posibilidad de inscripción directa de las ventas hechas por dichos herederos a un tercero. La admisión del Auto no sería sino una vía, bien para eludir el impuesto sucesorio pertinente, bien para burlar los derechos hereditarios de alguno de los llamados.

Si, por el contrario, estuviéramos en un supuesto de doble venta por el promotor, conforme establece el artículo 40-d) de la Ley Hipotecaria, la rectificación del Registro, por ser los vendedores los auténticos dueños de la finca y no el titular registral, exigiría el consentimiento de dicho titular registral o de sus herederos (¿se dicen desconocidos?), o resolución judicial recaída en el juicio declarativo que corresponda.

HERENCIAS.

1.-P: Se presenta una escritura de partición de una persona fallecida abintestato, acompañada de un acta de declaración de herederos, en que el notario manifiesta que le consta por notoriedad que el causante estaba separado de hecho de su cónyuge y, en consecuencia, le niega a éste la legítima. ¿Se puede inscribir la partición otorgada sólo por los hijos, pues todos los bienes son privativos?

R: Se señala, en primer lugar, que se considera suficiente la notoriedad notarial para admitir la realidad de la separación de hecho.

-En segundo lugar, se estima que es fundamental saber la fecha del fallecimiento pues la exclusión de la legítima y del llamamiento abintestato del cónyuge separado de hecho - artículos 834 y 945 del Código civil-, sólo ha tenido lugar a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005 y, por tanto, si el fallecimiento es anterior, deberá intervenir el mismo en la partición, no obstante los términos del acta notarial de declaración de herederos.

2.-P: Se presenta una escritura en que se formaliza una partición de herencia, en la que el cónyuge viudo actuando por sí y en nombre de un hijo menor, liquida los gananciales y acepta la herencia de su esposo, optando por el usufructo universal de la herencia del finado (éste le había concedido en su testamento, caso de existir descendencia, la facultad de optar, bien por el usufructo universal o por el tercio libre y su cuota legal usufructuaria o "*cautela socini*").

Simultáneamente se presenta la venta de dicha finca, contando el cónyuge supérstite con autorización judicial para la venta de la parte del menor. ¿Se pueden inscribir los expresados documentos?

R: La elección por el cónyuge supérstite de la parte que se adjudica supone una contraposición de intereses, pues con la opción ejercitada se está gravando la legítima del menor, que exige el nombramiento de defensor judicial y posterior aprobación de la partición.

Así la resolución de la DGRN de 14 de diciembre de 2006, entre otras como la de 15 de mayo de 2002, confirma este criterio, ya que indica que en el supuesto de la llamada *Cautela Socini* hay un conflicto de intereses entre la madre o padre y el hijo menor, ya que si bien la fórmula está admitida por la doctrina y jurisprudencia, los legitimarios reciben una porción mayor de la que les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. En consecuencia, dicha cautela comporta una alternativa por la que el legitimario

tiene que optar y existe esa contraposición de interés, al optar por ella la madre, que se ve afectada por el resultado de la opción, lo que hace necesaria la intervención de un defensor judicial.

Por tanto, la partición debería repetirse, pero se considera que, como se presenta simultáneamente la venta autorizada judicialmente, y está reconocido por la doctrina de la DGRN que los herederos pueden vender las fincas de la herencia sin previa adjudicación particional, como comunidad hereditaria, sería admisible la inscripción simultánea de ambas escrituras.

3.-P: ¿Puede realizarse la inscripción de la aceptación y partición de la herencia, mediante un testimonio del auto que homologa una transacción judicial, poniendo fin a un procedimiento judicial de división de herencia?

R: Se han utilizado fundamentalmente dos tipos de argumentos para rechazar su inscripción: Primero.- Por la forma: considerando que no es título inscribible y que no cumple con la exigencia de documento público o auténtico del artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Segundo.- En cuanto al contenido: entendiendo que no se ha controlado la legitimación de las partes, su capacidad jurídica o el poder de disposición.

Ambos tipos de argumentos han sido rechazados por la Dirección General de los Registros y del Notariado en dos Resoluciones: una de 5 de mayo de 2003, relativa a una disolución de comunidad, y otra de 7 de enero de 2005, relativa a una división de cosa común.

En cuanto al fondo, ya que conforme a los artículos 19 y 415 de la LEC las partes pueden transigir sobre el objeto del litigio y si se alcanza un acuerdo transaccional, puede el juez homologarlo previa comprobación de la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados.

En cuanto al argumento de forma, indica la DGRN que *“... según los artículos 1216 del Código Civil y 317-1º de la LEC son documentos públicos los testimonios de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales, y aunque es cierto que según la doctrina de la DGRN al exigir el artículo 3 de la LH para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles que consten en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto contrato que haya de inscribirse; sin embargo, en el presente caso, la exigencia del artículo 3 de la LH está plenamente satisfecha toda vez que el acto inscribible en cuestión, en el supuesto debatido la división de cosa común, aparece contenido en documento auténtico expedido por autoridad judicial cual es el testimonio del auto de homologación de acuerdo transaccional.”*

Hay que tener en cuenta además, que la Dirección General considera que se puede practicar la inscripción de la disolución de la sociedad de gananciales mediante el documento judicial en el que se aprueba el Convenio Regulador de la separación o divorcio.

Aunque es cierto que la legislación hipotecaria sí tiene normas concretas a tener en cuenta, en cuanto al título inscribible en las adjudicaciones hereditarias, como son el art. 14 de la LH y los artículos 80 y siguientes del RH que establecen una relación de títulos inscribibles (y que se refieren en concreto a “la resolución judicial firme en la que se determinen las adjudicaciones a cada interesado”) se aceptó por unanimidad que, pese

esta relación concreta de títulos formales, no debe considerar excluida la resolución judicial que aprueba la transacción judicial.

En definitiva, se considera que el documento, una vez aprobado judicialmente, es inscribible siempre que se acompañe el título sucesorio correspondiente (artículo 14 LH) y se acredite el pago del Impuesto.

4.-P: Herencia previa donación. En una escritura de herencia cuentan que una señora de nacionalidad nigeriana fallece el 6 de abril de 2008 en España (Fuenlabrada) casada con un alemán sin hijos. Como documentación se presenta certificado de defunción español, certificado negativo de últimas voluntades español, certificado de empadronamiento de Baleares (certifican que estuvo allí empadronada sólo hasta el 4 de enero de 2007), certificado alemán (sin traducir) de matrimonio y un certificado de la embajada de Nigeria en España (traducido y con legalización del Ministerio de Asuntos exteriores español en cuanto a la firma del embajador), donde el embajador certifica que "según la legislación de Nigeria, en caso de heredero abintestato, un pariente cercano del fallecido tendría derechos sucesorios y será heredero legal de la propiedad del fallecido, así que el viudo Kastle Wolfgang, en este caso se considera como pariente cercana" (está copiado literalmente).

Creo que falta que me acrediten si otorgó testamento en su país, y en caso contrario, tendrán que hacer la declaración de herederos abintestato, porque el embajador no tiene facultades para ello ¿Qué os parece?

R: La documentación presentada es, desde luego, insuficiente para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad ya que, según el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad del artículo 979 LEC.

Esta documentación es imprescindible y, por lo tanto, inexcusable para inscribir la adquisición hereditaria. Todo el mundo estuvo de acuerdo en entender que, en todo caso, es necesario el título sucesorio, y que toda la documentación que se acompaña podrá servir de base probatoria en un procedimiento judicial de declaración de herederos o en un acta de notoriedad, pero lo que no se puede pretender es que su simple aportación supla estos títulos ni que corresponda al Registrador hacer la declaración de heredero. Por algunos se hizo notar la contradicción que existe, de una parte, entre el gran interés mostrado por los notarios de excluir de la calificación registral el contenido del acta de declaración de herederos que incluso lleva a dar un número de protocolo independiente a la declaración de notoriedad, dejando toda la documentación probatoria en otro acta; y, de otra, la de evitar asumir su responsabilidad cuando se presenta un caso que reviste cierta complicación, dejando en manos de otros funcionarios lo que debería ser su función.

5.-P: En su día se presentó en el Registro una escritura de donación de una finca a favor de un matrimonio en la que no constaba la aceptación de los donatarios y en la que consta una cláusula, según la cual, si uno de los mismos no aceptara -no se señala plazo-, su parte acrecerá al otro. La misma se presentó acompañada de la escritura de aceptación de uno de los donatarios y de la instancia de que se inscriba sólo a favor del mismo. Los donatarios eran el hermano A de la donante y su mujer.

Se presenta en esta en este seminario y se pone nota de suspensión señalando que: "En primer lugar, que es necesario acreditar si el donante vive o no actualmente. Si el donante todavía vive no es inscribible la escritura puesto que mientras viva el donante puede, por falta de fijación de plazo, la parte donataria que todavía no lo ha hecho, aceptar la donación y notificársela al donante quedando perfeccionado el acto de disposición gratuito

(artículo 633-2 *in fine* del Código Civil). Que únicamente será el donante el que, si lo estima oportuno, pueda revocar la donación mientras no conozca la aceptación o bien proceder a la fijación de un plazo y notificárselo al donatario. En segundo lugar, que si el donante ha fallecido, sería necesario, para la inscripción, acompañar certificado de defunción para acreditar bien, en su caso, que la aceptación se ha producido en vida del donante (artículo 623 del CC y Resolución DGRN de 1 de julio de 2003) o bien que ha transcurrido el plazo para la aceptación; debiendo acompañarse también un certificado, diligencia o documento correspondiente del Notario autorizante de la donación o del que le sustituya en el protocolo, acreditativo de que dicha aceptación no tuvo lugar por no existir la diligencia o notificación de la misma en la matriz de la donación (artículo 633-3 *in fine* CC) y paralelamente que se le notificó en vida la aceptación del donatario que lo hizo”.

Ahora se presenta la escritura de partición de herencia de la donante junto con un testamento en que nombra heredero a su hermano B -distinto del donatario aceptante. Se da la circunstancia de que el bien donado se incorpora al inventario y que las escrituras de donación, aceptación de A y herencia se han autorizado por el mismo notario.

En la escritura de partición de herencia consta lo siguiente: “III.- De la vivienda descrita, se inventaría como propiedad de esta señora, no obstante la donación efectuada a su hermano A y su mujer en escritura IV.- Dicha donación quedó pendiente de aceptación por los donatarios; Don A aceptó la misma en escritura autorizada por mí, el, no comunicándose dicha aceptación a la causante a la espera de que se produjese también la aceptación de la esposa del Sr. A, hecho éste que no tuvo lugar antes del fallecimiento de la causante. V.- Por el indicado motivo, no se perfeccionó la indicada donación, resultando que el bien inventariado, a que antes se ha hecho referencia, como hereditario”.

¿Es inscribible?

R: Unánimemente se considera que no porque el artículo 629 del Código Civil dispone que la donación obliga al donante y produce efecto desde la aceptación, y porque conforme a la doctrina y la Jurisprudencia más modernas (Sentencia del TS de 17 de Abril de 1.998 y resolución de la DGRN de 1 de Julio de 2.003), debe interpretarse que la donación se perfecciona por la aceptación -artículo 629 del CC-, pero que puede ser revocada hasta tanto que el donante no conozca la aceptación de donatario -artículo 623 del CC-.

Si, en consecuencia, la aceptación no llega a conocimiento del donante antes de su muerte, subsiste durante la vida de éste la posibilidad de revocación, pues la facultad revocatoria no se transmite a sus herederos, por lo que fallecido el repetido donante sin haber revocado la donación queda no solo perfecta, sino definitivamente consolidada, alcanzando total firmeza.

Por tanto, en este supuesto debe volver a traerse los títulos de la donación anteriormente presentados, para su inscripción, y rectificarse la partición hereditaria, o bien consentirse la inscripción parcial de la misma, con exclusión del bien donado.

6.-P: Una finca se encuentra inscrita a favor de A que ha fallecido bajo testamento a favor de B con sustitución vulgar a favor de C, D y E.

Ahora se presenta una escritura de partición de las herencias de A y B otorgada por C, D y E y un tercero X en que se indica que B fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia y, por tanto, ha operado la sustitución. En el Testamento de B, además de nombrar heredero a X, se lega las fincas que adquiriera procedentes de la herencia de A, a C y D. Se da la circunstancia que el testamento de B está otorgado después del fallecimiento de A. ¿Puede ello implicar la aceptación de la herencia?

R: Unánimemente se considera que sí, pues según el artículo 999 del Código Civil existe aceptación tácita de una herencia cuando se hacen actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero; y se entiende que no se pueden legar bienes a los que se está llamado por una herencia anterior sino se acepta la misma.

Además, se señala el carácter irrevocable de la aceptación (art. 997 del CC), por lo que, en este caso, debe rehacerse la partición de A, adjudicándose los bienes a B, y luego proceder a ejecutar la voluntad de éste, debiendo igualmente presentarse a liquidación la correspondiente escritura de rectificación.

HIPOTECAS.

1.-P: Escritura de subrogación de acreedor hipotecario, el acta de notificación se inicia el día 5 de enero, la diligencia de notificación es de 7 de enero y tiene una diligencia de cierre del día 15 de enero, en la que el Notario dice literalmente que: *“habiendo transcurrido el plazo legal de 7 días naturales, desde la práctica de la notificación del requerimiento, sin haber entregado la entidad requerida la certificación del importe del débito del deudor por el préstamo de referencia y por la misma vía en que se notificó, doy por cerrada la presente acta, todo ello conforme al criterio sostenido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 23 y 24 de septiembre de 2009.”* La copia del acta se expide el 1 de febrero de 2010. La escritura de subrogación se otorga el 22 de enero de 2010. ¿Se puede inscribir aunque el acta esté cerrada antes de los 15 días de acuerdo con esas Resoluciones?

R: Efectivamente el BOE de 2 de noviembre de 2009 publicó dos Resoluciones, de 23 y 24 de septiembre de 2009, en la que DGRN resuelve algunas dudas suscitadas sobre el plazo que tiene la entidad agredida para enervar la subrogación, y fija el criterio de que la entrega de la certificación del importe de la deuda pendiente al Notario que efectuó la notificación en el plazo de siete días naturales es imprescindible para poder subrogar, de tal manera que, pasados estos siete días naturales sin cumplir tal exigencia podría cerrarse el acta y continuar con el proceso.

Es cierto que existen también sólidos argumentos jurídicos para entender la postura contraria, que era precisamente la mantenida por este Seminario, pero al tratarse de una controversia estrictamente jurídica merece la pena que se sienta un criterio uniforme. La cuestión ya se puso en conocimiento de los compañeros por medio de la Circular número 14/2009, a la cual remitimos y en la que se decía:

“1º.- Que la entrega de la certificación del importe de la deuda **es presupuesto** para el ejercicio del derecho de enervación. Sigue, pues, la DGRN una interpretación literal de la norma *“Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación...”*”

2º.- En consecuencia, si pasan **siete días naturales** sin que se haya entregado la certificación del importe de la deuda por la entidad agredida, se puede cerrar el acta y seguir el proceso de subrogación, puesto que no cabe enervación. Según la DGRN, esta interpretación se hace en interés del deudor y, aún cuando es cierto que la ley no ha regulado la forma en que debe acreditarse la entrega de la preceptiva certificación, es igualmente cierto que una exigencia derivada del marco de lealtad entre las entidades financieras y de la buena fe (que se presume que existe entre las entidades financieras, según la E.M de la Ley 2/1994) exigiría que la entidad agredida responda a la notificación notarial por la misma vía con la entrega de la certificación del importe del débito al mismo notario, si pretende enervar la subrogación”.

2.-P: Se pregunta por la posibilidad de inscribir una escritura de novación modificativa de préstamo hipotecaria cuando en la inscripción de hipoteca novada consta nota de haberse expedido la certificación de cargas a efectos de la ejecución de la propia hipoteca.

R: La cuestión ya fue tratada en este Seminario (vid. número 21 de los Cuadernos, apartado hipotecas, número 14) y se concluyó mayoritariamente en que no es posible su inscripción, pues existe la misma razón que en el supuesto de existencia de la nota del artículo 657 de la LEC, el principio de que el rematante debe subrogarse y verse afectado sólo por lo que conste en el Registro en el momento de la Expedición de cargas.

Además, la hipoteca, desde el momento en que se inicia su ejecución, ha dejado de estar bajo la potestad y libre autonomía de las partes para caer bajo el control judicial y, por tanto, deberá aprobarse esa ampliación por el juez, o bien proceder previamente a la cancelación de la indicada nota marginal de expedición.

No obstante, algunos compañeros estimaron que sí sería posible al inscripción, en cuanto no existe una prohibición legal expresa, y que debía de notificarse este hecho al juzgado en cuanto asiento que puede afectar a la ejecución y por exigencia del artículo 135 de la Ley Hipotecaria.

3.-P: En una ejecución de hipoteca queda desierta la subasta, se le da traslado al actor a los efectos del 671 de la LEC, y se adjudica la finca por más del 70% del valor de tasación. Se pregunta por la posibilidad de inscripción del testimonio del auto de adjudicación.

R: La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en la LEC para la subasta de bienes inmuebles (artículo 691.4 LEC). Es decir, se rige por lo dispuesto en los artículos 669, 670 y 671.1º LEC, de los cuales resulta que el acreedor sólo puede pedir la adjudicación del bien en los siguientes supuestos:

A) Caso de concurrir postores a la subasta:

1. Si hay posturas superiores al 70%, pero ofreciendo pagar a plazos. En este caso, como el acreedor no está obligado a conceder plazos para el pago de lo que se le debe, puede pedir la adjudicación del bien por el 70% del valor de tasación.

2. Si la mejor postura es inferior al 70%, el ejecutante puede pedir la adjudicación por el 70%, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos (que será inferior a 70%), siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura (porque si es inferior prevalece la mejor postura ya que se trata de obtener el mayor valor posible).

B) Caso de quedar la subasta desierta:

1. Puede pedir la adjudicación por el 50% (como mínimo) o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos (que será inferior a ese 50%).

Con base en estos artículos, por mayoría de los asistentes se concluyó que:

1º. Que si bien el artículo 671 LEC permite al ejecutante pedir la adjudicación de los bienes por el 50% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, la decisión de adjudicársela por más del 70% es una decisión judicial, cuya rectitud no se puede entrar a calificar. Es cierto que la calificación de los testimonios de los autos de adjudicación y los mandamientos de cancelación de cargas en los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados no se limita a los extremos que señala el artículo 132 LH, sino que se extiende a otros aspectos generales

de la calificación, por ejemplo, la competencia del Juzgado, regulada en el artículo 684 LEC. Sin embargo, al tratarse de un documento judicial siempre tendrá los límites del artículo 100 RH, siendo imposible al Registrador entrar en el fondo de la decisión judicial.

2º Que lo que pretenden las normas de la subasta (vid artículo 670) es adjudicar el bien por el mayor valor posible, por eso habla de porcentajes mínimos del 70% primero y del 50% después; y evitar que los acreedores se adjudiquen la finca por un precio irrisorio que produciría un enriquecimiento injusto, por eso esos porcentajes mínimos sólo se rebajan cuando cubran la cantidad que se le debe al acreedor por todos los conceptos. Siempre se busca la protección del deudor.

En el caso planteado, al ser adjudicado por más del 70% no se apreció ningún problema, ya que es más beneficioso para el deudor y, en todo caso, se dijo que no se puede entrar a calificar el fondo de la decisión judicial

4.-P: ¿Es posible la cancelación parcial, respecto de una finca y sin reducción de la responsabilidad hipotecaria, de una hipoteca unitaria constituida sobre un edificio dividido horizontalmente y, en su caso, con qué requisitos?

R: Mayoritariamente (sólo hubo una opinión en contra) se consideró que sí, siempre que existiera el consentimiento de todos los afectados -terceros adquirentes de los pisos si los hubiera-. Se señala por un compañero que este mismo fue el criterio del seminario de Bilbao. Se reproduce también en este sentido, por su interés, un informe de la Comisión Nacional de Criterios de Calificación:

“Es norma general del sistema hipotecario español en el caso de constitución de hipoteca sobre diversas fincas la necesidad de distribución entre ellas de la responsabilidad hipotecaria total. Así lo establece el art. 119: *“se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada finca debe responder”*.”

De esta manera, se dice, en España se rechaza la solidaridad entre las distintas fincas hipotecadas. Ahora bien al respecto debe observarse:

1º) Que la exclusión de la solidaridad es una medida destinada a favorecer el crédito territorial, que se vería perjudicado si cada una de las fincas absorbiera como gravamen la totalidad del crédito, pero no una necesidad intrínseca y estructural del derecho real de garantía.

2º) Que la exclusión de la solidaridad sólo opera en perjuicio de tercero (arts. 120 y 121 L.h.), de modo que la cifra fijada de responsabilidad hipotecaria de una finca no es límite de ejercicio de la acción real hipotecaria sobre ésta, sino límite del derecho de cobro por el acreedor en esa vía en caso de existencia de terceros en ella (R.D.G.R.N. de 13 de enero de 2003).

Dos excepciones pueden establecerse (en lo que aquí estrictamente interesa) a tal necesidad de que cada finca tenga fijada su parte de responsabilidad hipotecaria en el supuesto de ser varias las hipotecadas:

1ª) En el caso en que tales fincas procedan por “división” de la única primeramente hipotecada, supuesto en el que el art. 123 L.h. excluye la necesidad de distribución. Dentro del concepto de división hay que incluir cualquier supuesto del que resulte la creación de diversas fincas, estructuralmente diferenciadas, a partir de la matriz hipotecada. Esto es, también la segregación y asimismo la división en régimen de propiedad horizontal del edificio hipotecado como finca única.

2ª) En el caso de que las diversas fincas hipotecadas formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal (art. 396 C.c.), supuesto en el que aunque los diferentes pisos o departamentos pertenezcan diversos propietarios, el art. 218 R.h., excepcionando acaso a la Ley (art. 119 L.h.), permite la constitución “*de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sin que sea necesaria la previa distribución entre los pisos.*”

No resulta demasiado claro en la consulta planteada en cuál de los dos supuestos de excepción nos hallamos, pero en todo caso aquí se va a defender que la respuesta a la misma debe ser idéntica en uno u otro supuesto.

En el primer caso, la Ley contempla que el acreedor “*podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez.*” No obstante la doctrina señala que ello no puede excluir que el acreedor se dirija precisamente contra la finca matriz, tal y como fue primeramente hipotecada, lo que es la consecuencia natural de la circunstancia de que su división es una res inter alios acta para el acreedor, que puede ser incluso desconocedor de ella (amén de que tal finca es la que ha sido objeto de la tasación necesaria para acudir al procedimiento de ejecución especial, art. 692 LEC). (Tal posibilidad parece resultar asimismo del párrafo segundo art. 134 L.h.)

En el segundo caso, en cambio, el Reglamento dispone que “*el acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho... dirigiéndose contra la totalidad del edificio.*” Ahora bien, tampoco parece que en este supuesto la norma sea imperativa y no admita excepciones. Al contrario, debe pensarse que, contemplando como contempla que los distintos departamentos hipotecados pertenezcan a diversos propietarios, está excluyendo que el acreedor hipotecario pueda en la ejecución de la hipoteca beneficiar a unos y perjudicar a otros, al concretar su acción exclusivamente en estos últimos. Salvando esta circunstancia, nada debe impedir que el acreedor renuncie al derecho que la Ley le concede reduciendo el ámbito de ejercicio de su acción real.

Debe observarse que en la estructura de la norma lo que es objeto de hipoteca son los distintos pisos o departamentos; la circunstancia de pertenecer a un edificio permite al Reglamento excluir la necesidad de distribución legal, pero no puede de ahí deducirse que la hipoteca quede desnaturalizada si el objeto de la ejecución no es a la postre el edificio, sino el conjunto de pisos y locales que subsistan hipotecados. Máxime cuando tal circunstancia puede ser una consecuencia legal, que el legislador reglamentario ha debido necesariamente contemplar. Sería el caso en que con carácter previo a la “hipoteca unitaria” se hubiera constituido “hipoteca única” sobre alguno de los departamentos del edificio; supuesto en que su ejecución debe conllevar la purga de la hipoteca unitaria respecto del piso ejecutado, y la subsistencia de la misma, conservando su naturaleza, respecto de los demás departamentos privativos que quedarán respondiendo en bloque, como conjunto, de tal hipoteca. La “unitariedad” no hace referencia al edificio único, sino a la circunstancia de que siendo diversas las fincas hipotecadas la hipoteca funciona como “única” respecto de todas ellas, por haber quedado excluida la distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Consecuencia de cuanto antecede es que resulta perfectamente admisible que el acreedor reduzca el objeto de su garantía liberando de la hipoteca a alguno de los elementos hipotecados. Y desde luego resulta evidente que tal “cancelación parcial”, siempre voluntaria, puede responder a una reducción de la deuda -reducción de la responsabilidad hipotecaria, comúnmente mal entendida como cancelación parcial- o a una simple decisión de renuncia a la garantía. No hay razón jurídica alguna que obligue al acreedor a realizar necesariamente una previa distribución de responsabilidad hipotecaria. Puede obviamente hacerla, pero nada le obliga a ello.

La única obligación que tiene el acreedor, en todo caso, se trate de renuncia a la garantía, distribución parcial o distribución total de la responsabilidad hipotecaria, es la de contar con el consentimiento de todos aquéllos –deudor y adquirente y demás terceros respecto de cada finca- a quienes puede perjudicar su decisión, por consecuencia por la “concreción” de la responsabilidad hipotecaria total sobre sus fincas no liberadas, o por impedir los posibles derechos de subrogación en la garantía que a alguno de tales terceros pueda en el futuro asistir si al final se vieran constreñidos a pagar la deuda. Esta es la conclusión que se sigue sin duda alguna de las Resoluciones de la DGRN citadas en la consulta (17 de marzo de 1969, 12 febrero 1988 y 27 marzo 1989), de las que resulta con claridad la necesidad de tal consentimiento, en ningún caso la limitación de las posibilidades del acreedor

En conclusión, sí es posible la cancelación de la hipoteca respecto de un departamento, sin necesidad de previa distribución de la responsabilidad hipotecaria y aunque no se proceda a la simultánea reducción de la responsabilidad hipotecaria, una vez que se han obtenido todos los consentimientos precisos. Por último, el hecho de que en su actuación el acreedor hipotecario no deba perjudicar injustamente a posibles adquirentes extrarregistrales de alguno de los departamentos hipotecados (SS.T.S de 25 de noviembre y 2 de diciembre de 2008) es claramente una cuestión idénticamente extrarregistral, que no puede influir en la decisión del Registrador”.

5.-P: Se expone la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en su artículo 27 dedicado a la “Consideración de los fondos de titulización como titulares registrales”.

R: El citado RD añade un nuevo párrafo al apartado 2 de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la Legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero, con la siguiente redacción:

«Los Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos podrán ser titulares de cualesquiera otras cantidades, inmuebles, bienes, valores o derechos que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo, por resolución de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito; en particular y sin ánimo limitativo, por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, por la enajenación o explotación de los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago o, como consecuencia de las citadas ejecuciones, en administración y posesión interina de los inmuebles, bienes o valores en proceso de ejecución. La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad y de cualesquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos.»

En consecuencia los Fondos de titulación Hipotecaria y de titulación de activos podrán ser titulares de bienes inmuebles que sean percibidos en pago del principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipotecas, etc; tanto en vía judicial -hipotecaria o no- como extrajudicial -daciones en pago- y permite expresamente la inscripción de los mismos a su nombre. Asimismo por unanimidad se considera que esa posibilidad de inscripción será aplicable también a los títulos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor del citado RD.

6.-P: En una escritura de hipoteca se señala como precio de tasación a efectos de subasta, el fijado por la sociedad de tasación minorado en los saldos pendientes de las hipotecas y embargos vigentes en el momento de la ejecución, que hoy sería euros.

R: Se considera que se debe suspender el último inciso de la estipulación 7ª, y las estipulaciones 9ª (salvo las referencias los procedimientos de ejecución ordinaria y declarativo) y 10ª, es decir las relativas a los procedimientos de ejecución directa hipotecaria y extrajudicial, por que el valor de tasación para subasta señalado no se ajusta a derecho.

Como fundamentos de derecho se señalan los siguientes: los artículos 682-2 LEC, 234 del RH, 7 de la Ley 2/1981 y 28-2 del RD 685/1982, que respectivamente exigen una tasación determinada y fija (no dependiente de factores externos) a efectos de subasta para que se puedan utilizar los procedimiento de ejecución directa hipotecaria o extrajudicial, que la tasación se efectúe por sociedad homologada de acuerdo con la normativa del mercado hipotecario (que se deberá incorporar a la escritura) y que el valor a efectos de subasta no puede ser inferior a la citada tasación.

La minoración de los saldos pendientes de las hipotecas y embargos vigentes en el momento de la ejecución, es una tarea que corresponde a los rematantes a la hora de fijar sus pujas, con base en la información de esos saldo que debe pedir el Secretario judicial, pero que no debe influir en la determinación del precio de tasación.

7.-P: Se presenta una escritura se declara la obra nueva y la división horizontal de un edificio. En ella se crea un departamento destinado a trasteros que se venderá por cuotas a los compradores de vivienda. La licencia de obras de un edificio expresa que los trasteros deberán ir vinculados a las viviendas.

Luego se ha aportado una escritura por la que se vende una vivienda financiada con una hipoteca que se otorga seguidamente, y se inscriben ambas escrituras.

Unos días después los compradores compran una cuota de ese departamento-trastero que se materializa en un trastero independiente y se vincula a la vivienda.

Cuestiones: ¿Se puede inscribir dado que la hipoteca es anterior y si se ejecuta destruiría esa vinculación, obligada por estatutos y licencia?; de contestar afirmativamente a la cuestión anterior ¿se extiende la hipoteca al trastero vinculado? y de contestar negativamente a esta extensión *ex lege* ¿qué sucede en caso de ejecución de la hipoteca?

R: En principio, se comentó por los asistentes que en estos casos de vinculación posterior a la constitución de una hipoteca sobre la vivienda, el derecho real no se extiende, por ministerio de la ley, al trastero vinculado. Y tampoco en el caso de ejecución de la hipoteca.

El tema ya ha sido tratado en otras sesiones del Seminario (vid CHC nº 12, HIPOTECAS). En estas reuniones se entendió mayoritariamente que la naturaleza jurídica de los elementos vinculados es la misma que la de los anejos, por lo que: 1º no podrá hipotecarse el piso sin el trastero/garaje vinculado, y 2º hipotecándose ambos, no procede la distribución de responsabilidad. Así, si no se alude al trastero/garaje vinculado en la escritura de hipoteca, la inscripción de la misma deberá suspenderse hasta que se incluya. Igual consideración se entendió que tienen los garajes en los que se establece el “uso asociado” a un piso, o todos aquellos supuestos, cualquiera que sea la denominación que les de el Ayuntamiento respectivo, en que no se pueda enajenar el piso sin el elemento relacionado (anejo, vinculado, etc.) con el mismo. Ahora bien, si como ocurre en ocasiones (como en el caso planteado), la vinculación tiene lugar después de inscrita la constitución del régimen de propiedad horizontal y ya se han constituido hipotecas sobre el piso o sobre el piso y el garaje con distribución de responsabilidad, dichas hipotecas no estarán afectas por la vinculación y, por tanto, podrán dichos elementos ser objeto de ejecución separada.

En cuanto a la posibilidad de la extensión objetiva de la hipoteca al anejo vinculado, el tema dista de tener una solución sencilla. Sobre la materia de la extensión de la hipoteca a diferentes bienes, según los artículos 109 LH y ss, existe un extenso y excelente trabajo de José Manuel García García, publicado en RCDI, número 676, páginas 919 a 1031, titulado “Teoría General de los bienes y de las cosas”. En este trabajo el autor considera que sólo cuando se trata de agregaciones por accesión natural, hay extensión necesaria de la hipoteca a las mismas (arts. 109 y 110 1º LH). En cambio, las agregaciones de terrenos por acto voluntario no quedan comprendidas en la hipoteca, pero el artículo 110 1º LH parece permitir el pacto expreso de extensión de la hipoteca a tales agregaciones.

Según José Manuel García García, podría fundamentarse tal pacto de extensión en que, en estos casos de agregación voluntaria, se trata de terrenos de escasa superficie, que pueden considerarse de carácter accesorio y que no dan lugar a la apertura de finca nueva (podría pensarse que es un supuesto análogo al del trastero vinculado a una vivienda). Pero no estima adecuado, en cambio, admitir el pacto de extensión a las agrupaciones, pues el artículo 110 1º LH no se refiere a ellas, sino sólo a las agregaciones, y, sobre todo, se podrían involucrar unas fincas con otras, con indeterminación, pues se trataría de fincas con su propia historia registral. Ello sin perjuicio de que sea un pacto entre partes, que podría dar lugar a la formalización de la extensión de la hipoteca en el momento en que se produjera la agrupación con intervención de todos los interesados y con efectos a partir de dicho momento y no en virtud del pacto previo, que sería meramente personal, similar al de la promesa de constituir hipoteca.

Para un estudio más completo del tema de la vinculación ver el trabajo de Rafael Arnáiz Eguren “La Comunidad de garajes y el uso de aparcamientos. Su relación con el régimen de Propiedad Horizontal”, publicado en el número 23 de los Cuadernos del Seminario CHC. En él el autor distingue entre:

Vinculación puramente urbanística. Se trata de aquellos casos en los que la Administración no concede la licencia o autorización administrativa de obra para construcciones destinadas a cualquier tipo de uso si, simultáneamente, no se construye, dentro del mismo edificio o a una distancia determinada del mismo, un número específico de plazas de garaje. En este caso, el régimen jurídico del garaje puede ser totalmente independiente del de las edificaciones destinadas al uso principal.

Vinculación civil. Es un régimen de mayor rigidez que el anterior, puesto que se exige un régimen de vinculación que suponga la plena inherencia entre el régimen jurídico de la plaza de garaje y de la edificación destinada a edificio principal. El autor afirma que, en principio, la vinculación civil no puede establecerse directamente en virtud de un acto administrativo, a menos que esté admitido un régimen civil de inherencia sobre el cual pueda operar el condicionamiento administrativo. Por eso distingue, a su vez, dos supuestos: por una parte el de aquellas edificaciones que no se sujetan a régimen de horizontalidad en ninguna de sus modalidades, en cuyo caso resulta imposible la adscripción sino es en virtud de una norma legal específica; por otra, el supuesto en que las plazas de aparcamiento se integran en un espacio concreto de un edificio destinado a su constitución en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario. En este caso es perfectamente posible la exigencia de que las plazas de aparcamiento se organicen como anejos de las viviendas o locales. En tal caso, el régimen del garaje será el del anejo, de acuerdo con el contenido de los Estatutos del régimen.

8.-P: Existe constituida sobre un solar una hipoteca a favor de determinada Caja en garantía de 100X €. Sobre el solar se declara la obra nueva de un edificio que se constituye en régimen de propiedad horizontal. Una vez otorgada e inscrita la división horizontal, el 1 de diciembre se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre los 100 departamentos del edificio en PH en documento privado.

El 10 de diciembre se otorga otra escritura de préstamo hipotecario concedido por un Banco (distinta entidad que la anterior hipoteca) por 80X € hipotecándose los 100 departamentos. Se presenta telemáticamente/fax ese mismo día y en su momento se aporta la copia para su despacho.

El 20 de diciembre se presenta en el Registro el documento privado de distribución de responsabilidad. En definitiva, tenemos presentado en el Diario: el 10 de diciembre la escritura de una nueva hipoteca y el 22 el documento privado de distribución de responsabilidad hipotecaria de una hipoteca anterior.

Se plantean las siguientes cuestión: Orden de despacho y rango o preferencia entre las hipotecas.

R: Unánimemente se consideró que la distribución de responsabilidad hipotecaria no supone una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita en primer lugar. Lo único que se hace con tal distribución de responsabilidad hipotecaria es poner fin a la solidaridad que se había creado como consecuencia de la obra nueva y división horizontal de la finca, creando 100 fincas nuevas e independientes, especificando y concretando la cantidad del préstamo de que responde cada una de ellas. Esta distribución de responsabilidad hipotecaria, además de ser consecuente con nuestro sistema hipotecario que prohíbe la solidaridad, no hace más que beneficiar a los terceros y a los titulares posteriores que ya pueden ser perfectos concededores de la responsabilidad de que responde cada finca. Antes de la distribución cada finca respondía de la totalidad del préstamo y, ahora, como consecuencia de la distribución, la cifra asignada opera como límite de la responsabilidad frente a terceros.

Teniendo en cuenta esto, es indiferente el orden de despacho, aunque para mayor claridad en la extensión de los asientos en los libros del Registro bien podría despacharse perfectamente en primer lugar la instancia de distribución de hipoteca para que el orden físico de los asientos se corresponda con el rango de los mismos, y evitar que alguien pueda verse inducido a error por un “rango óptico”. En esta línea se dice que cuando la ley habla de “asientos posteriores” no se refiere al orden conforme al que se han ido extendiendo en los libros (“rango óptico”), sino a los que son posteriores en rango, entendido éste en su recto sentido como grado de oponibilidad del derecho inscrito (vid. Fernando Canals “ La recarga de la hipoteca”). Según este autor, el rango registral es la ordenación jerárquica de los derechos inscritos. El mejor rango se traduce en preferencia (oponibilidad o imposición al derecho de peor rango). Y la preferencia registral concede la capacidad de purga, de eliminación en el momento adecuado, de los derechos posteriores. Piénsese en el ejemplo de que se haya alterado, por convenio, el orden o rango de dos hipotecas inscritas, en el cual el orden físico de los asientos no coincide con la preferencia de los derechos.

Lo que sí quedó claro para todos los presentes es que es responsabilidad única e inexcusable del Registrador, como funcionario encargado del Registro, el que el rango de los derechos inscritos quede perfectamente determinado y expresado con total exactitud en los asientos que se practiquen. Rango que deberá quedar también perfectamente claro y determinado en la publicidad formal que se expida. Si el Registro aspira a ser la verdad oficial de la situación jurídica de los inmuebles, el rango de los derechos no puede quedar en la incertidumbre. Al ser nuestro Registro un Registro de derechos, con efectos de fe pública registral, el rango, esto es, la oponibilidad de los derechos inscritos debe quedar claramente reflejada en los asientos registrales y, de esta manera, trasladarse adecuadamente en las notas simples y certificaciones que se expidan.

9.-P: Se presenta una escritura en que se modifican parte de las cláusulas financieras y se amplía el capital de un préstamo hipotecario que estaba garantizado con hipoteca sobre

una finca perteneciente a otra demarcación registral, constituyéndose ahora *ex novo* una hipoteca sobre una finca de este Registro en virtud de una redistribución de la responsabilidad hipotecaria resultante, sin que se aporte la escritura de constitución de hipoteca en que consten el resto de las cláusulas que deben ser objeto de inscripción. ¿Se puede inscribir?

R: El artículo 12 de la Ley Hipotecaria determina el contenido inscribible del derecho real de hipoteca, incluyendo en el mismo singularmente, aparte de las cláusulas tradicionalmente consideradas como reales, todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado en cuanto no sean contrarias a alguna norma imperativa o prohibitiva o hayan sido declaradas abusivas por los Tribunales; circunstancia que en este caso no es posible cumplir, por no aportarse la escritura de constitución en que constan dichas cláusulas y a la cual se remite la escritura objeto de calificación.

10.-P: Se presenta testimonio de un auto de adjudicación en un procedimiento de ejecución hipotecaria. La hipoteca que se ejecuta tiene una nota marginal que dice que se ha extendido, en cuanto a la cuota que le corresponde a ese piso, al nuevo elemento independiente surgido como consecuencia de la desafectación como elemento común de la vivienda del portero. Al expedir la certificación de cargas no se notifica al dueño de la portería ni a los titulares de cargas sobre esta, pero se da literal con la nota marginal a que me refería antes. En el auto se adjudica únicamente la finca inicialmente hipotecada sin decir nada de la portería. ¿Qué ocurre con la hipoteca que se arrastró? ¿Se cancela sin más?

R: Según la doctrina DGRN (R. 13-6-98, R. 28-2-2000, R. 11-10-2001 y, sobre todo, R. 4-6-2003), en estos casos de desafectación de piso-portería (aplicable al supuesto de desafectación de cualquier otro elemento común), no es necesario el consentimiento de los acreedores hipotecarios que tuvieran sus hipotecas inscritas sobre los departamentos independientes antes de la desafectación, si bien, en caso de no constar tal consentimiento para la desafectación y liberación de la carga hipotecaria respecto del nuevo elemento creado, lo que ocurrirá es que el gravamen que recae sobre dichos elementos privativos se traslada al elemento desafectado, de manera que éste quedará gravado en una cuota equivalente a la que a los pisos correspondía anteriormente sobre los elementos comunes.

Pero lo cierto es que, aunque no sea necesario e imprescindible, es muy conveniente contar con este consentimiento para liberar el nuevo elemento creado de las hipotecas que gravaban los departamentos primitivos, y que se pueda enajenar libre de cargas precisamente para evitar situaciones como la que se plantea en el caso. La solución de la DGRN es impecable desde el punto de vista teórico y técnico-jurídico pero puede plantear unos problemas ulteriores complicados de resolver. Siguiendo la doctrina de la DGRN, parece evidente que en el momento de expedir la certificación de cargas habría que haber incluido también la correspondiente al título y cargas del elemento desafectado, y notificado al titular del nuevo elemento independiente como tercer poseedor, a quien el Juzgado debería requerir de pago, debiendo haber sacado a subasta, además del piso originario, una cuota del elemento desafectado equivalente a la que a tal piso correspondía anteriormente sobre los elementos comunes.

Lo que ocurre es que de esta manera, al faltar el consentimiento del acreedor para la liberación de la hipoteca o para la distribución entre las nuevas fincas creadas, surge una hipoteca solidaria de tal manera que el tercer adquirente del piso desafectado sólo va a poder liberar la cuota gravada que se está ejecutando pagando la totalidad del préstamo. El piso originario y la nueva cuota pasan a responder del préstamo en su totalidad, provocando una solución injusta y antieconómica. Lo que no parece admitirse, de seguir la tesis de la DGRN, es que la ejecución de la hipoteca provoque la cancelación de la inscripción independiente del elemento desafectado volviendo los pisos a sus situación

jurídica original, como ocurriría en el supuesto de una división material de finca, dado el carácter complejo del derecho de dominio en el régimen de PH (derecho singular y exclusivo sobre la parte privativa, y participación en la titularidad de los elementos comunes).

Pero, planteado el problema en los términos dichos y teniendo en cuenta, que el Banco cuando hipoteca un piso no considera, como elemento esencial de su valoración, la cuota que al mismo corresponde en los elementos comunes sino el propio piso con su superficie, situación y linderos, que habitualmente se trata de elementos comunes que no son estrictamente necesarios para el adecuado uso y disfrute de los elementos comunes y cuyo valor es poco relevante con relación al piso, que no se ha notificado el procedimiento al tercer poseedor del piso desafectado, ni a los titulares que tuvieran inscritos sobre él derechos posteriores, y, en fin, que el bien que ha salido a pública subasta es únicamente el piso, cuya descripción resultante de la certificación registral expedida al efecto contendrá la nueva cuota de participación resultante del ajuste realizado tras la desafectación, se entiende que procede la inscripción del auto de adjudicación en la hoja del piso, la cancelación de la inscripción de hipoteca, así como la cancelación de la nota marginal de la extensión de la misma al piso desafectado, haciendo constar al margen de la primera inscripción de éste último que la hipoteca que afectaba al piso originario ha quedado cancelada como consecuencia de su ejecución.

11.-P: Inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad a favor de FONDOS DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS Y FONDOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA tras el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

R: El artículo 27 del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, añade un nuevo párrafo al apartado 2 de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, en virtud del cual se faculta a los Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos para ser titulares de bienes inmuebles que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo, permitiendo la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de los inmuebles así adquiridos.

Han desaparecido así, los obstáculos que existían en nuestra legislación para la inscripción de bienes inmuebles a favor de estos fondos y que ya se pusieron de manifiesto en reuniones anteriores de este Seminario, a saber:

-- Falta de personalidad jurídica de estos Fondos, sin que existiera norma de rango legal que permitiera la inscripción de bienes a su nombre en el Registro de la Propiedad, al contrario de lo que sucede con los Fondos de Inversión Inmobiliaria.

-- Imposibilidad de que los bienes inmuebles integren el activo dichos Fondos.

Sin embargo, de este artículo 27 no resulta que estos Fondos puedan ser titulares de cualquier bien inmueble (nótese que no se ha modificado el artículo 2 del RD 926/1998, de 14 de mayo), sino únicamente de aquellos que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de los créditos que se hubieren agrupado en su activo, por resolución de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito; en particular y sin ánimo limitativo, por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, por la enajenación o explotación de los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago o, como consecuencia de las citadas ejecuciones, en administración y posesión interina de los inmuebles, bienes o valores en proceso de ejecución. Es decir, ha de tratarse de aquellos bienes inmuebles dados en garantía de los créditos cedidos a los fondos.

Hay que tener en cuenta que la ejecución del préstamo o crédito participado a consecuencia de la falta de pago del deudor corresponde también al Fondo en cuanto titular, y que tiene, además, las facultades de: compeler a la Entidad Cedente emisora para que inste la ejecución hipotecaria; concurrir en igualdad de derechos que la Entidad cedente en la ejecución que ésta siga contra el deudor; o ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado si la Entidad cedente no instan la ejecución, o si, una vez iniciada ésta, se paraliza.

Por otro lado, al carecer estos fondos de titulación de personalidad jurídica y actuar en el tráfico jurídico a través de una Sociedad Gestora que los administra, gestiona y representa, será necesario hacer constar en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad, además de los propios de la escritura de constitución del Fondo de Titulación, las circunstancias de la Sociedad Gestora -escritura de constitución, domicilio, C.I.F. y datos de inscripción en el Registro Mercantil-.

En consecuencia, para la inscripción de estos bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad a favor de los Fondos de Titulación deberá constar:

a) la escritura de constitución del Fondo y las circunstancias de la Sociedad Gestora que lo administre y represente.

b) Que el préstamo o crédito hipotecario que se ha ejecutado o en cuyo pago se da el inmueble, ha sido cedido al Fondo de Titulación mediante la emisión de participaciones hipotecarias (Fondos de Titulación Hipotecaria) o certificados de transmisión de hipoteca (Fondos de Titulación de Activos). En la escritura de constitución del Fondo deberá constar que préstamo hipotecario corresponde cada certificado de transmisión de hipoteca emitido.

En cuanto al ámbito de aplicación temporal, se entendió por todos los asistentes que el nuevo artículo rige para todas las adquisiciones que cumplan los requisitos señalados, aún cuando sean de fecha anterior a su entrada en vigor, puesto que se trata de un precepto dirigido a permitir la inscripción registral sin afectar a la validez del negocio adquisitivo.

OBRAS NUEVAS.

1.-P: ¿Se aplica a una donación de padres a hijos la disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación que se refiere a transmisiones por actos inter vivos sin excluir los gratuitos?

R: Aunque tal disposición adicional 2ª habla de transmisión inter vivos, sin distinguir si es a título oneroso o gratuito, la mayoría se decantó por la postura negativa, atendiendo a que la finalidad de la Ley es proteger a los consumidores o últimos destinatarios de las viviendas, no pudiendo considerarse como tal al que adquiere a título gratuito.

Pero entonces se plantea la duda de si las exigencias de exoneración del seguro y prueba de uso de la vivienda que impone esta disposición adicional, subsistirán en caso de enajenaciones posteriores, entendiéndose que los actuales adquirentes a título gratuito quedan sujetos a las mismas obligaciones que las que tenía su transmitente. Se trataría de hacer recaer en el donatario las obligaciones que corresponden al donante en cuanto promotor.

Otros, en menor número, entendieron precisamente que al no distinguir el precepto entre transmisiones onerosas y gratuitas no debemos distinguir nosotros, y que, por lo tanto, debe cumplirse con las exigencias señaladas en esta D.A. 2ª, ya que se trata de una excepción a la regla general que debe interpretarse restrictivamente y, en fin, que por esa vía podría abrirse el camino a un fraude de los objetivos fijados por la ley.

Al hilo de esta cuestión se recuerda la ya tratada y publicada en el número 23 de estos Cuadernos bajo el epígrafe Obra Nueva, esto es, si dentro del plazo de los diez años el ahora comprador vuelve a vender, ¿estará obligado a constituir seguro a menos que el que en su día compre también lo exonere?

Nos remitimos a lo allí publicado, si bien parece que se impone la postura de José Manuel García y Pedro Ávila, que consideraron que, en materia de seguros, existen dos supuestos:

a) La regla general para edificios por pisos en que la constitución de seguro es obligatoria para el promotor y queda ya constituido a favor de los sucesivos adquirentes por todo el plazo de su duración, sin que importe que haya una o varias transmisiones en ese período.

b) La excepción de la DA 2ª de viviendas unifamiliares para uso propio en que hay una norma dirigida exclusivamente al AUTOPROMOTOR de la vivienda, que consiste en que no está obligado a constituir el seguro en el momento de la declaración de obra nueva, si cumple los requisitos de la norma, pero está obligado a constituir el seguro en el momento en que transmita (dentro de los diez años), si ESE AUTOPROMOTOR inicial transmite la vivienda y no es exonerado por el adquirente (el primer adquirente que es el único que tiene relación jurídica con él), cumpliéndose además los otros requisitos.

Con ello ya termina la norma. No habrá seguro si es exonerado, y habrá seguro para diez años (en beneficio del primer y sucesivos adquirentes durante los diez años). Es decir, si luego el "adquirente del autopromotor ya exonerado, vende o transmite, el nuevo adquirente no tiene derecho a exigir ese seguro a efectos de inscripción, ni el primitivo autopromotor ya exonerado, tiene ninguna obligación, ni tampoco la tiene el primer adquirente que no es autopromotor". La norma sólo se refiere a la relación jurídica entre autopromotor-adquirente, no entre adquirente primero y adquirente ulterior. Se considera que el espíritu de la Ley, es proteger al comprador, por lo que no debe aplicarse rigurosamente en su perjuicio.

A la vista de ello se concluye diciendo que, en todo caso, alguien tendrá que dar cumplimiento a la regla de la DA 2ª. Si se entiende que no afecta al donatario, éste tendrá que darla cumplimiento en caso de una ulterior transmisión en el plazo de diez años. Si, por el contrario, se le exige ahora al donatario que exonere al donante de la constitución del seguro, previa prueba por aquél del uso de la vivienda, quedará ya cumplida la norma y no serán exigibles estos requisitos en posteriores transmisiones.

OPCIÓN DE COMPRA.

1.-P: ¿Es posible inscribir un derecho de opción de compra, anejo o parte de un arrendamiento, sin inscribir éste?. Se detallan los pormenores del caso concreto.

R: Se lee y se admite con carácter general el informe de la Comisión de hipotecas que se transcribe a continuación:

INFORME: "ANTECEDENTES: La cuestión que sometemos a calificación consiste en la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad una opción de compra otorgada en

el marco de un *sale&lease back* ("compraventa y arrendamiento con opción de compra") por todo el plazo del arrendamiento pero sin inscribir el arrendamiento, teniendo en cuenta que el elevado coste fiscal de la elevación a público del arrendamiento puesto en comparación con las ventajas de la inscripción de la opción de compra hace desistir de la inscripción de la opción si ello implica necesariamente la elevación a público del arrendamiento.

Se trataría de una transacción compleja que afectaría a un gran número de Registros de la Propiedad (aproximadamente 400) al consistir en la venta por parte de Banco de Sabadell a un inversor institucional de gran parte de sus oficinas en todo el territorio nacional, otorgándose simultáneamente un contrato privado de arrendamiento por un plazo máximo de 35 años (pudiendo desistir el arrendatario al finalizar el año 25) y opción de compra en el momento en que finalice el arrendamiento (año 25 o 35) (en adelante la "Transacción"). Los documentos que se presentarían en el Registro de la Propiedad serían (i) compraventa de las oficinas bancarias y (ii) elevación a público de la opción de compra.

A finales de septiembre de 2008 nos pusimos en contacto con el Sr. Pretel para comentar esta cuestión y en fecha 29 de septiembre de 2008 nos reunimos con parte de la Comisión en la que estaban, entre otros, Doña Carmen de Grado y doña Belén Andujar (no recuerdo el nombre de los demás registradores presentes), aportando un dossier con una serie de resoluciones. A mediados de octubre nos llamó Doña Carmen de Grado para indicarnos que, aunque el tema había sido muy debatido, lo consideraban viable, dándonos al efecto la referencia a una resolución de la Dirección General ("DGRN") que apoyaba nuestra postura, y siempre sujeto al análisis más en detalle, una vez presentáramos el borrador del contrato. Sin embargo, el asunto quedó parado hasta diciembre de 2009, en que se ha reanudado el proceso.

Análisis de los fundamentos jurídicos. La opción de compra que regula el artículo 14.1 del Reglamento hipotecario señala como plazo el de 4 años, sin perjuicio de que algunas Comunidades Autónomas como Cataluña (ex art. 568-8 de la ley catalana 2006/418), o Navarra (ley 461 de la Compilación) amplíen el plazo a 10 años; plazos máximos de los que la transacción debatida excede (35 años), y por tanto, aunque sería posible pactar prórrogas automáticas, la protección pretendida no sería total, ya que las prórrogas surtirían efecto desde su fecha (ex resolución DGRN 30.09.1987) y por tanto, de existir cargas o adjudicaciones judiciales en ejecución de embargos o hipotecas inscritos con posterioridad a la opción pero antes de la prórroga, aquéllas tendrían, después de la prórroga, un rango preferente frente a la opción, que se vería perjudicada por las mismas.

Aunque el propio artículo 14 del Reglamento hipotecario permite la inscripción de la opción por todo el plazo del arrendamiento en su apartado 2., dicho apartado se viene refiriendo a supuestos en los que lo que se inscribe es todo el arrendamiento con opción de compra.

En el presente supuesto lo que planteamos es la inscripción sólo de la opción de compra, pero por todo el plazo de un arrendamiento que forma parte de la misma transacción pero que no se eleva a público. Como argumentos para defender esta posibilidad señalamos los siguientes:

1. La opción de compra se configura en la Transacción como un derecho real al amparo del "*numerus apertus*" que permite el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y por tanto no le sería de aplicación el artículo 14 del Reglamento hipotecario, siendo requisito fijar un plazo dado el principio de especialidad, pero sin que éste tenga que ser necesariamente el del artículo 14 o el más amplio fijado por la legislación de la comunidades autónomas.

En este sentido cabe mencionar las siguientes resoluciones de la DGRN que adjunto:

Resolución de 7 de diciembre de 1978: Dicha resolución señala literalmente "*que la distinción entre la opción constituida como derecho real y el contrato de opción inscribible conforme al artículo 14 del Reglamento sólo tiene trascendencia a efectos de determinar los requisitos de inscripción ya que el derecho real se inscribe sin más, sin los requisitos del artículo 14 del Reglamento hipotecario*", señalando "*la necesidad de que quede claramente determinada la extensión del derecho que se pretende inscribir*".

Resolución de 7 de septiembre de 1982: Permite asimismo configurar la opción al amparo del *numerus apertus*, "*supuesto radicalmente distinto (..) sería aquél en que pactada la opción como derecho real por voluntad expresa y suficientemente documentada de las partes, al amparo del sistema de numerus apertus contenido en el artículo 7 del Reglamento hipotecario (..)*".

Resolución de 10 de abril de 1987, que señala que "*conviene en este caso precisar que no podría haber sido insuficiente para negar la inscripción, dado nuestro sistema de numerus apertus, el que el derecho de adquisición no responda exactamente (..) al tipo previsto en el artículo 14 del Reglamento hipotecario*".

Como referencia especial a Cataluña, señalar que, aunque el artículo 568-8 antes citado establece el plazo de 10 años también cuando la opción se configura como derecho real, apartado 1. "*el derecho real de opción de compra puede constituirse por un tiempo máximo de diez años*", en el apartado 3. señala que "*la duración del derecho de opción constituido como pacto o estipulación integrados en otro negocio jurídico no puede superar la de éste, con las prórrogas correspondientes*." Por tanto, entendemos que en la Transacción podría sostenerse que la opción se pacta junto a otro negocio jurídico (el "arrendamiento"), y por tanto, durante toda la duración de éste.

2. El que el arrendamiento y la opción de compra se suscriban en un mismo contrato privado, viniendo la opción vinculada a que su ejercicio se verifique una vez finalizado el arrendamiento, no requiere necesariamente la inscripción del arrendamiento que lo causaliza.

Resolución de 26 de mayo de 2005: En un supuesto en el que se condicionaba suspensivamente el ejercicio de la opción a que el optante fuere arrendatario en el momento de ejercicio, denegando el Registrador la inscripción alegando "*existir un doble negocio - arrendamiento y opción de compra - y que al no saberse los términos del primero queda indeterminado el ejercicio del segundo y en definitiva la voluntad de uno de los contratantes*", la DGRN resolvió que podía inscribirse señalando que "*Y para su acceso al Registro debe predicarse lo mismo siempre que tengan carácter real o trascendencia real inmobiliaria. Y como nuestro ordenamiento permite la inscripción del derecho de opción así como el modo y condiciones del derecho que se inscriba, no se observa en la escritura calificada precepto alguno limitativo de la libertad de los contratantes, ni expresado por el Registrador en su nota, que haga que el negocio tal y como ha sido constituido choque contra ninguno de los preceptos hipotecarios ni adolezca de los requisitos que se exigen para que pueda tener acceso al Registro*".

3. Si bien es cierto que las Resoluciones de la DGRN de 12 de mayo y 21 de junio de 1994 en relación a la figura del *leasing*, establecen que no puede procederse a la inscripción separada de las facultades que lo integran (goce y opción de compra) en la medida en que se trata de un negocio jurídico único, aún cuando admiten la posibilidad de inscribir la compraventa en ejercicio de la opción sin que se haya inscrito previamente el arrendamiento financiero; entendemos que el arrendamiento y la opción de compra objeto de la Transacción son figuras sustancialmente distintas a las del *leasing inmobiliario*, sin que por tanto le sea aplicable la doctrina de dichas resoluciones.

Contrato de opción de compra. Aún cuando todavía hay determinados aspectos en negociación que no afectan sustancialmente a lo que es la figura que sometemos a vuestra calificación, os enviamos un primer borrador de lo que sería la elevación a público parcial de la opción de compra, y por tanto, del documento que llegaría a los Registros de la Propiedad. Como veréis, está integrado por la pro forma de escritura de elevación a público y por la del documento privado en los extremos en que se eleva a público.

Cuestión adicional. Por otra parte, en la negociación ha surgido un punto que aún está en debate, pero del que nos gustaría conocer igualmente vuestra opinión.

La compraventa por parte del inversor institucional se llevará a cabo mediante financiación de varios bancos, constituyendo hipoteca sobre los activos hipotecados. A este respecto nosotros pretendemos que la opción se inscriba con anterioridad a la hipoteca, si bien los Bancos plantean que hipoteca y opción de compra se inscriban con igualdad de rango.

A este respecto lo cierto es que el artículo 241 del Reglamento hipotecario se refiere a la posposición de hipotecas, y aunque, hay varias resoluciones que lo extienden a los supuestos de condiciones resolutorias, lo cierto es que no hemos encontrado una resolución que admita la igualdad de rango entre derechos de distinta naturaleza como serían la hipoteca y la opción de compra.

No obstante en los "*Comentarios de Jurisprudencia Registral*" a la Resolución de la DGRN de 26 de marzo de 1999 del Registrador Pedro Ávila Navarro (que adjuntamos) se señala que "*En cuanto al rango hipotecario, es evidente que viene dado por el asiento de presentación y no por la voluntad de las partes ni por una decisión del Registrador. Los interesados pueden pactar sobre el rango de sus respectivos derechos, conviniendo la igualdad, la posposición o la permuta; (.)*".

En este sentido, como cuestión independiente, les agradeceríamos también su opinión sobre este particular.

CONTESTACIÓN. La consulta plantea dos cuestiones, en principio, independientes entre sí:

Se consulta, en primer lugar, acerca de la posibilidad de que el derecho de opción de compra "*otorgado en el marco*" de un contrato de "*sale & lease back*" pueda ser inscrito en el Registro aun cuando no se produzca la inscripción de la parte del contenido del contrato complejo de "*sale & lease back*" referida al contrato de arrendamiento. Dicho contrato se define, por la entidad consultante, como una "*transacción compleja*", consistente en "*en la venta por parte de Banco de Sabadell a un inversor institucional de gran parte de sus oficinas en todo el territorio nacional, otorgándose simultáneamente un contrato privado de arrendamiento por un plazo máximo de 35 años (pudiendo desistir el arrendatario al finalizar el año 25) y opción de compra en el momento en que finalice el arrendamiento (año 25 o 35)*".

Por lo tanto, del tenor literal de la consulta planteada resulta que el derecho de opción de compra acerca de cuya inscripción se consulta, forma parte integrante del contenido de un contrato complejo de compraventa con arrendamiento o sale & lease back.

Así, al considerar la inscribibilidad del derecho de opción de compra, debemos partir de su integración en un contenido contractual más amplio y de carácter inescindible: la opción de compra aparece configurada con la finalidad de hacer posible que el optante, a través de su ejercicio, recupere el dominio de un conjunto de activos cuyo uso ha mantenido de forma ininterrumpida y cuya enajenación realizó con una finalidad financiera: obtener liquidez, conservando el uso de los activos transmitidos y readquirir éstos transcurrido un plazo determinado.

No obstante, del texto de la consulta y del borrador de contrato privado que se acompaña, resulta que el contrato de arrendamiento integrado en el transacción no tiene carácter de arrendamiento financiero, de modo de que conlleve de forma necesaria y por imposición legal un derecho de opción de compra a favor del arrendatario por un precio determinado sobre el valor residual, sino que se configura como un arrendamiento operativo, o renting, constituyéndose el derecho de opción de compra a favor del arrendatario, según indica el citado borrador, como un derecho real, que aun teniendo naturaleza específica e independiente de la del arrendamiento, constituye con éste una “unidad en el marco de la transacción”, por lo que “las partes convienen expresamente que dichos derechos no podrán separarse ni cederse independientemente el uno del otro, siendo imprescindible para el ejercicio por el optante de la opción de compra que, al tiempo de su ejercicio, mantenga su condición de arrendatario, lo que se configura como condición esencial para el ejercicio de la opción .” (Cláusula 20.1).

Igualmente, y dado que el derecho de opción se integra en una relación más compleja, constituida por la venta y posterior arrendamiento, se señala en la Cláusula 20.3 del borrador que “ en la medida en que esta opción se otorga en el marco de la transacción, las partes tienen convenido que esta opción se conceda de forma gratuita, sin cargo o prima alguna a cargo del optante.” Las cláusulas 20.4 y 20.5, al fijar el plazo de duración de la opción y sus condiciones de ejercicio, establecen como plazo de duración el del contrato de arrendamiento, esto es, 35 años, y excluyen la posibilidad de su ejercicio antes del mes inmediatamente anterior al transcurso del plazo del contrato de arrendamiento de obligado cumplimiento (25 años) o, transcurrido dicho mes, antes del mes inmediatamente anterior a la finalización del plazo contractual (35 años). Se indica, además, en dichas cláusulas, que el derecho real de opción trae causa de la Transacción, encontrándose integrado en ella como negocio independiente. Para la fijación del precio de la compraventa, la cláusula 20.6 establece que su fijación se realizará asumiendo “que los inmuebles son arrendados al Banco de Sabadell en los mismos términos y condiciones del Arrendamiento, y con una duración arrendaticia mínima de 5 años de obligado cumplimiento”, de lo cual parece resultar que el precio de venta se fijará como si el activo objeto de venta se vendiera sujeto a un contrato de arrendamiento.

La cláusula 20.7 prevé la posibilidad de ejercicio anticipado de la opción a precio reducido, con ocasión de determinadas circunstancias resultantes de la actuación del contenido del contrato de arrendamiento (Obligación del arrendador de aceptar la sustitución, incumplimiento de las obligaciones relativas a la transmisión de los inmuebles, ejercicio de la opción y supuestos de resolución para el arrendatario) La cláusula 20.8 establece que la opción únicamente podrá cederse conjuntamente con el arrendamiento.

Por su parte, en la definición del término Contrato, establecida el apartado DEFINICIONES, de la cláusula 20, se establece que respecto de cada uno de los inmuebles, y por separado para cada uno de ellos, el Contrato está integrado por “la unidad indisoluble formada por las condiciones generales y particulares, junto con sus respectivos anexos y apéndices, que forman parte integrante e inseparable del mismo”. A su vez, al definir los conceptos de Condiciones Generales y Particulares, se consideran como tales términos referidos, conjuntamente, al Arrendamiento y la Opción.

Finalmente la opción se define como “el derecho real de opción de compra concedido por el concedente al optante, en el marco de la transacción (...), y que se configura como derecho conexo al arrendamiento, pero no subordinado a éste, según se prevé y regula en la cláusula 20.”

De todo ello, resulta que aun cuando en la redacción del contrato a que la presente se refiere se insiste en calificar el derecho de opción constituido como “independiente” del contrato de arrendamiento, lo cierto es que tal afirmación resulta claramente contradicha

por el contenido transcrito, a partir del cual se ha de entender que arrendamiento y opción forman, respecto de cada inmueble, una unidad negocial indisoluble, a la que ha de entenderse a aplicación la exigencia de acceso conjunto al Registro.

La posibilidad de que el derecho de opción quede integrado en el contenido de una relación jurídica compleja y determinado por ésta, queda previsto por el legislador, no sólo para el contrato de leasing inmobiliario, sino también para otros negocios jurídicos, según resulta de lo previsto por el artículo 568.8.3 del Libro V del Código Civil de Cataluña, que se refiere al derecho de opción constituido como pacto o estipulación en otro negocio jurídico, y la Ley 461 de la Compilación Navarra, de la cual resulta la posibilidad de configurar el derecho de opción como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca, u otro derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, o del propio artículo 14 del Reglamento Hipotecario, en cuanto se refiere a al derecho de opción de compra o al pacto o estipulación expresa que lo establezca en algún otro contrato inscribible.

También la DGRN, en la resolución de fecha 10 de abril de 1987, citada por la entidad consultante, considera la posibilidad de inscribir el derecho de opción aunque no responda exactamente al tipo previsto en el artículo 14 Rh, precisamente por que en el supuesto a que se refiere la opción se integraba en una relación jurídica compleja resultante de la celebración de un contrato de cesión de solares a cambio de una contraprestación de la que forma parte, para su determinación, el derecho de opción concedido al cedente de los solares.

En el supuesto planteado, la opción se integra en un contrato de venta con arrendamiento y opción de compra cuya finalidad unitaria es permitir al vendedor obtener liquidez conservando, al tiempo, el uso de su cartera de activos inmobiliarios y, finalizado un plazo determinado de duración del contrato de arrendamiento, readquirir el bien. Por tanto, una y otra titularidad, la arrendaticia y la resultante de la opción, tienen una misma causa de existencia, que las define y delimita en función de su finalidad unitaria. O dicho de otro modo: los elementos subjetivos y objetivos que integran las relaciones jurídicas surgidas de la venta, arrendamiento y la opción, se configuran en unos términos, y no en otros, en función de la finalidad con que se constituyen, y por razón de su existencia conjunta. Por ello resulta inevitable:

-- Que la titularidad del derecho de opción se atribuya al “arrendatario” y, por tanto, al vendedor de los activos, en la medida en que conserve tal condición, de forma que no podrá cederse el derecho de opción a un tercero que no sea arrendatario y se perderá a favor de quien se subroga en la titularidad arrendaticia.

-- Que la duración del contrato de opción y la fecha a partir de la cual podrá ejercitarse queda determinada en función del precio de venta del activo, y de la duración prevista para el contrato de arrendamiento, a través del cual el comprador arrendador recupera, vía rentas, el coste de adquisición del bien, con la carga financiera que corresponda. Por tanto, es la operación compleja de venta con arrendamiento la que define el momento en que la opción podrá ejercitarse. No se podrá ejercitar antes, pues ello impediría al comprador arrendador obtener ganancia financiera alguna tras la operación realizada.

Parece, por tanto, que aun cuando el derecho de opción no suponga el pago de una última cuota de amortización, como ocurre en el leasing, y su ejercicio deba realizarse por un valor de mercado, la determinación de su titularidad y régimen de ejercicio está tan ligada a una operación previa que le sirve de causa que no parece que pueda acceder al Registro con carácter independiente de las demás contratos que integran dicha relación.

No se considera de posible aplicación al supuesto de hecho al que se refiere la consulta lo previsto en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 2005, citada por la consultante, en la que la Dirección entiende que no es

exigible, como requisito para inscribir un derecho de opción, la previa inscripción de un contrato de arrendamiento cuya existencia se configura como condición suspensiva para el ejercicio del derecho de opción. En efecto, el supuesto resuelto por el Centro Directivo y el aquí considerado, presentan una diferencia fundamental que no puede ser desconocida: mientras en el primero la existencia del contrato de arrendamiento aparece configurado como un elemento accidental de la relación jurídica surgida de la constitución del derecho de opción, y sólo actúa como condición suspensiva de su ejercicio, en el supuesto al que la consulta se refiere el contrato de arrendamiento, y el resto de la relación jurídica derivada de la transacción de sale & lease back, se configura como elemento esencial en la determinación del contenido y titularidad del derecho de opción, en cuanto fijan, de acuerdo con una finalidad unitaria, la identidad del titular del derecho, su duración y el régimen de su ejercicio.

Por tanto, definida la opción en función de su integración en un contrato complejo en el que tiene su origen, la inscripción unitaria de éste y, con ello, de la titularidad arrendaticia y el derecho de opción queda impuesta por la legislación hipotecaria sobre la base de los siguientes fundamentos de derecho:

Los artículos 2 y 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 de su Reglamento, que atribuyen a nuestro sistema registral carácter causal, de tal forma que en el Registro de la Propiedad se inscriben los títulos materiales de los que resultan los derechos reales inmobiliarios que el Registro publica, conformando, a través de los efectos materiales resultantes de la inscripción, su plena eficacia.

Es por ello que el principio registral de determinación impone la constancia en el Registro de la naturaleza y extensión del derecho, con expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el derecho, debiendo expresarse en el acta de inscripción, al identificar el derecho inscrito, el título genérico de adquisición.

Y es evidente que, en el supuesto que nos ocupa, la determinación de las características del derecho de opción de compra concedido al Banco de Sabadell, tienen su origen y causa en el contrato de sale & lease back, cuyo contenido, incluida la titularidad arrendaticia que incluye, debe ser inscrito.

Según se ha visto, la inscripción del derecho de opción ha de hacer referencia a la existencia y contenido de la relación compleja en que tiene su origen y definición, como única forma de determinar el derecho que se inscribe. Y tal referencia no cabe, de conformidad con lo previsto en los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, respecto de derechos que, siendo inscribibles, como lo es el arrendamiento, no figuren inscritos, pues ello generaría una mención de derecho susceptible de inscripción separada y especial que, sobre no producir efecto alguno (artículo 29 Lh), en caso de existir, debe ser canceladas por el registrador.(artículo 98 Lh)

Los principios registrales de tracto sucesivo y legitimación, en la medida en que, al quedar integrado el derecho de opción en una relación compleja de sale & lease back, se ha de entender que la legitimación dispositiva sobre el derecho de opción que se pretende inscribir debe quedar ligada a la titularidad arrendaticia. Dicho de otro modo: el derecho de opción se constituye con el fin de que el arrendatario que vendió los bienes arrendados para obtener liquidez, pueda recuperarlos transcurrido un periodo de tiempo durante el cual ha conservado su uso a través de un contrato de arrendamiento. Por tanto, no puede considerarse querido por las partes que la titularidad de la opción pertenezca a persona distinta del vendedor-arrendatario, salvo que éste ceda a un tercero toda su posición en la relación jurídica compleja creada.

Dada tal situación, si se procediera a inscribir el derecho de opción y a dejar fuera del Registro la titularidad arrendaticia, los efectos legitimadores derivados de la publicidad

material del Registro se producirían sólo respecto del derecho de opción, y no así respecto de la titularidad arrendaticia. Ello podría provocar situaciones contrarias al destino unitario al que se hallan sujetos arrendamiento y opción, tales como la posibilidad de inscripción de la transmisión del derecho de opción a un tercero distinto del arrendatario, pues el registrador no tiene medios para identificar a éste, o la subsistencia tabular del derecho de opción una vez extinguido el arrendamiento que le sirve de causa, como consecuencia de la transmisión, ya voluntaria, ya forzosa, del dominio de la finca gravada. Así, mientras el arrendamiento se extinguiría de forma automática, por así imponerlo la legislación arrendaticia y el Código Civil, el derecho de opción subsistiría inscrito, presumiéndose su existencia, mientras no consintiera en su cancelación su titular registral.

No obstante lo hasta aquí expuesto, procede, para atender todo lo planteado en la consulta, considerar una última cuestión: la de si para el caso de que se constituyera el derecho de opción con carácter independiente del contrato en cuyo marco se pacta, sería posible su inscripción aislada, como derecho real, por un plazo superior al previsto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. El criterio que aquí se sostiene es el negativo, por las razones siguientes:

La configuración expresa del derecho de opción como un derecho real no deja éste fuera del ámbito de aplicación del artículo 14 Rh, pues no puede entenderse que dicho artículo sea únicamente de aplicación a aquel supuesto en el que la facultad de optar resultante de la celebración de un contrato de opción o de una estipulación o pacto contenido en otro contrato se establezca con carácter meramente obligacional. Ciertamente, la configuración convencional del derecho de opción puede atribuir a éste carácter personal o real, y según tenga uno u otro, presentará en cuanto a su transmisibilidad y posibilidad de ejercicio las características resultantes de una u otra naturaleza.

Sin embargo, en ambos casos quedará sujeto, en la medida en que se pretenda su acceso al Registro de la Propiedad, al plazo máximo establecido por el Reglamento Hipotecario. El legislador, en el artículo 14, sujeta a una limitación temporal la duración de los efectos que la publicidad material del Registro haya de producir respecto de la eficacia del derecho de opción inscrito. Y ello, ya se trate de derechos de opción configurados con carácter personal o con carácter real, pues el fundamento de la limitación es el mismo.

Sólo en el caso de que exista una regulación sustantiva del derecho de opción, como ocurre en Cataluña o Navarra, cabría plantearse la posibilidad de admitir su inscripción por plazo superior. No se plantea tal problema en Navarra, pues la Ley 460 distingue entre el plazo establecido para la opción, cuyo máximo es de diez años, y aquel máximo con el que puede ser inscrita, que será de cuatro años, coincidente con lo previsto en el Reglamento Hipotecario, recogiendo el argumento anterior y poniendo de manifiesto la distinción entre el plazo de duración del derecho y aquel durante el cual el legislador quiere que la opción pueda generar los efectos resultantes de la presunción de exactitud del registro y de los principios de ella resultantes, legitimación y fe pública registral. Más problemas se presentan en relación con la legislación Catalana, donde no se prevé tal distinción, y donde cabe plantearse si la determinación del plazo máximo de 10 años prevista en el artículo 568.8 del Libro V del Código Civil altera o no, a efectos de la inscripción del derecho de opción, el máximo previsto en el artículo 14 Rh.

Por tanto, fuera de éste último supuesto, y de acuerdo con el criterio que resulta de lo previsto en la legislación Navarra, se ha de considerar el plazo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario aplicable a cualquier derecho de opción, cualquiera que sea su configuración real o personal, que pretenda su acceso al Registro, salvo que se halle integrado en un contrato complejo del que forme parte, en cuyo caso podrá inscribirse con la duración de éste.

El de opción participa de la naturaleza de los derechos de adquisición preferente, y al igual que el de retracto, atribuye a su titular una facultad potestativa de adquisición a la que cabe reconocer eficacia real y carácter inscribible, mas no un contenido que atribuya facultades sobre su objeto susceptibles de duración ilimitada o, mejor dicho, no sujeta a la limitación temporal establecida en la norma.

En relación con la segunda cuestión planteada, referida a la posibilidad de que sea inscrito un pacto de igualdad de rango entre el derecho de opción constituido a favor del arrendatario, y la hipoteca que garantice la financiación obtenida por el arrendador para la adquisición de los inmuebles, procede en primer lugar considerar los efectos que resultarían de dicho pacto.

Así, de admitirse su posibilidad y ser inscrito, resultaría que en caso de ejercicio de la opción, la hipoteca constituida por el arrendador subsistiría, gravando la titularidad dominical adquirida mediante el ejercicio de la opción. Del mismo modo, en caso de ejecución de la hipoteca vigente el derecho de opción, el rematante que adquiera el dominio de la finca lo hará con subsistencia de la opción. En este último caso, además, será preciso que el rematante se subrogue en el contrato de arrendamiento al que está indisolublemente vinculada la opción pues, de otro modo y, según lo previsto en el borrador de contrato, el arrendamiento se extinguirá y, con él, el derecho de opción.

Entendido el rango como la cualidad del derecho real inscrito que le atribuye, por razón de su fecha de inscripción, una determinada posición de prioridad respecto de otros derechos inscritos y de existencia compatible con el primero, se ha de entender que la negociación sobre el mismo supone la alteración convencional de dicha posición, que será la que resulte de la voluntad de los respectivos titulares y no la determinada por la fecha de los respectivos asientos. La doctrina es favorable a la admisión de tales negocios, si bien, en la medida en que puedan afectar a terceros titulares de otros derechos inscritos será necesario su consentimiento.

A la vista de lo anterior, y planteada la cuestión de si es admisible el negocio jurídico en cuya virtud los titulares del derecho de opción y de la garantía hipotecaria pactan que, no obstante la inscripción sucesiva de ambos, los efectos de sus inscripciones deban producirse como si ambas se hubieran producido de forma simultánea, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 227 Rh para las hipotecas, se considera que no existe norma que excluya su posibilidad, y que lo expresamente previsto por la legislación hipotecaria para las hipotecas es aplicable a la inscripción de otros derechos cuya coexistencia sobre un mismo objeto, sujeta a reglas de prioridad, sea posible.

Así, en principio, sería admisible el pacto de igualdad de rango entre la inscripción de un derecho de opción de compra, que anticipa a la fecha del asiento los efectos de la transmisión resultante del ejercicio de la opción, y la inscripción de un derecho real de hipoteca, que anticipa a la fecha del asiento los efectos de la transmisión resultante de la ejecución hipotecaria. Ambas inscripciones, la de la opción y la de la hipoteca, comparten una finalidad común: sujetar el bien gravado con la opción o con la hipoteca a los efectos resultantes de su ejercicio y, con ello, a la transmisión que pueda resultar, cualquier que sea su titular posterior, y con purga de las cargas inscritas con posterioridad.

Por tanto, si es admisible el pacto de igualdad de rango entre hipotecas, entendemos admisible el pacto de igualdad de rango entre hipoteca y opción de compra. No obstante, en el supuesto planteado, la indisoluble unión entre arrendamiento y opción de compra hacen que la subsistencia de la opción, en caso de ejecución de la hipoteca constituida por el arrendador, quede dependiente, no sólo del rango registral de la inscripción del derecho de opción, sino de la voluntad del posible rematante de subrogarse en la titularidad activa del contrato de arrendamiento.

Por tanto, el pacto de igualdad de rango, aun admisible desde el punto de vista hipotecario, podría dificultar extraordinariamente la financiación hipotecaria de la operación, pues el acreedor hipotecario no podría realizar el valor de los bienes hipotecados más que con subsistencia no sólo del derecho de opción, sino del contrato de arrendamiento que con aquella está vinculado.

CONCLUSIÓN: Por tanto, y como conclusión, cabe señalar que no resulta admisible la inscripción del derecho de opción de compra, según aparece configurado, sin previa inscripción del contrato de arrendamiento al que, no obstante su diferente naturaleza, se halla indisolublemente unido, en cuanto integrantes ambos de una relación compleja de sale & lease back.

Igualmente, se considera que, de configurarse el derecho de opción como realmente independiente de la operación de venta con arrendamiento, de forma que pudiera inscribirse sin la previa inscripción de dicho contrato, su inscripción no podría realizarse por un plazo superior al máximo previsto por la regulación aplicable al mismo y, por tanto, nunca más allá de los 10 años previstos en el artículo 568.8 del Libro V CC Cataluña, en los casos en que dicha norma sea aplicable, y no más allá del plazo de cuatro años previsto en el artículo 14 del RH, en los demás casos.

Finalmente, se considera admisible el pacto de igualdad de rango entre la inscripción del derecho de opción y la de la hipoteca”.

No obstante, un sector de compañeros consideró posible, con base a la resolución de 26 de mayo de 2005, la inscripción del un derecho real de opción de compra -sin la del arrendamiento- que, aun totalmente independiente del arrendamiento, por: no ser éste la causa de la opción, no ser causa de resolución de la opción el impago de la renta, no existir la obligación de mantener unidas ambas titularidades ni consistir el precio de adquisición un valor residual o minorado de alguna manera por las rentas satisfechas; esté condicionado en cuanto a su ejercicio a la titularidad del arrendamiento, y también ampliado su plazo en la medida en que se mantenga dicha titularidad el arrendamiento.

Se alega a favor de este criterio que el artículo 16 del RH permite la inscripción del derecho de retorno sin la previa inscripción del arrendamiento sino simplemente acreditando su existencia, y que se pueden garantizar con hipoteca prohibiciones de disponer que, no obstante, no ser inscribibles su reflejo en el Registro, no produce su cancelación como mención, por lo que ese reflejo del arrendamiento no implicaría la necesidad de su inscripción.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-P: La Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A. es titular fiduciaria de un bloque de viviendas, cuya titularidad dominical pertenece al Ayuntamiento de Madrid. Dichas viviendas están arrendadas, y ahora la EMV procede a la venta directa de las mismas en favor de los arrendatarios, sin que en la escritura conste ningún expediente administrativo de venta.

Precisando más se señala que de la documentación aportada para el estudio en el Seminario resulta que, según certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Madrid el 27 de noviembre de 1985, el Pleno del Ayuntamiento acordó, respecto de determinados inmuebles que se relacionan, *“Transferir la titularidad fiduciaria que la Corporación ostenta junto con la dominical, de las fincas que a continuación se relacionan, a la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, Sociedad Anónima, cuyo Consejo de Administración será el titular que la ostente, pudiendo delegar, a efectos de formalización de los actos de disposición y administración que del ejercicio de la misma surjan, en el Consejero Delegado, única y exclusivamente.- Tal titularidad formal fiduciaria*

será ejercitada exclusivamente por la Empresa Municipal de la Vivienda, única y exclusivamente en el ámbito que se derive del cumplimiento de los objetivos sociales para los que fue creada.”

Las preguntas que se planean son: ¿Existe cobertura legal para esta venta directa en favor de los arrendatarios? ¿Qué tramitación necesaria exigiría dicha enajenación directa?

R: En primer lugar se señala lo siguiente:

a) El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales prevé la subasta como procedimiento de enajenación, salvo en los casos de permuta especialmente regulados, y sin que exista en dicho Reglamento excepción alguna por razón de procederse a la venta en favor de los arrendatarios de los bienes a enajenar.

b) Es cierto que en el art. 137 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas se prevé la posibilidad de enajenación directa en favor de aquéllos que ostenten derecho legal de adquisición preferente, pero dicho art. 137 no aparece dentro de la lista de los artículos identificados como legislación básica aplicable al resto de Administraciones Públicas, y la Dirección General ya ha establecido que dicha regulación no se aplica como subsidiaria a las Entidades locales en varias resoluciones.

El problema consiste en decidir cuál es el verdadero significado y alcance de esta transmisión de titularidad fiduciaria, ya que la solución es diferente según la titularidad pertenezca a la EMV o al Ayuntamiento. Como se dijo ya en la Circular 13/2008, a propósito de la intención del Ayuntamiento de vender el suelo a los superficiarios, mientras en el primer supuesto no existe ningún inconveniente a la venta de las fincas a los arrendatarios, en el segundo nos encontramos con la necesidad de la transmisión de las fincas en concurso público establecida en los artículos 178 de la Ley del Suelo de la CAM de 17 de julio de 2001 y 91 de la Ley de Administración Local de la CAM de 11 de marzo de 2003.

Este problema es el central que se plantea en todo negocio fiduciario, es decir, la naturaleza y alcance de la situación que el negocio proporciona al fiduciario: propiedad fiduciaria o titularidad fiduciaria (Díez-Picazo, Sistema de Derecho Civil, Volumen II). Según este autor hay dos tesis contrapuestas. Para una el fiduciario es un propietario y nada más. La propiedad transmitida al fiduciario es plena y verdadera propiedad. Para otros, en cambio, la propiedad es una propiedad “minada” por el pacto obligatorio o con suficientes particularidades o limitaciones para considerarla como una “propiedad especial”. No sería una propiedad eficaz inter partes, sino sólo frente a terceros o terceros de buena fe. Finalmente otro dicen -y Díez-Picazo la considera como la tesis más correcta- “que en virtud del negocio fiduciario se produce una diversificación: hay una propiedad formal y una propiedad real. La propiedad fiduciaria es eficaz frente a terceros de buena fe. Inter partes se producen también sus efectos en tanto no se hayan cumplido las finalidades de la fiducia. El fiduciario puede, pues, oponerse justamente a retransmitir la cosa al fiduciante o a un tercero destinado para ello, en tanto que dichas finalidades no se hayan cumplido. El fiduciante es, sin embargo, tanto inter partes como frente a terceros que no sean adquirentes de buena fe de los bienes, el propietario real”.

Pero todas estas teorías acerca del negocio fiduciario se han elaborado en el ámbito del derecho privado y encajan mal con los principios generales de publicidad y transparencia por los que se rige el patrimonio de las Administraciones Públicas y el régimen de administración y disposición sus bienes, por lo que habrá que hacer una interpretación del acuerdo del Ayuntamiento basada en la menor transmisión de estos derechos y entender, mientras no se acredite otra cosa que los bienes siguen siendo de titularidad del Ayuntamiento pues, de otro modo, quedarían fácilmente burlados los requisitos que se impone para la disposición y transmisión de los bienes de estos organismos públicos.

Estos requisitos son, en principio, la necesidad de subasta pública (artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales) salvo en los supuestos de los artículos 112.2 -enajenación mediante permuta- y 115 - parcelas sobrantes de vía pública- del mismo Reglamento. Teniendo en cuenta, además, que la DGRN se ha mostrado muy estricta en cuanto a la no aplicación con carácter supletorio de la legislación estatal a los bienes de los Ayuntamientos, para favorecer una enajenación directa en caso de que queden desiertas las subastas celebradas.

No obstante, la mayoría entendió que también podría aplicarse en este supuesto, los mismos argumentos que se dieron en la citada circular 13/2008 para la venta directa de las cuotas de solar a los propietarios superficiarios de los pisos por las siguientes razones:

a) La aplicación supletoria del artículo 137-4-g) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de noviembre de 2003 que permite la venta directa -sin concurso ni subasta- de bienes de la Administración a los ocupantes del inmueble, y por similitud con los concesionarios a los que también se permite la venta directa en la letra f) del mismo artículo en relación con el artículo 103 de la propia LPAP.

b) Esta aplicación supletoria en aquello no expresamente previsto por la legislación autonómica encuentra su base legal, que la Comunidad Autónoma de Madrid ha reconocido en supuestos semejantes, fundamentalmente en los artículos 149 número 3 último inciso de la Constitución Española que establece que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”; el artículo 88-3 de la Ley 2/2003 de Administración Local de la CAM que señala que “el régimen de cada categoría de bienes será el dispuesto por la legislación estatal correspondiente”, y en el artículo 50-4 de la Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad Autónoma que permite la enajenación directa de bienes inmuebles de ésta en supuestos semejantes a los de la Administración estatal entre ellos “cuando existan derechos de adquisición preferente a favor de terceros o razones excepcionales debidamente justificadas”. En todo caso sería conveniente la autorización de la Comunidad Autónoma o, al menos un informe favorable que ratificara este criterio.

2.-P: En unas inscripciones hereditarias a favor de una Diputación provincial consta como limitación testamentaria del legado que “si la finca se vende por la Diputación deberá ofrecer a la finca a sus sobrinos A, B, C, D y E.”.

Ahora la Diputación ha subastado las fincas y en el expediente de la subasta consta que dos de dichos sobrinos -respecto de fincas distintas-, uno inmediatamente de la celebración de la subasta y otro a los dos días, solicitaron la adjudicación por el precio de la subasta. Consta igualmente la denegación de esa petición porque, según la Diputación, dicha manifestación de intenciones la debían haber hecho antes de la subasta. ¿Es inscribible la venta?

R: Unánimemente se considera que la figura creada en el testamento, no obstante su vaguedad, debe asimilarse a las del tanteo y el retracto, por lo que la Diputación debió anunciar en la subasta esa circunstancia y, ahora, notificar a todos los sobrinos el precio del remate para que puedan ejercitar su derecho de adquisición.

A la Diputación no puede exigírsele vender directamente a los sobrinos, pues existen normas superiores que le obligan a la subasta, pero tampoco puede obligarse a los sobrinos a comprar por un precio de tasación que puede ser inferior al real y al resultante de una subasta.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

1.-P: Se presenta instancia solicitando, al amparo del artículo 432.1 d) del Reglamento Hipotecario, la prórroga de los asientos de presentación números XXXX del Registro de la Propiedad A hasta la completa terminación de procedimiento penal dimanante de las DPA 1109/2005 de determinado Juzgado de Instrucción, concurriendo en todos ellos las siguientes circunstancias:

Al margen de los asientos de presentación cuya prórroga se solicita figuran las siguientes notas:

- 1.- Nota de calificación con defectos
- 2.- Nota de notificación de defectos y prórroga del asiento
- 3.- Nota de presentación de recurso gubernativo y prórroga de asiento
- 4.- Nota de presentación de recurso contra la negativa a tomar anotación de suspensión
- 5.- Nota de recibida la resolución relativa al recurso contra la negativa a tomar anotación de suspensión
- 6.- Nota de interposición de juicio verbal frente a las resoluciones citadas en notas anteriores.

Por otro lado, el contenido del asiento 314 del Diario 70 es literalmente: “- JUZGADO DE INSTRUCCION Nº2 DE XXXXX- con DNI 13742012H presenta a las 12:55 horas, Mandamiento del JUZGADO DE INSTRUCCION Nº2 DE XXXXX de fecha 16 de mayo de 2005, Diligencias previas procedimiento abreviado 1109/2005, de anotación preventiva de admisión de denuncia por supuesto delito de estafa, con prohibición expresa de disposición sobre las fincas de los asientos de presentación 66/560, 66/561, 66/562, 66/563, 66/564, 66/565, 66/566, 66/1451, 66/1452, 67/1164, 67/1165, 67/1166, 67/1444 y 68/68.”

Al margen de este asiento figuran las siguientes notas:

- 1.- Nota de prórroga de este asiento por el tiempo de prórroga del asiento 66/560 y de los demás asientos a que se refiere.
- 2.- Nota de calificación negativa.
- 3.- Nota de aportación de documento complementario
- 4.- Nota de calificación negativa.

De las circunstancias expuestas en el apartado HECHOS resulta:

- 1.- Que los asientos 560 del Diario 66 y demás que se pretenden prorrogar ahora, están ya prorrogados hasta las resultas del Juicio Verbal interpuesto cuya resolución no se ha comunicado a este Registro. Los documentos calificados con defectos tenían por objeto la inmatriculación de fincas.
- 2.- Que el asiento 314 del Diario 70 está prorrogado hasta la resolución de los recursos que pesan sobre los asientos 560 del Diario 66 y demás que se pretenden prorrogar, según resulta de las notas marginales expresadas.

Se plantea la admisibilidad de la prórroga solicitada.

R: Por unanimidad de los asistentes se entendió que no era de aplicación al caso el apartado d) del número 1 del artículo 432 R.H. que dice que el plazo de vigencia del asiento de presentación podrá ser prorrogado: “*En el caso de que, vigente el asiento de presentación y antes de su despacho, se presente mandamiento judicial en causa criminal ordenando al Registrador que se abstenga de practicar operaciones en virtud de títulos otorgados por el procesado. En este supuesto podrá prorrogarse el asiento de presentación hasta la terminación de la causa.*”

En comentarios a este precepto, José Manuel García García indica que se trata de un extraño supuesto introducido en la reforma de 1982, que no parece adaptarse bien al principio de prioridad registral, y que crea una prórroga indefinida, que no se adapta bien a

la brevedad del plazo del asiento de presentación. Por eso, en otro supuesto similar este Seminario entendió que la aplicación del apartado d) del artículo 432.1 del RH debe ser restrictiva por ser excepción al principio de prioridad registral, básico en nuestro sistema y limitarse a los dos supuestos señalados en la Resolución DGRN de 27 de mayo de 1999 y que justificaron su alumbramiento, esto es, supuestos en que, o bien es la propia transmisión presentada la que constituye un acto delictivo cometido por todos los otorgantes, o bien se trataba de un procedimiento en que se enjuiciaba la falsedad del documento presentado, pero no cuando se trata de un título otorgado a favor de un subadquirente que, calificado conforme a la situación registral existente al tiempo de su presentación, habría sido inscrito dando lugar a un posible tercero protegido por el artículo 34 LH. Lo contrario sería reconocer una fisura o quiebra de las adquisiciones protegidas por este fundamental artículo.

En el caso planteado además concurren las siguientes circunstancias:

El mandamiento judicial presentado, según se desprende de su redacción, ordena una prohibición de disponer sobre determinadas fincas (artículos 26 L.H. y 145 R.H.) y no una prohibición de inscribir que es lo que está previendo el artículo 432.1.d) R.H.

La prórroga pretendida presupone la presentación de un mandamiento judicial, y no una simple instancia privada de los interesados. El plazo de vigencia de los asientos y sus posibles prórrogas son materia de orden público, correspondiendo únicamente al Registrador apreciar, bajo su responsabilidad, cuando concurren los presupuestos que determinan la prórroga de los asientos de presentación o su caducidad.

Tal prórroga, en su caso, debió de hacerse constar en su día por el Registrador que practicó el asiento de presentación, si la hubiera estimado procedente a la vista del contenido íntegro del mandamiento presentado. Por el contrario, si, en el ejercicio de su competencia, entendió que no procedía la prórroga del artículo 432.1 d), el asiento de presentación, en los términos en que está redactado, está bajo la salvaguarda de los Tribunales y vincula a la calificación de los Registradores posteriores.

Pero entonces se plantea un segundo problema. Caducados los primeros asientos ¿qué debe hacerse con el posterior que ordena anotar una prohibición de disponer sobre determinadas fincas, si las mismas no se encuentran inmatriculadas?. La mayoría entendió que debe aplicarse la regla del artículo 140 2º RH, esto es, suspender la anotación de prohibición de disponer por no constar inscritas las fincas y, en su lugar, tomar anotación preventiva de la suspensión del mismo. Esto permitirá, además, poder dar de alta las fincas en índices y tenerlas ya controladas a efectos de futuras operaciones sobre las mismas.

2.-P: Supuesto de hecho: 1º.-Está practicada anotación de suspensión por defecto subsanable de disolución de la sociedad A (titular registral) y adjudicación a B

2º.-prorrogado el asiento de presentación siguiente por el que se disuelve B y se adjudica a C.

3º.-prorrogado el asiento de presentación siguiente de expediente de disciplina urbanística contra A

4º.-prorrogados asientos de hipotecas constituidas por el adjudicatario C al disolverse B.

Los títulos 1º, 2º y 3º se presentaron el mismo día. Se plantea:

- Caducada la anotación de suspensión, procede calificar la disolución de B a la que obviamente le falta el título previo. ¿Volvemos a prorrogar ahora por 60 días con posibilidad de nueva anotación de suspensión de la disolución de B? ¿si se subsana se antepone al expediente de disciplina urbanística? (hay que decir que en la realidad la

disolución de B se calificó suspensivamente por falta de título previo y se prorrogó por sesenta días)

- Si al término de la prórroga conforme al 111 del Reglamento Hipotecario no tenemos en el Registro el expediente de disciplina urbanística, caduca el asiento de presentación o, cómo se cuentan los quince días de vigencia del asiento para la inscripción.

R: Efectivamente, una vez caducada la anotación de suspensión por defecto subsanable, procede calificar el documento siguiente que contiene la disolución de la sociedad B y la adjudicación a C. Este documento se calificará negativamente por falta del título previo de disolución de la sociedad A y adjudicación de la finca a la sociedad B. El defecto será subsanable y se aplicará la regla del artículo 105 del Reglamento Hipotecario, puesto que en el título por el que adquiere el adjudicatario C se alega por la sociedad B haberlo adquirido, a su vez, del titular registral A. El asiento de presentación se prorrogará por término de sesenta días hábiles y caben dos posibilidades:

Si durante este plazo de prórroga de 60 días se aporta el título previo que falta, se procederá a su inscripción subsanando así el defecto que se había señalado. Quedaría entonces el historial (partiendo del titular registral A) con una inscripción de dominio a favor de B, y la siguiente inscripción de dominio a favor de C. Llegado el turno de calificar el expediente de disciplina urbanística contra A, se denegará por aparecer inscrita la finca a nombre de persona distinta.

Si no se subsana el defecto de falta de previa inscripción y caduca el asiento de presentación por el que adquiere el adjudicatario C al disolverse la sociedad B, se procederá a extender la anotación correspondiente de haberse iniciado el expediente de disciplina urbanística, puesto que la finca estará a nombre de A. Este asiento se encuentra prorrogado por término de quince días desde el despacho o caducidad del título previo (Artículo 18.2 L.H.).

En cuanto a la cuestión de si la prórroga opera sólo si el título está en el Registro o en cualquier caso, es decir, aún cuando esté retirado, el tema ya se trató en otra sesión del Seminario.

En ella, la mayoría de los asistentes entendió, en base a la actual redacción del artículo 18.2º LH, que el segundo asiento de presentación caduca a los quince días de que caduque el primer asiento o, en su caso, desde la inscripción por haberse subsanado el defecto. Pero para ello es necesario que el título relativo al segundo asiento esté físicamente en el Registro, no operando tal prórroga si en ese momento se encuentra retirado. Argumentan que la prórroga del plazo del asiento de presentación del documento es exclusivamente para su calificación e inscripción y que mal puede realizarse ésta si en el momento de caducidad del primer asiento se encuentra retirado el título presentado en segundo lugar.

Si el documento se encuentra retirado es al presentante al que le incumbe la responsabilidad de una eventual caducidad de asiento de presentación, no pudiendo hacerse depender de su sola voluntad la vigencia de un asiento de presentación que tanta importancia tiene frente a terceros. Este argumento aparece reforzado por la STS Sala 3ª, de 31 de enero de 2001, cuando al declarar la nulidad del párrafo segundo del artículo 97 RH -precisamente relativo a la prórroga del asiento de presentación-dice *“la única solución al problema, que, al parecer, pretende dar el Reglamento con esa regla ilegal, viene ya dada por la Ley mediante la anotación preventiva, o con el recurso gubernativo cuando de defectos subsanables se trata, pero, cuando se está ante la simple retirada voluntaria del título, no puede dejarse a voluntad del que lo retira la duración del asiento de presentación porque de ello dependen derecho de terceros”*.

Frente a ello, una minoría opinó que la prórroga hasta el término del plazo de quince días desde la caducidad o subsanación del título previo se producirá siempre, esté el segundo título en el Registro o se encuentre retirado. Dicen que la ley habla claramente de que “*la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada*” hasta la subsanación o inscripción del título previo, (o hasta su caducidad hay que entender) sin distinguir si el documento está físicamente en el Registro o no. Si el título del segundo asiento se presentara dentro del período de prórroga de quince días, se produciría una nueva prórroga para la calificación e inscripción por el tiempo que falte para completar los quince días. Evidentemente aquí ya no cabría nueva retirada del título, pues la presentación se hace a los exclusivos efectos de calificación e inscripción, no pudiendo prorrogarse indefinidamente el asiento mediante la argucia de sucesivas retiradas y presentaciones. Por el contrario, si el documento se calificara negativamente, daría lugar a una nueva prórroga por término de sesenta días hábiles a contar desde la última calificación.

Sin embargo, ésta última opinión minoritaria va ganando cada vez más adeptos y, de hecho fue la que obtuvo más apoyo en esta sesión, por entender, como ha escrito Francisco Curiel, que en todos los supuestos la prórroga se produce por imperativo legal, porque el legislador lo estima necesario para cohonestar el principio de prioridad y los preceptos sobre plazos para calificación y despacho de documentos. Para facilitar la consecución de tal finalidad el legislador impone al Registrador dos obligaciones: la de poner los “pendes” (art. 426 RH) y la de hacer constar la prórroga de los asientos contradictorios o conexos cada vez que se produzca la prórroga de un asiento de presentación (art. 111,3 y 432,3º RH). Pero, aunque el Registrador, con olvido de la obligación que el reglamento le impone, deje de poner la nota indicativa de la prórroga ésta se produce necesariamente; y por lo mismo, ha de hacerla constar de oficio el Registrador, sin necesidad de solicitud por parte del interesado y con independencia de que el título este o no en el Registro. De haberse estimado necesario alguna de estas cosas, dada su trascendencia, el texto legal las habría impuesto, cosa que no ha sucedido pese a las sucesivas reformas llevadas a cabo.

Lo que parece que no tiene aceptación es la tercera opinión que se apuntó en su día y que aplicaba a estas prórrogas el plazo de treinta días del artículo 434.3º RH, al verse superado por la actual dicción legal.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.-P: Dos sociedades dueñas de un edificio de siete plantas lo dividen horizontalmente en dos entidades: Entidad nº uno: plantas primera a séptima. Entidad nº dos: primero segundo y tercer sótano, parte anterior de planta baja, parte posterior de planta baja y entreplanta.

En el mismo documento disuelven el condominio y cada una se adjudica una entidad, ¿es inscribible?

R: El compañero que ha propuesto el caso cita como punto de partida la RDGRN de 16 de septiembre de 1967 que trata de un supuesto sustancialmente idéntico. En ella la DGRN dice que, para solucionar la cuestión, cabe adoptar dos posiciones extremas: o bien seguir una orientación que, basada en el libre juego de la autonomía de la voluntad, autoriza al propietario a dividir el inmueble en cuantos pisos o locales independientes estime oportuno; o bien entender que debe describirse como finca todo aquello que, según el artículo 3 LPH, constituya “un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente” que tenga salida propia a un elemento común o a la vía pública.

Sin embargo, sigue diciendo la DGRN, ninguna de estas dos posiciones puede aceptarse de una manera total. Así, la primera de ellas pugnaría con el carácter eminentemente imperativo de la LPH, sin desconocer el importante papel que juega en ella la autonomía de la voluntad; y la segunda, impediría la existencia de pisos o locales, incluso desvanes, sótanos, trasteros y anejos de toda clase que, siendo susceptibles de aprovechamiento independiente y teniendo salida a la vía pública o a un elemento común, no se constituyen como propiedad separada con su respectiva cuota, sino que están destinados al servicio de otros locales independientes o adscritos, como elementos comunes, al servicio de todos los propietarios. Por eso, concluye el centro directivo que habrá que acudir a la VERDADERA SITUACIÓN REAL existente, sin poder establecer criterios fijos que impidan la necesaria flexibilidad de notarios y registradores en esta materia, a fin de que, además de tener en cuenta la unidad física -derivada de los propios elementos arquitectónicos que no cabe desconocer- o incluso económica, funcional o de destino (en el supuesto de almacenes, hoteles, etc.) se valoren todas las circunstancias de cada caso y se llegue a la concreción de todo lo que constituye el elemento físico, para lo cual, si bien el principio de la autonomía de las partes interesadas puede ser soberana, siempre habrá de atenderse a aquellas circunstancias, con el fin de que no resulten fincas anormales o poco acordes con la realidad.

Mayoritariamente se entendió correcta la solución dada por la DGRN en la resolución citada y, por consiguiente, tal documento sólo sería inscribible en el caso de que las fincas resultantes de la división horizontal tuvieran una unidad funcional o económica, es decir, una causa justificativa que evite la aplicación de la regla general imperativa que resulta del artículo 3 LPH (por ejemplo que va a constituir una unidad económica de explotación para garajes, hotel, etc.). Téngase en cuenta que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1976 “la ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa.

Pero por una minoría se consideró que se podría avanzar un paso más en la solución dada por la DGRN y admitir la inscripción del documento, si bien con algunas matizaciones. Se basan estos compañeros en las siguientes razones:

a) Si la LPH permite agrupar pisos o locales colindantes una vez formalizada esta clase de propiedad, lo mismo podría realizarse “ab initio” en el momento de su constitución, “con lo que se evitará toda una serie de operaciones e inscripciones innecesarias que irían en detrimento de la claridad y sencillez que debe ser norma de todo asiento registral”. (Argumento literal de la RDGRN 16/09/1967).

b) La causa justificativa puede estar no sólo en el destino funcional del departamento creado, sino también en la intención del promotor de proceder a la configuración de los elementos independientes en el momento de la transmisión en función de las necesidades que tenga cada comprador en ese momento. Imaginemos que se trata de un edificio que está en construcción, pero que el local comercial en planta baja está completamente terminado y se desea realizar la transmisión inmediatamente sin esperar a terminar los demás departamentos y sin saber el número exacto de fincas independientes que se van a formar. Es evidente que la transmisión del local, que está plenamente justificada y puede hacerse, exige imperativamente la previa constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, aunque algunos departamentos se independicen en un momento posterior.

Sería una solución similar, aunque no igual, a la que se ha admitido en la práctica registral para el caso de transmisión de cuotas indivisas de finca destinada a garaje del artículo 68 del Reglamento Hipotecario. Y al igual que en estos supuestos se ha intentado evitar los fraudes exigiendo que conste, además de la descripción pormenorizada de la plaza de garaje, la descripción de los elementos comunes, la inscripción de un documento como el que nos ocupa, deberá poner especial cuidado en la descripción de los elementos

comunes de modo que sea lo más completa posible para evitar que haya problemas en el futuro cuando se configuren los demás departamentos independientes, que exijan una modificación del título constitutivo. Y es que hay que tener en cuenta que, por lo general, en las divisiones horizontales los elementos comunes sólo se describen desde un punto de vista negativo, es decir, es común todo lo que no es privativo, todo lo que no se encuentra dentro de los límites que definen cada departamento privativo.

2.-P: Se encuentran inscritas dos propiedades horizontales pertenecientes a dos sociedades distintas A y B, con sendos sótanos, destinados a garaje de 4 plantas cada uno, pero como una única finca registral cada uno. El Sótano del edificio de A se encuentra gravado con hipoteca y el de B, no.

Ahora proceden a agrupar dichos sótanos, constituyen propiedad horizontal de los garajes y extinguen el condominio, adjudicando a A unos garajes, pero ejemplo, el 1, 2, 7, 9, 25....., y a B otros, también salteados. No se acompaña plano ni el notario indica que los adjudicados a cada sociedad son los situados en la vertical de su respectivo edificio. Se acompaña la ratificación del banco, que consiente la cancelación de las fincas adjudicadas a B.

¿Deben cancelarse todas las fincas adjudicadas a B, o por subrogación real deben mantenerse las situadas en la vertical del edificio de A, una vez acreditada la localización de cada garaje?

R: Según se infiere del artículo 45 del Reglamento Hipotecario y concordantes, la agrupación de finca hipoteca y finca no hipoteca, no determina la extensión de la hipoteca a la parte física de la finca resultante que ocupaba la anterior no gravada antes de la agrupación; sino que por aplicación del principio de subrogación legal, la hipoteca segura gravando únicamente la parte física que ocupa la antigua parcela gravada.

Por ello, por exigencias del principio de determinación, no podrá practicarse la inscripción de la división horizontal del sótano destinado a garajes sino se determina cuáles de los garajes resultantes de la división horizontal se encuentran en la vertical del edificio gravado con la hipoteca -que seguirían gravados con ésta-, y cuáles en la vertical del edificio libre de cargas -a los cuales no se extendería a la hipoteca; para el adecuado juego de la subrogación real. La indicación en todos los garajes independiente en el apartado cargas de expresiones del tenor: “gravada por razón de la finca X de la que procede por agrupación, con la hipoteca”, se considera contrario al principio de determinación que exige, en cada caso concreto, la determinación de las fincas gravadas con hipoteca.

En cuanto al consentimiento del banco a la cancelación de la hipoteca en las fincas adjudicadas a B, si bien es posible, dado que ello puede ocasionar una pérdida de la responsabilidad hipotecaria realmente no querida -la de aquellas fincas que encontrándose en la vertical del edificio A se han adjudicado a B, sin que la hipoteca se extienda a la fincas situadas en la vertical del edificio B que se adjudican a A-, sería conveniente aclarar la situación al banco y que éste se manifestará expresamente en uno u otro sentido.

3.-P: Existe un grupo de viviendas unifamiliares, todas ellas adosadas, que están constituidas en régimen de propiedad horizontal. Ahora, respecto de una de ellas, se pretende inscribir una modificación de la obra nueva según la cual, sin tocar la cubierta ni elevar una planta más, es decir, manteniendo el mismo aspecto y volumen exterior, se ha rebajado la altura de del encofrado que sirve de suelo a la planta bajo cubierta, de tal manera que éste último espacio aumenta en altura haciendo que los metros cuadrados resultantes sean habitables.

R: Supuesto que en el régimen de propiedad horizontal suelo y vuelo son comunes, también será común el aprovechamiento edificable remanente que pudiera quedar pendiente de materializarse en la parcela. El aprovechamiento urbanístico se expresa en metros cuadrados construidos (no en metros cuadrados cúbicos), con lo que si ahora se aumentan los correspondientes a una vivienda unifamiliar, se estarán consumiendo los que corresponden a todos los copropietarios, como elemento común que es, sin su consentimiento.

En consecuencia, aún cuando no se altere el volumen ni la configuración exterior de la vivienda, el aumento de metros cuadrados construidos que pasan a formar parte del departamento independiente como propiedad separada, implica una modificación de la descripción de éste último que exigirá, a su vez, la modificación del título constitutivo con el consentimiento unánime de los restantes copropietarios. Es un caso similar al ya resuelto por este Seminario de división de un local comercial por la entreplanta, es decir, no por un plano vertical (para lo que autorizaban los Estatutos), sino por un plano horizontal, con lo que se duplicaba la superficie útil del local. También se entendió entonces que este último supuesto implicaba una modificación del título constitutivo, al modificarse tanto la descripción del local, como la del conjunto del edificio que ahora pasaría a contar con más plantas que las existentes inicialmente.

4.-P: Se pregunta por Iberdrola por la posibilidad de constituir una propiedad horizontal en una nave industrial con la peculiaridad de que se quiere que uno de los elementos sea el espacio cúbico de la nave y otro el tejado de la misma en que se instalarán paneles solares y que tendría como anejo un centro de transformación. La pregunta deriva de la necesidad de obtener hipoteca, para lo que no es suficiente la constitución de una servidumbre.

R: Unánimemente se considera que sí al tener un destino autónomo, y siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) que se construya una escalera interior o exterior que le de al tejado acceso directo a un elemento común o a la vía pública (art. 396 del CC), o se constituya una servidumbre por la nave, según el criterio permisivo de la DGRN; b) que se fije un espacio cúbico en el tejado, es decir unos metros de altura hasta donde llegue la posibilidad de instalar los paneles solares y construir otras instalaciones necesarios y, a partir del cual, se trataría del vuelo común de la comunidad de propietarios.

Por lo demás, si fuere necesario construir un transformador de energía eléctrica, se constituiría como anejo del elemento independiente tejado, y el acceso al mismo debería indicarse expresamente si se realiza a través de elementos comunes o se deberán constituir la correspondiente servidumbre.

5.-P: Una nave que forma parte de una división horizontal, es objeto de un exceso de cabida por su propietario con certificación de arquitecto y con una cuantía del 5% (de 665 m² a 698m²). ¿Es inscribible?

R: La DGRN en resoluciones de 10 de mayo de 2002, 10 de septiembre de 2003 y 23 de febrero de 2005, ha permitido la inscripción de un exceso de cabida respecto de un local en planta baja, bajo distintas circunstancias que pueden matizar la solución, pero con la simple presentación de un documento justificativo -en este caso certificado técnico-, por considerar que, dada su escasa cuantía, se trata sólo de una rectificación real de superficie errónea del artículo 298 n^o 3 p^o 4^o del Reglamento Hipotecario.

En consecuencia, y aún cuando se pudiera considerar como una modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, con base en dichas resoluciones y, por ser la rectificación inferior a la vigésima parte de la cabida inscrita y estar debidamente acreditada, se considera inscribible.

REPRESENTACIÓN.

1.-P: Sustitución de poderes gestorías. Se vuelve a tratar la cuestión y se llegan a las siguientes conclusiones definitivas.

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 resolución sienta la regla de 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 mantiene por el seminario: el subapoderado debe presentar su copia de subapoderamiento y no precisa de exhibir la copia del poder sustituido, si bien con las matización que debe tratarse de un auténtico subapoderado.

Por ello debe precisarse, en primer lugar, que la Caben dos posibilidades: que el poder de la entidad crediticia contenga cláusula de sustitución o no. Si no la contiene al ser un poder mercantil no puede ser sustituido, debiendo entenderse la simple expresión de *"para que por sus representantes legales o cualquier persona designada al efecto"* no es cláusula de sustitución.

En segundo lugar, la distinción entre la sustitución o subapoderamiento propio y la situación en que no existe sustitución, que denominaremos subapoderamiento falso doble representación:

1.- En caso de sustitución propia, la entidad crediticia no puede exigir responsabilidad alguna a la gestoría por actos realizados en el ejercicio de dicho poder. La relación es directa entre la entidad crediticia y la persona física compareciente a cuyo favor se ha sustituido; se da un traspaso de facultades no revocable por la gestoría y el poder debe inscribirse en la hoja de la sociedad crediticia. En este caso al notario sólo debe exhibírsele la copia autorizada de la escritura de sustitución de poder inscrita.

Este caso se piensa que, en la realidad, será muy raro que se de, pues la gestoría no controlaría la subapoderado e incurría en *culpa in eligendo*.

2.- Cuando no existe sustitución de poder y el traspaso o delegación de facultades es revocable por la gestoría. Ésta actúa en nombre propio y es responsable directamente ante el banco o caja. La escritura de apoderamiento se inscribe en la hoja de la gestoría y, en consecuencia, se tiene que presentar dos títulos de los que resulta la cadena representativa. Este apoderamiento puede hacerse de dos formas.

a) A través de sus Administradores u otros órganos de representación general. En este caso al Notario hay que exhibirle primero el poder de la entidad crediticia a favor de la Gestoría, inscrito en la hoja de la entidad crediticia, y en segundo lugar el título en virtud del cual la persona física que ostenta la representación de Gestoría, inscrito en la hoja de la Gestoría.

El Notario tiene que dar juicio de suficiencia del poder de la entidad crediticia a favor de la Gestoría y, además, emitir su juicio sobre la representación legal de la Gestoría. El Registrador calificará el poder como cualquier otro poder y la representación como cualquier otra representación.

b) A través de apoderados. Este poder puede ser general para representar a la gestoría. Al Notario tienen que exhibirle primero el poder de la entidad crediticia a favor de la Gestoría, inscrito en la hoja del Banco, y en segundo lugar el poder en virtud del cual la persona física que actúa ostenta la representación de Gestoría, poder que estará inscrito en la hoja de Gestoría.

Este poder puede ser un poder general para representar a Gestores, pero, en este caso, El juicio de suficiencia del Notario tiene que ser doble, primero que el poder de la entidad crediticia a favor de la Gestoría es suficiente, y segundo que el poder de la Gestoría a favor de la persona que actúa también es suficiente para que esta persona que actúa pueda representar a la Gestoría en su función de apoderados del Banco. Es decir si el apoderado lo es para determinados actos de la Gestoría (constitución, cancelación, modificación de préstamos hipotecarios) , no es bastante para representar a la Gestoría en su función de apoderados del Banco. Por que una cosa es dar un préstamo en nombre de Gestores y otra distinta es dar un préstamo en nombre de la entidad crediticia. En técnica jurídica correcta, el notario no debería dar juicio de suficiencia del representante, pues tiene facultades para conceder préstamos en nombre de la gestoría pero no con el dinero de la Caja.

También puede ser poder especial para ejercer las facultades concedidas por el Banco a la Gestoría, que puede a veces denominarse como designación de persona para ejercer dicho poder. Este poder no es una sustitución de poder. La persona física designada actúa en nombre de la Gestoría, ejerciendo la facultades que ésta tiene como apoderada del Banco. La responsabilidad frente al Banco no es de la persona física sino directamente de la Gestoría. Por lo tanto, incluso en este caso de apoderamiento especial o designación de persona hay que exhibir al Notario los dos poderes y el primero, del Banco a la Gestoría, tiene que estar inscrito en la hoja de la primera, y el segundo, de la Gestoría a la persona física, tiene que estar inscrito en la hoja de la Gestoría.

Son, por tanto, dos situaciones totalmente diferentes. Esta dualidad de situaciones tiene su diferente traducción en la exhibición de copias de la representación; en el primer caso, sólo copia del subpoder; en el segundo, copias de las dos escrituras.

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), el 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 JM 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).

Se plantea, también 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 diversas gestiones, y se ha comprobado que en diversos Registros Mercantiles una auténtica escritura de sustitución de poder se ha inscrito en la hoja de la gestoría y, al contrario, diversas escrituras en que no existe propia sustitución, que el Notario ha calificado como tal en la escritura de hipoteca.

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, 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 -salvo que se opte por exigir copia autorizada-, 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"*.

2.-P: Se pregunta sobre la posibilidad de inscribir un poder otorgado en Portugal por un “ayudante de Notario privativo de la Caixa General de Depósitos”.

R: Partiendo de la validez de la forma del poder extranjero, hay que distinguir el doble sistema del notario portugués. Según el “Código notarial de la Unión Europea” de 2005, el 17 de diciembre de 2007 se promulgó el estatuto del notariado portugués, tras el que conviven los notarios propiamente dichos, es decir, de carácter privados y los notarios funcionarios administrativos, dejando a estos últimos la opción de ese trasvase a lo privado o seguir en la estructura administrativa.

En el nuevo estatuto se prevé que los notarios pueden autorizar a algunos empleados “para la práctica de determinados actos o cierta categoría de actos” (art. 8), pero no que

puedan autorizar actos que estén instrumentados en escritura pública. Ello significa que no podrían autorizar el poder tal como se exige en el derecho español.

Por su parte, la figura del ayudante de notario (art. 111 estatuto) es una categoría del régimen anterior (funcionario), que podría hacer sólo lo indicado en el párrafo anterior. También se habla en el estatuto de que existen las notarías de competencia especializada, pero no se dice nada del “notario privativo de una entidad”, ni se sabe si se trata de la misma figura que la anterior.

Dicho esto, sin embargo, se considera mayoritariamente que, dado que en la apostilla se indica que se trata de un documento público, que se señala que el funcionario autorizante es un “ayudante de notario privativo”, que la apostilla es la legalización internacional que procura evitar tener que hacer indagaciones y que, por último, se cumplen los requisitos imprescindibles para la equivalencia de formas de “fe de conocimiento y juicio de capacidad”; se trata de un poder válido aunque no sea propiamente una escritura pública sino otro tipo de documento notarial -¿acta?-, que en Portugal es suficiente forma para los poderes.

3.-P: Se presenta una escritura de partición por fallecimiento de los cónyuges A y B. En la escritura unos hijos y herederos están representados por otros hijos y herederos. El notario reseña unos poderes y dice que facultan, a su juicio, para otorgar ambas herencias, paterna y materna. Sin embargo, dichos poderes se acompañan y sólo autorizan para la herencia del padre que es el último fallecido. ¿Se puede inscribir?

R: Unánimemente se considera que no es posible la inscripción pues el Registrador está obligado a controlar la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (vid artículo 18 L.H.), y es evidente que los representantes carecen de poder suficiente para intervenir en la herencia materna, por lo que será necesaria la ratificación (artículo 1.259 Código Civil).

Se recuerda, una vez más, los fundamentos jurídicos de la Sentencia de 13 de mayo de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, ya firme, que Ángel Valero Fernández-Reyes extracta del siguiente modo: A) el artículo 98 de la Ley 24/2001 debe interpretarse a la luz de la Constitución y de conformidad con el conjunto del ordenamiento jurídico -art. 54-1-a de la LRJAP, 18 de la LH, etc-. B) el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas debe ser motivado, y esa motivación exige una transcripción o relación suficiente de las facultades representativas que aparezcan en la escritura de poder tomadas como datos de mero hecho no como valoración del notario, sin que sean admisibles expresiones estereotipadas. C) los juicios de valor del notario no son incontrovertibles ni gozan de las presunciones de veracidad e integridad y, por tanto, pueden ser desvirtuados en el procedimiento registral. D) la dación de fe notarial se refiere a la forma del acto y tiene efecto entre las partes, y la inscripción registral se refiere a la publicidad y tiene efectos frente a terceros, lo que requiere la previa calificación registral como requisito ineludible del asiento por imposición del artículo 18 de la LH que no ha sido modificado e incluye la calificación de la capacidad de las partes. E) el registrador de la propiedad para apreciar la “congruencia” del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de que habla el citado artículo 98, necesita que el notario indique de forma somera pero suficiente los datos de la escritura de poder -facultades- atinentes al caso concreto, que determinan la suficiencia del mismo

Por tanto, si en la escritura faltan dichas circunstancias y, más aun, si las escrituras se acompañan a la partición, el Registrador no puede desconocer su contenido (constarán en el asiento de presentación como documento complementario) y, en consecuencia, debe entrar a calificar.

SERVIDUMBRES.

1.-P: Se presenta una escritura de constitución de servidumbre a favor de un edificio y sobre el patio de un local colindante que forma parte de un edificio constituido en propiedad horizontal.

La servidumbre es de la de “luces y vistas y apertura de huecos”, en todo la fachada del predio dominante -5 pisos- para poder obtener una licencia para la apertura de un hotel. Pero las vistas afectarían también a los pisos del edificio al que pertenece el local -predio sirviente-.

¿Es posible su constitución sin el consentimiento de toda la Comunidad de Propietarios?,
¿Se puede inscribir sólo sobre el local y denegar respecto del edificio como tal?

R: A la primera pregunta la respuesta unánime es negativa pues el vuelo de los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, que es sobre lo que recaería la servidumbre respecto de los huecos de ventanas superiores, es de propiedad común según el artículo 396 del Código Civil y exige, en consecuencia la probación unánime de la comunidad de propietarios como acto de disposición.

Respecto de la segunda pregunta, también se rechaza pues, las ventanas superiores afectarían, en todo caso, al completo edificio colindante y su constancia registral podría inducir a confusión, pues si se abren las ventanas respectivas siempre se verían afectados y podrían recurrir contra dicha apertura.

No es lo mismo, por ejemplo, que si se tratará de una servidumbre de paso, cuya denegación respecto de una finca no impide la inscripción respecto de otra, aunque la finalidad final de llegar a un lugar determinado se vea frustrada. La posibilidad de inscripción parcial de la servidumbre, en este caso, sólo sería posible respecto de los huecos inferiores que sólo afectarían al local cuyo propietario consiente la misma, pero ello no es suficiente para el titular del predio dominante que necesita abrir ventanas en toda su fachada para la obtención de una licencia para hotel.

SOCIEDAD CONYUGAL.

1.-P: Se presenta una escritura en que se atribuye el carácter privativo a una casa adquirida en el mismo momento por dos personas casadas en régimen de gananciales, sin expresar la causa de ese negocio jurídico de atribución de carácter privativo a un bien, en principio, ganancial. ¿Se puede inscribir?

R: Según los artículos 1347-3, 1361 y 1324 del Código Civil, serán gananciales los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, aunque la adquisición se haga a favor de uno de ellos o de ambos a título privativo, salvo que se acredite o confiese la privacidad de la contraprestación.

Por su parte la DGRN en resoluciones 25 de septiembre de 1990 y 21 de enero de 1991, sienta el criterio de que, admitido por el artículo 1323 CC el trasvase patrimonial de un bien ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges por donación, permuta, venta etc; debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, pueden convenir que éste ingrese de manera directa en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre y cuando ese negocio conyugal atributivo (independiente del de adquisición) obedezca a una causa que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (art. 1347.3º CC).

Bien entendido que tal negocio atributivo del carácter privativo no debe confundirse con la confesión de privatividad del artículo 1324 CC, que no puede, tampoco presumirse, sino que debe ser expresa y que tiene diferentes efectos a los que las partes pretenden en el presente supuesto -no perjuicio de los herederos del confesante-.

2.-P: En una escritura de liquidación de sociedad de gananciales en que una finca se adjudica al marido. Se incorpora el convenio regulador aprobado judicialmente en que se había adjudicado el uso de esa vivienda a la mujer por tener a su cuidado a hijos menores. En la escritura no se asigna ese uso y se alega que la mujer se marcha a vivir a EEUU y que los hijos quedan al cuidado del marido. ¿Es inscribible?.

R: Casi unánimemente se considera que sí, porque si el marido y la mujer de común acuerdo pueden vender la finca sobre la que recae el uso y cambiar el domicilio de los menores sujetos a la patria potestad, no se ve inconveniente en que la finca se adjudique al marido que se quedará con la custodia de los hijos. Otra cosa sería que se hubiere aprobado por el juez ya la liquidación de la sociedad de gananciales y ahora se pretendiera la adjudicación de otra manera, en que el método correcto sería la permuta, venta, etc.

3.-P: Se pregunta por la cuestión de en qué Registro deben inscribirse las capitulaciones matrimoniales de los extranjeros y si depende de haber contraído matrimonio dentro o fuera de España.

R: En primer lugar se señala que no existen en España diferentes «clases» de matrimonio, sino un solo matrimonio cuya validez la determina la ley española y múltiples «formas» de celebrarse: religiosa, civil, la determinante en el país extranjero del lugar de celebración o incluso la de la nacionalidad de cualquiera de sus contrayentes.

En cuanto a los efectos de la inscripción en el Registro Civil, el artículo 61 del CC dice: «*El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas*».

Por lo tanto la inscripción en el RC no es constitutiva. Los matrimonios no inscritos producen efecto y son válidos si han sido contraídos conforme al derecho sustantivo español según lo dicho anteriormente.

El problema surge cuando el hecho del matrimonio debe probarse: otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con o sin liquidación del régimen conyugal existente por ejemplo. En estos casos, la prueba del matrimonio se produce por su inscripción: así la Ley de Registro Civil en su artículo 2 dice: «*El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento*».

Respecto de la posibilidad de inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio y la prueba del mismo, se puede distinguir:

a) Matrimonio celebrado por dos cónyuges españoles residentes:

1.- Si la Celebración ha sido en España, el matrimonio debe inscribirse en Registro Civil español (artículo 15 LRC y 66 RRC). Si está inscrito, la prueba será fácil (certificado del Registro Civil competente), si no deberá probarse por otros medios (artículo 2 LRC) que será el Acta levantada por el encargado de celebrar el matrimonio, si se acredita la previa

o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida (en estos casos debe tenerse cuidado con la posibilidad de existencia de matrimonios conveniencia).

Las capitulaciones otorgadas por los cónyuges, cumpliéndose los requisitos anteriores, serán válidas y, según lo dicho anteriormente, deberán ser igualmente inscritas en el RC (al margen de la inscripción del matrimonio si éste está inscrito o cuando éste se inscriba), necesitándose acreditar su inscripción, según opinión mayoritaria, en todo caso, no sólo para inscribir la liquidación de bienes del régimen matrimonial en el Registro de la Propiedad sino también para la adquisición de un bien posterior a las mismas.

2.- Si la celebración ha sido fuera de España, se sigue la misma doctrina. Este matrimonio podría contraerse según la forma del lugar de celebración, pero siempre necesita cumplir la legislación sustantiva española. Su inscripción se realizaría en el registro consular del lugar de celebración, enviándose una copia de la misma al Registro Civil Central.

b) Matrimonio celebrado por un cónyuge español y otro extranjero.

Existiendo un cónyuge español, el Registro Civil español es competente, por lo que se aplicaría la misma doctrina vista anteriormente para los dos contrayentes españoles, se contraiga en España o en el extranjero y cualquiera que sea la forma de contraerse.

c) Matrimonio contraído por dos cónyuges extranjeros.

1.- Si la celebración ha sido en España, el artículo 15 de la LRC considera inscribibles los hechos acaecidos en territorio español, por lo que la doctrina será la misma vista anteriormente. Este matrimonio podría contraerse bajo la forma determinada por la nacionalidad o religión de cualquiera de los contrayentes y su inscripción se practicaría mediante la certificación expedida por funcionario competente ante quien se hubiera celebrado (artículo 256.4 RRC).

2.- Si la celebración ha sido en el extranjero, sí que existen verdaderas diferencias, ya que el matrimonio celebrado en el extranjero por cónyuges extranjeros no se inscribe en el Registro Civil español: artículo 15 LRC y Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2002 (Registro Civil). Sólo sería inscribible si «... *las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español*» (artículo 15.2 LRC).

Así, cuando dos cónyuges extranjeros no residentes, casados en su país bajo el régimen matrimonial que corresponda pretendan otorgar capitulaciones matrimoniales ante Notario español en donde pacten otro régimen matrimonial y liquiden el anterior, deberá acreditarse la inscripción del matrimonio extranjero en el Registro Civil español para que después inscriban dichas capitulaciones al margen de la hoja del mismo y así pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad la liquidación del régimen sobre los bienes adquiridos en España bajo el régimen disuelto.

Para resolver esta cuestión, se deben también estudiar diferentes posibilidades:

1.- Posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales en España de cónyuges extranjeros, casados en el extranjero. El artículo 9.3 CC y 1.328 CC permiten esa posibilidad, pudiendo incluso contener la disolución de su régimen matrimonial, su liquidación de bienes (normalmente de los sitios en España, aunque nada impide que incluyan también los sitios en su país) y el pacto de nuevo régimen matrimonial de contenido libre salvo infracción del citado 1.328 CC.

2.- Prueba de este matrimonio celebrado en el extranjero. Será necesaria la acreditación de la inscripción del mismo en el registro de matrimonios del país de su celebración, lo

que supondrá que el funcionario habrá comprobado la existencia y validez conforme a la legislación de dicho país. No se puede exigir la inscripción de ese matrimonio en el Registro Civil español.

3.- Inscripción de las capitulaciones otorgadas en el Registro Civil español. Otorgadas las capitulaciones que liquiden los bienes matrimoniales sitos en España, la aplicación del artículo 266.6.º RRC implicaría la necesidad de inscripción de las mismas en Registro Civil español, para lo que se exigiría, lógicamente, la previa inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero. Sería éste el caso a que se refiere el segundo párrafo del artículo 15 LRC.

Esto no obstante no es esa la interpretación de la norma que tiene la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 9 de enero de 2008 (recurso gubernativo). Esta Resolución recuerda nuevamente que no son inscribibles en el REGISTRO CIVIL español los matrimonios de extranjeros celebrados fuera de España, por lo que no pueden inscribirse en el RC español las capitulaciones matrimoniales otorgadas por sus cónyuges, siendo plenamente válidas y eficaces en nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de que estén inscritas ya que la solución contraria conduciría a resultados no razonables y gravemente perjudiciales para la seguridad jurídica en general y la del tráfico en particular.

4. Inscripción de dichas capitulaciones en el Registro de Matrimonios Extranjero. Si no pueden inscribirse en el registro español esas capitulaciones, según lo dicho, podríamos preguntarnos si el 266.6.º del RRC se refiere a la inscripción de las capitulaciones en el Registro de Matrimonios Extranjeros donde conste inscrito el matrimonio. No se considera necesaria esta inscripción extranjera para que dichas capitulaciones sean plenamente eficaces y válidas en nuestro ordenamiento y, por lo tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad de la liquidación del régimen matrimonial a que estaba sujeto algún bien inmueble sito en España, por las siguientes razones: el artículo 266.6.º RRC es norma española y tiene como finalidad la publicidad de las capitulaciones para el territorio español

La posibilidad y/o obligatoriedad de la inscripción de capitulaciones en el Registro Extranjero dependería de su propia normativa, que siempre tendría la finalidad de conseguir esa publicidad en su territorio, no fuera del mismo, con lo que exigiéndola no cumpliríamos la del 266.6.º RRC. La propia Resolución de la DGRN de 9 de enero de 2008 considera categóricamente plenamente válidas y eficaces en nuestro ordenamiento jurídico dichas capitulaciones sin apuntar siquiera a esa obligación.

4.-P: Un finca se haya inscrita en cuanto el usufructo a A y en cuanto a la nuda propiedad a favor de C y B por mitades partes indivisas.

Ahora, en procedimiento de divorcio de B y su ex mujer D, se adjudica el uso a ésta, haciéndose indicación en el expositivo de que constituye el domicilio familiar. ¿Se puede inscribir?

R: Se señala que según las resoluciones de 28 de noviembre y 17 de diciembre de 2002 y de 10 de octubre de 2003 entre otras, no es posible atribuir en un procedimiento de separación o divorcio, a un cónyuge el uso familiar de la finca cuyo titular registral no ha sido parte en el procedimiento; lo que es también aplicable a este supuesto en que el demandado sólo tiene la nuda propiedad de la mitad indivisa.

En realidad, se indica, ese derecho de uso no es derecho real sino una limitación del dominio y, por tanto, sería inscribible sobre la nuda propiedad de la mitad indivisa, con base en la resolución de 28 de mayo de 2005, porque protegería a D de posibles actos

dispositivos de B, sería, en todo, caso sucesivo al usufructo e, incluso, podría ser hasta compatible con el mismo aunque con limitaciones.

Sí se considera, también, posible esa atribución del uso si el demandado fuera el titular del usufructo o, en este caso, si existiera un contrato de arrendamiento, en cuyo caso se estaría a los términos del mismo, pero si sólo ha existido una mera posesión tolerada, deberá devolverse la finca a su dueño (STS de 16 de diciembre de 2005).

5.-P: De conformidad con el artículo 1355 del Código Civil, el marido aporta a la sociedad de gananciales determinada cuota indivisa de un bien "causa matrimonii", de conformidad con la doctrina de la Dirección General, resoluciones 22 de junio de 2006 y 6 de junio de 2007, sin expresarse el carácter oneroso o gratuito.

R: Otra vez se plantea esta vieja cuestión, que ya fue objeto de estudio, entre otros, en el número 25 de esta revista.

El problema se plantea por el laconismo con el que se expresa la escritura de aportación, ya que es principio básico en nuestro Derecho que ningún desplazamiento patrimonial puede tener lugar por la mera voluntad de los interesados, debiendo estar justificado por un previo negocio causal. O, como ha señalado la DGRN, toda transferencia patrimonial debe tener causa y la misma, a efectos registrales, no puede presumirse, debiendo ser explicitada en todo caso.

En nuestro ordenamiento se permiten las transferencias entre los patrimonios privativo y ganancial, las cuales pueden llevarse a cabo por medio de los negocios típicos (compraventa, donación, permuta, etc.), o también por medio del negocio de aportación a la sociedad de gananciales, que es atípico en la medida en que carece de regulación legal.

La DGRN, ha venido admitiendo este negocio de aportación o, con mejor expresión, de atribución de ganancialidad, como figura autónoma y pero exigiendo, en todo caso, que conste la causa del negocio. Esta causa, que debería expresarse en todo caso, puede ser onerosa o gratuita (cfr. artículo 1274 Código Civil). Sin embargo, en algunas últimas resoluciones, trata de deducir la causa de las manifestaciones de los cónyuges, reconociendo la particularidad que las aportaciones tienen en el seno de la sociedad conyugal, donde las relaciones personales y patrimoniales aparecen inseparablemente relacionadas.

Dice la Resolución 22 de junio de 2006 citada *“Cabe entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio o otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada causa matrimonii, de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones «propter nuptias» de un consorte al otro -a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges-, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual «Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa»; y la Resolución de 21 de diciembre de 1998) debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de*

convenciones que participan de la misma «iusta causa traditionis», justificativa del desplazamiento patrimonial «ad sustinenda oneri matrimonii».”

Sin embargo, a pesar de que la DGRN parece abogar por la existencia de una causa matrimonii, como un tercer género distinto y autónomo de la causa onerosa o gratuita, en el párrafo siguiente de la misma resolución acaba subsumiendo la causa de la atribución en una de las categorías tradicionales, onerosa o gratuita, negando que la causa matrimonii tenga sustantividad propia. *“Puede concluirse, por todo ello (aunque no sea necesario para decidir la cuestión planteada en este recurso) que, pudiendo tener carácter oneroso o gratuito, puede presumirse -en último término, mediante la aplicación de los principios que sirven de fundamento a la norma del artículo 1358 del Código Civil- que, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio”.*

Asimismo, en la doctrina son muy pocos los autores que defienden la existencia de una causa matrimonii como desligada de la onerosa y gratuita. Por eso, como dice la propia DGRN en la resolución que fundamenta la pregunta, es fundamental atender a las manifestaciones de los otorgantes y a la valoración conjunta de la operación realizada para entender cuál sea la finalidad perseguida en el caso concreto, teniendo siempre presente que en estos casos la causa onerosa o gratuita no puede identificarse plenamente con la de los negocios típicos, al entremezclarse relaciones personales y patrimoniales, pero sin que ello justifique que no deba existir causa, la cual podrá deducirse del contenido del título y sobre la que la gravitará presunción favorable al derecho de reembolso previsto (artículo 1.358 CC).

En definitiva, la expresión de causa matrimonii sin más, y sin otras justificaciones que resulten del negocio documentado, es insuficiente para servir de fundamento al desplazamiento patrimonial pretendido y, por consiguiente, a su inscripción en el Registro. La escritura deberá consignar con la mayor precisión y claridad posible cuál es la finalidad e intención de los otorgantes, para que no quede lugar a duda sobre la causa del desplazamiento. Y así, la causa será onerosa cuando la atribución de lugar, por indicarse expresamente, a un derecho de reembolso, mientras que, en otro caso, será gratuita u onerosa según los casos.

Ese carácter insuficiente la mera indicación de la causa matrimonii, deriva, además, primero, porque la citada resolución lo cita en un *obiter dicta*, segundo, porque a efectos de Registro de la Propiedad no se admiten presunciones respecto de la causa que no sean las derivadas del carácter típico de los contratos, y, por último, porque la determinación del carácter oneroso o gratuito de la transmisión va a determinar el juego o no de la fe pública registral.

6.-P: Una finca, adquirida por don A, figura inscrita a favor de don A y doña B, para su sociedad conyugal. Se sigue procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales y, en la fase de formación de inventario, se dicta la Sentencia que, en sus Fundamentos de Derecho dice que la finca es pagada con dinero de don B y tiene carácter privativo, y en el Fallo se aprueba el inventario de fecha x y el que queda reflejado en los citados Fundamentos de Derecho. En el inventario de bienes gananciales dice respecto del piso que la demandada doña B no reconoce el carácter ganancial.

R: El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial está regulado en los artículos 806 y ss LEC. Este procedimiento tiene una primera fase, al igual que el procedimiento para la división de la herencia, que es la formación de inventario. Si los cónyuges están de acuerdo, o bien se propone por uno de ellos el inventario y el otro no comparece, se consigna el acuerdo en un acta y se concluye el acto. Si se suscita

controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario se cita a los interesados a una vista, que se tramita conforme a las reglas del juicio verbal. El juez dictará sentencia, resolviendo todas las cuestiones suscitadas, y aprobando el inventario de la comunidad matrimonial. Una vez concluido el inventario se procederá a la liquidación del régimen económico matrimonial, para lo cual, si hay acuerdo entre los cónyuges, o existiendo propuesta de liquidación de uno el otro no comparece, se consiga el acuerdo en un acta, y se dicta auto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas (artículo 787.2 LEC).

Por lo tanto, parece que el auto protocolizado de la liquidación será el título inscribible. Sin embargo, la resolución de 13 de abril de 2000, en relación con los antiguos arts 1.081 y 1.092 de la antigua LEC, idénticos en este punto a los actuales 787.2 y 788.2 de la nueva LEC, considera también título inscribible, conforme a los artículos 3 y 14 LH: el testimonio del auto de aprobación, aunque no conste protocolizado, por entender que la protocolización no tiene por objeto documentar una nueva prestación de consentimiento por los interesados en la división, de modo que no añadiría al testimonio judicial del auto aprobatorio de la partición, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo, y además, el Secretario judicial tiene facultades exclusivas para dar fe de las actuaciones estrictamente judiciales.

Por lo tanto, en nuestro caso se consideró unánimemente que el testimonio de la sentencia, siempre que conste su firmeza, aprobando la formación del inventario y que declara acreditado que determinado bien es privativo de un cónyuge es suficiente para inscribir tal declaración en el Registro de la Propiedad toda vez que: a) tal bien, al tener carácter privativo, va a quedar excluido de la fase de liquidación de la sociedad conyugal propiamente dicha, que sólo afectará a los bienes que en el inventario hayan acreditado su condición de comunes; b) el procedimiento ha sido seguido por ambos cónyuges; y c) se trata de un documento auténtico en los términos que exige el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

URBANISMO.

1.-P: Se trata de un supuesto de adjudicación a los componentes de la Junta de Compensación de las fincas expropiadas a los titulares no adheridos, cuando ya no resultan necesarias una vez terminado el procedimiento, y se pregunta cuáles son los requisitos de legitimación para el otorgamiento de la escritura (si hace falta la comparecencia de los adjudicatarios o basta que comparezca el presidente autorizado para elevar a público el acuerdo firmado por el Secretario de la Junta con su Visto Bueno) y la extensión de la calificación (comprobación de si los adjudicatarios son todos y sólo los que en el registro figuran como aportantes, solicitando, en su caso, los títulos intermedios).

R: Se recuerda por los asistentes que mediante la constitución de la Junta de Compensación se integra toda la propiedad del polígono o unidad de actuación: todos los propietarios son miembros de dicha Junta y las propiedades que no se incorporan son adquiridas por aquélla mediante la expropiación.

Por otro lado, como ha señalado la STS 30/10/1989, “la Junta de Compensación integra un supuesto de autoadministración: son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de la delegación que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa. Ello no significa que toda actuación de la Junta de Compensación esté sometida al Derecho Administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus medios, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeta al Derecho privado. De ello se deriva pues que al contratar -ejecución de obras,

préstamos, ventas de terrenos, etc.- no ha de someterse a las formalidades propias del Derecho Administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas. Y esto es así, aún cuando entre los propietarios de los terrenos que forman parte de la Junta figuren entes públicos.”

En el caso planteado la Junta está actuando en el ejercicio de funciones públicas por lo que: No hace falta acreditar que los adjudicatarios son todos los componentes de la Junta. Pueden haber existido, y de hecho las hay a menudo, transmisiones de cuotas que no constan en el Registro, y que sólo conoce la Junta. Por eso mismo, tampoco es necesaria la comparecencia de los adjudicatarios en la escritura, como tampoco se exige su comparecencia en la adjudicación de las demás fincas resultantes. Sin embargo, se entiende que es necesario que conste que el acuerdo de la Junta es firme en vía administrativa, y que ha sido adoptado con los requisitos de notificación a los miembros, concurrencia y mayorías previstos en los Estatutos. Todo ello tendrá que resultar de la certificación que recoja el acuerdo adoptado, que deberá incorporarse a la escritura.

Con la inscripción del documento se conseguirá, además, clarificar el régimen jurídico de la titularidad que consta en el Registro, una titularidad fiduciaria de la Junta con facultad de disposición y una titularidad subyacente que ostentan todo o parte de los miembros de la Junta, especialmente importante en situaciones de crisis económica como la actual.

2.-P: Cancelación de condición resolutoria urbanística. Se presenta una escritura de cancelación de condición resolutoria por Arpegio por el cumplimiento de las condiciones de construcción en un plazo determinado, destino a VPO, etc y en el Registro no constan ni el fin de obra ni la calificación provisional o definitiva de VPO. ¿Se puede practicar la cancelación?

R: Se estima que, en esas condiciones, no es inscribible, porque Arpegio es un organismo público carente de facultad certificante de carácter oficial. Sin embargo, a pesar de ello, sí se considera inscribible si se aporta certificado técnico del fin de la obra -bastaría el certificado oficial del Colegio de Arquitectos- y, al menos, la cedula de calificación provisional de VPO, pues en estos casos no se considera exigible el tracto sucesivo total.

3.-P: Se pregunta por la posibilidad de hacer una escritura en la que sobre una única finca registral y previa declaración de obra nueva, se constituya un complejo urbanístico sobre un edificio que es una unidad arquitectónica, aunque estarán separado por partes claramente diferenciadas en cuanto a su destino: unas destinadas a hotel, otras a oficinas, viviendas, etc; aunque son zonas comunes a los mismos.

No se puede hacer un proyecto de compensación porque sólo existe una finca registral con un solo propietario, lo único que se va a hacer es una nueva alineación de las aceras. ¿Sería inscribible?.

R: No, porque no tienen lugar los presupuestos necesarios para la constitución de un complejo urbanístico, es decir, estar formadas parcelas o edificaciones independientes, y existir una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones, etc (artículo 24 LPH).

Sin embargo se considera posible la inscripción con el otorgamiento del documento administrativo del “expediente de normalización de fincas” regulado en los artículo 117 y ss del RGU, siempre que esté contenga todos los requisitos propios de la inscripción de los actos de los proyectos de equidistribución. Luego se podrá constituir una comunidad en propiedad horizontal normal, con subcomunidades en su caso.

USUFRUCTO

1.-P: Se presenta una escritura por la que un señor compra la nuda propiedad de una finca, y otros dos -no casados entre sí- el usufructo por mitades partes indivisas “conjunto y sucesivo”. ¿Es posible?

R: Se considera que no, por cuanto la expresión conjunta es incompatible con la adjudicación por mitades partes indivisas, por lo que debe aclararse cuál es el régimen de la adquisición.

Ahora bien, una vez aclarado ese régimen de titularidad, el carácter sucesivo cabe en ambos supuestos y luego, si se trata de una comunidad ordinaria -por cuotas-, se regirá por lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código civil, y si se trata de una comunidad en mano común -carácter conjunto-, deberán indicarse detalladamente las normas por las que se regirán los actos de disfrute, administración y disposición del usufructo. Esta última posibilidad se encuentra expresamente admitida por la DGRN de 22 de mayo de 2000 e implícitamente en la de 22 de abril de 2003.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SEGUNDO TRIMESTRE DE 2010

ÍNDICE

No existe ninguna disposición destacable en este trimestre.

BREVE RESUMEN DE LAS SENTENCIAS MÁS DESTACABLES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

DISTANCIAS Y VISTAS SOBRE EL FUNDO VECINO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21.ª) DE 2 DE FEBRERO DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González.

Antecedentes.- La comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal autorizó a uno de los propietarios el cierre de la terraza. Al realizar el cierre, el citado propietario abrió dos ventanas, una pequeña y otra grande en la pared que linda con la finca vecina. El demandante, titular de la finca vecina, solicita el cierre de ambas ventanas, a cuyo efecto demanda tanto a la comunidad de propietarios como al titular actual del inmueble, que no es ya el mismo que realizó las obras. En Primera Instancia se absuelve a la comunidad de propietarios pero se condena al titular al cierre de las ventanas. La Audiencia Provincial de Madrid modifica parcialmente la sentencia anterior, y declara que la ventana grande puede mantenerse abierta en parte (exactamente a partir del punto en que no tiene vistas rectas sino oblicuas y supera los sesenta centímetros de distancia con el fondo vecino).

Doctrina.- Aunque la comunidad de propietarios tiene legitimación para ser parte en un procedimiento judicial, no está obligada a realizar el cierre de unas ventanas cuya apertura no ha autorizado expresamente y que están ubicadas en un inmueble privativo de uno de los propietarios.

Las ventanas con vistas rectas sobre el fondo vecino deben guardar una distancia de dos metros o bien estar cerradas con un material translúcido, no siendo suficiente el hecho de que estén tapadas con un armario; Las ventanas con vistas oblicuas deben respetar una distancia de sesenta centímetros hasta el fondo vecino. Es vista recta cuando el hueco de la ventana es paralelo a la línea divisoria; Es vista oblicua cuando el hueco de la ventana hace ángulo (si lo prolongamos imaginariamente) con la línea divisoria entre los fundos. Se trata de una limitación del derecho de propiedad derivada del hecho de que las relaciones de vecindad imponen el necesario «respeto de la privacidad». La acción ejercitada por el dueño de la finca vecina para lograr el cierre de las ventanas, basada en lo dispuesto en los artículos 581 y 582 CC, tiene naturaleza real y por consiguiente es oponible *erga omnes*, siendo indiferente a estos efectos si el demandado abrió los huecos o si adquirió el inmueble con las ventanas; Lo que determina la legitimación pasiva es, en este caso, el hecho de ser el demandado propietario actual del inmueble. Este último sólo puede oponerse a la pretensión del demandante en el caso de que hubiera sido el propio demandante quien le hubiera vendido el inmueble o cuando hubiera prescrito el derecho a exigir el cierre de las ventanas (la acción tiene un plazo de treinta años).

CARMEN JEREZ DELGADO

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 10.ª) DE 13 DE ENERO DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez.

Antecedentes.- La demandante, alegando haber adquirido un bien inmueble de la anterior propietaria- ejerció una acción declarativa del dominio impugnando a la vez el asiento registral practicado a nombre del demandado. En ambas instancias se desestimó la pretensión.

Doctrina.- No es suficiente para acreditar la existencia de un contrato de compraventa la presentación de un papel que se desconoce por quién ha sido redactado, en el que no se identifica la firma de la vendedora y en el que no constan ni la fecha ni el precio.

Aun cuando hubiera quedado acreditada la validez de un contrato de compraventa entre la anterior titular del inmueble y la demandante, el titular registral actual quedaría protegido frente a ella como tercero de buena fe.

CARMEN JEREZ DELGADO

INVIABILIDAD DE LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DEL JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA RECURRIR LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN POR AUSENCIA DE UN DERECHO INDIVIDUAL AFECTADO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 12.ª) DE 15 DE FEBRERO DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Vicente Zapater Ferrer.

Antecedentes.- Habiendo sido solicitada la práctica de un asiento de inscripción, el Registrador de la Propiedad suspendió la inscripción «por no constar salvada la autocontratación del apoderado con base en el art. 1259 del Código Civil». El Notario autorizante de la escritura pública presentada en el Registro, recurrió la calificación negativa del Registrador ante la DGRN, que dictó resolución revocándola y ordenando la práctica del asiento solicitado.

El Registrador de la propiedad recurrió la resolución de la DGRN ante la jurisdicción civil ordinaria. El Juez de Primera Instancia desestimó el recurso, fundamentando el fallo de la sentencia en la falta de legitimación activa del Registrador para recurrir la resolución de la DGRN, al carecer éste de un «derecho individual y personal que se puede ver controvertido, que no es el interés simplemente profesional que consista en la interpretación de una norma disintiendo de la Dirección General». La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia anterior, desestimatoria del recurso interpuesto frente a la DGRN.

Doctrina.- El Registrador de la Propiedad está legitimado para recurrir la resolución de la DGRN, conforme a lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 328 LH, cuando «la resolución recurrida afecte a un derecho o interés del que sea titular». Este derecho o interés «nunca puede ser el de la mera legalidad -disconformidad con la decisión del superior jerárquico- sino específico del propio Registrador».

Resulta «inviabile la revisión jurisdiccional del juicio de suficiencia notarial», relativo al poder de representación: Con base en el artículo 98 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, «ni se puede reprochar al Notario la omisión de los requisitos legalmente exigidos, ni se pueden cuestionar los fundamentos de la resolución de la DGRN», pues se establece que «el Registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que pueda solicitar que se transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

CARMEN JEREZ DELGADO

EFFECTOS DE UN DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 8.ª) DE 10 DE DICIEMBRE DE 2009.]

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Margarita Vega de la Huerga.

Antecedentes.- La entidad mercantil *R, S.A.*, interpone una demanda contra Dirección General de los Registros y del Notariado como consecuencia de la desestimación presunta por parte de ésta del recurso gubernativo interpuesto contra calificación del Registrador de la Propiedad número 15 de Madrid, de fecha 7 agosto 2007, por la que se suspendió la inscripción de una escritura de opción de compra y la cancelación de inscripciones y anotaciones posteriores.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid estima la demanda, revoca la calificación impugnada y ordena la inscripción de la escritura pública del derecho de opción de compra, así como la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores al derecho de opción de compra. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Madrid lo desestima, confirmando la sentencia de primera instancia.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia que el derecho de opción inscrito «tiene eficacia o trascendencia real en el sentido genérico de producir efectos respecto de terceros, por lo que convierte en claudicantes los derechos (no preferentes) que accedan al Registro de la Propiedad con posterioridad, los cuales sin embargo se consolidan en el caso de no ejercicio de la opción en tiempo o forma. Ejercitada la opción de compra se consuma el contrato por el que se concedió y se perfecciona la compraventa, de tal manera que si ésta se formaliza en escritura pública, su otorgamiento opera como modo para la transmisión del dominio, y si se inscribe en el Registro se produce el cierre registral para los títulos que contravengan el principio del "tracto sucesivo"». La eficacia *erga omnes* aludida implica que, al ejercitarse la opción de compra, se extinguen todos los derechos y gravámenes establecidos con posterioridad a la inscripción del derecho de opción y como consecuencia la cancelación de los asientos registrales (art. 79.2º LH).

Por otra parte, la Audiencia Provincial rechaza la aplicación analógica al presente caso de lo dispuesto en el artículo 175.6.º RH porque los supuestos regulados en el citado precepto son distintos al planteado en este caso.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001 [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 20.ª) DE 30 DE DICIEMBRE DE 2009.]

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Purificación Martínez Montero de Espinosa.

Antecedentes.- El Registrador de la Propiedad interpone una demanda en virtud de la cual impugna la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 24 de septiembre de 2005 por la que se estimaba el recurso interpuesto por un Notario del Colegio de Madrid contra la calificación negativa de la escritura pública de compraventa otorgada ante él.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid desestima la demanda al considerar que el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se limita a exigir al Notario la reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación y al juicio de suficiencia sobre las mismas, sin que deba proceder a su transcripción ni a la incorporación de una copia del documento del que resulte la representación. Interpuesto recurso de apelación por el Registrador de la Propiedad, la Audiencia Provincial de Madrid lo estima parcialmente y revoca la sentencia de primera instancia sólo en el sentido de no efectuar especial imposición de costas a ninguna de las partes del proceso.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia (reiterando la doctrina de las SSAP de Madrid de 22 de noviembre de 2006, 31 de julio de 2007, 3 de junio de 2008 y 30 de junio de 2009) que el juicio verbal contemplado por el artículo 328 de la Ley Hipotecaria sólo podrá recaer sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 LH.

Respecto de la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 y el significado de la expresión «reseña identificativa», la Audiencia Provincial de Madrid considera que la reforma del citado precepto realizada por la Ley 24/2005, de 28 de noviembre, ha venido a aclarar el significado de dicha norma, pues su párrafo segundo dispone que "la reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo su responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación". A juicio de la Audiencia Provincial dicho precepto «no sólo afecta al concepto de reseña, sino que define estrictamente su alcance y contenido».

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

INEXACTITUD REGISTRAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL TITULAR DE UN DERECHO REAL DE HIPOTECA PARA INSTAR LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25.ª) DE 5 DE FEBRERO DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado.

Antecedentes.- La entidad *A, S. L.*, interpone una demanda contra doña Camino, doña Enma y doña Inocencia en la que promueve la corrección de la inexactitud del Registro de la Propiedad instando la inscripción de la escritura de donación del inmueble adquirido por la prestataria de sus hijas, con el fin de posibilitar así la inscripción, a su vez, de la hipoteca sobre aquél, que garantiza el préstamo contratado con la donataria.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid desestima la demanda porque la parte demandante no tiene acción para obligar a la demandada a inscribir la donación. La Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (amparándose en el artículo 40 LH afirma que está legitimada para pedir la rectificación del Registro de la Propiedad por ostentar un derecho real que resulta lesionado por el asiento inexacto), revoca la sentencia de primera instancia y estima en parte la demanda (se condena a las demandadas a inscribir en el Registro de la Propiedad núm. 8 de Madrid la escritura de donación de 29 de noviembre de 2005, otorgada ante Notario de Madrid por doña Camino y sus hijas doña Enma y doña Inocencia, respecto de la finca objeto de este litigio).

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia que estamos en presencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 39 LH, de un caso de inexactitud registral por haberse omitido una inscripción, la de transmisión del dominio por donación de las hijas demandadas a su madre del bien propiedad de aquéllas. Se pretende así reanudar el tracto sucesivo interrumpido por no haber accedido a los libros del Registro de la Propiedad la realidad material que determina un cambio de titular del dominio.

Para corregir la inexactitud registral, el artículo 40 LH no otorga acción a cualquiera, sino únicamente «al titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto» y el titular de un derecho de hipoteca es uno de estos sujetos legitimados, pues si bien es cierto que el derecho real de hipoteca no puede considerarse válidamente constituido mientras no se inscriba en el Registro de la Propiedad, el artículo 1875 CC reconoce a la persona a cuyo favor se haya establecido, el derecho de exigir la inscripción. Por tanto, si el titular de ese derecho real no puede constituirlo debido a que las titulares del dominio inexacto de la finca sobre la que se estableció la hipoteca no proceden a rectificar la realidad registral, no hay duda de la lesión de su derecho y la atribución de acción para instar la rectificación registral.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

SEGUNDO TRIMESTRE DE 2010

PROPIEDAD

Resolución de 1 de febrero de 2010 (BOE 5 de abril de 2010). EXPRESIÓN DE DISMINUCIÓN DE CABIDA: NO PROCEDE SI FIGURA INSCRITA DICHA CABIDA EN OTRO FOLIO REGISTRAL.

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/04/05/pdfs/BOE-A-2010-5436.pdf>

Hechos: En la descripción registral de una finca figura que se ha producido una disminución en su cabida como consecuencia de una expropiación. Posteriormente esa porción expropiada es objeto de una inscripción especial y separada como consecuencia de una inmatriculación en una actuación urbanística.

Se presenta en el Registro instancia suscrita por los recurrentes en la que, considerando que la alusión a la expropiación referida es una mención, por no haber sido objeto de inscripción especial y separada, solicitan la cancelación de la referencia a la reducción de superficie, de conformidad con lo que establecen los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.

El Registrador deniega la solicitud, siendo CONFIRMADA SU CALIFICACIÓN por la DGRN, ya que si bien el propio Centro Directivo ha considerado como mención la alusión a una disminución de cabida producida por una expropiación que no ha sido objeto de inscripción -R. 26/7/2007-, el presente caso no tiene el mismo el supuesto de hecho, ya que la porción expropiada tiene su propia inscripción separada y especial, lo cual es incompatible con el concepto de mención.

Además, de procederse a la cancelación, se produciría una doble inmatriculación, pues el mismo terreno figuraría inscrito como formando parte de dos fincas registrales.

RESOLUCIÓN DE 2 DE FEBRERO DE 2010 (BOE DE 5 DE ABRIL DE 2010). ACTA DE EXCESOS DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. NOTIFICACIÓN AL AYUNTAMIENTO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/04/05/pdfs/BOE-A-2010-5437.pdf>

Hechos: Se presenta en el Registro Acta de exceso de cabida autorizada por el Notario recurrente en la que una sociedad declara ser propietaria de un edificio que, según la certificación registral, que se aporta, se asienta sobre un inmueble de seiscientos cuarenta y tres metros treinta y tres decímetros de superficie; se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta que la extensión superficial es de novecientos siete metros cuadrados, pero que, según reciente levantamiento topográfico, visado por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos en Topografía, es de ochocientos noventa y ocho metros, cincuenta y tres decímetros cuadrados, requiriendo al Notario para que, al amparo

de los artículos 200 y 203 de la Ley Hipotecaria y 53 n.º 10 de la Ley 13/1996 proceda a declarar la notoriedad de la superficie expresada. El Notario, tras la práctica de las diligencias oportunas, declara la notoriedad.

El Registrador deniega la inscripción del exceso de cabida por los motivos siguientes:

- 1º como cuestión formal previa, que el recurso es *extemporáneo*;
- 2º que no se ha notificado personalmente al Ayuntamiento de Madrid, titular de calle y plaza colindantes;
- 3º que el registrador tiene dudas de la identidad de la finca.

La DGRN señala lo siguiente: En cuanto a la primera cuestión, la pretensión es **rechazada por la DGRN** por cuanto para ello debe de probar la fecha en que fue notificada la calificación al notario.

En cuanto a la segunda cuestión, tras alegar el notario que el Ayuntamiento ha quedado notificado por el Edicto y que, además, la calle y plaza pública lo son desde hace más de 50 años, la DGRN da la razón al Registrador, y señala que hay que notificar personalmente al Ayuntamiento, como colindante, pues además de la legislación hipotecaria lo exige también el artículo 38 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la última cuestión, la DGRN revoca la calificación y señala que para que las dudas estén fundadas tienen que estar basadas en criterios objetivos y razonados. Y en este caso la DGRN no encuentra justificadas las dudas, pues la cabida está justificada por el Catastro, que incluso le atribuye una ligeramente superior.

Finalmente recuerda la DGRN que el exceso de cabida, en sentido estricto, ha de ser únicamente la rectificación de un dato inicialmente erróneo de la finca registral, pues en otro caso habría que acudir al cauce de inmatriculación de un nuevo trozo de terreno y su agrupación a la finca ya inscrita.

RESOLUCIÓN DE 3 DE FEBRERO DE 2010 (BOE DE 5 DE ABRIL DE 2010). PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA CON UN ELEMENTO AÚN NO CONSTRUIDO

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/04/05/pdfs/BOE-A-2010-5438.pdf>

Hechos: Se presenta en el Registro una escritura por la que los dueños en pro indiviso de un solar forman tres fincas mediante la constitución sobre dicho solar de un régimen de propiedad horizontal tumbada, del cual resultan tres elementos privativos (tres solares). Sobre dos de ellos se declara una edificación en construcción; sin embargo sobre el tercero no se declara ninguna edificación, aunque en el futuro se prevé edificar, aportándose los datos urbanísticos de la edificación proyectada.

El Registrador considera que no se puede formar el tercer elemento de la propiedad horizontal sin contener una edificación.

La DGRN resuelve estimando el recurso del Notario y revocando la calificación, pues ninguna norma exige lo pedido por el registrador y justifica su opinión en la doctrina de la prehorizontalidad y de la construcción por fases, que no exige que estén terminados todos los elementos de la propiedad horizontal para que ésta se constituya, y que permite que la construcción de los conjuntos urbanísticos pueda desarrollarse por fases.

Finalmente señala que, en su momento, se declarará la edificación en el tercer elemento, hoy solar, sin necesidad de contar con el concurso de los otros propietarios, conforme a la normativa municipal y a lo pactado en la escritura de propiedad horizontal.

RESOLUCIÓN DE 2 DE MARZO DE 2010 (BOE DE 5 DE ABRIL DE 2010). NOTA MARGINAL DEL 656 LEC: NO PROCEDE SI NO EXISTE ANOTACIÓN DE EMBARGO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/04/05/pdfs/BOE-A-2010-5441.pdf>

Hechos: En el ámbito de un procedimiento de ejecución de una sentencia relativa a una disolución de comunidad, se solicitó en su día en el Registro la expedición de una *certificación de dominio y cargas* según lo dispuesto en el artículo 656 LEC.

El registrador la expidió pero advirtió que no se practicaba la nota marginal por no aparecer en el Registro anotación preventiva alguna del procedimiento del que derivaba la ejecución.

El recurrente solicita ahora del registrador actual que se practique la misma.

El registrador deniega dicha solicitud, y su calificación es confirmada por la DG, señalando que para poder extender la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en un procedimiento de ejecución es necesaria la previa constancia registral del derecho del ejecutante. Así resulta del art. 143 RH según el cual no procederá la extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo correspondiente.

Y la misma solución resulta de la LEC: el art. 659.1 establece que el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante; el art. 659.3 se refiere a titulares de derechos posteriores al gravamen que se ejecuta y el 674.2 dice que a instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656...

Todos estos preceptos presuponen una previa anotación de embargo (o en su caso inscripción de hipoteca), para que se pueda practicar la nota marginal de expedición de la certificación, de modo que, si no está anotado el embargo, no cabe extenderla.

RESOLUCIÓN DE 15-02-2010 (BOE: 17-05-2010). CANCELACIÓN DE HIPOTECAS POR CADUCIDAD

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/17/pdfs/BOE-A-2010-7922.pdf>

Registro: Albacete nº 4

Resolución de 15 de febrero 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 4 de Albacete, a practicar la cancelación registral de dos hipotecas.

Hechos. Mediante instancia se solicita la cancelación por caducidad de dos hipotecas constituidas sobre una misma finca en garantía de determinadas obligaciones hipotecarias al portador. Se previó en la escritura que las obligaciones se amortizarían el 5 de noviembre de 1988. No obstante, si al concluir el plazo señalado no se hubiesen pagado

las obligaciones emitidas, se entenderían, «prorrogadas las obligaciones de pagar de año en año, en un máximo de diez años».

El registrador estimó que no había transcurrido el plazo que recoge el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, atendiendo a la prórroga pactada.

El recurrente sostiene que el cómputo debe de iniciarse el día 5 de noviembre de 1988, por lo que habrían transcurrido más de 21 años.

La DGRN deniega la cancelación de las dos hipotecas solicitadas según el art. 82 LH, por no haber transcurrido los 20 años de prescripción de la acción hipotecaria de los arts. 1964 C.c. y 128 LH, a los que el art. 82 LH añade un año más; porque, aunque se trata de garantía de unas obligaciones que vencían hace más de 20 años, se pactaba que se entendería, «si no exigen los tenedores de las mismas el reembolso o pago, y hasta que lo exijan, prorrogadas las obligaciones de pagar de año en año, en un máximo de diez años», y el plazo debe contarse desde la finalización de esa prórroga.

RESOLUCIÓN DE 22-03-2010 (BOE: 10-05-2010). CONVENIO REGULADOR Y BIENES ADQUIRIDOS EN ESTADO DE SOLTEROS

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/10/pdfs/BOE-A-2010-7480.pdf>

Registro: Barbastro

Resolución de 22 de marzo de 2010, de la DGRN en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Barbastro, a inscribir la adjudicación de un inmueble adquirido en estado de solteros mediante convenio regulador de separación aprobado judicialmente.

HECHOS: Por sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia se declaró la separación matrimonial de mutuo acuerdo, con aprobación del convenio regulador, en el cual, aparte de liquidar la sociedad conyugal, en otro apartado, se disuelve la comunidad de bienes existente sobre un inmueble adquirido en estado de solteros, adjudicándose a la esposa, que se obliga a compensar a su esposo con determinada cantidad de dinero y comprometiéndose ambos “a otorgar cuantos documentos notariales o de otra índole sean necesarios al objeto de la adjudicación”, además de asumir la carga hipotecaria que existía sobre la finca.

El Registrador, observa tres defectos que son confirmados por el Centro Directivo.

1) No resulta del documento presentado al Registro las circunstancias personales, nombre y apellidos del fedatario judicial, que autoriza el testimonio presentado a calificación registral. De los artículos 9 de la L.H., 51 R.H., 145, 152 L.E.C. y 452 y ss. de la L.O.P.J., resulta que efectivamente corresponde al secretario judicial expedir tales testimonios de las actuaciones judiciales.

2) No resulta del indicado documento haberse tomado razón del mismo en el Registro Civil. Como ha puesto de relieve anteriormente la Dirección General (R. de 28 de abril de 2005), el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, en desarrollo de los artículos 1333 del CC y 77 de la Ley del Registro Civil, exige en su párrafo sexto que en las inscripciones que en cualquier otro Registro -y, por tanto, en el de la Propiedad- produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el Libro de Familia o por la nota al pie del documento.

3) La finca adjudicada a la esposa fue adquirida en su día por los cónyuges por mitad y proindiviso en estado de solteros en momento anterior a la celebración del matrimonio y así resulta de los asientos obrantes en el Registro de la Propiedad.

El Centro Directivo analiza el defecto respetando los límites que tiene la calificación sobre documentos judiciales; si bien no compete al Registrador entrar en el fondo de las resoluciones judiciales, sí puede y debe examinar la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato judicial y los obstáculos que surjan del Registro.

Según la doctrina de la DG (por todas, Resoluciones de 25 de febrero, y 9 y 10 de marzo de 1988), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y de que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación o divorcio). Pero, como expresó la Resolución de 25 de octubre de 2005, esta posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, “atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida”.

La DG, como alega el recurrente, reconoce que es admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones (cita las R. 21.01.2006 y R. 29.10.2008), fijando las diferencias que impiden su equiparación a la comunidad romana formada sobre bienes adquiridos en estado de solteros:

-El régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, estando afectos los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, con especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, existiendo la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y con limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual.

-En la comunidad romana ordinaria, no existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares, sin afectación especial de los bienes, ni limitaciones singulares de disposición.

También reconoce la posibilidad de que, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes privativos. En estos casos, a veces habrá un negocio complejo y, en otras, un negocio claramente diferenciado de la mera liquidación. En todo caso, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal.

- Para los negocios complejos, no parece que sea vetada esta forma documental por el Centro Directivo, aunque tampoco lo aclara.

- Para el caso de vivienda familiar, si se han realizado pagos del precio aplazado constante la sociedad, la disolución de la comunidad que se forme entre la sociedad de gananciales y los patrimonios privativos de los cónyuges parece inclinarse por no admitir el convenio. (R. 03.06.2006 y R. 31.03.2008)

- Pero el caso estudiado es más claro ya que la disolución de la comunidad romana aparece bien diferenciada de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Confirma, pues, el defecto, basándose en la inadecuación entre el procedimiento utilizado y el carácter de los bienes y en el obstáculo registral que supone el principio de tracto sucesivo debiendo existir identidad entre el derecho tal como figura en el Registro y como se configura en el título que se pretende inscribir. Hace también hincapié en el distinto tratamiento fiscal de las figuras.

RESOLUCIÓN DE 23-03-2010 (BOE: 10-05-2010). CANCELACIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO EMBARGADO. CONDICIÓN RESOLUTORIA

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/10/pdfs/BOE-A-2010-7481.pdf>

Registro: Eivissa n.º 4

Resolución de 23 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

HECHOS: Se trata de una escritura por la que el acreedor hipotecario (cuyo crédito está embargado por la Agencia Tributaria y anotado en el Registro), sin conferir carta de pago de la deuda garantizada, consiente la cancelación de la hipoteca en un momento en el que las fincas hipotecadas, y como consecuencia de la efectividad de determinada condición resolutoria -por allanamiento y consentimiento de la titular registral- han pasado a propiedad de quienes la habían transmitido a la hipotecante con sujeción a dicha garantía resolutoria.

El registrador no inscribe la cancelación de hipoteca porque el crédito hipotecario aparece embargado a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria; principio de prioridad, art. 17 LH y RDGRN 23-3-93 y 5-5-93.

El titular de la finca recurre y alega en primer lugar que ese embargo no debió de ser nunca anotado, al ser posterior a la condición resolutoria la hipoteca en favor de la sociedad acreedora, esta carga ha de cancelarse y no puede embargarse ningún crédito hipotecario, ya que, como consecuencia de la efectividad de la condición resolutoria, la parte cedente recupera la propiedad y su derecho es preferente sobre el que podría ostentarse por la Agencia Tributaria, en segundo lugar considera también que no se perjudica al embargante, pues el crédito continúa existiendo y por tanto el embargo sobre el mismo, aunque desaparezca la hipoteca.

Señala la DGRN, en cuanto al primer argumento, que no puede resolver sobre asientos ya practicados que están bajo la salvaguardia de los tribunales con independencia del mayor o menor acierto en su práctica (Art. 1.3 LH).

En cuanto a la pretensión de cancelación de la hipoteca y por ello del embargo como carga posterior a la hipoteca, de forma automática, considera que no se puede cancelar el embargo sin consentimiento de su titular, o resolución judicial, pues en otro caso se produciría indefensión al titular del embargo que vería extinguido su derecho sin posibilidad siquiera de ser oído. Al no poderse cancelar el embargo tampoco se puede cancelar la hipoteca.

Reconoce sin embargo la DG «Bien es cierto que hay excepciones a lo que sería la regla general, en las que la cancelación de asientos puede producirse por la ejecución de gravámenes anteriores (el art. 175 RH), pero no es posible generalizar soluciones previstas para otros supuestos. En esta línea cabe aludir, por ejemplo, a las reglas

previstas para la ejecución por subasta, que prevén las notificaciones a los titulares de cargas posteriores, y que claramente no pueden extenderse a casos como los que motivan este recurso, en el que la operativa se ha desarrollado al margen de todo procedimiento y en instancias privadas, por lo que habrá de exigirse, en defecto de resolución judicial, la conformidad del embargante del crédito hipotecario».

Hay que tener en cuenta que el procedimiento de cancelación es privado, sin garantías para el acreedor posterior, y además que no hay pago de la deuda, sino más bien una renuncia al derecho de hipoteca, que perjudica claramente al acreedor embargante, la Agencia Tributaria, por lo que ponderando los intereses en juego la DGRN concluye que no se puede cancelar el embargo y por tanto tampoco se puede cancelar la hipoteca.

RESOLUCIÓN DE 25-03-2010 (BOE: 10-05-2010). IDENTIFICACIÓN DE EXTRANJERO POR TARJETA DE RESIDENCIA

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/10/pdfs/BOE-A-2010-7483.pdf>

Registro: Málaga nº 10

Resolución de 25 de marzo de 2010, de la DGRN, en el recurso interpuesto por la notaria de Benalmádena, doña María Nieves García Inda, contra la negativa del registrador de la propiedad de Málaga n.º 10, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

HECHOS: Se otorga una escritura de cancelación de hipoteca por apoderado extranjero de una entidad bancaria. En la escritura presentada a inscripción la Notaria autorizante expresa que identifica a la señora compareciente -de nacionalidad francesa- mediante exhibición de la Tarjeta de Residencia, vigente, cuyo número se reseña (integrado por la letra «X», siete dígitos y la letra final «M» como letra de control).

El Registrador suspende la inscripción mediante una calificación en la que aduce como único defecto que el número de la tarjeta de residencia es diferente al del NIE (cuya numeración debe constar en las escrituras), y que no basta «que figure un número como de la Tarjeta de Residencia que, como el consignado en el título, aunque por sus dígitos pudiera pensarse corresponder a un NIE, denota un error al no especificar claramente se trate del número del NIE, debiendo ser convenientemente aclarado», alegando la redacción actual del Art. 254.2 LH (modificado por la Ley 36/2006)

La Dirección confirma la argumentación de la Notaria y dice que, «el número de la tarjeta de residencia -en vigor según se indica- que se reseña en la escritura calificada no puede ser sino el número personal de identificación de extranjero y, consecuentemente, es el número de identificación fiscal». Además aprovecha para explicar la situación normativa; conforme al artículo 18.2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, el número de identificación fiscal podrá acreditarse por su titular mediante la exhibición del documento expedido para su constancia por la

Administración tributaria, del documento nacional de identidad o del documento oficial en que se asigne el número personal de identificación de extranjero. Además, el artículo 20.1 del mismo Real Decreto establece que para las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, el número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y su normativa de desarrollo.

No obstante, y aun cuando no afecte al presente caso, añade a lo anterior que desde la entrada en vigor del RD. 240/2007 de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de

otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (vid. art. 1.3 LO. 4/2000, en la redacción dada al mismo por la LO. 2/11.12.2009, que remite a la normativa especial), la tarjeta de residente comunitario, cuya solicitud era voluntaria, aunque conveniente para realizar determinados trámites en España, ha sido sustituida por la obligación -impuesta a todos los ciudadanos comunitarios que residan en España por un periodo superior a tres meses- de solicitar su inscripción en el Registro Central de Extranjeros obteniendo un certificado de registro que incorpora su número de identidad de extranjero, debiendo por tanto ser identificados por el Notario mediante su correspondiente documento de identidad o por su pasaporte, los cuales -según proceda- sí que habrán de ser reseñados convenientemente en la escritura en unión del correspondiente número de identificación fiscal, cuando así venga legalmente exigido». Por tanto, y para casos distintos del resuelto, «el número de identidad de extranjero, que será también su número de identificación fiscal, deben acreditarlo no sólo quienes tengan tarjeta de residencia -por residir legalmente en España- sino todos aquellos otros extranjeros que estén obligados a disponer de dicho número de identidad (e, incluso, que los extranjeros que no estén obligados a disponer de este número, deberán acreditar un número de identificación fiscal si realizan operaciones con trascendencia tributaria)».

RESOLUCIÓN DE 26-03-2010 (BOE: 10-05-2010). DECLARACIÓN DE OBRA. DISCORDANCIAS

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/10/pdfs/BOE-A-2010-7484.pdf>

Registro: Ponderada nº3

Resolución de 26 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Ponferrada nº 3, a la inscripción de una declaración de obra nueva de una finca.

Tratándose de una declaración de obra nueva, son cuatro los defectos atribuidos por la Registradora:

- 1) Falta de coincidencia sobre la superficie cuya inscripción se solicita ya que la parcela sobre la que se edifica tiene una superficie, según el Registro, de 3330 metros cuadrados, según el documento ahora presentado de 2659 metros cuadrados y según el certificado catastral de 2531 metros cuadrados;
- 2) Que en el certificado catastral figura la existencia de un almacén que no se refleja en la escritura;
- 3) Que la superficie ocupada, según el certificado técnico es de 2531 metros cuadrados, y según la escritura, de 126,75 metros cuadrados
- 4) Que para acreditar si el perito certificante tiene facultades para la certificación que expide, es necesario que tales facultades se constaten por el Colegio oficial correspondiente.

El primero de los defectos no puede ser considerado como tal. Es cierto que en el título inscribible se señala una superficie superior a la inscrita y que la misma no se justifica en forma suficiente para que pueda inscribirse el exceso de cabida. Pero, sin perjuicio de que no se produzca en el Registro tal inscripción, ello no impide que se practiquen las demás operaciones registrales que se pretenden en la finca objeto del recurso. Por ello, se deberá inscribir la finca con la superficie que figura en el Registro, lo cual no impedirá que, en el futuro, si se acredita suficientemente la mayor cabida de la misma, pueda hacerse constar con tal cabida.

En cuanto al segundo defecto, el hecho de que la certificación catastral constatare la existencia de un almacén que no se recoge en la escritura no es tampoco un obstáculo para la inscripción de ésta, pues, como dice la recurrente, en este momento no interesa la inscripción de tal almacén, sino la vivienda unifamiliar que se declara.

Sobre el tercer defecto dice la DG, que aunque en el certificado técnico se habla de «superficie ocupada de 2531 metros cuadrados», es claro que se trata de una expresión defectuosa que resulta de la comparación de esta expresión con las demás a que se refiere el mismo documento, y no de la superficie ocupada por la edificación, pues, si en ésta se dice que la primera planta tiene una superficie de 126,75 metros cuadrados, ésta es la superficie ocupada por la edificación que se declara. Por consiguiente, este defecto también ha de ser revocado.

En cuanto al último defecto, consistente en que falta certificado del Colegio oficial del técnico certificante, este defecto ha de ser mantenido, pues el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997 exige tal requisito para acreditar las facultades del técnico certificante.

RESOLUCIÓN DE 29-03-2010 (BOE: 31-05-2010). ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD. COMPRA DIVORCIADO EN DOCUMENTO PRIVADO. ELEVAN A PÚBLICO PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/31/pdfs/BOE-A-2010-8658.pdf>

Registro: Madrid-23

Resolución de 29 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Madrid, don Rodrigo Tena Arregui, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid nº 23, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa.

HECHOS: Mediante documento privado suscrito con fecha de 2007, determinada persona, entonces divorciada según se expresó en aquel documento, compró a una sociedad dos viviendas y tres participaciones indivisas de un local de garaje, haciéndose constar que las fincas estaban en construcción y que el comprador se obligaba a tomar posesión de ellas cuando fuera requerido para ello por la parte vendedora. De la totalidad del precio, se pagó parte en el momento de la firma del documento privado mediante un pagaré con vencimiento el mismo día, y el resto quedó aplazado.

En 2009 se autorizó la escritura calificada, por la que la sociedad vendedora, el que aparece como comprador en dicho documento privado y su actual esposa -en régimen de gananciales, según se indica- «ratifican y elevan a público» el documento privado incorporado a la escritura, de modo que dicha sociedad «vende y transmite» a los cónyuges, «que compran y adquieren, para su sociedad de gananciales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.355 del Código Civil, las fincas descritas..., transmitiéndose su pleno dominio...».

El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción alegando que las fincas descritas se inscribirán a favor exclusivamente del comprador por haber adquirido en estado civil de divorciado, teniendo carácter privativo conforme el art.1357 Cc, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho conforme al artículo 1.358 del Cc.

La DGRN dilucida varias cuestiones:

1.- Si el carácter ganancial o privativo de un bien adquirido mediante precio aplazado, se determina en el momento en que se perfecciona el contrato (es decir, en la fecha del

documento privado, donde el comprador era divorciado y en cuyo caso sería privativo) o en el que se consuma con la entrega de la posesión (es decir, el del día de la firma de la escritura, en cuyo caso sería ganancial).

Contesta la DGRN, siguiendo al Tribunal Supremo(S 27/3/2000 y 20/11/2000) que es el momento de la perfección del contrato el que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el carácter ganancial o privativo. Para ello utiliza la interpretación del art 1357 en su párrafo primero dice: "tendrán siempre carácter privativo los bienes comprados...". A diferencia de los artículos 1.354 y 1.356 del Código Civil que hacen referencia a «bienes adquiridos», lo que parece presuponer la necesaria consumación del proceso transmisivo para que el bien adquiera naturaleza privativa o ganancial en los supuestos a que se refieren, el artículo 1.357 antes reseñado presenta la particularidad de referirse a «bienes comprados». Esta expresión revela que para el Código Civil basta que el contrato se haya perfeccionado para considerar el bien como privativo, aunque la adquisición del dominio por efecto de la tradición tenga lugar con posterioridad al momento en que haya comenzado a regir la sociedad de gananciales (cfr. artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil), sin perjuicio del correspondiente derecho de reembolso.

2.- Cuáles son los requisitos exigibles para la aplicación del artículo 1355 y su validez jurídica.

Contesta la DGRN que el artículo 1355 permite un pacto de atribución de ganancialidad, que no tiene efectos traslativos de derechos como en el caso de la aportación a la sociedad de gananciales, ya que el bien entra en el patrimonio ganancial directamente, desde el primer momento. (STS 02/10/2001)

Por otro lado precisa que este pacto no es abstracto, pues necesita de una causa onerosa o gratuita. Sin embargo, no es necesario que se exprese en la escritura la causa, pues se presume el derecho de reembolso regulado en el artículo 1358.

3.- Si se puede aplicar el artículo 1355 al presente caso, teniendo en cuenta que, en principio, el bien habría de calificarse como de privativo según el artículo 1357 que regula los casos de compra con precio aplazado.

Contesta la DGRN que SI, que ha de prevalecer la voluntad de las partes que regula el artículo 1355 sobre la regla general del artículo 1357, dice que «la regulación del régimen económico matrimonial que contiene el Código Civil se caracteriza por un marcado principio de libertad» y que la doctrina de la Dirección (cita la R. 10.03.1989) es que «los amplios términos del art. 1323 C.c. posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto». En otro caso se daría un caso de contradicción de valoración normativa, ya que el 1355 se aplicaría en unos casos (adquisiciones por subrogación de derechos, por ejemplo) y en otros no (compraventas con precio aplazado).

De lo anterior se deduce que no hay confusión en la escritura y que no se viola el principio de especialidad hipotecario al invocar dicho artículo 1355 CC.

Para terminar indica la Dirección, que no puede considerarse defecto que impida la inscripción el hecho de que en el documento privado se transmitía una imprecisa «cuota indivisa del local de garaje», mientras que en la escritura de elevación a público se precisa «una ciento cincuenta y cinco avas parte del local destinado a garaje»; pues «la escritura de elevación a público no hace sino cumplir con la exigencia que para la inscripción de dicha cuota se deriva del art. 54 RH»

RESOLUCIÓN DE 31-03-2010 (BOE: 31-05-2010). COMPRA DIVORCIADO EN DOCUMENTO PRIVADO. ELEVAN A PÚBLICO PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/31/pdfs/BOE-A-2010-8659.pdf>

Registro: Madrid-23

Resolución de 31 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Madrid, don Rodrigo Tena Arregui, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid nº 23, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa.

Similar a la anterior

RESOLUCIÓN DE 30-03-2010 (BOE: 24-05-2010). PROPIEDAD HORIZONTAL. LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/24/pdfs/BOE-A-2010-8286.pdf>

Registro: Majadahonda nº 2

Resolución de 30 de marzo 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 2 de Majadahonda, a la legalización de un libro de actas de una comunidad de propietarios de un local-garaje

HECHOS: Se solicita la legalización de un Libro de Actas de un local-garaje, que es un elemento privativo de una propiedad horizontal. Dicho local está dividido en cuotas indivisas que se concretan en el uso y disfrute por cada partícipe de una plaza de garaje.

El Registrador deniega la legalización del libro de actas, ya que el local garaje forma parte de un edificio sobre el que se ha constituido una Propiedad horizontal que se rige por el 396 del C.C y La L.P.H., pero sobre el local garaje no se ha constituido, ninguna comunidad o subcomunidad a la que se aplique el art. 17 de la L.P.H. por lo que no puede legalizarse el libro de actas en este Registro de la propiedad como establece el art 415 del R.H.

El interesado recurre alegando las Resoluciones de 20 de abril y 29 de noviembre de 1999 que, en su opinión, admiten la legalización de los libros de estos tipos de comunidad.

La DGRN comienza recordando que el objetivo de la norma (415 RH) fue el de descargar a los órganos jurisdiccionales de funciones que no tenían la condición de tales. El régimen de legalización de libros de actas de comunidades y subcomunidades de propietarios de inmuebles o conjuntos inmobiliarios del art. 415 RH es aplicable «siempre y cuando de la instancia presentada se vea claramente que el libro está llamado a reflejar acuerdos propios de un régimen de propiedad horizontal, subcomunidad o conjunto inmobiliario o afecte a acuerdos de un órgano colectivo de tal índole que recoja intereses específicos»;

Ha de seguirse un criterio amplio (Resoluciones de esta Dirección General de 25 de abril de 1997, 20 de abril y 29 de noviembre de 1999, 22 de mayo de 2003 y 22 de mayo de 2008.) en cuanto al concepto de comunidad cuyos libros pueden legalizarse, incluyendo a subcomunidades y conjuntos inmobiliarios, estén inscritos o no.

En el caso presente, existe comunidad, al pertenecer el garaje a varias personas proindiviso, aunque no estén inscritas las reglas de la comunidad ni la existencia de un órgano colectivo especial. Por ello, se ha de legalizar el libro, pero no extender la nota marginal en el folio abierto a la finca en cuestión, debiendo consignarse entonces los datos en el libro fichero previsto al efecto para fincas no inmatriculadas o en las que no conste inscrito el régimen de propiedad horizontal, haciéndolo constar así el Registrador en la nota de despacho al pie de la instancia y al margen del asiento de presentación».

RESOLUCIÓN DE 05-04-2010 (BOE: 24-05-2010). ARRENDAMIENTO RÚSTICO. NOTIFICACIÓN DE LA COMPRA AL ARRENDATARIO

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/24/pdfs/BOE-A-2010-8287.pdf>

Registro: Alicante nº3

Resolución de 5 de abril de 2010, de la DGRN, en el recurso interpuesto por el notario de San Vicente del Raspeig, don Francisco José Román Ayllón, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad nº 3 de Alicante, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa

HECHOS: Compraventa de una finca rústica otorgada en 2009, en la que el vendedor manifiesta que no está arrendada, ni cedida en aparcería y que no se ha hecho uso en los seis años anteriores a la fecha de otorgamiento de la escritura del derecho a que se refiere el artículo 26.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980. El Registrador deniega la inscripción porque «de los antecedentes obrantes en el Registro aparece un arrendamiento por procedencia de la finca matriz anterior a 1935, entendiéndose necesaria, para posibilitar la inscripción, una aclaración sobre tal extremo y la cancelación previa, en su caso, del arrendamiento. El registrador sustituto confirma la calificación remitiéndose a los mismos argumentos de la nota del registrador sustituto.

El notario recurre, se queja de la falta de motivación sustantiva de ambas notas, considera que dicho arrendamiento no está vigente y que, en todo caso, no hay en la Ley ninguna prohibición de venta de las fincas arrendadas.

La DGRN revoca la nota, pues señala que La ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 no cierra el Registro a las compraventas de fincas arrendadas. La Dirección hace un detallado estudio de la situación en la L. 15.03.1935 y demás normas posteriores, y destaca especialmente cómo aquella Ley «no alcanzaba a condicionar la inscripción de las transmisiones dominicales sobre la finca arrendada al requisito de su notificación al arrendatario para garantizar un derecho de adquisición preferente -derecho que introdujo para los arrendamientos históricos la L. 83/31.12.1980)

Además el arrendamiento objeto del presente caso no está vigente, aunque no se haya cancelado registralmente, por aplicación de lo dispuesto en la ley 1/1992 de Arrendamientos Rústicos Históricos

Según esta ley, el 31 de diciembre de 1997, se han de considerar extinguidos por finalización de prórroga, salvo una excepción ya no aplicable y que concluía el 11 de febrero de 2002:

- a) Los anteriores al Código Civil cuyo arrendatario traiga causa de quien lo fuera a su publicación.
- b) Los concertados antes de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuando el arrendatario sea cultivador personal.

c) Los anteriores al 1 de agosto de 1942, cuya renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a 40 quintales métricos y en los que la finca venga siendo cultivada personalmente por el arrendatario.

RESOLUCIÓN DE 06-04-2010 (BOE: 31-05-2010). CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. TRANSMISIÓN DE FINCA SUPUESTAMENTE ANEJA A UNA CONCESIÓN DE FERROCARRIL

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/31/pdfs/BOE-A-2010-8660.pdf>

Registro: Madrid-19

Resolución de 6 de abril de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «La Vascongada, S.A.», contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid nº 19, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa.

Una Sociedad, titular de una concesión administrativa de un ferrocarril minero de vía estrecha de servicio particular, vende en 2007 cuatro participaciones en dicha concesión (en total un 45%), finca registral 5884 (parte de la cual estaba situada en terreno a reparcelar) a cuatro compradores: una Mercantil S.L. y tres personas físicas más, mediante cuatro cuotas indivisas diferentes y compraventas distintas, extendiéndose las compraventas a los anexos a las vías y a la finca 1066, que figura inscrita bajo folio distinto de aquella

Luego en 2009 se complementa la escritura anterior en relación con la finca 1066 elevando a público un documento privado firmado por la Sociedad y las tres personas físicas indicadas (no interviene la Mercantil S.L.), estableciendo que tal finca se incluyó en la venta de 2007 al considerarla terreno anexo o complementario del ferrocarril y ahora se determinan las participaciones de finca vendidas a los tres en esta finca, pero en porcentaje diferente al de las participaciones vendidas de la concesión de ferrocarril, aunque la vendedora se reserva en dicha finca una participación superior a la que le vendió a la Mercantil S.L. en la concesión.

El Registrador se opone por entender que la finca 1066 forma parte de la concesión, como terreno anejo a la misma, y su transmisión precisa de autorización administrativa y además al venderse sólo a tres de los cuatro compradores de las participaciones de la concesión, y en porcentaje distinto a la de éstas, se precisa la intervención del cuatro, la Mercantil S.L.

Sobre los dos primeros extremos, la Dirección repasa los antecedentes normativos sobre ferrocarriles e inscripción de las concesiones y terrenos anejos con meritorio detalle (RO. 26.02.1867, RH-1915, RH-1947); sobre ellos concluye que «la concesión tiene por finalidad fundamental la ocupación de terrenos de dominio público o patrimonial del Estado para la construcción del ferrocarril», pero junto a ellos se admite la figura de «fincas 'anejas' de dominio particular»; y, «de los antecedentes de la finca reseñada no resulta ninguna referencia a su adquisición por expropiación forzosa o su incorporación a la concesión», por lo que su transmisión debe ser inscribible.

Sobre el último defecto, la Dirección tampoco lo confirma, al entender que se trataba de cuatro compraventas distintas, por lo que la falta de comparecencia de uno de los compradores no obsta a la inscripción de las otras tres; aunque se alteren las cuotas primitivamente transmitidas, ya que la vendedora puede disponer de «una participación muy superior a la que corresponde a la sociedad no compareciente».

RESOLUCIÓN DE 08-04-2010 (BOE: 24-05-2010). CALIFICACIÓN REGISTRAL DE UN EXPEDIENTE DE DOMINIO

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/24/pdfs/BOE-A-2010-8288.pdf>

Resolución de 8 de abril de 2010, de la DGRN, en los recursos interpuestos contra la negativa de la Registradora de la Propiedad nº 1 de Ourense, a inscribir un expediente de dominio y documentos posteriores que de aquel traen causa.

Se plantea en el presente recurso la cuestión de si cabe practicar la inmatriculación de una finca cuyo dominio ha quedado acreditado en el correspondiente expediente judicial instruido al efecto, sin resultar del Auto la participación indivisa que adquiere cada condueño ni el carácter privativo, ganancial o presuntivamente ganancial, con que adquirió el que consta como casado, y sin que tales extremos puedan deducirse al no resultar del expresado Auto el título de adquisición. Previa y posteriormente se presentaron otros títulos conexos con el citado expediente de dominio contra los cuales los interesados también han recurrido.

La DGRN, confirmando el criterio del registrador, reitera su conocida doctrina sobre calificación registral de documentos judiciales, y añade que «compete a la calificación registral (art. 101 RH) comprobar si se expresan, con la claridad suficiente, todas las circunstancias que según la Ley y el propio Reglamento deba contener la inscripción (cfr. art. 98 RH), En consecuencia, se hace imprescindible que el pronunciamiento judicial esté suficientemente determinado»

En el caso concreto, en el Auto objeto del recurso, ni se determina el porcentaje en que adquieren los condueños, ni se determina tampoco el carácter que tiene la participación cuyo dominio se acredita al condueño casado, ni tampoco resulta el título adquisitivo que es un elemento esencial para determinar los efectos de la adquisición y, en consecuencia, de la inscripción.

En cuanto a los títulos presentados con posterioridad a aquel cuya inscripción se suspende, se «deberán prorrogar los asientos de presentación relativos a los títulos conexos, anteriores o posteriores, haciéndolo constar por nota al margen del asiento de presentación (cfr. art. 111 RH), sin extender al pie del título nota alguna. Este es el criterio seguido por R. 27.04.2005, de la que se deduce que, estando suspendido un título presentado con anterioridad y prorrogado el contradictorio o conexo posteriormente presentado, no procede extender nota de calificación negativa de estos últimos, ya que hay que esperar a que venza la prórroga por razón de los anteriores».

Por último, en cuanto a la reclamación de daños y perjuicios, se señala que el presente recurso gubernativo no es el cauce apropiado para resolver estos perjuicios que reclama el recurrente, ya que habrá de ser ante los Tribunales de Justicia ante quien debe formularse tal reclamación.

RESOLUCIÓN DE 09-04-2010 (BOE: 24-05-2010). ELEVACIÓN A PÚBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO SIN COMPARECER LA ESPOSA QUE SÍ OTORGÓ EL DOCUMENTO PRIVADO

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/24/pdfs/BOE-A-2010-8289.pdf>

Registro: Chiva nº2

Resolución de 9 de abril de 2010, de la DGRN, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad nº 2 de Chiva, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa.

HECHOS: Se trata de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de una finca urbana, concurriendo la circunstancia de que en el documento privado de compraventa figuran como compradores los dos esposos, consignándose las circunstancias personales de ambos -nombre, apellidos, domicilio y D.N.I., pero sin expresión de su régimen económico-matrimonial-, y manifestándose en la estipulación primera del contrato, de forma expresa, que se vende la finca a favor de ambos, quienes la aceptan y compran, si bien en tal documento privado no consta la firma de la esposa, apareciendo consignada tan solo, por la parte compradora, la del esposo. En la escritura de elevación a público del documento privado, el esposo, ahora recurrente, figura como único comprador casado en separación de bienes y solicita que la finca se inscriba a su nombre con carácter privativo. En ejecución de sentencia, el juez ordenó al constructor vendedor la elevación a público del documento privado de compraventa “con independencia de las relaciones entre ambos esposos, por la liquidación de sus bienes en común”.

Es de resaltar que al tiempo de la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad, no se aporta la escritura de capitulaciones matrimoniales, sino una fotocopia, aunque sí se acompaña un certificado del Registro Civil de su matrimonio, del que resulta que los mismos otorgaron capitulaciones, pero sin que resulte del certificado cual es el régimen pactado; tampoco se aportan testimonios judiciales originales de los distintos procedimientos.

Tres son las razones que opone el Registrador

- 1) Por no aportar escritura de Capitulaciones Matrimoniales.
- 2) Por no aportar los testimonios judiciales de determinados procedimientos, que pudieran aclarar la situación,
- 3) En el presente supuesto será necesaria la comparecencia en la escritura de la esposa ya que en el documento privado puede interpretarse en un doble sentido: - Que la finca se adquirió con carácter ganancial porque el precio con que fue pagada tenga dicho carácter, por lo que en virtud del principio de subrogación real, motiva que la finca tiene dicho carácter, con independencia de cual fue la fecha de las capitulaciones matrimoniales. - Que la adquisición se haya realizado para ambos cónyuges con carácter privativo, en cuyo caso, además de la comparecencia de la esposa, será necesario que se fijen las cuotas o participaciones que correspondan a cada uno en la finca».

Dirección General: Rechaza el recurso por los motivos, en esencia, alegados por el Registrador: No basta para acreditar el régimen matrimonial, existente al tiempo de la compra entre ambos esposos, una simple fotocopia, y tampoco resulta del certificado registral cuál fue el régimen matrimonial pactado, así como tampoco es admisible, la aportación de fotocopias de las sentencias dictadas en los diferentes procedimientos judiciales. sólo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro

Resulta contradictorio el contenido del documento público presentado con el contrato privado protocolizado en el mismo. Tres son las posibles causas de tal discordancia.

La DG parte de tres hipótesis:

- Que en el documento privado hubo un error y nunca debió figurar la esposa.
- Que no hubo tal error y se pretende la novación del contrato primitivo,

- O bien que ambos eran compradores y el marido actuaba en virtud de un mandato conferido por la esposa.

En los tres supuestos sería necesaria ahora la comparecencia de la esposa «a fin de evitar trasladar al Registro posibles errores que sólo por el común acuerdo de los interesados pueden ser salvados».

En los dos primeros supuestos no basta la declaración unilateral del esposo para deshacer el error, sino que se requiere la intervención de ambos esposos y del vendedor, y en el tercero se trata de una posible gestión de negocios ajenos que exige una ratificación. En definitiva se exige a efectos de su inscripción la intervención de su esposa en la escritura pública otorgada.

RESOLUCIÓN DE 12-04-2010 (BOE: 25-05-2010). PROPIEDAD HORIZONTAL. AUTORIZACIÓN PARA SUBDIVIDIR LOCALES

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/24/pdfs/BOE-A-2010-8290.pdf>

Registro: Santander nº4

Resolución de 12 de abril de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Torrelavega, don Alberto García Alija, contra la negativa del registrador de la propiedad nº 4 de Santander, a la inscripción de una escritura de segregación y constitución de servidumbre, rectificada por otra posterior

HECHOS: la titular de un local de planta sótano, contando con la correspondiente autorización estatutaria, segrega otro local, describiendo ambos, establece unos estatutos de dicho local, en los que se dispone que se tiene intención de ir segregando distintos locales, que se asignará a cada porción segregada una cuota que será módulo de participación en los elementos comunes del departamento, y que, después de la presente segregación, retiene el uso exclusivo que corresponde al local 1 sobre el espacio libre exterior, sin perjuicio del uso compartido con los demás locales del sótano sobre el acceso peatonal común.

En los estatutos generales del edificio existe autorización para subdividir los pisos y locales del edificio sin consentimiento de la Junta de Propietarios y en los mismos se reservó a favor del sótano la utilización de la entrada y espacio libre que quedaba en la parte Suroeste de la finca, a partir de los muros y vallas de contención, pudiendo hacer obras de modificación de la urbanización de esta parte para su mejor aprovechamiento.

El Registrador sólo objeta que esa retención de uso para el local resto requiere autorización de la junta como modificación de estatutos.

Dirección General: Estima el recurso, ya que partiendo de que en los estatutos generales hay una autorización expresa para dividir los pisos o locales sin consentimiento de la Junta, hay que concluir que la subdivisión que se hace no precisa nueva autorización, que sería precisa de no existir la prevención estatutaria. Y además perteneciendo al local matriz el uso exclusivo de algún elemento (la zona exterior), tal uso se puede atribuir a cualesquiera locales en que se subdivide el primero, sin necesidad de nuevo consentimiento, ya que esta nueva atribución para nada afecta a los demás propietarios de la Propiedad Horizontal para quienes la división y atribución es una '*res inter alios acta*'

RESOLUCIÓN DE 14-04-2010 (BOE: 24-05-2010). CALIFICACIÓN REGISTRAL: LA CALIFICACIÓN NEGATIVA HA DE SER RAZONADA Y SUFICIENTE

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/24/pdfs/BOE-A-2010-8291.pdf>

Registro: Santa Cruz de La Palma

Resolución de 14 de abril de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Santa Cruz de La Palma, a la inscripción de una escritura de segregación y venta

HECHOS: Se presenta en el Registro escritura por la que se segrega de una finca rústica de dos mil metros cuadrados una parcela de terreno de nueve áreas veintiséis centiáreas, y la vende a continuación.

El Registrador suspende la inscripción con una nota de calificación muy escueta. Sólo dice lo siguiente: "Hechos: No se aporta la correspondiente Licencia Municipal de segregación. Fundamentos de derecho (Artículo 18 de la Ley Hipotecaria): - Resolución de la DGRN de 22 abril 1985 . Observaciones: Para subsanar dicho defecto, aportar la pertinente licencia municipal de segregación. Contra esta calificación ...".-

La Dirección no entra en el fondo del asunto, al entender que la nota de calificación es insuficiente, pues se remite exclusivamente a una Resolución de la Dirección General que se refiere principalmente a suelo urbano, siendo el objeto del recurso de carácter rústico, no puede confirmarse la calificación, pues, dada su insuficiencia, se produciría indefensión en el recurrente.

Reitera su doctrina de que la nota ha de expresar la íntegra motivación de los defectos «con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19 bis LH y R. 02.10.1998 y R. 22.03.2001)»; y recuerda la R. 25.10.2007, en el sentido de que «no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de dos resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que ese precepto es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas resoluciones)».

RESOLUCIÓN DE 15-04-2010 (BOE: 07-06-2010). PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE CAUSA JUSTA Y PROPORCIONADA PARA LA EXENCIÓN DE TODOS LOS GASTOS DE LOS PISOS QUE ESTÁN A NOMBRE DE LA SOCIEDAD CONSTITUYENTE DEL RÉGIMEN, MIENTRAS NO SE PRODUZCA LA VENTA DE LOS MISMOS

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/07/pdfs/BOE-A-2010-9071.pdf>

Registro: Jaén número 1

Se presenta escritura por la que el titular registral único de un inmueble y constituido en régimen de propiedad horizontal modifica los estatutos en el sentido de excluir el pago de los gastos comunes durante el plazo de tres años a los elementos privativos inscritos a su nombre, mientras las fincas sigan en su poder y en intención de venta.

El Registrador deniega la inscripción por estimar que el artículo 9, letra e) de la LPH, que establece como obligación de cada propietario la de contribuir con arreglo a su cuota de participación, en los gastos generales del edificio, es una norma de carácter imperativo y por ello no puede ser removida unilateralmente por el promotor.

La DG confirma la nota de calificación señalando cómo la S.18-06-1970 declaró inválido tal pacto estatuario y cómo más tarde la doctrina y la jurisprudencia fueron admitiendo cláusulas de ese tipo basándose en que el artículo 9.e LPH establece la contribución al gasto de cada propietario con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, hasta prevalecer en la S.22-05-2008 la autonomía de la voluntad. Pero advierte que “para la validez del pacto estatuario de exención total del gasto se exigió una causa proporcionada que justificara tal exención”.

En el presente caso es “incongruente que la sociedad constituyente del régimen conserve su derecho de voto proporcional a su cuota (artículo 16.2 de la LPH) y su participación en el solar resultante de la demolición o ruina (artículo 21 de la LPH) pero no en los gastos generales del edificio. Ello implicaría una exclusión (artículo 6.2 del CC) con evidente perjuicio a tercero, ya que los restantes propietarios deberían sufragar los gastos ocasionados en una proporción muy superior a la que por ley les pudiera corresponder”.

“Piénsese que pueden existir supuestos en que la vivienda no se haya vendido, pero sí se esté utilizando por un título distinto(arrendamiento, cesión de uso o simple precario)”.

RESOLUCIÓN DE 16-04-2010 (BOE: 07-06-2010). LA CONCESIÓN DE DERECHO DE SUPERFICIE POR EL AYUNTAMIENTO REQUIERE ESCRITURA PÚBLICA

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/07/pdfs/BOE-A-2010-9073.pdf>

Registro: Mojácar

Se presenta certificación de un acuerdo del Ayuntamiento por el que se establece un derecho de superficie sobre una parcela a favor de una entidad.

El Registrador suspende la inscripción, señalando, entre otros defectos no recurridos, que el título para la inscripción debe ser la correspondiente escritura pública, no siendo suficiente el documento administrativo presentado.

La DG confirma la nota de calificación por no existir duda alguna sobre la necesidad de escritura pública. Según la misma “el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo establece que para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. La doctrina más autorizada entiende que este precepto al no hacer distinción, se refiere tanto al derecho de superficie pactado entre particulares, como a aquél que se inscribe en el marco de una actuación urbanística”.

-Notas: El caso no puede equipararse al de la R.29-01-2009 (alegada por el recurrente) en la que no se trataba de la constitución de un derecho de superficie, sino de resolución del mismo por acto unilateral de la Administración como consecuencia del principio de autotutela de la misma y en el que no surgían obligaciones de naturaleza civil.

RESOLUCIÓN DE 19-04-2010 (BOE: 07-06-2010). NO PUEDE INSCRIBIRSE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA DE UNA FINCA, SI CUANDO SE PRESENTAN LOS DOCUMENTOS CORRESPONDIENTES A LA EXPROPIACIÓN, DICHA FINCA ESTÁ INSCRITA A FAVOR DE PERSONA QUE NO HA INTERVENIDO EN EL PROCEDIMIENTO

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/07/pdfs/BOE-A-2010-9074.pdf>

Registro: Benissa

Se presentan las actas de ocupación y consignación del justiprecio, levantadas al efecto de inscribir la expropiación forzosa de parte de una finca.

El Registrador deniega la inscripción “por constar inscrita a nombre de persona distinta pues la finca se hipoteca y luego se ejecuta la hipoteca en virtud de procedimiento judicial sumario”...,adjudicándose a una entidad que no ha intervenido en el procedimiento.

La DG confirma la nota de calificación, citando los artículos 24 CE (principio de tutela judicial efectiva),38LH(presunción “iuris tantum” de la exactitud del registro), 34LH (mantenimiento del tercero ante resoluciones no anunciadas por el registro),17 LH(principio de prioridad con efecto de cierre registral). Añade, además, que “el principio de tracto sucesivo supone no seguir el procedimiento contra los que en su momento fueron los titulares registrales de la finca que se expropia, sino contra el titular en el momento en el que se quiere inscribir. Para evitar que, durante la tramitación del procedimiento de expropiación forzosa, como consecuencia del cambio de titular de la finca, se haga inútil el procedimiento iniciado, el artículo 32,regla 1ª del RH establece que, si el organismo expropiante solicita, a los efectos del procedimiento expropiatorio, la expedición de certificación de cargas, se hará constar su expedición y el procedimiento correspondiente mediante nota marginal. Esta nota sirve de publicidad en el procedimiento y evita la indefensión de los sucesivos titulares”.

Finalmente, “por lo que se refiere a la hipotética mala fe del adquirente, a que alude el recurrente, tal mala fe excede del ámbito competencial del recurso, debiendo probarse, si se pretende hacer valer, en el juicio contradictorio correspondiente.

RESOLUCIÓN DE 20-04-2010 (BOE: 07-06-2010). SOCIEDAD CIVIL: NO PUEDE INSCRIBIRSE LA ADQUISICIÓN DE UN INMUEBLE REALIZADA EN NOMBRE DE UNA SOCIEDAD CONSTITUIDA COMO CIVIL, TENIENDO POR OBJETO ACTOS DE COMERCIO

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/07/pdfs/BOE-A-2010-9075.pdf>

Registro: Las Palmas 6

Se presenta escritura de compraventa de una plaza de garaje a favor de una sociedad civil cuyo objeto social es la actividad de comercio de ropa y representación de marcas comerciales objeto de dicho comercio. .

El Registrador deniega la inscripción por cuanto que “la actividad u objeto así definido es mercantil” y por tanto la sociedad queda sujeta en primer lugar, a las disposiciones del CCo, sin que se pueda eludir la aplicación de las reglas mercantiles, al tener muchas de ellas carácter imperativo por estar dictadas en interés de tercero o del tráfico. Como consecuencia, “esta sociedad sólo alcanzará plenitud de efectos frente a terceros cuando se cumplan los requisitos de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, sin que ninguno de estos requisitos se cumpla en la actualidad”.

La DG confirma la nota de calificación. Reitera su doctrina (Resoluciones de 13-12-1985,20-03-1986,1 y 30 -04 y 11-12-1997) de que “la actividad que constituye un objeto social como el de este caso presenta las características que determinan su calificación como mercantil”, y por lo tanto, se trata de una sociedad mercantil y debe constituirse como tal, “sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil”, por lo que no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble realizada por la supuesta sociedad civil.

RESOLUCIÓN DE 21-04-2010 (BOE: 21-06-2010). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO PUEDE TOMARSE EL DIRIGIDO CONTRA HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL SI NO SE ACREDITA LA HERENCIA

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/21/pdfs/BOE-A-2010-9826.pdf>

Registro: Ponferrada número 2

Se presenta mandamiento por el que se ordena la anotación preventiva de embargo sobre dos fincas registrales. En el madamiento se hace constar que el procedimiento se sigue contra la heredera del titular registral por deudas de éste sin que esté inscrito el título hereditario en el Registro.

La Registradora suspende la inscripción, entre otros defectos, por no acompañarse el correspondiente certificado de defunción del causante ni acreditarse la condición de heredera mediante el título sucesorio correspondiente, y en su caso, el certificado de últimas voluntades, basándose en los artículos 14 y 20 de la LH y 166.1ª del RH, y por no reflejarse el NIF de la heredera, además del del titular registral.

La DG confirma los defectos señalados: “Dado que no consta que la sucesión procesal se haya acreditado ante el juez (cfr.artículo 16 de la LEC), debe aplicarse analógicamente, pues concurren las mismas razones, idéntica solución que en aquellos casos en los que se persiguen bienes contra heredero del titular registral por deudas propias del demandado, a que se refiere el artículo 166.1 párrafo segundo del RH, siendo la necesidad de acreditación registral de la condición de heredero una manifestación del principio de tracto sucesivo proclamado en el artículo 20 de la LH”.

En cuanto al otro defecto, señala que “al resultar del mandamiento calificado que el procedimiento se sigue contra persona determinada, ha de identificarse ésta a través de su NIF”(el art.254 de la LH establece-incluyendo los gravámenes- la necesidad de que consten los números de identificación fiscal de los que intervengan en los títulos inscribibles).

RESOLUCIÓN DE 22-04-2010 (BOE: 24-06-2010). PRÓRROGA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO PUEDE PRACTICARSE TRANSCURRIDO EL PLAZO DE CADUCIDAD DE CUATRO AÑOS QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 86 DE LA LH. ASIENTO DE PRESENTACIÓN: NO PRODUCE EFECTOS EL PRACTICADO EN REGISTRO INCOMPETENTE

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/24/pdfs/BOE-A-2010-10032.pdf>

Registro: Villaviciosa de Odón

Se presenta mandamiento ordenando la prórroga de una anotación preventiva por cuatro años más habiendo ya caducado la misma.

La Registradora deniega su práctica “por resultar caducada la anotación cuya prórroga se pretende”.

La DG confirma la nota de calificación, “habiendo caducado el asiento”, “no puede practicarse su prórroga” y añade que “la circunstancia de que el mandamiento se hubiera presentado por error en un Registro incompetente, dentro de plazo, no altera lo anteriormente expuesto, toda vez que es inexcusable que la presentación haya de hacerse en el Registro de la Propiedad competente, como se deduce del artículo 420.2 del RH y 1.2 de la LH”.

RESOLUCIÓN DE 27-04-2010 (BOE: 21-06-2010). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ES PRORROGABLE LA QUE CADUCÓ EN DÍA INHÁBIL Y RESPECTO DE LA CUAL SE PRESENTA EL MANDAMIENTO ORDENANDO LA PRÓRROGA EL DÍA HÁBIL SIGUIENTE

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/21/pdfs/BOE-A-2010-9827.pdf>

Registro: Alicante número 2

Se presenta mandamiento por el que se ordena la prórroga de una anotación de embargo que caducó en día inhábil y aquél se presenta el día hábil siguiente.

La Registradora deniega su práctica por entender que la anotación cuya prórroga se solicita caducó el día inhábil y “la caducidad opera con carácter automático *“ipso iure”*”.

La DG revoca la nota de calificación y estima el recurso, según la misma “dado que el plazo de vigencia señalado para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la LH debe ser considerado de Derecho sustantivo, pudiera pensarse que debiera regirse por la regla señalada en el artículo 5 del CC, según la cual el cómputo no debe excluir los días inhábiles. Sin embargo, expresamente el artículo 109 del RH, en cuanto al cómputo de plazos fijados por meses o años, señala que se computarán de fecha a fecha y si el último día del plazo fuese inhábil, su vencimiento tendrá lugar el primer día hábil siguiente. Por lo que debe considerarse procedente la prórroga solicitada”.

RESOLUCIÓN DE 03-05-2010 (BOE: 21-06-2010). CONVENIO REGULADOR DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: LA VENTA DE BIENES PRIVATIVOS DE UN ESPOSO AL OTRO, NO ES CONTENIDO PROPIO DE TAL CONVENIO POR EXCEDER DE LAS OPERACIONES LIQUIDATORIAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/21/pdfs/BOE-A-2010-9828.pdf>

Registro: Palencia número 2

Se presenta testimonio de sentencia dictada en procedimiento de separación que aprueba el convenio regulador aportado a los autos, en el que una vivienda inicialmente adquirida por la esposa, es vendida al esposo, subrogándose éste en la hipoteca que pesa sobre la vivienda.

El Registrador deniega la inscripción por entender que “la citada venta excede del contenido de su Convenio Regulador. Por razón de la forma deberá constar en escritura pública, conforme al artículo 1280 del CC”; citando en apoyo también los artículos 3 en relación con el 2 de la LH.

La DG confirma la nota de calificación, señalando que “ puesto que el objeto de la liquidación es exclusivamente la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales (cfr. Artículo 1404 del CC), no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio”; siendo preciso en este caso su formalización en escritura pública otorgada por los interesados, y “no pretender su inscripción en virtud de un negocio como el contenido en el título calificado, que lo es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal”.

RESOLUCIÓN DE 04-05-2010 (BOE: 22-06-2010). DOCUMENTO JUDICIAL: CUANDO LA SENTENCIA ES DE CONDENA NO DINERARIA, NO ES AQUÉLLA TÍTULO DIRECTAMENTE INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO, SINO QUE LO SERÁN LOS ACTOS QUE EN SU EJERCICIO SE LLEVEN A CABO.

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/22/pdfs/BOE-A-2010-9935.pdf>

Registro: Benissa

Se presenta escritura en la que el juez, interviniendo en ejercicio de su cargo, por rebeldía del demandado-en procedimiento anterior a la vigente LEC- vende una finca.

El Registrador suspende la inscripción por no acompañarse la sentencia judicial, no considerando suficiente el testimonio notarial en relación consistente en reflejar en la escritura los trámites fundamentales del procedimiento.

La DG estima el recurso, “el título inscribible es la escritura de compraventa y no la sentencia, bastando para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad que el Notario relacione los particulares de los autos y la sentencia que se ejecuta, que con dicha relación quedan bajo la fe pública notarial, satisfaciendo con ello la exigencia de documentación auténtica del artículo 3 de la LH”.

RESOLUCIÓN DE 06-05-2010 (BOE: 21-06-2010). HIPOTECA: ACREEDOR Y DEUDOR PUEDEN, “INTER PARTES”, ACORDAR LA MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE DURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON HIPOTECA, AUNQUE LA POSTERIOR FORMALIZACIÓN DE LA MISMA SE VERIFIQUE UNA VEZ QUE HAYA VENCIDO EL PLAZO INICIALMENTE PACTADO

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/21/pdfs/BOE-A-2010-9829.pdf>

Registro: San Miguel de Abona

Se presenta escritura de elevación a público de documento privado anterior al vencimiento del plazo inicialmente pactado, por el que se formaliza la novación modificativa de un préstamo hipotecario, consistente en una ampliación del plazo de duración del mismo y en la modificación del período de carencia, así como de la referencia y tipo de interés, una vez vencido el citado plazo.

La Registradora suspende la inscripción en primer lugar, por carecer, a su juicio, el documento privado de fecha fehaciente anterior al vencimiento del plazo de duración del préstamo inicialmente acordado, se modifica el plazo de una obligación vencida, “lo cual no será posible sino con la constitución de una nueva garantía dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto de la obligación principal”; en segundo lugar, porque el documento calificado “contiene además otros pactos, cláusulas y condiciones que, si bien no impiden la inscripción del título que antecede, su falta de acceso al Registro se comunicará cuando,

una vez subsanado/s el/los defecto/s antes apuntado/, se proceda a la inscripción solicitada”.

La DG estima el recurso. En cuanto al primero de los defectos, reitera la doctrina de la R. de 24-11-2009: puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad la prórroga del plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, “toda vez que 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”. “El carácter extintivo de la novación no se presume a menos que la obligación resultante de la modificación sea del todo punto incompatible con la antigua modificada, lo que no sucede en un caso como el presente en el que, además, la alteración del plazo se pacta para facilitar el cumplimiento de la obligación inicial”. Añade que a estos efectos no es relevante la circunstancia alegada por el recurrente, de una prórroga pactada en documento privado anterior al vencimiento.

En cuanto al segundo de los defectos señalados por la Registradora, la DG le replica que “el carácter unitario que ha de tener la calificación-cfr. Artículos 258.5 de la LH y 127 del RH- exige que se incluyan en ella todos los defectos existentes en el documento, por lo que no es admisible someter dicho título a sucesivas calificaciones parciales, de suerte que apreciado un defecto no se entre en el examen de la posible existencia de otros en tanto aquel no sea subsanado”.

RESOLUCIÓN DE 07-05-2010 (BOE: 24-06-2010). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: DEBE ARRASTRARSE A LAS FINCAS RESULTANTES DE UNA DESAGRUPACIÓN. PRORROGADA UNA ANOTACIÓN CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE LA LEC, NO ES PROCEDENTE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 86 DE LA LH

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/24/pdfs/BOE-A-2010-10033.pdf>

Registro: Pobra de Vallbona

El titular registral de una finca solicita que se expida certificación literal del estado de cargas de dicha finca, previa la cancelación de oficio de las anotaciones de embargo que la gravan. Funda su solicitud de cancelación en que el banco nunca embargó tal finca, por lo que existe un error que debe rectificarse, y porque a pesar de haber sido prorrogadas todas las anotaciones, deben considerarse caducadas, por el transcurso de cuatro años desde que se anotó su prórroga procediendo su cancelación.

El Registrador no expide la certificación “por no ser posible expedirla sin las cargas, porque los asientos, una vez practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales, y para rectificarlos ha de observarse lo dispuesto en el artículo 40 y 211 y siguientes de la LH, y el artículo 314 y siguientes del RH” y “porque no es procedente la aplicación de la nueva redacción del artículo 86 de la LH por haberse prorrogado con anterioridad a la reforma de la LEC”(este último defecto no se recurre).

La DG confirma la nota de calificación. “La anotación preventiva se practicó por resolución judicial sobre una finca procedente por agrupación de otras dos, a pesar de que inicialmente se dirigiera sobre una de las agrupadas, lo que motivó mandamiento judicial subsanatorio. Ello condiciona que al producirse posteriormente la desagrupación de la finca debe producirse un arrastre de la carga a las dos fincas resultantes, una de ellas la finca a la que se refiere la solicitud de certificación”.

Y en cualquier caso, la rectificación de los asientos del Registro necesita “ el consentimiento de todos sus titulares o en su defecto, resolución judicial firme dictada en

procedimiento dirigido contra tales titulares, y sin que en ningún supuesto baste una instancia privada”.

Notas: No entra la DG en el problema de Derecho transitorio. Hay que atenerse a la Instrucción DGRN 12-12-2000 o a la “aclaración definitiva” de la R. 30-11-2005, en el sentido de que la anotación preventiva de embargo prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 1/ 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil, no puede cancelarse por caducidad hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento (artículo 199.2 del RH, aún formalmente vigente.

De otra parte, aun siendo cierto que la rectificación de los asientos del Registro necesita el consentimiento de todos sus titulares o resolución judicial firme..., ese consentimiento no sería suficiente para cancelar una anotación preventiva de embargo vigente, sino que sería necesario el mandamiento judicial (ver artículos 83 LH y 174 RH).

MERCANTIL

RESOLUCIÓN DE 8 DE FEBRERO DE 2010 (BOE DE 5 DE ABRIL DE 2010). CIERRE DEL REGISTRO POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS. SÓLO SON EXIGIBLES LAS DE LOS TRES ÚLTIMOS EJERCICIOS.

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/04/05/pdfs/BOE-A-2010-5439.pdf>

Hechos: se presenta en el Registro Mercantil la escritura de elevación a público de acuerdos sociales relativos al nombramiento de auditor de cuentas de una sociedad.

El Registrador suspende la inscripción del nombramiento del auditor social, entre otros defectos, por falta del depósito de cuentas de los ejercicios 2004, 2005 y 2006. Se da la circunstancia de que el documento fue presentado el 19 de Diciembre de 2008.

Dicha calificación es recurrida por el interesado alegando que sólo es procedente el cierre por falta del depósito de los tres últimos ejercicios y que dado que las cuentas de 2004 fueron aprobadas en Junio de 2005, han transcurrido más de tres años desde dichas cuentas y que por tanto lo procedente sería que el cierre fuera por falta de los depósitos de los ejercicios 2005, 2006 y 2007. El Registrador en su informe, hace constar que debido a que la presentación del documento se hizo antes de que transcurriera un año del cierre de las cuentas de 2007, no procede el cierre por falta de dichas cuentas, sino de las cuentas señaladas en su acuerdo de calificación.

La DGRN confirma la nota de calificación, reiterando su doctrina de la R. de 3 de octubre de 2005, en el sentido de que sólo son exigibles para el levantamiento del cierre el depósito de los tres últimos ejercicios y que una interpretación literal del art. 378 RRM lleva a la misma conclusión y postura que adopta el registrador, es decir que las del ejercicio 2007 no pueden ser exigidas, dada la fecha de presentación del documento y que por tanto las que deben exigirse son las de los tres años anteriores.

RESOLUCIÓN DE 1 DE MARZO DE 2010 (BOE DE 5 DE ABRIL DE 2010). CESE Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR. DOBLE CIERRE DEL REGISTRO, POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS Y POR BAJA DE LA SOCIEDAD EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DEL MINISTERIO DE HACIENDA

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/04/05/pdfs/BOE-A-2010-5440.pdf>

Hechos: Se presenta escritura en el Registro Mercantil una escritura de cese y nombramiento de administrador y de declaración de unipersonalidad de la sociedad.

El Registrador suspende la inscripción por falta de depósito de cuentas y por estar la sociedad dada de Baja en el Índice de Entidades del Ministerio de Hacienda de conformidad con el art. 131.2 del TRLIS, aprobado por DDL 4/2004.

El administrador cesado recurre la calificación alegando que el cierre por falta de depósito de cuentas no puede aplicarse a los ceses de administradores.

La DG confirma el acuerdo de calificación, aunque hace la matización de que el cese del administrador puede inscribirse pese a la falta de depósito de cuentas de la sociedad (Cfr. Art. 378 RRM), aunque la existencia de la Baja en el IEMH lo impide, al ser el cierre ordenado por el TRLIS casi absoluto, pues sólo exceptúa el certificado de alta, a lo que añade el RRM (Art. 96), dice la DG, los asientos ordenados por la autoridad judicial.

RESOLUCIÓN DE 24-03-2010 (BOE: 10-05-2010). SOCIEDAD LIMITADA. ADMINISTRACIÓN. PACTOS PARASOCIALES

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/10/pdfs/BOE-A-2010-7482.pdf>

Registro: Mercantil I de Pontevedra

Resolución de 24 de marzo de 2010, de la DGRN, en el recurso interpuesto por el notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben, contra la negativa del registrador mercantil I de Pontevedra, a inscribir el nombramiento de administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada contenido en una escritura pública.

HECHOS: Mediante escritura en la que la totalidad de los socios se constituyen en junta universal, se nombran administradores y «-sin especificar si se trata propiamente de un acuerdo de junta o un mero pacto entre los otorgantes de la escritura- se estipula que 'los nombrados podrán ser separados de sus cargos por acuerdo de los socios que representen dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social'».

El Registrador rechazó la inscripción de dicha escritura alegando que dicho pacto no es inscribible si no se realiza la correspondiente modificación estatutaria porque esta en contradicción con el artículo de los estatutos que fija los quórum de votación para la adopción de acuerdos sociales.

Recurre el notario autorizante alegando que dicho pacto no forma parte de los estatutos por afectar sólo a los nombrados en la escritura, pero no a los que, en su caso, puedan ser nombrados con posterioridad.

Dice la Dirección que «si se trata de un acuerdo de la junta general debe observarse el procedimiento propio de la correspondiente modificación estatutaria, lo que en el presente caso no se ha respetado; y si lo que estipulan los socios es un mero pacto convencional entre ellos, configurándose como uno de los llamados pactos parasociales, no imputable a

la junta general ni, por tanto, a la sociedad, tampoco podrían acceder al Registro Mercantil, por su propia naturaleza extrasocietaria o extracorporativa, sin que se trate de uno de los supuestos referidos en que se permite dicho acceso [por ejemplo, protocolos familiares RD 9 febrero 2007]».