

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- CRÍTICA AL JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN, por Rafael Calvo González Vallinas.
- LA PRETENDIDA TRANSCRIPCIÓN LITERAL DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, por Rafael Calvo González Vallinas.
- LOS RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL, por 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.
- RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Galo Rodríguez Tejada, Jesús Juez Álvarez, Esther Rada Pelegrí y Javier Martínez Colmenarejo.

Coordinador Ángel Valero Fernández-Reyes

Editada Decanato de Registradores de Madrid
Alcalá 540. 28027 Madrid

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

Secretaria Marta Congosto Fernández

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores

COMENTARIOS

CRÍTICA AL JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN.-

Una de las materias que mayor modificación legislativa ha sufrido recientemente es la acreditación de la representación en las escrituras públicas. La poco afortunada redacción de las leyes de reforma, junto con la radical doctrina de la Dirección General, han supuesto una merma del ámbito de la calificación registral, con la consecuente merma de seguridad jurídica. Donde antes existía control registral, libre y objetivo, ahora se pretende que sólo exista control notarial. Es evidente que eliminar controles supone restar seguridad.

El epicentro del radical cambio de rumbo en materia de representación es el ya famosísimo¹ artículo 98² de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social -modificado por la **Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la productividad-**, con el título de “Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario”, dispone que:

“1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

¹ Citado hasta la saciedad en la gran mayoría de las escrituras públicas desde su aparición.

² Desarrollado por el nuevo artículo 166 RN, que señala que: *“En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará obligatoriamente que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. 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 la responsabilidad del notario. En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación.*

En los supuestos en que el documento del que resulte la representación figure en protocolo legalmente a cargo del notario autorizante, la exhibición de la copia auténtica podrá quedar suplida por la constancia expresa de que el apoderado se halla facultado para obtener copia del mismo y que no consta nota de su revocación.

Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la representación cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.”

2. *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 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*³.

3. *Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita*⁴.

No sólo es nefasta –por asistemática y descodificadora- la técnica legislativa de reformar múltiples leyes mediante las ya famosas “Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, sino que el contenido y redacción del artículo 98 de la Ley 24/2001 son igualmente desafortunados. Como señala Javier Gómez Gállego⁴, este precepto “supone una excepción a la necesidad de calificar todo aquello que pretende su inscripción en el Registro, base de los efectos de presunción y legitimación derivadas de la inscripción.”

En la redacción del artículo 98 de la Ley 24/2001, en primer lugar, no se entienden bien los términos “representantes o apoderado”; el apoderado es representante –no orgánico- y, además, se ignora porqué se utiliza el plural en un caso y el singular en otro. Aunque la Dirección General sostiene que el precepto también se refiere a la representación orgánica, tal tesis es inaceptable por absurda. Resulta contrario al sistema de fuentes que en la representación orgánica o por órgano de administración-ilimitada por Ley⁵, salvo los actos contrarios al objeto social- sea imprescindible que un funcionario público manifieste –con formalidad sacramental propia de otros tiempos- que, “a su juicio”, son suficientes facultades que la ley misma ya ha declarado como tales⁶. No se entiende la finalidad del -mal llamado, como se verá- “juicio de suficiencia” notarial en materia de representación orgánica; si las facultades son suficientes por ley, resulta inútil, confuso y absurdamente formalista que un funcionario deba afirmar –confirmar, en realidad- tal suficiencia. No puede un funcionario público atribuirse funciones que han entrado en la reserva formal de

³ El párrafo segundo del artículo 98 es redactado así por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la productividad, empeorando aún más su redacción.

⁴ En su artículo “La calificación registral”, en el Boletín del Colegio de Registradores, año XLIV; número 159 (2ª época); julio-agosto 2009, páginas 1577 a 1620.

⁵ Ver artículos 129 LSA y 63 LSRL.

⁶ Resulta innecesario, reiterativo y pomposo que el Notario declare la suficiencia cuando ésta resulta de la ley.

ley; si atribuir funciones a uno u otro tipo de funcionario puede ser discutible, el otorgar a un funcionario funciones que corresponden a la mismísima ley es inaceptable. Sin embargo, incomprensiblemente, la doctrina del Centro Directivo es tan “reiterada como incoherente en este punto. Para las RRDGRN 20 y 27.09.2006, 03 y 04.10.2006, 16 y 20.12.2006 el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001 es aplicable también a la representación orgánica, “sin que sea obstáculo el hecho de ser ilimitable frente a terceros el ámbito legal del poder representativo”. De esta forma, incluso reconociendo expresamente la regulación legal en materia de sociedades, se atreve el Centro Directivo a atribuir funciones ilegales o alegales, cabría dudar.

En segundo lugar, la redacción del artículo 98 de la Ley 24/2001 es vaga en el término “reseña identificativa” o “reseña de los datos identificativos” del documento auténtico que acredite la representación. Para evitar problemas, debería el artículo enumerar las cuestiones y datos que debe contener la “reseña”; nadie duda de que debe incluir la fecha de otorgamiento del poder, el número de protocolo y el nombre y residencia del Notario autorizante. Sin embargo, en la práctica se olvidan frecuentemente datos fundamentales, quizá más trascendentes que la residencia del Notario:

1. Datos de inscripción de los poderes generales en el Registro Mercantil⁷. Evidentemente, si se trata de poder especial –cuya inscripción no es obligatoria-, lo que debe manifestarse expresamente es tal carácter especial⁸.

Tratándose de un poder especial y, por tanto, no inscrito en el Registro Mercantil, debe indicarse la persona o personas que otorgaron el indicado poder con reseña, a su vez, del documento en que tenga su origen la representación tomado de la propia escritura de poder especial.

En cuanto a la necesidad de la inscripción de los poderes mercantiles generales, la doctrina directiva reiterada⁹ en el quinquenio negro concluye que la falta de inscripción en el Registro Mercantil de un poder general –de inscripción obligatoria- no impide la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, la tradicional doctrina de la Dirección¹⁰, más coherente con el imperativo legal, sí exigía la previa inscripción del poder en el Registro Mercantil para inscribir cualquier acto en el Registro de la Propiedad.

⁷ No sólo la referencia a que el poder está efectivamente inscrito, sino el número de hoja registral y el de inscripción.

⁸ Evidentemente, el poder será especial cuando las facultades se agoten en determinados actos concretos, no por qué se denomine como tal en el encabezamiento de la escritura. Si el poder especial está inscrito, aunque tal inscripción no sea obligatoria, también deben hacerse constar los datos de la inscripción en el Mercantil.

⁹ RRDGRN 15.02.2003, 02.01.2005, 31.06.2007, ó 13.11.2007.

¹⁰ Valga por todas la RDGRN 25.08.1976.

Para el Tribunal Supremo¹¹, de la regulación legal se infiere que el Notario debe reseñar los datos de inscripción en el Registro Mercantil de los poderes y nombramientos de administradores mercantiles. Por ello, y por que la inscripción no es siempre obligatoria, no se anuló el artículo 165 RN, a cuyo tenor:

“Cuando alguno de los otorgantes concurre al acto en nombre de una sociedad, establecimiento público, corporación u otra persona social, se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, datos de inscripción y número de identificación fiscal en su caso, e indicando los datos del título del cual resulte la expresada representación. El representante suscribirá el documento con su propia firma, sin que sea necesario que anteponga el nombre ni use la firma o razón social de la entidad que represente.”

El más alto Tribunal no anula ningún extremo de este artículo, pero sí que lo interpreta en el siguiente sentido: *“Se impugna este precepto en cuanto "el requisito de la inscripción en el Registro Mercantil de la representación alegada brilla por su ausencia", pues la referencia a "datos de inscripción" se refiere a los de la entidad y no de la representación. Esta impugnación no puede compartirse, pues, aparte de los datos de inscripción de la entidad de que se trate, el precepto se refiere a la indicación de "los datos del título del cual resulte la expresada representación", uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción cuando sea pertinente, por lo que la constancia de tal circunstancia esta implícita en el precepto y no puede justificarse en el mismo su falta de reflejo en el documento.*

La recurrente se refiere a la obligatoriedad de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento y cese de administradores y poderes generales concedidos por las sociedades mercantiles, ex artículo 22 del Código de Comercio, sin tener en cuenta que el artículo 165 del RN se refiere a *"sociedad, establecimiento publico, corporación u otra persona social"*, en general, a las que puede no ser aplicable dicha exigencia, lo que justifica la genérica redacción del precepto que, por lo demás, en nada afecta al régimen de inscripción de tales nombramientos y apoderamientos ni a las decisiones de la jurisdicción civil sobre la inscripción de los documentos otorgados en relación con la previa inscripción en el Registro Mercantil a que se refiere el citado artículo 22 del Código de Comercio.

¹¹ STS 20.05.2008.

2. Cargo, en su caso, del poderdante¹² pues, de otro modo, queda aislada -en el vacío- la representación. Es parte esencial de la reseña; el Notario debe verificar al cargo y facultades del poderdante y hacerlo constar expresamente.

El principio de legitimación y tracto sucesivo¹³, recogido fundamentalmente en los artículos 38 y 20 LH, exige que el Registrador verifique que el acto o contrato ha sido realizado por el titular registral. Si se cercena la información en lo que respecta a la persona poderdante, se imposibilita la comprobación de que se ha respetado el tracto sucesivo mismo. En consecuencia, debe identificarse a la persona que confirió el poder y acreditarse su cargo e inscripción, como fundamento mismo del poder de la compareciente. De lo contrario, con los poderes especiales no inscritos sería muy fácil burlar la legalidad, no siendo congruente ni admisible que baste con reseñar los datos del poder (fecha y Notario), sino que es preciso acreditar el cargo de la persona que lo otorgó en nombre de la sociedad.

No obstante, para la doctrina reciente del Centro Directivo es suficiente la -obvia- referencia a que el poder mercantil especial es otorgado por el “órgano de administración¹⁴” o por “la sociedad vendedora”, lo que sitúa al apoderado especial en el vacío, e impide calificar la vigencia y suficiencia del cargo poderdante.

En este punto, una vez más, debe volverse a la anterior doctrina del Centro Directivo¹⁵, para la cual, la reseña de la representación ha de comprender los datos esenciales que quién y en virtud de qué representación suficiente de dicha sociedad, orgánica o voluntaria, otorgó dicho poder. En la RDGRN 12.04.1996¹⁶, la Dirección General señala *que la preceptiva “reseña del documento auténtico que se la haya aportado para acreditar la representación alegada” que imponen los artículos 47 LN y 164 RN, “no puede limitarse a indicar el nombre del notario autorizante del poder alegado y su fecha, sino también la persona que otorga el poder y su relación con el órgano de administración de la sociedad, para que se entienda cumplida en todo la legislación notarial, presupuesto que el artículo 1217 Cc impone como*

¹² Cuando un administrador o apoderado general confiere un poder especial, dado que en los poderes especiales no hay inscripción en el Mercantil ni posible consulta al mismo.

¹³ Dos caras de la misma moneda, siendo el tracto sucesivo una consecuencia del principio de legitimación.

¹⁴ RRDGRN 30.05.2006, 31.05.2006 ó 19.09.2006; con la consabida “doctrina reiterada”: “Sin que el Registrador pueda revisar el juicio de suficiencia hecho por el Notario sobre las facultades del apoderado, pidiendo que se acompañen, testimonien o transcriban los documentos auténticos de los que nacen las facultades representativas del órgano poderdante”. Para la Dirección, “la petición por el Registrador de determinados datos sobre los títulos de los que el apoderado deriva sus facultades implica una revisión del juicio notarial de suficiencia”.

¹⁵ RRDGRN 12.04.1996 ó 11.06.2004.

¹⁶ En la misma línea, la RDGRN 11.06.2004, *en un supuesto de sustitución de poder, recalca la necesidad de reseñar no sólo la fecha y Notario autorizante de la escritura de sustitución, sino también los particulares del poder originario relativos a la justificación documental de la existencia y suficiencia de la representación alegada, tomados de la propia escritura de sustitución aportada.*

necesario para que la escritura goce de los efectos que le atribuye el art. 1218 Cc”.

3. Exhibición de copia autorizada del poder al Notario; manifestación en la escritura. Como el artículo 98 de la Ley 24/2001 sólo reitera hasta la saciedad la referencia a “la constancia de reseña y juicio de suficiencia”, puede olvidarse que es imprescindible -para acreditar la subsistencia del poder- la exhibición de copia auténtica al Notario, salvo que el apoderado tenga facultad para solicitar nuevas copias autorizadas.

El nefasto artículo 98.2 de la Ley 24/2001, y el artículo 166 RN que lo desarrolla, se refiere al “documento auténtico”¹⁷ que se le haya aportado” al Notario, sin que en nada se haya modificado la regulación de la revocación material del poder (artículo 1733 Cc). Por tanto, sigue siendo imprescindible que se le exhiba al Notario –o al Registrador- copia autorizada del poder. La consulta al anulado –por alegal- archivo de revocación de poderes¹⁸ no puede suplir la exhibición material, único modo de asegurar la inexistencia de revocación física o material¹⁹. En este punto, al menos, es acertada y continuista

¹⁷ Es también impreciso y poco técnico el artículo 98 de la Ley 24/2001 en este punto; no debería referirse a “documento auténtico”, sino a “documento público”. Todo poder se recoge siempre en escritura pública, que es documento público por definición. Ver artículo 1227 Cc.

¹⁸ Anulado por la STS 20.05.2008.

El segundo párrafo del artículo 164 RN se considera ilegal en cuanto conculca la exigencia legal de secreto del protocolo (artículos. 17,18 y 32 LN), carece de rango normativo suficiente para establecerlo y en cuanto crea un nuevo registro público sin sustento legal vulnera el principio de reserva de ley (artículo 149.1.8ª CE).

El Tribunal Supremo no lo considera fichero creado al amparo de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Como consecuencia, el establecimiento del Archivo de Revocación de Poderes carece de cobertura legal, siendo que en su constitución afecta a derechos de la personalidad de los otorgantes, como la protección de datos personales, y en su funcionamiento, en cuanto se hace depender de su consulta el juicio notarial sobre la representación invocada, afecta a la regulación legal del contrato de mandato recogida en el Código Civil, a los derechos y titularidades jurídicas reconocidos en normas de rango legal y que resultan comprometidos en el correspondiente acto o negocio jurídico que se trata de autorizar por el Notario, y a los sistemas de publicidad registral, también establecidos por norma de rango legal, con los que entraría en concurrencia en cuanto a los efectos, que son propios del sistema de publicidad registral. Cabe hacer referencia concreta a la alteración que los efectos de la prevista consulta del Archivo de Revocación de Poderes producirían en el régimen del mandato, en lo que se refiere a la eficacia del apoderamiento, pues el artículo 1738 del Código Civil considera válido y eficaz respecto de terceros, lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, entre las que se encuentra la revocación, ignorancia que no puede entenderse superada a través de un Archivo que carece de cobertura legal y de efectos de publicidad respecto de terceros, y por otra parte, el mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en el que conste el mandato (artículo 1733), además de que cuando se haya dado para contratar con determinadas personas, la revocación no puede perjudicarlas si no se les ha hecho saber, formas de conocimiento de la revocación que, como acabamos de señalar, no puede sustituir el referido Archivo.

¹⁹ En cuanto a la posible constancia en el Registro de la Propiedad de la revocación del poder, no es cuestión pacífica, dada la falta de previsión legal.

A pesar de la ausencia de regulación legal, a García García le parece deseable y lógico que el poderdante persona física que no puede hacer valer la revocación material, pueda hacer constar la revocación por nota marginal en el Registro de la Propiedad, dado que no cabe la constancia en el Registro Mercantil.

La revocación sí es cuestión que afecta a las facultades del dominio y, por tanto, de trascendencia registral. Como señala García García, “la legislación hipotecaria admite constancias sobre poderes y, por tanto, sobre revocación”. La representación no es extraña a la inscripción registral:

El artículo 20 LH afirma que no es necesaria la previa inscripción para la inscripción de los actos otorgados por apoderado, pero ello no significa que sea imposible.

la doctrina de la Dirección; de acuerdo con la RDGRN 20.09.2006²⁰, “las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico, debiendo aquél expresarlo así en la escritura”. Según las RRDGRN 19.03.2007 y 06.11.2007: “Dada la claridad y precisión técnica que debe exigirse a todo documento notarial, debe constar expresamente que la copia exhibida es la autorizada”.

En caso de verdadera sustitución de poder o subapoderamiento, basta con la exhibición de la escritura de subapoderamiento, dada precisamente la finalidad del mismo y dado que funciona como un poder otorgado directamente por el poderdante original. Así se ha pronunciado en diversas ocasiones la Dirección General²¹, en casos de verdadera sustitución. Por tanto, *sensu contrario*, cuando no se trata de verdadera sustitución, es precisa también la exhibición del poder originario.

Existe verdadera sustitución²² en el ámbito mercantil cuando el apoderado-subpoderdante está expresamente facultado para sustituir²³ el poder y dicha sustitución se inscribe directamente en la hoja abierta a la sociedad de la que emana el poder original.

Al contrario, cuando una sociedad otorga un determinado poder a otra, y esta segunda, que obviamente ha de actuar a través de personas físicas, tiene otorgados poderes, los apoderados de la segunda sociedad, para actuar en nombre de la primera, deben aportar no sólo su poder, sino también el poder de la primera sociedad a la segunda²⁴, debiéndose exhibir y reseñar los datos y facultades de ambos poderes. De hecho, el poder conferido por la sociedad “principal” a la segunda es el fundamental, puesto que es en la esfera de la primera sociedad en la que se van a producir los efectos.

Entre las circunstancias de las inscripciones, el artículo 51.9ª RH se ocupa de la constancia de las circunstancias de la representación, lo que demuestra que no es materia ajena al Registro.

La representación aparece en materia de inscripción de la declaración de concurso, o en supuestos de incapacitación, o cuando la anotación de demanda de separación conlleva la revocación de poderes.

Lo cierto es que si al Registro acceden prohibiciones de disponer y circunstancias relativas a la capacidad de las personas, no existen verdaderos obstáculos para la constancia de un acto –revocación de poder– que afecta innegablemente a las facultades del dominio, si bien no directamente en la persona del titular, pero sí en el sentido de impedir los actos de un tercero.

²⁰ En la línea de las anteriores, como la RDGRN 15.02.1982, que exigen la exhibición del poder, salvo que el Notario tenga en su protocolo el poder y el apoderado tenga facultades expresas para solicitar copia.

²¹ RRDGRN 15.04.1941, 26.11.1971, 10.02.1995. La RDGRN 11.06.2004 afirma literalmente que: “...se trata de un caso de sustitución de poder, en el que no es necesario exhibir la copia autorizada del mismo al tiempo del otorgamiento del negocio cuya inscripción se solicita...”.

²² Artículos 1721 y 1722 Cc; 261, 263 y 296 Cco.

²³ Tratándose de poder civil, por analogía con el mandato, se presume la facultad de sustituir, conforme a los artículos 1721 y 1722 Cc.

²⁴ Gráficamente lo explica Manuel Parga, explicando la cuestión en el caso frecuente de poder otorgado por el Banco a favor de la gestoría; si hay verdadera sustitución de poder (caso que generalmente no se da) basta con exhibir al Notario la escritura de sustitución de poder, inscrita en la hoja del Banco. Si no hay sustitución de poder, cualquiera que sea la forma en que actúe la gestoría (administrador, apoderado general, apoderado especial), hay que exhibir al Notario los dos poderes o acreditar el cargo y exhibir el poder.

En cuanto a la exhibición del poder al Registrador, como modo de subsanar la falta de exhibición al Notario²⁵, la redacción del artículo 98.3 de la Ley 24/2001 puede plantear dudas acerca de su admisibilidad, al ser necesario, conforme al citado precepto, “subsanar la escritura por alguno de los medios admitidos por la legislación notarial”. Sin perjuicio de que sea necesario subsanar la escritura por alguno de los medios admitidos por la legislación notarial²⁶, debe entenderse que siempre cabe la aportación al Registro del documento acreditativo de las facultades, a pesar de que pueda pensarse que este sistema está proscrito por el vigente artículo 98.2 de la misma Ley. Del artículo 18 LH y del tercer párrafo del manido artículo 98 de la Ley 24/2001 se desprende que el Registrador -calificando la validez de los actos inscribibles- es competente para determinar si el poder aportado es o no suficiente. Más adelante se hace referencia a la tesis jurisprudencial que sostiene la prevalencia del artículo 18 LH frente al artículo 98 de la Ley 24/2001.

En el caso de poderes inscritos en el Registro Mercantil quizá podría superarse este antiguo sistema de exhibición y revocación material, bastando la comprobación de la vigencia de la inscripción en el Registro Mercantil, es decir, su no revocación. Centrando la cuestión en la inscripción más que en la tenencia material del poder –“desincorporando el poder”-, se protegen mejor los intereses del poderdante –facilitando la revocación, sin tener que exigir la restitución del poder-, así como la seguridad del tráfico, en cuanto se reducirían así los casos en los que se contrate con un apoderado con poder revocado, dado que el poderdante bien se cuidará de inscribir la revocación en el Registro Mercantil.

4. Congruencia del juicio de suficiencia con el contenido del título; reseña de facultades. El segundo párrafo del artículo 98 de la Ley 24/2001 fue redactado nuevamente por la Ley de Impulso a la Productividad de 2005, con la finalidad básica de incluir la coletilla “sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación²⁷”. Aparece aquí una técnica legislativa pésima y desconocida hasta ahora; legislar contra alguien. Es un caso insólito de regulación legal negativa; no se conocen otros preceptos -fuera de los disciplinarios- que ordenen expresamente una conducta

²⁵ Conforme a la RDGRN 24.10.2005, la omisión de este requisito es subsanable por el Notario *a posteriori*, ex artículo 153 RN.

²⁶ De modo que se cumpla lo dispuesto en el apartado primero del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre.

El nuevo artículo 164 del Reglamento Notarial, redactado por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, exige expresamente la subsanación del instrumento en el protocolo en el caso de que el notario lo hubiera autorizado con la salvedad de no acreditarse suficientemente la representación, disponiendo que “*el notario autorizante o su sucesor en el protocolo así lo harán constar por diligencia, expresando en ella su juicio positivo de suficiencia de las facultades expresadas*”.

²⁷ El artículo 166 RN reitera que: “En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación”.

negativa o de omisión al Registrador como tal funcionario²⁸. Entre la original redacción del precepto y la actual –tras la Ley de 2005- se han vomitado multitud de resoluciones de la Dirección General, contradiciendo abierta y reiteradamente la Resolución vinculante de la propia Dirección de 12 de abril de 2002. Resulta insólito que la heterodoxia de la doctrina gubernativa sobre lo vinculante contradiga y vulnere la vinculación de sus propias instrucciones.

La olvidada RDGRN 12.04.2002²⁹ de consulta vinculante para Notarios y Registradores recalca la doble exigencia -reseña y suficiencia-, conforme al artículo 102 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. La citada Resolución vinculante reconoce, como no puede ser de otro modo, la vigencia del artículo 18.1 LH acerca de la calificación registral. En efecto, según dicha Resolución: *“El artículo 98.2 de la Ley 24/2001, debe interpretarse - en relación con el contexto del resto de la Ley (confróntese artículo 3.1 del Código Civil) que no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en ese esquema desarrollan sus protagonistas -, (..) "sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.”*

Es imposible calificar o controlar la congruencia si el Notario se limita a afirmar que “las facultades son suficientes para la presente escritura” o “para el presente acto³⁰”. La congruencia implica relacionar las facultades del apoderado con los actos o contratos que realiza, por lo que se hace imprescindible conocer tales facultades, eso sí, sin necesidad de que consten transcritas literalmente³¹. En este punto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 24 de febrero de 2006 afirma ilustrativamente que “no puede hacerse ilusoria la función del Registrador”.

Por otro lado, debe considerarse que la transcripción es distinta de la reseña de facultades objetiva e independiente³², que sí se hace necesaria (a diferencia del testimonio parcial). Además, las facultades pueden considerarse parte de la reseña identificativa del poder.

En todo caso, la contradicción entre los artículos 98.3 de la Ley 24/2001 y el 166 if RN y el 98.2 de la Ley 24/2001 y 166.2 es palpable; los primeros permiten transcripción y los segundos parecen proscribirla.

²⁸ Como sujeto de derecho sí le afectan otras órdenes de omisión, como la de no delinquir –por las leyes penales-. Como cristiano, estará sujeto a los diez mandamientos. Pero resulta sorprendente que una ley ordene expresamente a todo Registrador no exigir determinada documentación o determinada forma de autorizarla.

²⁹ En la misma línea se encuentran las RRDGRN 30.09.2002 ó 08.11.2002.

³⁰ Sin olvidar, además, la poca precisión terminológica y jurídica que se demuestra al calificar como mero acto lo que es un negocio jurídico o contrato, según los casos.

³¹ Esa debería ser la función básica del Notario en esta materia; resumir de manera objetiva las facultades, de manera que justifiquen la congruencia con el acto realizado.

³² Bastaría con una fórmula sencilla, objetiva y autónoma; facultades para vender o comprar inmuebles, hipotecar, etcétera.

Parece entender la necesidad de calificar la congruencia³³, rectificando la reiterada doctrina anterior, la RDGRN 02.12.2010, que concluye con que el juicio de suficiencia no puede ser genérico (“la presente escritura”), “sino que debe especificarse el acto jurídico para el que se emite, de forma que el Registrador pueda calificar la congruencia de dicho juicio con el acto jurídico contenido en la escritura”.

No obstante, la tesis del Centro Directivo sigue sin ser satisfactoria. Para la RDGRN 05.04.2011, a propósito de una escritura de constitución de una sociedad, basta con hacer constar su suficiencia “para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, en los términos que expresa la misma”. Afirmar la Dirección que su criterio no queda menoscabado por la abundante jurisprudencia dictada sobre las resoluciones que trataban este problema. No se entiende la vuelta a las tesis que parecían superadas con la RDGRN 02.12.2010. No añade nada repetir el encabezamiento de la escritura en el juicio de suficiencia. Si, como afirmaba la citada RDGRN 02.12.2010, debe hacerse referencia al acto jurídico realizado; tal referencia debe ser autónoma, es decir, no relacionada con la escritura que se autoriza. De lo contrario no se añade nada al encabezamiento mismo de la escritura y no es posible calificar la congruencia.

³³ En página www.arbo.org.es se resumen ocho razones para calificar los poderes:

PRIMERA.- La RDGRN 12.04.2002.

SEGUNDA.- Como acertadamente ponen de manifiesto algunas de las sentencias desfavorables a la postura de la Dirección General, el artículo 98 de la Ley 24/2001 sólo puede interpretarse en conexión con el resto del ordenamiento jurídico.

TERCERA.- La modificación del artículo 98 por la Ley 24/2005, en cuanto exige que el registrador califique la existencia del juicio de suficiencia en los títulos notariales, no implica una supuesta pretensión del legislador reduccionista de las facultades del registrador. Con ello simplemente se pretende que los notarios extremen su celo, antes de autorizar títulos otorgados por representantes cuyas facultades no resulten plenamente acreditadas.

CUARTA.- La exigencia del artículo 98, relativa a la calificación de la congruencia entre el juicio de suficiencia y el contenido del título, implica también, como acertadamente han puesto de manifiesto algunas de las sentencias publicadas, sobre todo la de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2009, la necesidad de que conste una reseña suficiente de las facultades representativas en la escritura porque, en caso contrario, “de facto” se habrá imposibilitado al registrador calificar tal congruencia.

QUINTA.- Con la publicación de las sentencias, ha quedado derogada y sin efecto la doctrina contenida en las resoluciones anuladas. Por tanto, nunca más la Dirección General podrá invocar - y mucho menos tratar de imponer - puntos de vista rechazados por los órganos judiciales puesto que, en caso contrario, se estaría vulnerando el principio recogido en el artículo 106 de la Constitución.

SEXTA.- No hay presunción de legalidad del documento notarial y el pretendido control de legalidad carece de cobertura.

SEPTIMA.- El contenido de la fe pública. El alcance de la fe pública notarial, según jurisprudencia del TS, se circunscribe al hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, así como que los otorgantes han hecho ante el notario determinadas declaraciones excluyendo la verdad intrínseca de éstas y las apreciaciones jurídicas (STS de 27 de enero de 2005 y de 14 de diciembre de 2005). Así lo confirma también el Tribunal Constitucional (sentencias de 26 de abril de 1990 y 24 de abril de 1997).

OCTAVA.- El registrador incurre en responsabilidad.

Afirma literalmente la RDGRN 05.04.2011: *“En el presente caso, el Notario autorizante del título calificado ha reseñado debidamente el documento auténtico del que nace dicha representación, la escritura pública de apoderamiento. Por otra parte, expresa que de copia autorizada de dicha escritura resulta el compareciente facultado suficientemente «para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, en los términos que expresa la misma». Ese juicio de suficiencia contenido en la escritura es congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en dicho título y con el mismo contenido de éste. Carecen, por tanto, de virtualidad alguna los obstáculos manifestados por el Registrador, ya que, atendidos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Notario no tiene por qué especificar cuáles son esas facultades representativas contenidas en la escritura de apoderamiento que considera suficientes. Y el juicio notarial sobre suficiencia de tales facultades está correctamente expresado, ya que resulta congruente con el contenido del negocio jurídico documentado en el título, siendo este aspecto capital el que debería haber calificado el Registrador. Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador habrá de efectuar su calificación por lo que resulte del propio título y de los asientos del Registro. En este ámbito, el juicio que el Notario ha emitido sobre la suficiencia de las facultades representativas en la escritura calificada no resulta contradicho por el contenido de ésta. La calificación impugnada pone trabas a la valoración notarial de la suficiencia de tales facultades sin respetar la norma del artículo 98 de la Ley 24/2001; e implica la revisión de un juicio –el de suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno– que legalmente compete al Notario, con el alcance que ha sido expresado anteriormente. Por ello, dicha calificación carece de fundamento legal y excede del ámbito que le es propio, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 98 de la Ley 24/2001 y 143 del Reglamento Notarial, según el criterio de este Centro Directivo que resulta de anteriores y numerosas Resoluciones por las que ha resuelto recursos frente a calificaciones negativas análogas a la ahora impugnada.”*

Hasta aquí, deja claro la citada resolución que la Dirección General vuelve a sus tesis más radicales. Sorprende el retroceso, sobre todo tras la evolución que supuso RDGRN 02.12.2010. Pero lo que más sorprende es la siguiente afirmación:

“Dicho criterio no puede quedar menoscabado por el hecho de que exista determinada Sentencia como la que cita en su calificación el Registrador, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 13 de mayo de 2009. Y es que dicha Sentencia (que, por cierto se refiere al precepto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al que alude la calificación ahora impugnada) resulta contradicha por otras, entre ellas algunas más recientes de la misma Audiencia Provincial de Madrid: Sentencia de 30 de diciembre de 2009 –Sección 20.ª–,

Sentencia 15 de febrero de 2010 –Sección 12.ª–, Sentencia 23 de abril de 2010 –Sección 19.ª– y Sentencia 26 de mayo de 2010 –Sección 9.ª–.

Resulta chocante que la Dirección menosprecie una determinada Sentencia, la de 13 de mayo de 2009 -clara y detallada en su doctrina-, dando más importancia a otras, cuyo contenido no es tan claro. Pero lo verdaderamente chocante es que las sentencias que cita la resolución son contradictorias -al menos no la sustentan- con la tesis de la Dirección:

La Sentencia de 30 de diciembre de 2009 –Sección 20ª–, es la única de las citadas que sustenta la tesis radical de la Dirección. En el caso concreto, el Notario simplemente afirmaba que: *“Copia autorizada de la escritura reseñada en último lugar tengo a ala vista, y yo, el Notario, estimo bajo mi responsabilidad que dicho señor resulta suficientemente facultado para otorgar esta escritura de compraventa”*. Completamente circular y falto de congruencia objetiva.

La Sentencia de 15 de febrero de 2010 -Sección 12ª- no sostiene en absoluto la tesis de la Dirección. En el caso concreto, uno de los otorgantes intervenía en nombre propio y, además, en representación de su padre, constando en la escritura que hacía uso para este acto del poder, cuya copia, afirmaba el Notario *“juzgar, bajo su responsabilidad, a la apoderada con facultades representativas suficientes para formalizar la partición y adjudicación de herencia, que se instrumenta en la presente escritura”*. La cuestión era si debía constar o no expresamente referencia a la autocontratación con conflicto de intereses, pero sí se hacía en la escritura una referencia autónoma a las facultades, algo empañada, eso sí, por la coletilla final.

La Sentencia de 26 de mayo de 2010 -Sección 9ª- también es contraria a la Resolución que la cita. Dicha Sentencia considera correcto como juicio de suficiencia congruente, el siguiente: *“De copias autorizadas de dichas escrituras, que tengo a la vista, el compareciente resulta facultado solidariamente para el otorgamiento de la presente escritura de préstamo hipotecario, puesto que lo está para dar y contratar prestamos con garantía inmobiliaria en las condiciones que crea convenientes, acordando su dimisión, cuando fuere menester y otorgar y firmar escrituras públicas y demás documentos necesarios o convenientes a tal efecto, siempre que el principal del préstamo, no supere la cantidad de 300.000,00 €”*. En este caso está claro que se fundamenta de manera autónoma el juicio de suficiencia. Como afirma la Sentencia, no supone una formula sacramental, estereotipada ni insuficiente en orden a la congruencia exigible, *“sino que cumple cabalmente con las prescripciones del precepto analizado, en cuanto que refieren los concretos apoderamientos y su suficiencia en orden a las facultades del apoderado para*

otorgar el préstamo autorizado, sin que quepa exigir el fedatario interviniente mayores razonamientos / precisiones o documentación al respecto”.

En fin que ni son verdaderos juicios, ni se han demostrado suficientes.

Rafael Calvo Gonzalez Vallinas

LA PRETENDIDA TRANSCRIPCIÓN LITERAL DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

La calificación registral y el mismísimo sistema registral de inscripción se han puesto en entredicho tras la nueva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria.

La tesis inicial de la Dirección General³⁴ era clara; en materia de préstamos hipotecarios a favor de entidades de crédito el sistema de inscripción se había sustituido por el de transcripción. Tal cambio suponía, innegablemente, eliminar la calificación registral de las cláusulas de las hipotecas.

No obstante, superado el quinquenio negro, resoluciones más recientes³⁵ parecen defender el sistema de inscripción, así como la necesaria calificación registral de las cláusulas financieras y abusivas³⁶.

La reciente doctrina de la Dirección General -para parecer continuista- parte del criterio de anteriores resoluciones, en el sentido de que “esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real”. Y que “el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.” Sin embargo -aquí empieza la corrección de rumbo-, continúa diciendo la DGRN, que “asumido lo anterior, lo cierto es que no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino sólo mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos. De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 14/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y

³⁴ Valga por todas la RDGRN 24.07.2008, una de las pioneras en la materia, felizmente anulada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011, estudiada a continuación.

³⁵ RDGRN 01.10.2010, reiterada por RRDGRN 21.12.2010 y 11.01.2011 y recientemente por la de 16.08.2011.

³⁶ No debe olvidarse, aunque parezca obvio y se produzca en la mayoría de los casos, que la abusividad y la aplicación de la legislación de consumidores exige la intervención de un consumidor. No obstante, el Código Civil (artículos 1256 ó 1288) es aplicable en todo caso, y también es contrario a la indeterminación y desequilibrio entre las partes.

usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que en su artículo 18.1 señala que “los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”.

La Dirección recuerda que “la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009, reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula”, y que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto declarando que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”.

La conclusión, que no se atreve a recalcar el Centro Directivo, es que no se excluye la calificación registral de las estipulaciones financieras. Concluye la Dirección General proclamando que “en definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 LH. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora³⁷ de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución

³⁷ Curioso concepto, es difícil calificar “mínimamente”; o se califica o no se califica.

diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva.”

Añade la citada Resolución que: “No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito –calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As, C-40/08)– unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría de forma palmaria contra esta exigencia.

Por último, señala el Centro Directivo que: “A todo lo apuntado cabe añadir, que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del *fumus boni iuris* para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas³⁸.”

La RDGRN 11.01.2001, en relación con la calificación de la abusividad, señala que es preciso “detallar la concreta cláusula que se considere abusiva y las razones de ello, mediante una operación de subsunción del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos y

³⁸ Sentado el criterio general antes referido, la RDGRN procede a analizar cuestiones concretas:

- No es inscribible el pacto de vencimiento anticipado por infringir una prohibición absoluta de disponer o de celebrar cualquier clase de arrendamiento.

- Lo mismo ocurre con el vencimiento por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura, por tratarse de una sanción absolutamente desproporcionada, además de incurrir en indeterminación.

- Son inscribibles las estipulaciones financieras referidas a comisiones, gastos, impuestos y primas de seguro, pese a que no estén garantizados con la hipoteca. Eso sí, debe excluirse el pacto que permita el cobro de una comisión superior al cinco por ciento en caso de cancelación o amortización anticipada, por exceder de lo permitido por los artículos 7 a 9 de la Ley 41/2007.

- No se puede calificar que el conjunto de la operación adolezca de falta de claridad e implique una posición dominante o abusiva a favor del acreedor. La calificación registral debe especificar la cláusula concreta que se considere abusiva.

- El apoderamiento concedido al acreedor, es un pacto obligacional que, al no formar parte de las cláusulas financieras, no es inscribible ni debe ser objeto de calificación.

- La RDGRN 11.01.2001 entiende que las cláusulas relativas a disposición de fondos, apertura de cuenta y movimiento de fondos, intereses, comisiones y cancelación anticipada, pese a no estar garantizadas especialmente con la hipoteca, son inscribibles, al tratarse de cláusulas financieras, según la interpretación que debe darse al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tras la Ley 41/2007.

no basada en conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo.”

No obstante al cambio de doctrina, la RDGRN 01.10.2010 y las posteriores que la reiteran, no superan absolutamente las teorías anteriores al 1 de abril de 2009. Se da un pequeño paso atrás, cuando en su día se pretendió dar un giro copernicano -sin verdadera base legal alguna- a nuestro sistema registral, imponiendo el sistema de transcripción, copia literal o mera publicidad noticia de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado.

La opción por el sistema de inscripción y el rechazo de la transcripción se produjo ya en 1861, pasando por las sucesivas reformas, en las que se siempre se ha reforzado el sistema de inscripción, potenciando los principios en los que se basa, “frente al sistema de transcripción, carente propiamente de desenvolvimiento técnico y más propio de sistemas registrales rudimentarios³⁹”.

La RDGRN 01.10.2010 deja claro, en relación con las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, que se trata de la “inscripción” de dichas cláusulas, con plenos efectos reales, y no de ningún efecto de pura noticia propio de una simple transcripción. La citada Resolución afirma literalmente que dichas “cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras” a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse...” (párrafo tercero del Fundamento 2); que se “vulnerarían los principios rectores del sistema registral español” si se permitiera “el acceso al registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros”; “resultaría contraria a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria⁴⁰” (párrafo quinto del Fundamento 3); dichas cláusulas “pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria” (inconcebible en cláusulas de pura noticia) (Fundamento 3 párrafo quinto citado); el Registrador “podrá rechazar la inscripción de una cláusula...” (párrafo séptimo del Fundamento 3).

Es más tajante en la defensa de la calificación registral la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011, que anula la RDGRN 24.07.2008⁴¹, y apuntala el cambio de criterio de la Dirección en resoluciones posteriores⁴². La citada Sentencia refuerza la calificación registral y considera que la publicidad noticia es ajena al sistema, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca. Recalca la autonomía de la función registral frente a los documentos calificados, el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, y el control de legalidad que le corresponde-al

³⁹ Como apunta García García, en su ya citado comentario a la RDGRN 01.10.2010 en www.arbo.org.es. Así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional.

⁴⁰ Precepto que recoge el sistema de inscripción.

⁴¹ Una de las primeras resoluciones en recoger aquella interpretación del artículo 12 LH que limitaba drásticamente la calificación registral e introducía la llamada publicidad noticia en esta materia.

⁴² RRDGRN 01.10.2010, 04.11.2010, 21.12.2010, 11.01.2011 ó 16.08.2011.

Registrador, no al Notario: “Entre las presunciones de que está dotada la escritura pública que incorpora el clausulado discutido, no se encuentra la de legalidad sino tan sólo las de veracidad e integridad, tal y como precisa con claridad el art. 143 del Reglamento Notarial en la redacción dada por el R.D. 45/07 de 19 de febrero, de conformidad con una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tal presunción de legalidad deriva, de distinta manera, de la incorporación del título al Registro, previa calificación del Registrador (art. 1, párrafo 3,38 y 18 LH), que en ningún caso puede verse sustituida por la autorización notarial del documento”.

Añade la Audiencia Provincial de Tarragona, tratando ya directamente de las cláusulas de las hipotecas, que: “Resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la L.H no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción”. “Para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad, dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que recogen las Resoluciones DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula”.

Tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, la RDGRN 08.06.2011⁴³, conocida por tratar la problemática de la admisibilidad de la hipoteca en mano común, también trata la cuestión de la forma de inscripción de los préstamos hipotecarios, así como la inscribibilidad de determinados pactos hipotecarios⁴⁴.

⁴³ Aunque, como todas las resoluciones, omite citar en sus fundamentos de derecho cualquier sentencia, ya sea de primera instancia o de Audiencia. En este caso, omite citar la Sentencia de la Audiencia de Tarragona.

⁴⁴ Entra la resolución a estudiar la inscribibilidad de las siguientes cláusulas, lo que implica admitir el sistema de calificación-inscripción:

- Pago de primas de seguros por el acreedor, generando intereses de demora, estando las primas garantizadas con la hipoteca. Señala la Dirección que tienen trascendencia financiera y además naturaleza real, al estar garantizado con hipoteca, por lo que es inscribible. El argumento debiera ser inverso; al poder tener trascendencia real, el pacto es inscribible. Una vez inscrito, esa potencialidad se transforma en realidad; oponibilidad. Lo fundamental es que el crédito del asegurador puede ser preferente a la hipoteca, lo que implica un deterioro cualitativo del crédito hipotecario.

- Mantenimiento y conservación de los bienes hipotecados y permitir su inspección. La Dirección parece defender que tiene carácter accesorio de la obligación principal, pero al no estar garantizado con hipoteca ni ser presupuesto del vencimiento anticipado de la obligación principal no es inscribible. Es muy discutible que algo tan indeterminado como el mantenimiento o conservación y algo con tan escasa justificación -razón justificativa suficiente- como la negativa a la inspección pueda provocar el vencimiento anticipado.

Afirma literalmente la citada resolución, confirmando -entre líneas- el cambio de rumbo: “La calificación registral impugnada se ha emitido vigente la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria «...». El contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal y como aparece configurado tras su última reforma, ha suscitado un vivo debate en torno a su significado y alcance, como consecuencia de las dudas interpretativas que plantea su tenor literal. Dichas dudas han sido resueltas por este Centro Directivo en sus Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, cuyo cuerpo de doctrina en relación con el alcance y eficacia de la calificación registral de 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, resulta aplicable a este caso y, en aras a la brevedad, se dan por reproducidas.”

- Pacto de hacer constar en escritura pública las nuevas edificaciones. No tiene naturaleza financiera ni trascendencia real, por lo que no es inscribible.

- Pacto de no enajenar y no arrendar sin autorización del acreedor, no inscribible por contrario a la ley (a la libertad de contratación) siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2009. Respecto de los arrendamientos, hay que diferenciar entre los que están sujetos a purga en caso de ejecución hipotecaria y los que no (arrendamiento de vivienda sujeto a prórroga forzosa). En el caso de arrendamiento de vivienda sujeto a prórroga forzosa se considera válida la cláusula de prohibición, ya que puede resultar gravemente perjudicial para el acreedor; pero incluso en estos casos hay que fijar un coeficiente objetivo que determine la disminución del valor que el arrendamiento puede ocasionar. El pacto de no disponer se vuelve a analizar en la RDGRN 16.08.2011.

- Vencimiento anticipado en general, por incumplimiento de determinados pactos. Siguiendo al Tribunal Supremo, diferencia la Dirección entre aquellos casos en los que el incumplimiento afecte a obligaciones de carácter esencial, en cuyo caso estará justificada dicha cláusula, y los restantes casos en los que se considera injustificada y abusiva, teniendo en cuenta además la inadmisibilidad de los pactos genéricos o indeterminados. Parece injustificado (su incumplimiento no afecta a obligaciones de carácter esencial) el vencimiento anticipado por falsedad sustancial de los datos aportados por el deudor, por opinión desfavorable o denegada de los auditores de las cuentas respecto de éstas, por invalidez sobrevenida de las garantías prestadas, por la no restitución de ratios al nivel anterior, por incumplimiento de la obligación de prestar garantías por terceros o de constituir hipotecas, por incumplimiento del plan de desinversión, por impedir el trabajo del experto financiero o si éste no enviara los informes previstos y ello no se subsanara por la entidad deudora. El Tribunal Supremo interpreta el artículo 1129 Cc como norma dispositiva, en cuanto no todo incumplimiento es causa de vencimiento anticipado de la obligación principal. El argumento es absurdo, puesto que ejercitar la facultad de vencimiento anticipado siempre depende de la voluntad del acreedor. En el caso concreto, el Registrador rechaza las anteriores cláusulas de forma genérica, por contravención del 1129 Cc, sin analizarlas individualmente ni fundamentar su denegación, cuando el rechazo exige una fundamentación individual y más precisa. Además, alguno de dichos pactos guarda una relación esencial y directa con el acuerdo base de refinanciación, por lo que sí es inscribible.

- Vencimiento anticipado por inicio de procedimiento que conlleve anotación de embargo o por cambio material o patrimonial adverso. Se trata de una cláusula desproporcionada, abusiva e indeterminada; ni siquiera permite al deudor sustituir las garantías, además de que la hipoteca constituida es preferente sobre el futuro embargo.

- Vencimiento anticipado por declaración de concurso. En los préstamos ya lo prevé la ley. En las obligaciones recíprocas, artículo 61 LC, no parece justificado.

- Pacto de manifestaciones y obligaciones adicionales relacionadas con las causas de vencimiento anticipado. Para la Dirección, con criterio discutible, al haberse inscrito las causas de vencimiento anticipado, son inscribibles.

También se nota la influencia de la Sentencia de la Audiencia de Tarragona en la RDGRN 16.08.2011⁴⁵, más didáctica que sus predecesoras, aunque sigue siendo insuficiente. La Dirección vuelve a recordar que “el contenido de este artículo 12 ha dado lugar a grandes dudas interpretativas”. La Dirección intenta asentar dos “conclusiones básicas”: “Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real” y “El reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho”.

A continuación, la resolución de agosto profundiza más, intentando encajar la finalidad del reformado artículo 12 LH -homogeneizar el contenido de los asientos registrales-, con la legislación protectora de los consumidores y usuarios. Así, como fundamentos de derecho, cita la resolución el artículo 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que reafirma el control de legalidad de los Registradores en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios. Asimismo, recoge normativa comunitaria como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores⁴⁶; recuerda también la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, que reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva⁴⁷; o la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 4 de junio de 2009, que recalca que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula.

La citada RDGRN 16.08.2011 no sólo intenta coordinar el artículo 12 LH con la legislación de consumidores, sino también con la legislación hipotecaria, de la

⁴⁵ Resuelve un caso de no inscripción de prohibiciones de disponer. Confirma la calificación, pues la prohibición de disponer infringe normas imperativas como los artículos 27 y 107 número 3 de la Ley Hipotecaria. Como señala el Tribunal Supremo, “en nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aun así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen trascendencia real, y solo contenido meramente obligatorio, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)”.

⁴⁶ Afirma literalmente la resolución que: “No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito –calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As, C-40/08)– unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría de forma palmaria contra esta exigencia”.

⁴⁷ Confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula.

que forma parte⁴⁸. Partiendo del artículo 130 LH, que establece que “*el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*”, defiende la resolución “la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y, en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. En cuanto a la regla general de no inscribibilidad de cláusulas sin trascendencia real, derivada de preceptos⁴⁹ como el inciso final del 51 6ª RH, recalca el Centro Directivo que no es obstáculo y, si lo fuese, ha de entenderse tácitamente derogado por la Ley 41/2007. La citada resolución llega a la conclusión de que no puede excluirse de forma absoluta la calificación registral de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado. Concreta, en relación con la legislación de consumidores, que “*dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial*”.

Por tanto, aunque a la Dirección General le cueste afirmarlo expresamente, y aunque no haga referencia a la jurisprudencia registral⁵⁰, las hipotecas son objeto de calificación registral y, en caso de calificación positiva, sus cláusulas son inscritas, no transcritas literalmente (salvo las estrictamente financieras). Si no fuera así, tampoco tendrían sentido las disquisiciones sobre qué cláusulas son

⁴⁸ Aunque no lo parezca. Se diferencia claramente la buena técnica legislativa del XIX frente a la pésima técnica contemporánea.

⁴⁹ Olvida la Dirección artículos más trascendentes en relación con la materia inscribible, como 1, 2, 9.2 ó 23 LH.

⁵⁰ Las sentencias revocatorias de resoluciones no existen para la Dirección General; nunca las enumera dentro de los fundamentos de derecho de sus resoluciones. Sólo considera las sentencias del Supremo, parece que ni la primera instancia ni las Audiencias tienen caché suficiente, cuando revocan resoluciones.

inscribibles, sino que se transcribirían literalmente todas las cláusulas de la minuta aportada por el banco, sin más.

Como conclusiones, puede apuntarse que:

Las cláusulas puramente obligacionales y no financieras⁵¹ deben ser objeto de depuración, como acto previo a la verdadera calificación, sin ser necesario incluirlas en la nota de calificación.

Las cláusulas de vencimiento anticipado -facultad resolutoria- siempre tienen trascendencia real; no entran en el bloque de las “cláusulas financieras”. Deben ser determinadas, objetivas, relacionadas directamente con la obligación principal (conexión y razón justificativa suficiente, que afecten a la obligación esencial) y, evidentemente, no contrarias a la ley imperativa, así como no abusivas cuando el deudor sea un consumidor.

Las cláusulas financieras⁵² son las afectadas por el nuevo artículo 12 LH. Son también objeto de calificación, deben -evidentemente- respetar la ley, y son inscribibles al amparo del citado artículo 12 LH, respetando sus términos⁵³, con el objeto de que posteriores titulares conozcan las condiciones del préstamo⁵⁴. En este grupo deben incluirse cláusulas como las comisiones bancarias, incluso aunque no estén garantizadas con la hipoteca⁵⁵, pero no todo el absurdo y excesivo cúmulo de obligaciones que el sacrificado deudor asume con la entidad de crédito.

Rafael Calvo Vallinas

⁵¹ Apoderamientos, gastos de tramitación, gastos no bancarios, protección de datos, compensación de deudas, obligaciones no esenciales ni financieras (obligación de conservar, declarar obras nuevas y similares), etc. Son cláusulas que nadie se plantea inscribir, por ejemplo, en una compraventa.

⁵² Existe la tendencia a identificarlas con las reguladas en la OM 05.05.1994.

⁵³ Aquí es donde sufre cierta matización el sistema de inscripción, puesto que deben ser transcritas. Es lo lógico, ningún Registrador variará la redacción de las mismas. Para el resto de cláusulas sigue operando el sistema de inscripción, donde la redacción puede variar -se aplica tijera y pluma-, aclarando conceptos y no aplicándose la copia o transcripción total.

⁵⁴ Por ello no tiene sentido inscribir sin más cualesquiera obligaciones del deudor para con el acreedor.

⁵⁵ Defiende lo contrario GARCÍA GARCÍA. Como señala el citado autor, al comentar la RDGRN 01.10.2010, afirma que ésta deja algunos cabos sueltos. Puede haber cláusulas financieras no inscribibles, al no estar garantizadas con el derecho real de hipoteca; como las comisiones y gastos no garantizados según la cláusula de constitución de hipoteca. Si en la cláusula de constitución no se garantizan expresamente, las comisiones y los gastos, aunque estén integrados en las cláusulas financieras, no son inscribibles. Respecto a tales comisiones y gastos no se puede producir ni la oponibilidad ni la acción real. Recalca el citado autor con acierto que su constancia registral sólo produce confusión, pues si se hacen constar en la inscripción, no siendo conceptos garantizados, pueden inducir a error en el futuro, en el sentido de que podrían incluirse en la acción real hipotecaria, con grave perjuicio para los terceros posteriores. Ello sin perjuicio de que puedan infringir los topes legales de comisiones previstos en los artículos 7 a 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Por todo ello, resulta criticable la RDGRN 01.10.2010 cuando pone en duda la vigencia del inciso último del artículo 51.6ª del Reglamento Hipotecario, y cuando se refiere a las comisiones y gastos que, por el mero hecho de estar incluidas en las cláusulas financieras, han de inscribirse.

LOS RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL *.

SUMARIO: I.- IDEAS GENERALES. II.- LA CALIFICACIÓN SUSTITUTIVA: 1.- Procedimiento. 2.- Estadísticas. III.- EL RECURSO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO: 1.- Procedimiento. 2.- El problema del contenido del informe del Registrador en el recurso administrativo. 3.- Efectos de las resoluciones de la DGRN dictadas fuera de plazo o extemporáneas. 4.- El pretendido carácter vinculante de las Resoluciones DGRN para todos los Registradores. IV.- EL RECURSO JUDICIAL: 1.- Tipos y objeto respectivo. 2.- Trámites del recurso judicial directo y del recurso judicial contra las resoluciones de la DGRN. 3.- La Legitimación del Registrador para recurrir las Resoluciones DGRN.

I.- IDEAS GENERALES.

El fundamental artículo 18 de la Ley Hipotecaria española señala que los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro; añadiendo el artículo 19 que cuando el registrador notare alguna falta en el título la manifestará, de forma motivada jurídicamente, a los que pretendan la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta durante la vigencia del asiento de presentación o para que ejerciten los recursos correspondientes contra esa calificación.

Y por su parte, los artículos 66 y 324 de la misma Ley disponen que las calificaciones negativas de los registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, a lo que debe añadirse la posibilidad de la calificación sustitutiva prevista en el artículo 19 bis del mismo cuerpo legal.

Como se puede observar se trata de un peculiar y complejo sistema de revisión – profesional, administrativa y jurisdiccional civil- que no se puede comprender sin un previo análisis de la funcionalidad de procedimiento registral del que trae causa, y sin su integración dentro del sistema de seguridad jurídica inmobiliaria español y sus efectos.

* Este artículo constituye la ponencia preparada para el III Foro Internacional de Derecho Registral celebrado en Jujuy –Argentina-

Otro factor importante que ha dificultado la puesta en marcha, en concreto, del sistema de revisión judicial de la calificación (suscitando los problemas que luego analizaremos) ha radicado, por un lado, en la proximidad del procedimiento registral con la técnica administrativa y en la fase ulterior con la de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por otro lado, con el incuestionable carácter civil del objeto de la calificación y de los recursos, que ha llevado al legislador a optar por la jurisdicción civil para la resolución de los conflictos derivados de la calificación registral. Ello crea dificultades a la hora de determinar cuáles son los principios –civiles o administrativos- a los que acudir para superar las dudas o lagunas que plantea la aplicación de las reglas positivas.

Pues bien, a la hora de determinar cuáles deberían ser, en cada fase o situación de los distintos recursos, esos principios integradores de la norma, debemos, como ya hemos dicho, situarnos dentro del sistema registral al que deben servir. Así, si este sistema fuere de los denominados “registros de documentos”, con escasos efectos jurídicos más allá de la mera inoponibilidad, puede hablarse de un derecho a la inscripción y de un interés del solicitante frente a la administración, ya que esa inscripción incumbe o afecta sólo a dicho solicitante, y es correcto aplicar íntegramente las normas administrativas o de la jurisdicción contenciosa.

Por el contrario, si nos encontramos ante sistema de seguridad de los denominados “registros de derechos”, con importantes efectos jurídicos, como ocurre en España con el principio de legitimación y fe pública registral, que determinan unas consecuencias o perjuicios frente a los terceros –la eficacia *erga omnes* de la inscripción-, no puede hablarse de la existencia de un derecho frente a la administración que defiende un interés jurídico-público, sino que lo que tiene lugar es una controversia entre derechos privados, por lo que no son aplicables, más que respecto trámites instrumentales, las normas de carácter procesal administrativo.

A este respecto no cabe duda alguna que el Registro de la Propiedad español es un Registro de derechos y en este sentido conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de Abril de 1997 que señala que *“En un sistema, no de transcripción, sino de Registro como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos en virtud de los que se practican los asientos (...) agotan sus efectos (!) ante el Registro, al servir de base (!) para la calificación e inscripción. A partir de ese momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios (!) del Registro (...) (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc). Es cierto – continúa la sentencia – que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación parcial de los documentos presentados a registrar. Sin embargo, esta constatación no debe*

llevar a la conclusión de lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados (!) en el Registro, o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento (..). Aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, los efectos registrales los producen estos últimos, no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento (!). En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea reflejo del contenido de los documentos, la inscripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce efectos (..) autónomos”.

O las importantes sentencias del Tribunal Supremo de 5, 16 y 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008, dictadas para la unificación de doctrina, según las cuales: “ la inscripción registral tiene virtualidad para consolidar las adquisiciones a non domino a favor del adquirente posterior inscrito y la pérdida de la propiedad por primer adquirente no inscrito. Puede parecer una injusticia, pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria El Registro de la Propiedad da una absoluta seguridad al que realiza la adquisición inmobiliaria y elimina la contingencia de que pueda resultar ineficaz por no existir el derecho del disponente, entre otros casos. Si transmite el titular registral, queda protegido plenamente el adquirente que confió en tal titularidad”.

De todo ello se puede afirmar que en el sistema registral español es la propia inscripción la que dota al derecho de la plenitud de efectos, garantizando tanto la protección de la titularidad frente a los terceros, como la seguridad del tráfico jurídico.

En congruencia con este sistema jurídico, analizaremos a continuación los distintos supuestos de revisión de la calificación registral, interpretando sus normas, en lo que sea menester, a la luz de tal entendimiento.

II.- LA CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA.

1.- Procedimiento.

La denominada calificación sustitutoria fue introducida en nuestro derecho por la Ley 24/2001, al introducir el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, y completada su regulación por el RD 1039/2003 y es aquella calificación

realizada por un registrador de un documento correspondiente a otra demarcación distinta de la suya. La Ley permite esta calificación en dos supuestos: El primero en caso de calificación fuera de plazo del registrador titular, es decir, si, transcurrido el plazo máximo de despacho y calificación de 15 días hábiles desde la presentación, no hubiere tenido lugar la inscripción o suspensión del documento, en cuyo caso el interesado podrá instar del registrador ante quien se presentó el título que la lleve a cabo en el término improrrogable de tres días o la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de la Ley Hipotecaria e, igualmente, si transcurrido el plazo de tres días el registrador no inscribe el título, el interesado podrá instar la aplicación del cuadro de sustituciones.

El segundo en caso de discrepancia con una calificación negativa, como una especie de recurso con carácter previo, pero no obligatorio, al resto de los recursos posibles –administrativo o judicial directo-, que se podrán usar si se confirma la calificación inicial en todo o en parte (artículo 19 bis LH). A este último es el supuesto al que nos vamos a referir a continuación.

La finalidad de la introducción de esta institución ha sido, según la exposición de motivos del citado RD 1039/2003, la de agilizar el despacho de documentos y paliar los efectos no deseables de exclusividad territorial de los registradores que puede derivar en un excesivo rigor en la calificación.

Pues bien, una cosa debe quedar clara como premisa inicial y es que esta calificación sustitutoria en modo alguno puede considerarse como un verdadero recurso, aunque habitualmente se estudie junto a los mismos –así Dictamen del Consejo de Estado al citado RD 1039/2003-, como lo prueba su colocación sistemática separada de éstos, sino que se puede considerar una calificación especial que constituye una de las fases del procedimiento registral de carácter optativo para el interesado.

Las características principales de esta figura son:

a) Registrador sustituto. La normativa en vigor, partiendo del principio básico de inelegibilidad del registrador sustituto, señala que el registrador encargado de la calificación sustitutoria será el que resulte del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de la Ley Hipotecaria y aprobado por resolución de la DGRN de 30 de junio de 2008, y será designado de forma aleatoria por el Colegio Nacional de Registradores de entre los seis registradores que conforman el cuadro de cada Registro,

Los demás criterios a los que deberá ajustarse este cuadro de sustituciones son, en primer lugar, el carácter rotatorio y no recíproco de las sustituciones y, en segundo lugar, la necesidad de que los registradores sustitutos ejerzan en la

misma provincia o provincias limítrofes del sustituido, pero sin que, en ningún caso, puedan pertenecer a la misma localidad o plaza donde esté radicado el mismo.

Con este sistema de designación se pretende, por un lado, facilitar la rapidez en la contestación a la solicitud de la nueva calificación y, por otro lado, garantizar la independencia del registrador sustituto tanto respecto del solicitante, como de presiones del propio funcionario sustituido.

b) Plazo de solicitud. El interesado deberá ejercer su derecho en los quince días siguientes a la notificación de la calificación negativa –o en cualquier tiempo en caso de calificación fuera de plazo-, durante la vigencia del asiento de presentación, mediante la aportación al registrador sustituto del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria.

Un efecto importante de la solicitud de calificación sustitutoria es la suspensión de los plazos para interponer los recursos administrativo o judicial.

c) Trámites. El Registrador sustituto que asuma la inscripción del título lo comunicará al Registrador sustituido en el plazo de un día, pudiendo con carácter previo y en orden a esta finalidad solicitar que se le aporte información registral completa, de no existir o ser insuficiente la remitida con el testimonio íntegro del título.

El Registrador sustituido hará constar dicha comunicación y remitirá la información solicitada, en el mismo día de su recepción o el siguiente hábil, por nota al margen del asiento de presentación, indicando que se ha ejercido el derecho a solicitar la calificación de los títulos a un Registrador de los incluidos en el cuadro de sustituciones, la identidad de éste y el Registro del que sea titular. A partir de la fecha de recepción de la comunicación referida, el Registrador sustituido deberá suministrar al Registrador sustituto información continuada durante 10 días hábiles relativa a cualquier nueva circunstancia registral que pudiera afectar a la práctica del asiento.

d) Plazo de resolución o calificación. El Registrador sustituto deberá confirmar la calificación negativa o despachar el título en el plazo de diez días hábiles –art. 19 bis LH- desde la presentación de la solicitud o desde, en su caso, el suministro de la información por el Registrador sustituido, aunque algunos comentaristas en caso de confirmación amplían el plazo a 15 días hábiles con base en el artículo 6-4 del RD 1039/2003, que para mi es un error y, además, en todo caso debe prevalecer la Ley Hipotecaria.

En la calificación el Registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el Registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado

su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención, no pudiendo versar sobre ninguna otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Para fundar su decisión podrá pedir informe al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que lo evacuará a través de sus servicios de estudios, todo ello bajo responsabilidad del Registrador y sin que pueda excederse del plazo de calificación.

Si el Registrador sustituto calificara positivamente el título, ordenará al Registrador sustituido que extienda el asiento solicitado, remitiéndole el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse aquel, junto con el testimonio íntegro del título y documentación complementaria. En todo caso, en el asiento que se extienda, además de las circunstancias que procedan de conformidad con su naturaleza, deberá constar la identidad del Registrador sustituto y el Registro del que fuera titular.

Extendido el asiento, en todo caso dentro de los tres días hábiles siguientes a la recepción de la documentación correspondiente, el Registrador sustituido lo comunicará al Registrador sustituto, y devolverá el título al presentante con nota al pie del mismo, extendida conforme a la legislación hipotecaria.

Si el Registrador sustituto asumiera la inscripción parcial del título se procederá del mismo modo ya expuesto y dicha inscripción parcial sólo podrá practicarse si media consentimiento del presentante o del interesado.

Practicado el asiento solicitado, corresponderá al Registrador sustituto el 50 % de los aranceles devengados y al Registrador sustituido el 50 % restante.

Si el Registrador sustituto calificara negativamente el título, comunicará la desestimación al registrador sustituido y devolverá este al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del Registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el Registrador sustituido con los que el Registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad. La inscripción parcial requerirá del consentimiento de los interesados.

e) Recursos. En caso de que la calificación sustitutoria sea negativa o confirmatoria de la calificación inicial, el interesado podrá utilizar los recursos administrativo o judicial, pero contra esa calificación inicial y sólo en cuanto a los defectos de la misma con los que el registrador sustituto hubiere mostrado su conformidad –resolución DGRN de 13 de junio de 2006-.

Por su parte el plazo de presentación de los recursos deberá a empezar a correr desde la notificación de la calificación sustitutoria negativa –resolución de la

DGRN de 19 de febrero de 2005- pues, si no fuera así, se restringiría las posibilidades de defensa del interesado.

2.- Estadísticas.

Las ventajas que tiene este procedimiento respecto de los otros, radica en que su resolución tiene lugar en un corto período de tiempo, mucho más reducido que en los otros dos, y ello sin merma de la independencia e imparcialidad del calificador que, por un lado, sigue siendo inelegible y, por otro, no se ve sujeto a posibles presiones del sustituido, dado que no exista la posibilidad de un nombramiento recíproco.

Con ello se consiguen evitar o, cuando menos, paliar, las indeseables consecuencias de calificaciones rigurosas que se aparten del criterio mayoritario existente sobre la cuestión concreta, pues no debe olvidarse que el registrador sustituto debe proceder con el mismo criterio que estuviere actuando en su propio distrito so pena de incurrir en prevaricación.

No obstante estas realidades, se suele achacar a este sistema el defecto de ser propenso al “corporativismo” y de su escasa utilización, pero aparte de las razones anteriormente expuestas, los números demuestran que esas críticas no se encuentran bien fundadas y así:

Durante el año 2009 se interpusieron 920 recursos –en sentido amplio-, de los cuales 378 fueron administrativos, 48 judiciales directos y 494 (el 53,70%) fueron de calificaciones sustitutorias.

Durante el año 2010 se interpusieron 1277 recursos, de los cuales 426 fueron administrativos, 84 judiciales directos y 767 (el 60,06%) fueron calificaciones sustitutorias.

Y durante lo que va del año 2011 –hasta Mayo- se han interpuesto 593 recursos, de los cuales 211 son administrativos, 31 son judiciales directos y 351 (59,19%) son calificaciones sustitutorias.

Y en cuanto al resultado de esas calificaciones sustitutorias: en el año 2009 el 36,75% fueron estimatorias; en el año 2010 el 48,86% fueron estimatorias, y en lo que va del año 2011 el 37,11% han sido estimatorias; para una media total del 42,59% estimatorio, lo que teniendo en cuenta que en el mismo período de tiempo, por ejemplo, los fallos judiciales contrarios a los registradores –que es el equivalente- supusieron el 32,47% y las resoluciones de la DGRN revocatorias el 39,62%, es suficiente prueba, a mi entender, de lo gratuito de la acusación de corporativismo.

III.- EL RECURSO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

1.- Procedimiento.

Debe advertirse, en primer lugar, que como consecuencia de la configuración territorial del Estado español y de su diversidad normativa civil, el denominado recurso administrativo contra la calificación registral debe interponerse ante la DGRN del Ministerio de Justicia nacional salvo cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, en cuyo caso el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente, singularmente esta circunstancia tiene lugar actualmente en Cataluña que tiene su propia Dirección General de Derechos y entidades jurídicas para la resolución de los mismos.

Por lo demás, se trata de un recurso próximo a la alzada administrativa común, cuyos trámites principales son los siguientes:

a) Notificación de la calificación. El artículo 322 de la Ley Hipotecaria establece que la calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al Notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido.

Dicha notificación deberá efectuarse de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente, y según la más reciente doctrina de la DGRN y de los tribunales también al Notario dado que éste es un procedimiento normal de comunicación de las notarias con los registros y por razón de su condición de funcionario público y su deber de colaborar con las distintas administraciones.

También se debe notificar la calificación negativa de cláusulas concretas cuando la calificación suspensiva o denegatoria no afecte a la totalidad del título, el cual podrá inscribirse parcialmente a solicitud del interesado.

El domicilio hábil a efecto de notificaciones será el designado por el presentante al tiempo de la presentación, salvo que en el título se haya consignado otro a tal efecto. Respecto del Notario autorizante o de la autoridad judicial o funcionario que lo expidió, la notificación se practicará en su despacho, sede o dependencia

administrativa y el procedimiento deberá ser el mismo en que se efectuó la presentación –papel, fax o telemáticamente-.

b) Efectos en relación con la prioridad. Según el artículo 323 de la LH si la calificación fuere negativa, se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles contados desde la fecha de la últimas notificaciones obligatorias, lo que se hará constar por nota al margen del asiento de presentación.

Dada la posibilidad, a la que luego aludiremos, de presentar el recurso en una pluralidad de oficinas, se establece que a efectos de la prórroga del asiento de presentación se entenderá como fecha de interposición del recurso la de su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre.

La duración de esta prórroga y del plazo para interponer el recurso gubernativo empezará a contar, en el caso de que se vuelva a presentar el título calificado durante la vigencia del asiento de presentación sin haberse subsanado los defectos en los términos resultantes de la nota de calificación, desde la notificación de ésta.

Vigente el asiento de presentación, el interesado o el Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiere expedido, podrán solicitar dentro del plazo de sesenta días a que se refiere el párrafo anterior que se practique la anotación preventiva prevista en el [artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria](#).

c) Legitimación para recurrir. Según el artículo 325 de la LH, se encuentran legitimados para interponer del recurso administrativo:

1.- La persona, natural o jurídica, a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto, y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos y otros para tal objeto; el defecto o falta de acreditación de la representación se podrá subsanar en el plazo que habrá de concederse para ello, no superior a diez días.

2.- El Notario autorizante o aquel en cuya sustitución se autorice el título, en todo caso, o la autoridad judicial o funcionario competente de quien provenga la ejecutoria, mandamiento o el título presentado.

3.- El Ministerio Fiscal, cuando la calificación se refiera a documentos expedidos por los Jueces, Tribunales o Secretarios judiciales en el seno de los procesos civiles o penales en los que deba ser parte con arreglo a las Leyes.

La subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impedirá, según el artículo 325, a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso; lo que se considera un absurdo más aún en la actual situación de carencia de medios por parte de la DGRN.

d) El objeto, plazo y requisitos del recurso. El objeto del recurso, según señala expresamente el artículo 326 de la LH, lo constituye exclusivamente 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.

El plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de la notificación de la calificación.

El escrito del recurso deberá expresar, al menos: el órgano al que se dirige el recurso; el nombre y apellidos del recurrente y, en su caso, cargo y destino del mismo; la calificación que se recurre, con expresión del documento objeto de la misma y de los hechos y fundamentos de derecho; el lugar, fecha y firma del recurrente y, en su caso, la identificación del medio y del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

Para el cómputo de los plazos de los recurso la Ley Hipotecaria efectúa una expresa remisión a lo dispuesto en la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#).

e) Trámites previos y la revisión del Registrador. Según el artículo 327 de la LH, el recurso administrativo se presentará en el registro cuya calificación constituye su objeto para su remisión por éste a la DGRN, o en cualquier Registro de la Propiedad u oficina previstos en el [artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#), para que sea inmediatamente remitido al Registrador cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre.

Al recurso deben acompañarse el título objeto de la calificación, en original o por testimonio, y una copia de la calificación efectuada.

Al recibir el recurso, el titular del Registro que calificó deberá expedir recibo acreditativo con expresión de la fecha de presentación del mismo o, en su caso, sellar la copia que le presente el recurrente, con idéntico contenido.

Si no hubiera recurrido el notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que expidió el título, el registrador, en el plazo de cinco días, deberá trasladar a

éstos el recurso para que, en los cinco días siguientes a contar desde su recepción realicen las alegaciones que consideren oportunas.

El Registrador que realizó la calificación podrá, a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas, bien mantener la calificación negativa o rectificar la misma en los cinco días siguientes a que hayan tenido entrada en el Registro los citados escritos de alegaciones, lo que lo asimila a una especie de recurso de revisión.

Si accede a su inscripción en todo o en parte, el registrador deberá comunicar su decisión al recurrente y, en su caso, al Notario, autoridad judicial o funcionario en los diez días siguientes a contar desde que realizara la inscripción.

Si mantuviera la calificación, el registrador formará expediente conteniendo el título calificado, la calificación efectuada, el recurso, su informe –respecto a cuyo contenido nos ocuparemos en un apartado posterior- y, en su caso, las alegaciones del Notario, autoridad judicial o funcionario no recurrente, remitiéndolo, bajo su responsabilidad, a la Dirección General en el inexcusable plazo de cinco días contados desde el siguiente al que hubiera concluido el plazo de la revisión.

f) El plazo para resolver. La Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en Registro de la Propiedad –no desde la remisión del expediente- cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar.

Respecto de la fundamental cuestión de cuál es el valor de las resoluciones extemporáneas expresas de la DGRN si son estimatorias del recurso, nos ocuparemos en otro apartado.

Publicada en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante “para todos los registradores” mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquélla, una vez firme, será publicada del mismo modo. Respecto del alcance y real significado de este carácter vinculante para los registradores, nos ocuparemos, también, en apartado posterior.

g) Actuaciones posteriores al recurso. Si ha existido desestimación expresa del recurso o silencio negativo, el interesado podrá acudir a la vía judicial en los términos que luego analizaremos.

Si, por el contrario, se ha estimado el recurso, el Registrador deberá practicar la inscripción en los términos que resulten de la resolución. El plazo para practicar los asientos procedentes, en estos casos, o los pendientes, si la resolución es desestimatoria, empezará a contarse desde que hayan transcurrido dos meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado –plazo del recurso judicial–, a cuyo efecto, hasta que transcurra dicho plazo seguirá vigente la prórroga del asiento de presentación.

En caso de desestimación presunta por silencio administrativo, la prórroga del asiento de presentación vencerá cuando haya transcurrido un año, y un día hábil, desde la fecha de la interposición del recurso gubernativo. En todo caso será preciso que no conste al Registrador interposición del recurso judicial.

Si se hubieran inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos expresados en la calificación, la rectificación del asiento precisará el consentimiento del titular del derecho inscrito y surtirá sus efectos sin perjuicio de lo establecido en el [artículo 34 de la Ley Hipotecaria](#).

2.- El problema del contenido del informe del Registrador en el recurso administrativo.

Durante el quinquenio 2004 a 2009, la DGRN ha venido reiterando en numerosas resoluciones (ej. Res 14-9-2004, 26-11-2004, 19-4-2006, 31-1-2007) que el informe que emite el Registrador en el trámite de impugnación de su calificación negativa ante dicho Centro Directivo, no puede incluir nuevos argumentos jurídicos o ampliar los expuestos en defensa de su nota y que debe reducirse a cuestiones de mero trámite.

El argumento de la DGRN se centra esencialmente, en primer lugar, en que según el artículo 258-5 de la Ley Hipotecaria, la calificación del Registrador, en orden a la práctica de la inscripción del derecho, acto o hecho jurídico, y del contenido de los asientos registrales, deberá ser global y unitaria y, en segundo lugar, en el derecho de defensa del legitimado solicitante de la inscripción, de modo que tenga conocimiento de todas las razones por las que se deniega la misma, por lo que el registrador en el informe de su nota no puede alegar nuevos defectos ni argumentaciones.

Pero sobre este criterio, se han pronunciado en sentido mayoritariamente opuesto los tribunales de justicia al hilo de las sentencias recaídas en los juicios verbales, y así, entre otras, la Sentencia AP Badajoz de 29 de febrero de 2008, Sentencia AP Barcelona de 5 de mayo de 2006, e incluso dos que se han publicado en el BOE: Sentencia firme de 24-5-2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Jaén, Sentencia firme de 21-12-2005 del Juzgado de Primera

Instancia nº 5 de Badajoz, algunas de las cuales han llegado a anular las resoluciones por falta de valoración del informe registral.

Los argumentos de este grupo de sentencias, se centran en que el criterio DGRN prescinde absolutamente del procedimiento establecido al eliminar “de facto” un trámite esencial de los previstos en la ley –artículo 506 del RH que habla de “informe en defensa de la nota”-, y que causa indefensión al Registrador, en cuanto funcionario calificador, lesionando un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional (art. 24 CE), pues la ley otorga al Registrador un trámite para defender su calificación y la DG prohíbe esta defensa no sólo con nuevos argumentos sino con ampliación de los ya expuestos. Igualmente, se considera para defender el informe del registrador que el significado del término “informe”, tanto en el mundo jurídico en general, como en el administrativo en particular –arts 112-3 y 114-2 de la Ley 30/1992-, alude fundamentalmente a argumentaciones jurídicas y no a cuestiones de mero trámite, y que la DGRN carece de competencia para restringir el contenido del informe si la ley no lo ha hecho.

Concluye esta doctrina judicial que el informe del registrador no puede incluir nuevos defectos pero sí puede ampliar los argumentos de la nota de calificación de forma más extensa y con aportación de doctrina y jurisprudencia siempre que se refiera a las razones que ya fueron determinadas en la nota, pues la jurisprudencia sólo exige en ésta una motivación sucinta aunque suficiente. Asimismo considera esta doctrina que cuando la DGRN dicte una resolución ha de razonar la postura que adopte respecto a todos y cada uno de los contenidos del informe, no pudiendo ignorarlos de plano, pues ello constituye un importante defecto formal de la resolución que permite su revocación al prescindir del procedimiento legalmente establecido.

Hoy en día, la DGRN ha cambiado de criterio y así en resolución de 14 de diciembre de 2010 declara que la doctrina más autorizada ha concluido que si bien el informe del registrador no puede incluir nuevos defectos (pues ello causaría indefensión al interesado), sí puede argumentar y contestar al escrito de recurso y a las alegaciones del recurrente, siempre sobre la base de los defectos expresados en la nota de calificación.

3.- Efectos de las resoluciones de la DGRN dictadas fuera de plazo o extemporáneas.

Se ha planteado qué valor o eficacia ha de darse a las resoluciones DGRN que hayan sido dictadas fuera del plazo de 3 meses prescrito por el art. 327-10 LH, ya que transcurrido dicho plazo el mismo precepto prevé la desestimación del recurso por silencio administrativo. ¿Cabe, pese a ese plazo de 3 meses y pese a

la existencia de esta resolución presunta desestimatoria, una posterior resolución expresa estimatoria y por tanto contradictoria con la primera?

La DGRN en Resolución de 10 de noviembre de 2006 ha mantenido que las resoluciones dictadas fuera de plazo no son nulas, dada su obligación de resolver según las normativa de la LRJAPPAC y la aplicabilidad del régimen general del silencio administrativo.

Sobre esta cuestión han existido diversos pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios si bien parece mayoritaria la tesis (32 sentencias de Audiencias Provinciales frente a 6) que defiende la nulidad de las resoluciones extemporáneas.

A favor de su validez se pronuncian entre otras las sentencias de la AP Guadalajara de 1 de marzo de 2007, de la AP de Barcelona de 28 de septiembre de 2007 o de la AP de Madrid de 22 de febrero de 2007, que se basan en la aplicación supletoria de los artículos 42 y 43 LRJAP (doctrina del silencio administrativo y obligación de resolver sin vinculación al sentido del silencio) al procedimiento registral, por entender que la calificación es un acto administrativo (arts. 322 y 326 LH, que remiten a la LRJAPPAC), al ser la DGRN un órgano administrativo y al ser los Registradores funcionarios públicos (274, 359 LH, 536 RH), por lo que la DGRN puede resolver aún fuera de plazo en ambos sentidos, confirmatorio o revocatorio.

Ese deber de resolver o de la posibilidad de una resolución tardía existe, sin necesidad de un precepto específico, dado que basta con el artículo 42-1 LRJAPPAC, norma general de obligado cumplimiento para la administración, no siendo necesario reiterarlo en las respectivas regulaciones de los diferentes procedimientos.

Sin embargo, a favor de la nulidad de las resoluciones extemporáneas, se han pronunciado otras muchas sentencias: de la AP Barcelona de 17 de marzo de 2007, de la AP de Segovia 4 de octubre de 2006, de la AP de Barcelona de 22 de enero de 2008, de la AP de Ciudad Real de 16 de abril de 2008, de la AP de Castellón de 28 de junio de 2007, de la AP de Granada de 19 de octubre de 2007, de la AP de Valencia de 29 de abril de 2009, de la AP de Sevilla de 26 de abril de 2010, de la AP de Madrid de 19 de mayo de 2010 o de la AP de Zaragoza de 7 de junio de 2010, entre otras; argumentando la especialidad del procedimiento registral, que justifica un tratamiento diferente y que está expresamente previsto en los artículos 327 y 328 LH que contienen una especial y completa, clara y concluyente regulación del silencio administrativo en el procedimiento registral, siendo la norma el silencio negativo, frente al art. 43-2 LRJAPPAC (silencio positivo), precepto al que no cabe acudir, dada la claridad y especialidad del artículo 327 LH y la ausencia de una remisión en este punto a la

ley 30/1992, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos (arts 322-2, 326 in fine LH).

En concreto estas sentencias consideran que es nula la resolución estimatoria DGRN dictada una vez transcurridos mas de tres meses desde la interposición del recurso, y sin que se haya acudido a la vía jurisdiccional en el plazo de un 5 meses y un día, ya que la calificación negativa del Registrador deviene firme al existir, al tiempo de dictarse aquella, resolución presunta desestimatoria firme del recurso (arts. 327-1º y 328 de la LH, y 9-3 CE).

Y es que no es posible una aplicación incondicionada de los artículos 42 y 43 LRJAPPAC al procedimiento registral, ya que los intereses en juego no son los mismos e interfieren sobre la materia primero, el concreto interés de los terceros, y, más genéricamente, la seguridad del tráfico inmobiliario, objetivo básico de la institución registral.

Esa aplicación incondicionada sería contraria además: 1) a la protección del interesado e incluso de los terceros, pues no tiene en cuenta que la reserva de prioridad que se produce con el asiento de presentación tiene un plazo temporal de vigencia. En efecto, frente a la inmediata ejecutividad de los actos administrativos, en el procedimiento registral se cierra el Registro y el asiento de presentación vencerá cuando haya transcurrido el plazo de un año y un día desde la interposición del recurso gubernativo; 2) y al principio de seguridad jurídica (art. 9-3 CE), esencial en el procedimiento registral, dada la incertidumbre que generaría para los interesados y para los terceros por la inseguridad resultante de la posibilidad indefinida de recurrir a la espera de resolución expresa, aunque tardía.

Otro problema al que conduciría la tesis patrocinada por la DG es el de la posibilidad de encontrarnos no solo con resoluciones contradictorias, la presunta desestimatoria y la expresa estimatoria, sino también la posible colisión entre la resolución expresa y la sentencia que se haya podido dictar en recurso contra la presunta y que ratificase ésta (Este problema ha sido puesto de manifiesto por la Sentencia de 25-7-2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Segovia, cuya firmeza no nos consta).

Sea como fuere, la cuestión ha sido resuelta por la sentencia del TS de 3 de enero de 2011 en el sentido de considerar que son nulas las resoluciones de la DGRN extemporáneas por ir en contra de la naturaleza propia del procedimiento registral –que a estos efectos no se puede asimilar al procedimiento administrativo igual que la calificación registral no es sin más un acto administrativo- y de la seguridad jurídica inmobiliaria.

Y ello es así porque, como dice también la propia DGRN en resolución de 20 de abril de 2011, la doctrina administrativa del sentido positivo del silencio no se armoniza bien con el régimen propio de las transmisiones inmobiliarias, tanto si se aplican las reglas generales de prestación del consentimiento en el ámbito del negocio jurídico, como si se aplican las normas administrativas.

Los argumentos de la sentencia del TS son los siguientes:

a) No puede admitirse la aplicación automática de las normas administrativas ordinarias para llenar las lagunas del procedimiento registral, dadas sus peculiares características. Así, la revisión de la calificación registral y de las resoluciones de la DGRN no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil, porque se trata de actos de examen de la legalidad civil y registral que por razón de ese contenido no pueden ser considerados como actos sujetos al derecho administrativo. Refuerza, a mi juicio, este criterio el hecho de que las calificaciones registrales puedan recurrirse directamente ante la jurisdicción civil.

b) Por otra parte, el sistema registral está encaminado a la protección de derechos de carácter privado, que no son los propios del interés general a cuyas consecuencias va dirigida la actividad administrativa, por lo que en el ámbito registral, no opera la protección del administrado sino que predomina la protección de los derechos de los terceros que habiendo obtenido una inscripción a su favor o estando interesados en la misma, puedan resultar afectados por el acceso al Registro del acto denegado y permitido por la resolución extemporánea.

c) Además, el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, al referirse la silencio de la DGRN no se remite al régimen administrativo, como hace en otros aspectos del procedimiento registral o del recurso, sino que establece un régimen específico que no sólo se refiere al carácter negativo del mismo sino también al carácter de firme de dicho silencio y a la caducidad automática del asiento de presentación trascurrido un año y un día desde la interposición del recurso, lo que tendría poco sentido si la DGRN estuviera obligada a dictar resolución, que siendo posterior, pudiera tener sentido contrario, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica.

Y por último, en otro sentido, entiendo que esa nulidad de la resolución que se pronuncia estimando el recurso interpuesto, es decir, contradiciendo el silencio negativo consolidado por el transcurso del tiempo para resolver, que es el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo, no puede extenderse al caso de resolución extemporánea desestimatoria, pues al

pronunciarse en el mismo sentido que el silencio negativo no existe peligro alguno para la seguridad jurídica ni posible perjuicio de terceros.

A esta situación se ha llegado por la supresión del Cuerpo de Letrados de la DGRN lo que hace que los recursos sean resueltos sólo por 5 o 6 notarios y registradores adscritos lo que produce tanto el retraso en la resolución de los recursos como el descenso de la calidad técnico-jurídica de las mismas, y constituye la mayor crítica a este tipo de recurso.

4.- El pretendido carácter vinculante de las Resoluciones DGRN para todos los Registradores.

El artículo 327-10 LH señala que *“Publicada en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquélla, una vez firme, será publicada del mismo modo”*.

La Dirección General de los Registros y el Notariado viene reiterando (Resoluciones entre otras las de 21 de mayo de 2005, 5 de mayo de 2005, 14 de noviembre de 2007) que las resoluciones estimatorias de los recursos interpuestos contra las calificaciones registrales vinculan a todos a los Registradores si están publicadas el BOE —aunque no hayan ganado firmeza—, siempre que no hayan sido anuladas por resolución judicial firme también publicada. Esta doctrina es bastante controvertida (pues además se ha pretendido extender a todo el contenido de la resolución incluso en ocasiones a los meros *obiter dicta*), y ya existen algunos pronunciamientos judiciales que la ponen en cuestión.

En efecto, cabría destacar los siguientes tres puntos a criticar de este criterio de la DGRN:

1) En primer lugar, es sabido que las resoluciones DGRN no constituyen fuente del derecho, por lo que entender la vinculación a que se refiere el artículo 327 de la Ley Hipotecaria como vinculación no al fallo sino a la doctrina que lo sustenta, es decir, más allá del caso concreto, supondría, además de contrariar los principios de independencia y responsabilidad del registrador en su calificación, alterar el sistema de fuentes y dar a las resoluciones un valor superior al que tienen las sentencias del Tribunal Supremo, incluso sin necesidad de reiteración. Y es que la resolución de un recurso administrativo carece de la eficacia de una disposición de carácter general, porque no participa de la naturaleza de éstas sino de los actos administrativos.

En tal sentido es de destacar las siguientes sentencias: a) la Sentencia de 14 de marzo de 2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona, que marca

claramente la diferencia entre las resoluciones singulares, y las del artículo 103 de la ley 24/2001 (consultas vinculantes, que sí obligan a Notarios y Registradores) y declara la improcedencia de la doctrina DGRN sobre el alcance vinculante de las resoluciones singulares ya que -interpretando la expresión “vinculación para todos los Registros”-, las resoluciones singulares vinculan únicamente al registrador calificador y a los demás registradores que hayan de calificar el mismo documento por afectar a varios Registros.

b) Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de enero de 2008 y de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de octubre de 2009, que recuerdan que “en lo que al derecho civil se refiere, el registrador no puede, con arreglo a nuestra legislación, estar subordinado a la autoridad del orden administrativo, por virtud del principio de salvaguardia judicial que acoge el artículo 1 de la LH y, por tanto, la doctrina de la DGRN no puede ser de superior rango que la jurisprudencia dictada por la sala 1ª del TS”.

c) La Sentencia de 28 de julio de 2008 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Lleida, ha señalado que “los registradores se encuentran más vinculados a la Ley que a la DGRN y en tanto que no haya un pronunciamiento jurisprudencial sobre el asunto controvertido –en este caso la interpretación del artículo 255 LH-, es correcto que el registrador se cuestione seguir en la calificación el criterio del Centro directivo, cuando es claro que la norma en cuestión es opinable” y critica que “se pretenda mantener una línea incuestionable de interpretación, limitando así el acceso a los tribunales y la deseable aclaración jurisprudencial de las normas, convirtiendo a las resoluciones de la DGRN en jurisprudencia de hecho, cuando en realidad no tienen tal condición”.

2) Que ese pretendido efecto vinculante se produzca desde la publicación en el BOE de la resolución, aun cuando haya sido impugnada judicialmente (y por tanto sin ser firme aquella), no resulta pertinente. Así la citada sentencia de la Audiencia de Barcelona, en el último apartado de su fundamento de derecho 3º, señala: “A mayor abundamiento ha de recordarse que la Exposición de Motivos de la LH señala que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten” y añade que “si el asunto de fondo debatido se encuentra pendiente de resolución firme por los Tribunales y sujeto al control jurisdiccional hasta tanto no se pronuncien definitivamente los Tribunales su vinculación no resulta pertinente”.

3) Que dicho efecto vinculante termine no cuando se dicte una sentencia que anule la resolución, ni siquiera cuando esa sentencia sea firme, sino cuando la sentencia firme haya sido publicada en el BOE, parece algo excesivo, y ello entre otras, por tres razones:

a) el artículo 327 LH (“tendrá carácter vinculante.., mientras no se anule por los Tribunales”) no incluye la firmeza ni la publicación en el BOE como presupuestos para la cesación de la vinculación; b) es la propia DGRN la que dispone a través de otra resolución administrativa la publicación de la sentencia en el BOE; c) el largo periodo de tiempo que suele mediar entre la firmeza de la sentencia y su publicación (si es que finalmente se produce) genera gran inseguridad jurídica.

Singularmente debe destacarse, también, la Sentencia del Tribunal Supremo – Sala 6ª- de 5 de noviembre de 2008 que reconoce el carácter no imperativo para los registradores, en su función calificadora y por razón de su estatuto personal y falta de relación jerárquica, de las instrucciones de la DGRN, pues cuánto menor debe ser ese carácter respecto de las simples resoluciones.

En este ámbito, se da una situación bastante paradójica: las resoluciones de la DGRN, tradicionalmente obligaban al registrador únicamente en cuanto al caso concreto y sólo en cuanto al registrador cuya nota de calificación se hubiese revocado, lógica consecuencia de la independencia del Registrador, que califica bajo su responsabilidad. En cambio, hoy día, en que lógicamente subsiste esa independencia y responsabilidad del registrador y en que las resoluciones son ya recurribles en vía judicial, parecen en cambio vincular más al Registrador si nos atenemos a la interpretación que ha hecho la propia DGRN del artículo 327 LH.

IV.- EL RECURSO JUDICIAL.

1.- Tipos y objeto respectivo.

La Ley 24/2001 de 27 de Diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, reguló mediante la modificación del artículo 328 de la Ley Hipotecaria la posibilidad de impugnar judicialmente las resoluciones (expresas o presuntas) de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra las calificaciones registrales, acabando así con el anómalo sistema anterior en el que el recurso gubernativo se sustanciaba ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, cuyo auto era recurrible en alzada ante la DGRN. De esta manera se acomoda también la calificación registral y las resoluciones DGRN al mandato de los artículos 24 y 106 CE, es decir al necesario control jurisdiccional.

Posteriormente, como ya se ha indicado, la Ley 24/2005 de 18 de Noviembre de reformas para el impulso de la productividad introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de impugnar directamente ante los Tribunales de Justicia las calificaciones negativas de los Registradores (artículo 324 de la Ley

Hipotecaria), por tanto, el tradicionalmente llamado recurso gubernativo ante la DGRN ha pasado a ser meramente potestativo.

Pues bien, este recurso judicial, posible en los dos citados supuestos, pero con la misma tramitación, se trata de un proceso que compete a la jurisdicción civil (juzgados civiles de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble o, en su caso mercantiles), aunque tiene un carácter especial por razón de la materia y con algunos tintes contencioso-administrativos también por razón de su objeto.

Este hecho de que la jurisdicción competente sea la civil y no la contencioso-administrativa, deriva de la naturaleza especial de la función y calificación registral, y confirma que las resoluciones DGRN, si bien son actos de la administración pública, no son actos administrativos en sentido estricto, ya que la materia que constituye su contenido no es administrativa sino de naturaleza civil, registral o mercantil.

Ahora bien, esa competencia de la jurisdicción civil planteó, en un principio, la cuestión de si el juicio correspondiente debía limitarse a enjuiciar los defectos puestos de relieve por la calificación registral o el contenido estricto de la resolución de la DGRN o, por el contrario, tenía el carácter de “plenario”, es decir, si, como es propio de esa jurisdicción, el juez puede entrar a conocer todas las materias de fondo del negocio jurídico de que se trate, y dar cabida a cuantas alegaciones y pruebas pudieran hacer y aportar las partes, de modo que no se limite a revisar la calificación o la resolución sino que decida sobre el derecho a inscribir, pudiendo abordar la validez del título y la eficacia del negocio subyacente.

Sin embargo, examinando las numerosas sentencias que se han dictado, resulta reiterada la idea según la cual el objeto o finalidad de estos procedimientos es únicamente revisar el acto de calificación registral aplicando no sólo la normativa civil sino fundamentalmente la normativa registral –prioridad, tracto, etc-, y determinar, en el caso de recurso contra una resolución de la DGRN, si es ajustada a derecho y si se han cumplido las normas procedimentales vigentes. Así, entre otras muchas se pueden citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 7-6-2007, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16-5-2007, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20-4-2006, Sentencia de 2-3-2007 de la Audiencia Provincial de Zamora, o la Sentencia de 9-3-2006 de la Audiencia provincial de Almería.

Por tanto, el carácter meramente revisorio de estos procedimientos implica, como en la calificación sustitutoria o en el recurso administrativo, que los jueces no podrán tener en cuenta más pruebas que las que tuvo en cuenta el Registrador

al calificar, ni pueden valorarse otros posibles defectos o alegaciones ni por su puesto puede discutirse sobre la validez del título.

Refuerza este criterio el hecho, reconocido expresamente en los artículos 66 y 328 de la LH, de que la posibilidad de interponer recurso judicial se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo, pero este procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso.

Por último, se puede señalar, en cuanto al empleo del recurso judicial en la práctica, que la utilización de la vía directa judicial frente a las calificaciones registrales es todavía muy residual y que mayoritariamente se recurre ante la DGRN y, en su caso, la resolución de la misma es la que se impugna posteriormente ante los tribunales.

Una importante crítica que se puede hacer a este recurso, no es tanto la tardanza en el plazo para dictar sentencia -que es más corto que el de las resoluciones de la DGRN-, sino más bien la dispersión de criterios que se obtiene entre los distintos Juzgados de Primera Instancia, por lo que existe una opinión bastante extendida que aboga por trasladar la competencia a las Audiencias Provinciales con la posibilidad de recurso de alzada ante los Tribunales Superiores de Justicia Autonómicos, lo que redundaría en una unificación de doctrina, al menos en el marco de cada autonomía.

2.- Trámites del recurso judicial directo y del recurso judicial contra las resoluciones de la DGRN.

Según los artículos 66, 324 y 328 de la Ley Hipotecaria, las calificaciones negativas de los registradores podrán ser impugnadas directamente ante los juzgados civiles de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble (o mercantiles en su caso), e igualmente, las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los mismos órganos del orden jurisdiccional civil.

La tramitación, por lo demás, es común en ambos supuestos, siguiéndose el procedimiento, por indicación legal expresa, por los trámites del juicio verbal civil, con las únicas especialidades del artículo 328 de la LH, relativas al plazo de interposición y a la legitimación. Contra la sentencia judicial cabe la posibilidad de apelación ante la Audiencia Provincial respectiva y, en su caso, casación ante el Tribunal Supremo por la existencia de sentencias divergentes – unificación de doctrina-.

La demanda deberá interponerse dentro del plazo de dos meses –plazo de carácter procesal civil-, contados de la notificación de la calificación o, en su caso, de la resolución dictada por la Dirección General, o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día desde la fecha de interposición del recurso.

Están legitimados para la interposición de este recurso los que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. A este fin, recibido el expediente, el Secretario judicial a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días.

Carecen de legitimación para recurrir la resolución de la Dirección General el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales. El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares. Del alcance de esta legitimación nos ocuparemos en el siguiente apartado.

El Juez que conozca del recurso interpuesto podrá exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente.

La Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado. No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal.

El principal problema que afecta a los usuarios de este tipo de, procedimiento judicial directo radica en la segura caducidad del asiento de presentación ante la falta de emplazamiento al Registrador, dado que si en el plazo de sesenta días no se tiene constancia, como ocurre casi siempre por falta de una norma expresa, de la interposición de la demanda del juicio verbal directo, debe cancelar dicho asiento.

3.- La Legitimación del Registrador para recurrir las Resoluciones DGRN revocatorias de sus calificaciones.

Como hemos indicado anteriormente, el artículo 328-4 LH señala que el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN podrá

recurrir la resolución de ésta “cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sea titular”. La interpretación que ha de darse a la expresión “derecho o interés” del artículo 328-4 de la Ley Hipotecaria es clave en este punto y ha sido ya objeto de diversos pronunciamientos jurisdiccionales los cuales mayoritariamente se han pronunciado por admitir la legitimación de los registradores.

Así, a favor de la tesis digamos restrictiva se han posicionado diversas Audiencias (p.ej. Sentencia de la AP de Valladolid de 30 de junio de 2003, Sentencia de la AP de Valladolid de 5 de octubre de 2007, Sentencia de la AP de Burgos de 29 de noviembre de 2007 o la Sentencia de la AP de Valencia de 26 de octubre de 2010), sobre la base de exigir un interés privado, concreto o particular y no general por razón de su función calificadora o por la responsabilidad anudada a aquella, apoyándose también en la aparente exclusión de la legitimación que recogería la Exposición de Motivos de la ley 24/2005.

Estas sentencias entienden que el interés a que se refiere el precepto no puede ser tan genérico que siempre concurriese, ya que entonces no tendría sentido la excepción que establece la norma, y que ha de ser la propia resolución la que afecte a un derecho o interés del que el Registrador sea titular. Por tal motivo, no aceptan como argumento legitimador la defensa de la legalidad y de los terceros, ni la posible, hipotética o presunta responsabilidad del Registrador.

En cambio, a favor de la legitimación del Registrador, a través de un criterio mucho más amplio se han dictado sentencias por otro grupo de Audiencias (22 sentencias firmes frente a 8) como la de AP de León de 3 de febrero de 2005, la de AP de Badajoz de 29 de febrero de 2008, la de AP de Valencia de 11 de diciembre de 2007, la de AP de Madrid de 11 de abril de 2008, la de AP de Alicante de 14 de enero de 2008, la de AP de Guadalajara de 12 de noviembre de 2008, la de AP de Valencia de la de 30 de junio de 2009, la de AP de Lérida de 30 de octubre de 2009, la de AP de Barcelona de 21 de enero de 2010, la de AP de Madrid de 13 de mayo de 2009, la de AP de Sevilla de 26 de abril de 2010, la de AP de Zaragoza de 7 de junio de 2010 entre otras; que dan preferencia al articulado sobre la exposición de motivos y que entienden que ese interés no puede ser personal, particular o privado, ya que, en ese caso, el Registrador no habría poder calificado el documento por tenerlo legalmente vedado (art. 102 RH) sino que se haya ligado a la propia función registral, a la defensa de la legalidad que hace el Registrador al calificar y a la responsabilidad que asume.

Hoy, teniendo en cuenta los numerosos pronunciamientos que se han producido cabría decir que quedan claras algunas cuestiones:

1) El legislador de la ley 24/2005 no ha eliminado la legitimación del Registrador para recurrir las resoluciones ni ha pretendido hacerlo. Los pronunciamientos de la exposición de motivos responden a un contenido normativo que se modificó, aunque no se corrigió paralelamente la misma.

2) El interés a que se refiere el artículo 328 LH y que le legitima para recurrir no puede ser en modo alguno un interés directo, particular o personal (titularidad de los bienes o derechos objeto de calificación) porque en ese caso existe una causa de incompatibilidad para la calificación (art.102 RH) y supondría, en consecuencia, negar siempre la intervención del Registrador.

3) La legitimación, cuando no existe una prohibición expresa debe interpretarse en sentido amplio, sobre la base del artículo 24 CE que proclama el principio de la tutela judicial efectiva y de la propia Jurisprudencia del TC en materia de legitimación que es partidaria del principio *pro actione*.

4) La legitimación se encuentra, en primer lugar, dado el status profesional de los registradores en España, en el mantenimiento de la legalidad registral que tienen encomendados estos funcionarios públicos con absoluta independencia del Centro Directivo al que no pueden consultar y del cual no pueden recibir instrucciones para el caso concreto –art. 273 LH- y en la responsabilidad personal con que ejercitan su función.

5) La legitimación se encuentra, muy especialmente, dada la configuración del Registro de la Propiedad español como un registro de derechos, en la protección de los derechos de los terceros que resultarían perjudicados por la inscripción del título si no pudiese recurrirse la resolución, ya sean éstos indeterminados –ej. los descendientes del heredero premuerto, la herencia yacente del titular registral, los posibles sustitutos fideicomisarios, los futuros adquirentes de viviendas a los que interesa el seguro decenal, etc-, como de aquellos otros que estando determinados -ej. el representado cuyo apoderado se ha extralimitado, el titular registral que no ha sido tenido en cuenta en un Proyecto de Compensación urbanística, los acreedores cuyo deudor pretende negocios en perjuicio de su rango registral, los propietarios de una propiedad horizontal frente una modificación del título constitutivo que no han consentido, los titulares registrales posteriores a una condición resolutoria si con la resolución no existe la consignación del precio, las autoridades u organismos públicos cuando el defecto consiste en la falta de alguna licencia o requisito administrativo, etc-, la legislación, tras la reforma de la Ley 24/2005, les niega la legitimación para ser parte en el procedimiento.

6) Y, por último, la legitimación se puede encontrar, también, en el interés de salvaguardar la función registral, cuando la resolución, extralimitándose, no se circunscribe a estimar o desestimar el recurso sino que aprovecha para hacer una

delimitación, por ejemplo, de las funciones de Notarios y Registradores a través de *obiter dicta* (STS 12 de febrero de 2002), o cuando la resolución DGRN afecte o incida en la diligencia del Registrador en su proceder o en su posible responsabilidad disciplinaria.

En cuanto a la legitimación pasiva del Registrador, es decir la legitimación para intervenir adhesivamente en el proceso como demandado, junto a la DGRN, para defender su nota de calificación confirmada por ésta y evitar su revocación, existen algunas sentencias (ej. Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid de 30 de junio de 2003, 17 de octubre de 2003, 30 de enero de 2004, 18 de marzo de 2004 y 10 de octubre de 2008, o la Sentencia de 16 de diciembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Tenerife) que entienden que el registrador no tiene la condición de parte en los procedimientos contra resoluciones confirmatorias de la calificación, ya que el artículo 328 LH sólo la admite en el caso en que la calificación haya sido revocada o no confirmada, en cuyo caso la administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado.

Sin embargo existen también sentencias en sentido contrario (Sentencia de 28 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de diciembre de 2004, o la Sentencia de 18 de marzo de 2009 de la Audiencia Provincial de Alicante), que señalan que el Registrador debe ser admitido como parte demandada, aunque la resolución impugnada confirme su calificación. Ya que aunque el artículo 328 LH no contemple en estos la presencia del Registrador, los términos de la legitimación activa del artículo 328 LH resultan relevantes y esclarecedores en relación con el artículo 13 LEC, según el cual podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, y es evidente, dice, que el Registrador ostenta dicho interés en los términos analizados.

Además, la Ley Hipotecaria nada dice acerca de quién será el representante de la Administración en el caso de recursos judiciales directos, siendo lo cierto que, en la práctica, la demanda se interpone contra el Registrador y no contra la Administración del Estado, lo que es lógico pues aquél no tiene el carácter de funcionario administrativizado y, además, el registrador es el autor de la nota recurrida y el que tiene el conocimiento real de los asientos respectivos.

Madrid a 10 de Junio de 2011
ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES

BIBLIOGRAFÍA.

Vicente Guilarte Gutiérrez y Nuria Raga Sastre: El Procedimiento Registral y su Revisión Judicial: Fundamentos y Práctica -Lex Nova año 2010-.

Juan Carlos Casas Rojo: Las Sentencias Judiciales Dictadas en el Recurso contra la Calificación del Registrador –Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España 2010, obra colectiva-

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

TERCER TRIMESTRE DEL AÑO 2011

ÍNDICE ANALÍTICO.

APORTACIÓN DE BIENES A SOCIEDAD MERCANTIL

BIENES DE LA IGLESIA

CONCURSO

CONDICIÓN RESOLUTORIA

DOCUMENTOS JUDICIALES

HERENCIAS

HIPOTECAS

OBRAS NUEVAS

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

PROPIEDAD HORIZONTAL

APORTACIÓN DE BIENES A SOCIEDAD MERCANTIL.

1.-P: Se presenta una escritura en la que se dice: “aporta una finca por un socio a una sociedad, llevándose al pasivo de la misma el valor atribuido a la aportación”, después se indica únicamente: “que la Junta General determinará (no existe plazo alguno) si esa deuda se paga en metálico o se compensa con la adjudicación de participaciones en una futura ampliación de capital”. ¿Es inscribible?

R: En primer lugar se está de acuerdo que el negocio celebrado no es, en realidad una aportación de bienes a sociedad mercantil –ni presente ni condicionado suspensivamente-, sino una transmisión onerosa de presente –venta- cuyo precio –el valor llevado al pasivo del balance social- se encuentra aplazado.

A partir de esa calificación del negocio, se considera que el administrador de la sociedad tiene facultades para la adquisición, que la fijación del plazo de pago o la elección del medio, al no existir condición resolutoria, no es necesaria (algunos compañeros sí lo consideraron imprescindible para la inscripción) y que, en caso de optarse en su día por la ampliación del capital social, la aportación del transmitente actual adjudicatario de las acciones, no será el inmueble sino el crédito generado. Es decir será una ampliación de capital a cambio no de una aportación no dinerario sino por compensación de deudas.

Las razones de esta configuración de la aportación parecen ser fiscales, obtener la exención del nuevo artículo 45.I.B.11 del ITPYAJD –introducida por el RD-L 13/2010, que declara exentos del impuesto de operaciones societarias las aportaciones sociales que efectúen los socios que no supongan aumento de capital, pero esta exención debe ponerse en relación con la exposición de motivos de l citado RD-L en el sentido que se refiere a las operaciones dirigidas al “mantenimiento de la empresa” entre la que no parece que deba encuadrarse la aportación de bienes inmuebles sino el efectivo ingresado en las arcas sociales para pagar deudas, obtener género, etc.

Además, debe tenerse en cuenta que en el presente caso la finca se encuentra hipotecada y la deuda asciende a casi el valor integro del precio de compra y que conforme a la resolución de la DGT de 1 de marzo de 2011, en caso de aportación de bienes inmuebles gravados con una hipoteca a una sociedad en aumento de capital social, sólo se encuentra exento el valor neto, pero el resto de la aportación, esto es, la parte que coincide con la deuda pendiente que también se aporta, constituirá una adjudicación expresa en pago de asunción de deuda sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales.

BIENES DE LA IGLESIA.

1.-P*: En el periódico EL PAIS y en TVE1 han aparecido sendos reportajes sobre la inmatriculación de inmuebles de la Iglesia Católica al amparo del artículo 206 LH, procedimiento que se critica.

Se vuelve a plantear su constitucionalidad y aplicación práctica.

R: En el plano estrictamente jurídico se señala la existencia de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006 que en su fundamento de derecho tercero dispone: *“Procede, pues, en primer lugar, tratar del tema de la constitucionalidad de la atribución a las corporaciones o servicios de la Iglesia católica de la posibilidad de inscribir bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, cuando carezcan de título escrito de dominio, mediante la certificación que contempla el artículo 206 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886).*

No se estima inconstitucional este precepto ni procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, porque el Ayuntamiento demandante, recurrente en casación, no puede alegar discriminación ni atentado al principio de igualdad, siendo así que también el mismo goza de idéntica atribución, ni puede como tal mantener el principio de igualdad respecto a otras Iglesias, ni, por último, puede obviarse que el párrafo segundo de aquella norma ha sido introducido por el artículo 144 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (RCL 1997, 25), de medidas fiscales, administrativas y de orden social, sin que se haya cuestionado nunca la posible inconstitucionalidad de todo el precepto. Por otra parte, la alegada inconstitucionalidad tampoco afectaría a una situación jurídica ya consolidada, ya que en el presente caso la inscripción se ha producido tiempo ha. Por último, no es argumento lo resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre (RTC 1993, 340), que declaró inconstitucional la mención de la Iglesia en un tema de arrendamiento urbano que sí atentaba al principio de igualdad en relación con la otra parte contendiente. Por ello, se rechaza el motivo undécimo del recurso de casación que, formulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) denunciaba la infracción de los artículos 14 y 16 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) respecto al artículo 206 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886)”.

Naturalmente es posible que el TC tenga otra opinión pero la cuestión dista de estar clara. En conclusión, en relación a la inmatriculación de bienes a favor de la Iglesia, se entiende que deberíamos considerar lo siguiente:

* Caso tomado de lista libre.

1.- Que se trata de bienes que son dominio de la Iglesia desde tiempo inmemorial, o sea, que la Iglesia no puede obtener la inmatriculación ordinaria mediante doble título público, porque ni siquiera tiene el primero.

2.- Que los documentos notariales son documentos públicos, pero su contenido no lo es. Se trata de declaraciones privadas. La única diferencia desde el punto de vista de las declaraciones es que en las inmatriculaciones ordinarias se trata de traslaciones de dominio, mientras que en la de la Iglesia se trata de mera declaración.

También se inscriben instancias privadas en otros casos como la de cancelación de hipotecas o condiciones resolutorias por el transcurso de los plazos establecidos, etc.

3.- Que los Registradores debemos de limitarnos a aplicar la legislación vigente, sin poder ampararnos para eludir dicha aplicación en la alegación de la posible inconstitucionalidad de un artículo y más existiendo el apoyo de la indicada sentencia del Tribunal Supremo.

4.- Que lo que sí debe tenerse cuidado es en la corrección formal de la certificación inmatriculadora, la competencia de la autoridad certificante (así, a veces, la certificación la expide el ecónomo y no puede sino que debe ser del Obispo directamente o bien del Secretario- Canciller: cfr. artículo 206 de la Ley Hipotecaria; 303 a 306 de su Reglamento; los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español de 3 de Enero de 1979; y los cánones 469 a 494, 1276 y 1279 del vigente Código de Derecho Canónico) y la busca de la finca a inmatricular para evitar la existencia de supuestos de doble inmatriculación.

CONCURSO*:

1.-P: Se plantea un caso relacionado con un concurso. El concurso afecta a 5 fincas registrales que se indica constituyen unidad productiva de la concursada. El historial registral es el siguiente:

1- Las fincas las adquirió la sociedad declarada en concurso de otra sociedad declarada en quiebra, conforme a la Ley anterior, mediante subasta pública notarial celebrada en ejecución del convenio de esa quiebra anterior. En la escritura de adjudicación se recoge literalmente: "La entidad adquirente se subroga en todas las cargas que gravan a las fincas adquiridas, asumiéndolas todas ellas."

2- Tres de las fincas están gravadas con 2 hipotecas constituidas por la primera quebrada, con plazo hasta diciembre de 1994 y sin que conste ejecución.

* Casos tomados de lista libre y opiniones basadas en los criterios de José Manuel García.

3- Todas las fincas tienen embargos decretados contra la primera quebrada, algunos prorrogados indefinidamente antes de la reforma y otros prorrogados por 4 años antes y después de la declaración del nuevo concurso. Entre los embargantes están la Seguridad Social y Hacienda por "millones de euros", quienes han prorrogado sus anotaciones después de declarado el concurso.

4- La anotación del concurso está hoy caducada, pero sin cancelar, pero estaba vigente cuando se dictaron los autos aprobando la liquidación del concurso y la cancelación de cargas.

Ahora, se presentan escritura de adjudicación de las 5 fincas, como unidad productiva, en ejecución del plan de liquidación, aprobada judicialmente, por importe de "62.000,00 €". En la escritura consta literalmente: "La parte adquirente... no se asume pasivo alguno ... (salvo las cargas hipotecarias)". Después se aportan mandamiento que decreta la cancelación de los embargos trabados sobre las fincas adjudicadas sin especificar más.

De la documentación que se ha aportado sólo consta que ha intervenido Hacienda, que se ha opuesto al plan de liquidación, porque las deudas que reclama son contra la anterior quebrada y no ha habido derivación de responsabilidad a la concursada actual, y que sus alegaciones han sido expresamente desestimadas al aprobar el plan de liquidación. En el plan de liquidación se incluyó literalmente: "Se dictará por el Juzgado el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas, para la expresa cancelación de todos los embargos trabados sobre las fincas".

¿Se puede inscribir la adjudicación y/o la cancelación de los embargos?, ¿Las hipotecas deben dejarse vigentes?

R: Se acuerdan los siguientes criterios generales en materia de concurso:

1º) Las anotaciones de embargo ya no dan lugar a ninguna preferencia real en el concurso, por lo que, al ser anteriores al concurso son deudas concursales y han de estar al reparto que les corresponda sin interferir sus titulares en decisiones que no les competen, teniendo derecho únicamente a que se les pague con la cantidad existente dentro del concurso como consecuencia del plan de liquidación.

2º) El Juez del concurso tiene una serie de competencias importantes en el concurso por lo que en caso de duda es mejor tener en cuenta lo que dice el mismo que no calificar negativamente en defensa de quien no se ha defendido dentro del concurso. Como dice el Tribunal Constitucional nadie puede alegar

indefensión cuando él mismo se pone en indefensión al no alegar nada ante el Juez del concurso.

3º) Los créditos hipotecarios, a salvo las excepciones y condicionamientos especiales recogidos en la legislación concursal, siguen constituyendo créditos privilegiados, con subsistencia en caso de venta de la finca en el concurso y con posibilidad de ejecución independiente de éste.

Con base en esos criterios y dado que la fase de liquidación –ampliamente regulada- es clara la competencia del Juez del concurso para aprobar el plan de liquidación que incluye la venta de la finca, es lógico que se cancele por mandato del propio Juez la previa anotación preventiva de embargo de la Hacienda Pública u otras, puesto que al no ser una hipoteca no tiene ninguna preferencia real y su crédito es de carácter concursal, pues es una obligación asumida por la concursada por razón de una adjudicación anterior en que está prevista como asunción legal las obligaciones de la anterior quebrada y, por tanto, la Hacienda Pública sólo puede participar en el reparto que le corresponda en el patrimonio de la actual sociedad concursada, a pesar de que se haya opuesto al plan de liquidación, pues por encima de su oposición, está la decisión –siempre que sea firme- del juez de que se venda la finca y se cancele la anotación de embargo anterior.

Respecto a los embargos en general, el plan de liquidación, que incluye expresamente la cancelación de los embargos, consta aprobado por el Juez, y el auto será firme y la forma de comunicación a los acreedores es la que resulta del artículo 148.1 de la Ley de concurso, por lo que, no parece que sea necesaria ninguna notificación especial, pues los titulares de los embargos son créditos del concurso y deben conocer la apertura de la fase de liquidación y el plan de liquidación aprobado por el Juez en el que se habla expresamente de las cancelaciones de embargos. Se estima conveniente, no obstante, que se especifiquen cuáles son los asientos a cancelar y que sus titulares han sido notificados de la liquidación, luego el Registrador deberá efectuar las notificaciones previstas conforme a los artículos 143 del Reglamento Hipotecario y 135 LH.

Las hipotecas quedarían subsistentes, con base al criterio antes expuesto y porque no se mencionan ni en el plan de liquidación ni en el mandamiento cancelatorio aportado.

2.-P: Se plantea el siguiente caso:

1.- Finca registral para construir un aparcamiento subterráneo, vendida previa desafectación y con todos los requisitos a una Sociedad, sujeta la venta a condición resolutoria para el caso de que no se cumplan determinadas

condiciones, entre ellas la de construir tal aparcamiento en un plazo determinado, inscrita a nombre de la Sociedad compradora el día 11 de Marzo de 2010 .

2.- Sobre dicha finca, existe tomada una anotación de embargo letra A a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social para responder de una deuda de 554.880 euros y 89 céntimos de principal, mas sus intereses, recargos, costas y gastos con fecha 23 de Noviembre de 2010, en virtud de diversas providencias de apremio de fechas 7 de julio de 2008, 21 de mayo, 22 de junio, 4 de agosto y 27 de septiembre de 2010, con diligencia de embargo de fecha 4 de noviembre de 2010.

3.- La Sociedad declarada en concurso voluntario de acreedores en virtud de Auto declarado firme el 17 de Marzo de 2011, con intervención de las facultades de administración y disposición y cuya declaración además de en el Libro de incapacitados, consta en el folio registral de la finca afectada, como anotación letra B, de fecha 12 de Abril de 2011.

4.- Ahora se presenta escritura de venta de los administradores concursales y un mandamiento del Juzgado de lo Mercantil que conoce del procedimiento y ordena cancelar la carga que a favor de la Tesorería pesa sobre la finca, es decir, la anotación letra A, con los siguientes argumentos:

-- Que por la administración concursal se ha solicitado autorización judicial para la venta de la finca y que admitida a trámite la petición, se dió traslado a las partes personadas -incluida la Tesorería- por tres días.

-- Que el Juez estima muy favorable la autorización para la venta, dadas las circunstancias del caso, si se tienen en cuenta las consecuencias negativas que la falta de ejecución de la obra comprometida puede generar para la sociedad y que con la venta se lograría la reducción de la masa pasiva, a la vez que se ingresa liquidez en el activo.

-- Que, además, a la administración concursal le interesa que se libre un mandamiento al Registro para que proceda a la cancelación de la carga que existe a favor de la Tesorería, planteándosele al Juez el dilema de la coordinación entre el artículo 43 de la L.C. y el artículo 55.1.II que contempla la posibilidad de ejecutar separadamente a la Seguridad Social en determinados supuestos como el presente.

-- Que El juez entiende que al no verter la Tesorería de la Seguridad Social ninguna manifestación en contra de la venta solicitada, dentro del período de alegaciones del artículo 188 de la LC, es lógico pensar que si la TGSS estimaba que procedía la ejecución separada debería de haberlo solicitado expresamente

ante el Juez del Concurso, interesando a la vez la declaración judicial de que el bien no es "necesario para la continuación de la actividad empresarial del bien objeto de embargo administrativo, y que, por tanto, como no lo ha hecho, ha precluido su facultad de ejecución separada del citado artículo 55.1 de la LC y que en consecuencia no se observa inconveniente alguno para la venta del inmueble, libre de cargas.

-- En consecuencia decide, conceder la autorización para la venta y ordenar librar mandamiento al Registro al objeto de cancelar la carga que sobre la finca pesa a favor de la TGSS”.

A la vista de lo expuesto, surge la duda del valor que el Juez da a la supuesta "inactividad" por parte de la Administración y si ésta tiene necesariamente un plazo para proseguir la ejecución separada, o más bien es que "pasa de la comunicación judicial" porque piensa que es intocable y que su derecho no se puede cancelar, o porque la notificación que se le hizo no reseñaba con claridad que, en caso de que no alegase nada, no solo se le tendría conforme con la venta, sino que además la consecuencia era la cancelación de su anotación, o que más bien estaba en el caso previsto en el Artículo 1553 de la Ley Concursal para el caso de créditos con privilegio especial.

R: En primer lugar se señala que existe una Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006 que decide en un supuesto de concurrencia de procedimiento de apremio administrativo con procedimiento concursal a favor del Juzgado mercantil por no haberse dirigido la AEAT al Juez para que se pronuncie sobre el carácter necesario del bien.

Ahora bien, si se trata de vender la finca por los administradores sociales o concursales fuera de la fase de liquidación, difícilmente puede admitirse que ese bien sea necesario para continuar ejerciendo su actividad el deudor sino que más bien parece que forma parte del objeto social –ej. venta de pisos por parte de una inmobiliaria-.

En concreto respecto del supuesto planteado, partiendo de los criterios recogidos en el caso anterior, se considera que al tratarse de un supuesto de autorización judicial para la venta de los administradores concursales, que es una autorización de trámite dentro del concurso, pero al margen de la liquidación, el supuesto plantea más dudas que en el citado caso anterior.

A pesar de todo, se entiende mayoritariamente que el silencio en este caso tiene especial relevancia en contra de la Tesorería pues el que calla cuando se encuentra en situación en que las circunstancias le imponen hablar, es que otorga y consiente, y desde luego parece que la Tesorería no podría alegar nada en contra de la decisión del Juez por lo siguiente:

a) Porque no tiene ninguna preferencia real sobre el bien, ya que se trata de una anotación de embargo, que entra a formar parte de la masa pasiva del concurso como deuda concursal y no preferente. Por tanto, nada se le quita ya que tiene que continuar ahí en la masa pasiva del patrimonio del concursado, al haberse eliminado esa preferencia en la Ley Concursal.

La TGSS tiene facultad para no formar parte del convenio y, por tanto, que se le pague aparte, pero en este caso, no hay convenio. Tiene también algunas preferencias de cobro pero no reales, y esas preferencias las puede solicitar con lo obtenido por la venta y con los bienes del patrimonio del concursado, pero no respecto a un bien concreto como es el caso.

b) Porque la Tesorería sí tiene facultad de ejecución separada pero la argumentación del Juez parece lógica, al decir que no la ha ejercitado ni ha comunicado nada. Aparte de ello, la ejecución separada de la Tesorería, estando como carga del concurso y no siendo crédito preferente, se opina que no conduce a nada, pues la adjudicación en el procedimiento de apremio sería con la carga de la inscripción de concurso, es decir, que no es probable que se permitiera que saliera la finca del concurso por el mero hecho de que la ejecución la realizase la Tesorería, pues no es una carga preferente ni siquiera en el procedimiento de apremio de la Tesorería.

c) Y tercero, como dice el Juez, nada ha dicho la Tesorería sobre si el bien cumple los requisitos del artículo 55 de la LC, existiendo aquí una carga de la Tesorería de enterarse de ese extremo y requerir información del Juez del concurso.

Por tanto, su silencio es concluyente ante una comunicación del Juez del concurso que, además, en el Juzgado consta como recibida la notificación, y también es fuerte la autoridad del Juez del concurso a la que cuesta oponerse razonadamente -alegando el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución-, pues el Registrador no puede entrar en el fondo de una resolución judicial "tan argumentada" dado el límite establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario y dónde ha habido una notificación formal.

No obstante, se considera que si a la TGSS únicamente se le hubiere notificado la intención de vender la finca, pero no la de cancelar su carga -lo que debería certificarse- sería conveniente que por el Juzgado a instancia de la administración concursal se notifique a la TGSS, la resolución firme adoptada ya por el Juez, pues como interesado específico en la cancelación, debería de volver a ser notificada conforme al artículo 188 de la LC, de forma que cumpliendo lo acordado por el Juez sea ella misma la que expida el

correspondiente mandamiento de cancelación acatando la decisión judicial, o bien manifieste su conformidad de forma expresa o nuevamente presunta, todo ello puesto que ya tiene su crédito debidamente reconocido y graduado.

3.-P: Existe inscrita una hipoteca y luego el concurso de la sociedad titular registral con intervención de sus facultades. Ahora se presenta una modificación de hipoteca, otorgada sólo por los administradores de la sociedad, en que únicamente, se amplía el plazo, pero con posterioridad al vencimiento pactado del mismo. ¿Se puede inscribir?

R: Unánimemente se considera que no se puede inscribir, porque no se trata de un supuesto de privilegio crediticio y de posibilidad de ejecución aislada sino de un problema de “capacidad para la modificación del contrato de que se trate”, en este caso de modificación de una hipoteca inscrita; por lo que al estar intervenidas las facultades del titular registral de la finca –el concursado-, se hace necesario el consentimiento de los administradores concursales para la modificación de la hipoteca, independientemente que la concreta modificación pueda ser beneficiosa, indiferente –artículo 4 Ley 2/1994- o, como parece en este caso por implicar la subsistencia de un privilegio vencido, perjudicial para la masa del concurso.

CONDICIÓN RESOLUTORIA.

1.-P: Se presenta de una escritura pública de venta con precio aplazado, representado por pagarés de un banco perfectamente identificados con sus números, etc, garantizado con condición resolutoria. Se pacta que el acta notarial acreditativa de la presentación de los citados pagarés por el comprador al notario será título suficiente para la cancelación de la condición resolutoria, incorporándose copia de los mismos a la escritura de compra. ¿Es posible dicha cancelación?

R: Se señala la existencia de resoluciones que rechazan la cancelación de las hipotecas o condiciones resolutorias en que la deuda esté representada por pagarés, incluso aunque copia de los mismos se hayan incorporados a la escritura de compra (resolución 12 de febrero de 1999, 1 de julio de 2005 y 4 de junio de 2009, entre otras), por la simple exhibición de éstos al notario para que este autorice un acta, por tratarse de documentos privados que no producen certeza de su identidad con los que realmente se firmaron.

No obstante, bastantes compañeros consideraron posible en este supuesto la cancelación por las siguientes razones:

a) En el caso de condiciones resolutorias en garantía de precio aplazado, el único posible acreedor real –el vendedor- ha consentido expresamente esta forma de cancelación en la escritura de venta.

b) La cancelación de las inscripciones puede pedirse cuando se haya extinguido totalmente el derecho inscrito (arts 79-2 y 80-2 LH), para lo que basta con que se acredite la extinción del crédito garantizado (art. 156 LH), lo que se considera suficiente con la presentación de los indicados pagarés que hoy son suficientemente identificativos en el caso que procedan de entidad bancaria, frente las modalidades antiguas a las que se referían las citadas resoluciones, en que los pagarés eran creados por los propios particulares.

DOCUMENTOS JUDICIALES.

1.-P: Una finca se encuentra inscrita a favor del padre y cuatro hijos y ahora se presenta una escritura de extinción de condominio en ejecución de una sentencia judicial dictada en procedimiento de acción de división de la cosa común a la que se incorpora la sentencia.

La demanda se planteó por un hermano contra los otros tres, pero no contra el padre titular de la mitad indivisa. En la escritura, en que la finca se adjudica entera al hermano demandante, intervienen éste, el juez en representación de otro hermano y el padre en representación de los otros dos hermanos, pero no se indica que lo haga en su propio nombre.

¿Se puede inscribir la adjudicación o sólo en cuanto a la mitad indivisa de la finca?

R: Algunos compañeros se mostraron partidarios de la inscripción de toda la finca a favor del hermano adjudicatario porque el padre se puede entender que realiza un consentimiento tácito a la extinción total de la finca dado, además, la fórmula notarial al final de las escrituras de que los firmantes dan su consentimiento al contenido íntegro de la escritura.

Pero, lo cierto es que mayoritariamente se considero que la calificación notarial de la escritura en cuestión era de ejecución de sentencia judicial de extinción de condominio y que, por tanto, sólo se podía referir a la mitad indivisa de la finca, que ello es congruente con la forma de intervención del padre, por lo que la extinción del condominio respecto de la finca entera es incongruente con el tipo de negocio que el notario indica que se celebra.

Además, la transmisión del dominio exige, con carácter general, el consentimiento expreso por parte de su titular e indicación de la causa de la misma, que aquí no existe porque la sentencia incorporada sólo indica que el

demandante ha consignado la parte correspondiente al valor a que tienen derecho los demandados. Todo lo cual hace que la escritura deba rectificarse en el sentido de limitar la adjudicación a la mitad indivisa de la finca o de indicar que el padre también consiente expresamente la extinción del condominio y la adjudicación entera de la finca, con expresión de se trata de una cesión gratuita o la forma de pago de sus derechos y el medio de pago empleado en su caso. Es decir, o existe un error en el objeto del contrato o existe un error en la calificación del negocio escriturado.

HERENCIAS.

1.-P: Fallece una señora, soltera sin dejar ascendientes ni descendientes, habiendo otorgado testamento ológrafo en el que se limita a dejar a una hermana la participación que le corresponde en una vivienda, y por tanto sin institución de heredero. El testamento ha sido debidamente protocolizado por el Juzgado. Dicha vivienda figura inscrita a favor de la fallecida y su hermana (la legataria) por partes iguales.

Consultan los interesados si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 a) del Reglamento Hipotecario podría inscribirse el legado a su favor por medio de escritura otorgada únicamente por la legataria, sin necesidad de abrir la sucesión intestada, argumentando que la misma ya está en posesión de la cosa legada, o si por el contrario, y según lo dispuesto en el artículo 885 del Código Civil, es necesario que los herederos lo entreguen, y, por tanto, debe abrirse la sucesión intestada.

R: Mayoritariamente se entiende que el caso planteado no encaja dentro de ninguna de los supuestos del artículo 81 del Reglamento Hipotecario –facultad expresa del legatario o distribución de toda la herencia en legados- que permiten que la escritura de entrega del legado la otorgue sólo el legatario, por lo que se considera necesario la tramitación de un acta notarial de declaración de herederos abintestato conforme el artículo 912 del Código Civil y el otorgamiento de la escritura de entrega por el o los herederos.

Así las resoluciones de la DGRN de 13 de enero de 2006 y de 13 de abril de 2009, entre otras, señalan que según el artículo 885 del Código Civil no puede el legatario –incluso aunque sea heredero, salvo que lo sea único- ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir la entrega al albacea facultado para ello o a los herederos, salvo las excepciones regladas, porque los legados están subordinados al pago de las deudas hereditarias y cuando existen legitimarios al pago de las legítimas.

Es por ello que el citado artículo 81 del Reglamento Hipotecario sólo permite la solicitud unilateral de inscripción por parte del legatario cuando toda la herencia

se hubiese distribuido en legados y no hubiera persona autorizada para realizar la entrega, o la autorización expresa del testador si no existen legitimarios, y no se recoge como excepción el supuesto de que el legatario se encuentre ya en posesión de la cosa legada, que es lo que alega la parte interesada para lograr la inscripción directa.

Por su parte el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de octubre de 1992 señala que para la efectiva entrega de los legados es necesario proceder con anterioridad a la liquidación de la herencia, como única forma de saber si se perjudica o no la legítima de los herederos forzosos. Sólo cabe como excepción que los legitimarios concurren a la entrega de los legados, o presten su conformidad a que dicha entrega se realice sin partir previamente la herencia.

HIPOTECAS.

1.-P: Se pregunta por la inscribibilidad de una serie de supuestos de cesión de créditos hipotecarios que distintos bancos y cajas tienen frente a conocidas empresas y a favor de entidades extranjeras, en las que lo que se presenta al Registro es únicamente la escritura de transmisión de la hipoteca, no la de cesión del crédito, sin que se indique en mismo ni el carácter de la cesión ni en su caso el precio, el cuál en algunos casos, incluso no se quiere indicar o es de contenido muy complejo.

R: Ya han sido supuestos semejantes tratados en otra reuniones del seminario, como consta en el número 30 de esta revista. El criterio adoptado por el seminario de Madrid, que se reitera con las matizaciones necesaria a la especialidad del caso presente, fue el siguiente:

1.- En primer lugar se señala que, si lo que se escritura, a los efectos de la inscripción registral, es una mera declaración de la existencia de un contrato de cesión de créditos hipotecarios, el mismo debe ser objeto de incorporación a la escritura y ratificación en la misma, para la adecuada calificación del negocio jurídico realizado y para poder practicar la inscripción de la titularidad de la hipoteca que garantiza el crédito a favor del cesionario (artículos 149 de la LH y 1526 del CC). Y si el mismo estuviere redactado en idioma extranjero, deberá ser objeto de la oportuna traducción y, en su caso apostilla, apostilla.

2.- Por otra parte se estima que debe exigirse la constancia del precio de la cesión, salvo que se indique expresamente que se trata de una cesión gratuita, porque la legislación hipotecaria española es la aplicable en materia de hipotecas –artículo 10 CC: lugar en que se encuentre la finca- y la misma prevé para el acceso al registro de transmisiones inmobiliarias, que éstas sean causales y, en el caso de contratos con contraprestaciones, la expresión de éstas en el asiento y la especificación de la forma y de los medios de pago (artículos 10 y 254 LH).

No obstante todo lo anterior, se considera que sería admisible que la constancia del precio resultará bien, como se ha indicado, de la aportación de la escritura de cesión del crédito, bien por una transcripción notarial de la parte de ésta que interese a los efectos con la indicación de que en lo omitido no haya nada que modifique, altere o condicione lo inserto.

Se plantea, además, un supuesto especial, en que el precio se indica en 14 folios de letra de pequeña que señalan la forma de determinar el precio, que no es fijo, y que los interesados quieren mantenerlo excluido de la publicidad registral. Se acuerda que, siempre que no se trate de precio aplazado garantizado con condición resolutoria y que sea determinable de forma objetiva –aunque sea incierta cuál será la cuantía al final-, es posible resumir el contenido de la escritura de cesión por acta notarial complementaria, siempre que refleje la realidad, sea suficientemente clara y completa y contenga la indicación de que en lo omitido no haya nada que modifique, altere o condicione lo inserto y que no existe condición resolutoria.

En concreto el resumen aprobado fue: *“El precio consiste en un componente fijo y un componente que se calculará en la forma que se indica posteriormente. El componente fijo del precio asciende a X euros correspondiendo a los distintos acreedores en la proporción siguiente:.....*

El componente variable consiste en una participación de los cedentes del X% - que se repartirá entre los cedentes en la misma proporción que el componente fijo- en los importes que, directa o indirectamente, pueda obtener el cesionario del pago, cobro o cesión de los créditos cedidos que integran la Cartera, y que se calculará sobre la base de descontar de dichos importes el precio fijo pagado, los impuestos indirectos en España de la compra de los créditos, el retorno prioritario que se concede al cesionario del capital invertido que asciende a, y los costes y gastos generados por la ejecución de las garantías, por la conservación de los activos o por los restantes conceptos que constan en la póliza a que se hace referencia en apartado 1 de la presente acta.

El precio variable deberá pagarse una vez cubiertos los indicados conceptos en la forma indicada en la póliza de referencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la correspondiente recepción y su liquidación final deberá tener lugar en el plazo de un año desde el día mediante la venta ordenada a terceros de los créditos y activos que todavía no hayan sido realizados, y no más tarde del día como última prórroga posible”.

2.-P: Se pregunta sobre el procedimiento para poder inscribir los actos y negocios jurídicos (ventas de fincas, cesiones y cancelaciones de préstamos

hipotecarios, etc) de BANKIA, y otros supuestos similares de fusiones de cajas de ahorro

R: En primer lugar se indica que la **Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Bancaja, Caja Insular de Canarias, Caja Avila, Caixa Laietana, Caja Segovia y Caja Rioja-**, transfirieron todos sus negocios y patrimonio al **Banco Financiero y de Ahorros** excepto, en lo que nos afecta, la activos afectos a la obra social y los edificios inventariados o declarados históricos o de interés cultural, según consta en las inscripciones 21ª de este banco.

Posteriormente se procedió a la segregación del patrimonio del **Banco Financiero y de Ahorros** que conserva, en lo que nos afecta, los denominados “activos tóxicos” –como regla general, solares en situación dudosa o substandar y promociones en construcción o terminadas sin vender fundamentalmente de inmobiliarias, aunque está regla no es absoluta- según consta en la inscripción 22ª de su hoja social, y las transmisión de todo el negocio bancario y financiero –excepto lo anterior- a **BANKIA SAU**, según consta en la inscripción 23ª del BFA y en la inscripción 156ª de Bankia. En los anexos de las escrituras de segregación de activos de BFA y BANKIA consta una relación de los activos – inmuebles y créditos- que se han transmitido a cada uno, pero no se relacionan con relación a las fincas registrales o con la indicación de la calle, número y piso que sirvan para identificarlas sino sólo por el número del expediente bancario, por lo que en los Registros no se puede identificar la finca o crédito transmitido con la relación de los anexos.

Además, en la practica se ha observado que créditos hipotecarios cancelados por Bankia, luego se han modificado por el BFA y que en la misma promoción unos pisos se han vendido por una de ellas y luego por la otra; lo que obliga a la adopción de un criterio para determinar con carácter general cuales activos son de una u otra entidad y exigir en los casos dudosos una acreditación especial. una misma sociedad puede tener operaciones con BFA y BANKIA. Por otra parte, lo que se incluye en el listado de activos remanentes son operaciones específicas, no deudores o clientes, es decir, una misma sociedad X puede aparecer en el listado de Créditos substandar o en el de Crédito dudoso, respecto de determinadas operaciones financieras que permanecen en BFA, y otras operaciones financieras pueden haber pasado a BANKIA.

Por tanto, se puede aceptar, como principio general, que TODO EL NEGOCIO BANCARIO con sus activos y pasivos de las Cajas ha pasado a BFA o a BANKIA. Ahora bien, cuando, atendiendo las circunstancias del caso, pueda sospecharse que se trata de activos afectos a la obra social, o bienes inmuebles de interés artístico o histórico (que serán supuestos muy excepcionales), podrá pedirse una manifestación expresa de no estar incluidos en la segregación, como más adelante se expresará.

Las Cajas siguen subsistiendo, puesto que no se han disuelto, ni se ha extinguido su personalidad jurídica, si bien su actividad queda limitada a la función y obra social, si bien se entiende, por esa razón de subsistencia que como titulares registrales pueden cancelar las hipotecas ya amortizadas en la fecha de la transmisión de activos (16 de mayo de 2011) porque las mismas no han pasado a ni al BFA ni a BANKIA.

Ahora bien, como las Cajas han cedido al BFA y éste a BANKIA la “...totalidad de su negocio bancario y financiero...” puede entenderse que dar carta de pago y consentir la cancelación de la hipoteca entra dentro del ámbito del negocio bancario y ello aunque el crédito estuviera satisfecho y extinguido con anterioridad a la cesión de activos.

Por otra parte, habrá que entender que ha sido traspasado a BANKIA todo (REGLA GENERAL: Se traspasa todo el negocio bancario y financiero), salvo que haya sido expresamente excluido como remanente de BFA (EXPCCIÓN: Excepto lo que permanece en BFA). Pero, dado que no se pueden identificar los activos con las fincas e hipotecas inscritas y dado el análisis efectuado de las relaciones de activos antes citadas, la única regla que puede admitirse es la de que los créditos destinados a la financiación del consumo o residencia de personas físicas –que no sean promotores inmobiliarios- y las fincas que los bancos adquieran como consecuencia de ellos, pertenecerán a BANKIA y se podrán inscribir sin que se aporte certificado especial alguno.

Pero fuera de ese supuesto, tratándose de solares o de promociones inmobiliarias, de los créditos para su financiación o de personas jurídicas en general, se considera necesario que los apoderados tanto del BFA como de BANKIA, según los casos, realicen las manifestaciones expresas de que el activo se encuentra o no se encuentra en la lista de activos remanentes del BFA, con indicación, si interviene éste del número de referencia o expediente del mismo, la escritura y la página donde se encuentre, lo que podría aportarse como un documento complementario (acta notarial de manifestaciones, instancia con firmas legitimadas, etc).

Finalmente quedaría por tratar el tema de la asunción de los poderes de las Cajas por BFA y por BANKIA y la necesidad o no de una inscripción de la escritura de poder en la Hoja de Bankia del Registro mercantil, que al parecer sólo se ha efectuado respecto de algunos apoderados. Problema transitorio y llamado a desaparecer puesto que Bankia ya ha empezado a otorgar sus propios poderes.

El Seminario ha optado por considerar que la escritura de asunción de los poderes, junto con la manifestación en la escritura presentada de que determinado apoderado está en el anexo y la comprobación de que

efectivamente está (que es fácil, pues se tiene en los Registros y se encuentran por orden alfabético) será suficiente. No debe olvidarse que el otorgamiento del poder es correcto, pues se haya inscrita la escritura respecto de los apoderados que Bankia ha querido, y es ya antigua la doctrina de la DGRN de que el Registrador de la Propiedad puede calificar la corrección legal del poder sin necesidad de la inscripción previa del poder, cuyo efecto fundamental no es constitutivo sino de presunción de legitimación tanto del otorgante como del apoderado. Además, estos apoderados de las Cajas mantienen su inscripción en el Registro Mercantil respectivo y la escritura de asunción puede reputarse como una ratificación de lo que actúen.

3.-P: Se pregunta por un supuesto de escritura de hipoteca en garantía de una refinanciación acogida a un “scheme of arrangement” del derecho inglés que afecta a una conocida inmobiliaria.

R: La operación es del siguiente tenor:

1.- Operación: Originariamente existe un contrato de préstamo sin garantía, en documento privado, sindicado de carácter mancomunado o por cuotas, de 3.210.000 euros entre 53 entidades el 5% de las cuales son fondos de inversión ingleses.

1º problema: no es posible la hipoteca del artículo 153 bis, dado que, además, no quieren la combinación de esa hipoteca y otra ordinaria por el resto con pacto de igualdad de rango por razones fiscales, por lo que debe constituirse como una hipoteca ordinaria que, dado que la titularidad del tramo garantizado es proporcional a la del préstamo originario que es mancomunado, exige la fijación de las cuotas en la titularidad de la hipoteca, pues no se constituye expresamente una titularidad colectiva, aunque sí normas de actuación por mayorías.

A partir de hoy se amortiza el préstamo en 750.000 euros previa ampliaciones del capital social y el resto de 2.460.000 euros se divide o escinde en dos préstamos diferentes modificados y con distintos tipos de interés, plazos y condiciones financieras, uno de 1.860.000 euros -TRAMO A- con garantía pignoratícia y otro -TRAMO B- que asciende a los 600.000 euros restantes, y que será objeto de garantía hipotecaria.

El TRAMO B se caracteriza porque su plazo es de 10 años y se habrá de pagar íntegramente en la fecha del vencimiento final, es decir, que no existen pagos periódicos, si bien existe la obligación -que es causa de vencimiento anticipado- de que el precio de los activos -pisos, etc- que se vayan vendiendo debe destinarse en un porcentaje a fijar a la amortización del préstamo.

El interés se desglosa en dos partes: el 1% respecto del que se pacta el pago periódico pero sólo si es posible y el deudor quiere y sino se sumará a la otra parte, la segunda parte oscila entre el 5% y el 3,5% en función de las amortizaciones anticipadas que se hagan y, en consecuencia, del porcentaje de préstamo que quede por devolver en cada momento, que sólo deberá pagarse a partir del comienzo del 7º año, año a partir del cual es obligatorio pagar periódicamente ambos tipos conjuntamente aplicándose tanto al principal como a esos intereses capitalizados. Es decir, que no existe en realidad la obligación de pagar intereses durante los 6 primeros años y que el máximo de estos será del 6% anual y ello da a la obligación que ellos llaman -está en el modelo remitido- "Capitalised interest facility".

2º problema: Esos intereses capitalizados deben separarse del principal al ser una obligación distinta, pero que al no ser exigibles hasta el final del sexto año, se pueden garantizar dichos seis años íntegros o la cifra máxima que se ponga y esa cifra es independiente de la que garantice los intereses ordinarios de los últimos 4 años y también de la que garantice los intereses moratorios.

2.- Representación. 3º problema: Comparecen sólo dos personas como representantes del Banco Agente que, a su vez, interviene en representación de todos los acreedores, pero no se aporta poder de cada una de estas entidades. Dicha representación deriva de la aprobación judicial por una sentencia de un juez inglés en "scheme of arrangement", que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que según el derecho inglés autoriza a que "el banco agente" firme la operación de refinanciación y sus garantías en nombre de todos los acreedores tanto de los firmantes como de los disidentes del acuerdo que se aprueba.

Se estima que esa representación sería admisible si el notario inglés que firme el poder otorgado por dos representantes del banco agente, además de acreditar la representación de éstos en cuanto a ese banco agente, incorpora testimonio judicial de dicha sentencia –o testimonio notarial apostillado al tratarse de actos de jurisdicción voluntaria- con inclusión de una relación de acreedores y certifica que efectivamente, según el derecho inglés la aprobación del "scheme" concede al "banco agente" poder para firmar la operación de refinanciación y sus garantías en nombre de todos los acreedores tanto de los firmantes del acuerdo de refinanciación como de los disidentes.

3.- Las cláusulas financieras. Aparte de algunos errores técnicos como el final de la estipulación 2.1.3 -responsabilidad hipotecaria-, 3.5.1 - extensión garantía a las novaciones del tipo que sean-, 9.3 -cancelación automática de la hipoteca- o 12.1 -cesión de la hipoteca- y de la no inscribibilidad de algunas cláusulas por ser contrarios a normas prohibitivas o imperativas o declaradas abusivas cuales no se inscribirían de las otras -3.3.2, 4.3, 4.6, 5.1, 8.3, etc-.

Con relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, consta en el acuerdo de refinanciación del tramo B, 4º problema, que sí querían inscribir la cláusula de "vencimiento cruzado del tramo B y de la hipoteca en caso de impago del tramo A", que hoy ya es una obligación independiente y no garantizada con la hipoteca, aunque no forzoso sino a voluntad de los acreedores. Se considera que dado que se trata de una operación compleja sí es posible su inscripción, siempre que se testimonio en la escritura cuáles son esas causas de vencimiento del tramo A.

4.- El contrato de refinanciación. 5º problema: no se aporta el contrato de refinanciación que es donde figura las condiciones de la obligación garantizada –clase, principal, plazo, intereses, etc-, que, en consecuencia, deberá aportarse por aplicación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria.

La forma de adoptar acuerdos por los acreedores consta también en el acuerdo de refinanciación así como la identificarán la cuenta general liquidatoria.

5.- La cesión de créditos. 6º problema: En la escritura de hipoteca se representa a algunos acreedores que no constan en la relación judicial por haber adquirido su crédito por cesión del titular que constaba en la misma, lo que se justifica por póliza notarial no por escritura pública. Se indica que la cesión de créditos se rige por las normas del derecho de obligaciones; la cesión de hipoteca requiere escritura e inscripción (además de haber adquirido el crédito) (art. 149 L.H.), no cabe la atribución extra registral de la titularidad de la hipoteca, pero como en este caso cuando el crédito se transmitió no era todavía hipotecario, se estima suficiente la acreditación de la transmisión con la póliza.

6.- Otros defectos. Por lo demás se observan los siguientes defectos menores: a) en la responsabilidad por intereses moratorios -estipulación 2.1.3- existe una contradicción por lo que debe de suprimirse la frase: "hasta alcanzar el treinta (30) por ciento del principal (y en todo caso por periodo inferior a 2 años)", pues dos años al máximo del 7% sólo pueden llegar a 14% y si se refiere a su suma con los ordinarios debería expresarse correctamente y, además, es dado lo establecido en el punto siguiente superfluo (límite conjunto de 5 años al 6% máximo de intereses moratorios)

b) Faltan los NIE de muchos de los acreedores y los datos de inscripción en los respectivos Registros Mercantiles de otros.

c) Respecto de la intervención de Banca Civica y Bankia en lugar de las cajas que les han transmitido su patrimonio, y respecto de todas las Cajas afectadas, debe aportarse un certificado con firmas legitimadas indicando el número concreto del activo según consta en las respectivas escrituras de segregación y traspasos de activos, pues no se les han traspasado todos y, es más, los solares

referentes a promotoras como regla general se han dejado en los denominados Bancos malos respectivos –BFA, etc-.

d) Las comisiones no se pueden garantizar con la hipoteca sino se determina su cuantía, pues en la escritura sólo se menciona cuales son pero no su cuantía.

4.-P: Seminario conjunto con el despacho “Uría-Menéndez”: La posibilidad de la hipoteca “en mano común” en garantía de supuestos de refinanciación – ponente Fernando Azofra-.

R: Quizás el problema más importante que, en el ámbito de la hipotecas flotantes, se está teniendo en los Registros, es la admisión o no de la denominada hipoteca “en mano común”, a la que Ángel Valero prefiere denominar como “colectiva”, y que ha adquirido carta de naturaleza en estas hipotecas, por amoldarse mejor a la indiferenciabilidad de su 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.

Se resumen las diferentes posturas jurídicas existentes ¹¹:

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 varios 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 392 del CC, 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 prescinda 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.

¹¹ Para un estudio en mayor profundidad ver Ángel Valero: “La pluralidad de acreedores en el derecho real de hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”, Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad nº 173, nov 2010.

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.- La mayoría de los que 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*. Para ello se fundan en el principio de autonomía de la voluntad y en la admisión en el derecho español del sistema de *numerus apertus*.

4.- Esta discusión se complica en el ámbito de la hipoteca flotante o de máximo del artículo 153-bis de la LH, 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 en los argumentos expuestos en el apartado anterior.

No obstante, algunos contertulios –singularmente el ponente del despacho de Uría- estimaron 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”.

Por tanto, 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 accesoriadad 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.

5.- Además, en el marco de las denominadas hipotecas preconcursales o de refinanciación, en que 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, se refuerza este carácter colectivo de la hipoteca, como resulta de la aplicación analógica de 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”.

5.-P: Seminario conjunto con el despacho “Uría-Menéndez”: La posibilidad de que la titularidad de la hipoteca sea por cuotas variables.

R: Si, no obstante lo expuesto, puede ocurrir que las partes, voluntariamente, pacten el establecimiento de una comunidad romana sobre la titularidad de la hipoteca –que garantizará todas las obligaciones- y determinen la cuota de cada

acreedor en la garantía, cuota que determinará la medida en que cada uno podrá servirse aisladamente de la hipoteca; o bien que se constituyan tantas hipotecas flotantes independientes y con igualdad de rango como acreedores haya, pactando que cada una de las mismas garantice todos los créditos o *quantum* de cada acreedor en los mismos.

Pues bien, en ambos casos las consecuencias son las mismas: cada acreedor podrá ejecutar aisladamente su hipoteca –o cuota de la misma en aplicación del artículo 227 del RH-, teniendo únicamente derecho a cobrar del precio del remate la cifra de responsabilidad hipotecaria de su hipoteca -o la resultante de aplicar su cuota a la responsabilidad total- y con subsistencia de las hipotecas pertenecientes al resto de los acreedores -o la responsabilidad hipotecaria correspondiente a las cuotas del resto de los acreedores-.

Junto a estas posibilidades de configuración de la hipoteca flotante que podríamos calificar de normales, en la práctica diaria se observan otras varias en que las partes, no obstante pactar la existencia de cuotas sobre el derecho real de hipoteca y los efectos previstos en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario de existencia de hipotecas de igual rango, luego tratan mediante fórmulas imaginativas de soslayar los efectos de esa configuración, bien sea estableciendo un pacto de acrecimiento de cuotas entre los acreedores según algunos vayan siendo pagados, bien elaborando un sistema de ejecución en que si un acreedor, aunque su crédito no se encuentra vencido, no se adhiere a la ejecución comenzada por otro, su crédito pasará a tener rango posterior al del ejecutado, etc.

En cuanto a la primera cuestión, dado que se considera que en la hipotecas parciarias o por cuotas la responsabilidad hipotecaria a que cada acreedor tiene derecho viene limitada por su cuota, no pueden admitirse acrecimientos aunque la hipoteca sea flotante, pues la flotabilidad sólo operará dentro de cada cuota entre los distintos créditos de cada acreedor, pero no entre las distintas cuotas que constituyen, en realidad, hipotecas autónomas, pues en este supuesto, además de vulnerarse el principio de determinación hipotecaria, serían aplicables, por analogía, las normas generales de redistribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas gravadas u obligaciones garantizadas, que no puede perjudicar a terceros.

Respecto del pacto de sometimiento al régimen del artículo 227 del Reglamento Hipotecario para luego señalar que el acreedor que no quiera ejecutar, aunque su crédito no haya vencido, verá postergado el rango de su garantía, parece un contrasentido, pero se considera inscribible en base al principio de autonomía de voluntad y por la posibilidad de posposición de las hipotecas recogido en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario.

6.-P: Seminario conjunto con el despacho “Uría-Menéndez”: La ejecución parcial de la hipoteca flotante –ponente Ángel Valero-.

R: En la hipoteca flotante, vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor, varios o todos los acreedores conjuntamente, según el tipo de titularidad que ostenten, a su entera discreción, realizar el bien para la satisfacción de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas vencidas, o de sólo una parte de una de ellas, planteándose la cuestión de si dicha ejecución extingue la hipoteca aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas aún no hayan vencido, o si es posible su subsistencia y en qué cuantía.

En primer lugar, debe recordarse, en esta cuestión, que en nuestro sistema registral existen diversos supuestos en que se admite la ejecución parcial de la hipoteca, como el recogido en el artículo 693-1 de la LEC que prevé que, para el caso de que el deudor deje de pagar una parte del principal del crédito o de los intereses cuyo pago deba hacerse en fechas diferentes, se siga la ejecución sólo por el plazo o plazos vencidos, siempre que dicha estipulación conste inscrita, manteniéndose la hipoteca respecto de la parte del crédito no satisfecha. Otros supuestos de ejecución parcial son los recogidos en el artículo 155 de la LH respecto del ejercicio de la acción hipotecaria por impago de títulos nominativos o al portador garantizados por una hipoteca (*ex* art. 154 LH) cuando se mantengan pendientes de vencimiento otros títulos de la misma emisión; o en el artículo 157 de la LH, respecto de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

En todos estos casos, la hipoteca sobrevive en la parte proporcional que corresponda a los importes pendientes respecto de la responsabilidad hipotecaria inicial, porque existe una perfecta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria. Pero el problema de aplicar analógicamente estos preceptos a la hipoteca flotante, viene dado por la no obligación de fijar la parte de la responsabilidad máxima hipotecaria “atribuida” a cada obligación garantizada en dicha hipoteca flotante, dado que es característica esencial de estas hipotecas, como ya se ha dicho, la posibilidad del acreedor de ejecutar el bien hasta la total responsabilidad hipotecaria por cualquiera de las obligaciones garantizadas. La respuesta no puede ser unívoca, sino que dependerá de cuál sea la configuración jurídica de la hipoteca flotante.

Así, indudablemente no existirá inconveniente en admitir la ejecución parcial, con los efectos expuestos, si las partes hubieran pactado la distribución de la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas o, alternativamente, una cláusula de reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes después de la ejecución parcial²⁵, fijando en la escritura de

²⁵ En el mismo sentido Fernando Azofra en “Hipotecas flotantes”, RCDI nº 707, pág. 1229.

constitución claramente los criterios –objetivos y de conocimiento apriorístico- que deben seguirse para la atribución de la responsabilidad hipotecaria a esa obligación o esas obligaciones pendientes, pues con dicho pacto se da cumplimiento a las exigencias de los artículos 1273 del Código Civil y 144 de la Ley Hipotecaria y es posible con base en la aplicación analógica del artículo 693-1 de la LEC, en lo que no se ve inconveniente alguno.

Lo que no parece válido es el pacto que faculte al acreedor para distribuir unilateralmente la responsabilidad no consumida entre las obligaciones pendientes -o lo haga depender de circunstancias variables no conocidas *a priori*-, porque al no constar la responsabilidad hipotecaria subsiguiente ni los criterios objetivos para calcularla, no podría afectar ni al rematante ni a los titulares registrales posteriores por aplicación de los artículos 668-3 y 670-5 de la LEC y 144 de la LH. Además, dicho pacto vulneraría, no sólo la regla general del artículo 1256 del CC, según la cual el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes; sino, también, las propias normas que rigen las estipulaciones hipotecarias en general –fijación del tipo de interés, tasación para subasta, etc- y la hipoteca flotante en particular, pues si el artículo 153 bis de la LH exige el convenio expreso de las partes acerca de la forma de practicar la liquidación del saldo final, con tanta o más razón, debe exigirse, también, dicho convenio previo para la futura distribución hipotecaria o, en su caso, la sumisión a los efectos legales.

Pero la verdadera cuestión es de si, sin la existencia de estos pactos, por la propia naturaleza de la hipoteca flotante, es posible la mencionada ejecución parcial, incluso aunque originariamente todas las obligaciones fueren futuras. Partiendo de la idea, que debe quedar clara, de que lo que se ejecuta es el crédito y no la hipoteca o una abstracta cifra de responsabilidad hipotecaria, debe distinguirse si el saldo final bancario citado tiene o no virtualidad novatoria. Así, si lo que es objeto de la ejecución es un saldo de virtualidad novatoria, nos encontramos ante la ejecución de una única obligación, por lo que no sería posible una ejecución parcial por aplicación del principio de que toda ejecución de la obligación asegurada determina la cancelación del gravamen (artículos 133 y 134 de la LH y 642, 674 y 692 de la LEC).

Al contrario, si como hemos concluido, el objeto de la ejecución es una pluralidad de obligaciones 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 presentes o futuras, 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 por aplicación del principio de integridad de la hipoteca, que en este caso es única.

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, se ha inclinado, como queda dicho, por la posibilidad de ejecución parcial. Tampoco se puede argumentar que el artículo 693-1 de la LEC exige para permitir la ejecución parcial convenio expreso en las obligaciones a plazo, porque para poder ejecutar totalmente las misma, también es necesario dicho convenio expreso por imposición del propio artículo 693 de la LEC en su párrafo 2º .

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. Así, con base en este principio, se argumenta que tan sólo en el caso de que la hipoteca flotante garantizará una pluralidad de obligaciones determinadas y existentes desde el principio, 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, aunque no existiera una distribución de responsabilidad hipotecaria entre las mismas. 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.

Pero qué ocurre si, originariamente, alguna o todas las obligaciones garantizadas son futuras. Según algunos contertulios, 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.

Así, se considera, que si para el pago de alguna de las obligaciones garantizadas por la flotante –ejecución parcial-, fuere necesario sacar a subasta el bien hipotecado, es posible, con el derecho vigente, transferir la finca al rematante con subsistencia de la hipoteca, previa reducción de la responsabilidad hipotecaria en las cantidades correspondientes a los importes reclamados -no de los importes efectivamente cobrados como consecuencia de la subasta, que pueden ser inferiores, ni de los importes nominales originarios de la obligación, que pueden ser superiores-, en el supuesto que, en el momento de la ejecución, coexista la garantía de obligaciones presentes y futuras, o que sólo se garanticen

obligaciones presentes, pero no cubriendo la responsabilidad hipotecaria la totalidad de la deuda. Las razones que fundan este criterio son las siguientes:

-- La cantidad reclamada opera como cifra que, a efectos de liberar la finca antes de la subasta, tendría que pagar el tercer poseedor o hipotecante no deudor, o que para subrogarse en la posición del acreedor tendrían que pagar los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada -artículos 659-3, 662-3 y 693-1 de la LEC y 231 del RH-, todos los cuales sólo podrían asumir como preferente el resto de la responsabilidad hipotecaria de la flotante.

Si en este supuesto se evita la subasta, tendrá lugar una extinción total o parcial de la hipoteca, en el primer caso, o surgirá una distribución legal de la responsabilidad hipotecaria entre los titulares de cargas posteriores y los acreedores titulares de la hipoteca flotante, en el segundo, y no se ve inconveniente para que se aplique también esta regla de distribución, si la subasta llega a celebrarse.

-- la responsabilidad atribuible a las obligaciones subsistentes de la flotante, constituye un dato que interesa a todo posible licitador al hacer su estimación de riesgos, sin que pueda admitirse que deba esperar a las resultas de la subasta para conocerla (artículos 613-3 y 657 de la LEC *in fine*: en cuanto a la responsabilidad en que se subroga, no a la deuda), por lo que la cifra a restar sólo puede ser la reclamada al ser la única que constaría al inicio del procedimiento.

-- Si no se siguiera este criterio, se trasladaría a los acreedores no ejecutantes en caso de pluralidad de los mismos, el riesgo de una mejor o peor realización del primer acreedor ejecutante, lo que no parece admisible.

Como se ve, todas las normas aplicables y los intereses de todos los posibles afectados, convergen en la misma cifra, que, por tanto, entiendo, puede ser admitida con regla aplicable en defecto de pacto. Es cierto que esa cantidad, puede verse aumentada con los vencimientos del préstamo e intereses moratorios que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento de ejecución y con la liquidación de costas (artículos 693-3 *in fine* y 654 de la LEC), pero dada la brevedad de éste, no afectarían sustancialmente a la tesis que se defiende y, en todo caso, seguirían siendo cantidad reclamada y deberían hacerse constar en el correspondiente mandamiento judicial de cancelación de cargas (artículos 692-1 de la LEC y 132-3 de la LH).

A favor de esta tesis, en los dos supuestos señalados, puede argumentarse, también, que, precisamente por aplicación analógica del artículo 613-3 de la LEC, que tiene por finalidad asegurar el resultado del proceso ejecutivo, 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 hipoteca flotante, si constaré la 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 extender, también, en este caso por efecto de su subsistencia de la hipoteca, como si estuviéramos en el supuesto contemplado en el artículo 227 del RH, que estimo aplicable analógicamente. Esto implicará que sólo es posible la ejecución parcial si existen otras obligaciones existentes -o que estuvieren sujetas a condición, pues se deberían asumir-, en el momento de la ejecución y en cuanto al importe liquidado 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.

No admitir este criterio, dada la especial naturaleza de la hipoteca flotante supondría, en el caso de la hipoteca flotante que garantiza obligaciones “puramente futuras”, ir en contra de la finalidad de esta reforma, pues forzaría al acreedor a no ejercitar la acción hipotecaria hasta el vencimiento del plazo de la hipoteca o hasta que los importes debidos alcanzaren la suma de la responsabilidad hipotecaria, lo que desincentivaría a las entidades de crédito en su concesión y elevaría el tipo de interés. También sería perjudicial para el deudor, por esa misma desincentivación y elevación de tipos y porque, sobre todo en caso de pluralidad de acreedores, se vería abocado a firmar una estipulación de vencimiento anticipado de todas sus obligaciones en caso de impago de sólo alguna de ellas, con el consiguiente peligro de insolvencia.

A este respecto, considero, que el rematante no resultaría perjudicado pues conocería por el Registro la especialidad de la hipoteca en que se subroga, y su situación no sería muy diferente respecto del supuesto en que existiera distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas. Es más, podría incluso, tanto si se entiende que su subrogación en las cargas anteriores –artículos 668-3 y 670-5 de la LEC- implica, también, una asunción de deuda liberatoria respecto del deudor primitivo, como si esa asunción es meramente acumulativa, sin liberar a éste; bien pagar y liberar la carga en dicha cuantía subsistente, o bien, incluso, subrogarse en la posición jurídica del deudor en cuanto a la garantía de las obligaciones futuras que concierte con el acreedor, previo acuerdo con ambos, si ese es su interés porque, por ejemplo, se dedica al mismo género de negocios que aquél y, además, disfrutaría de un ahorro fiscal.

Como consecuencia de todo lo expuesto, se entiende que la subsistencia de la hipoteca flotante en garantía de obligaciones no nacidas o “puramente futuras” en el momento de la ejecución, coexistan o no con obligaciones ya nacidas, no es posible en la situación legislativa vigente, incluso aunque se hubiere reservado en el momento de constitución de la hipoteca una porción de la

responsabilidad hipotecaria en garantía de todas o de una clase de las obligaciones futuras.

Es decir, se pueden dar dos situaciones distintas de vigencia de la hipoteca en caso de ejecución: una primera en el supuesto de subrogación de un tercero - titular registral posterior de cargas- en el crédito, en que se produce una división –ver resolución de la DGRN de 8 de abril de 2002- o distribución de la hipoteca *ex lege*, es decir, convivirán una responsabilidad hipotecaria que garantizará las cantidades reclamadas a favor del tercero registral subrogado y otra por el resto a favor del o de los acreedores primitivos con la misma flotabilidad, naturaleza y garantía de obligaciones –incluso futuras- que inicialmente.

Y una segunda situación, en el caso de subrogación del tercer poseedor o de subasta y adjudicación al rematante, en que tendrá lugar una cancelación parcial o reducción de la responsabilidad hipotecaria y en que la responsabilidad hipotecaria remanente será la resultante de la resta de las cantidades reclamadas por las obligaciones ejecutadas; que, en caso de remate, garantizará sólo las obligaciones existentes en el momento de la ejecución, con carácter flotante entre ellas.

En conclusión, la ejecución parcial de la hipoteca flotante es posible porque la ejecución es una circunstancia que no depende de la hipoteca sino del crédito, por lo que en el caso de pluralidad de obligaciones garantizadas opera tanto el principio de integridad de la hipoteca, que implica la subsistencia de la misma íntegra (sobre la finca hipotecada), no obstante la ejecución parcial, mientras subsista alguna obligación asegurada; como el principio de indiferenciabilidad de la hipoteca flotante, que hace que todas las obligaciones están garantizadas hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria desde el inicio, siendo la cantidad a cancelar de la responsabilidad hipotecaria, la reclamada en la ejecución, y las obligaciones garantizadas, a partir de la misma, sólo las existentes en el momento del remate, con carácter flotante entre ellas.

7.-P: Comentario sobre la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de junio de 2011 que admite al denominada hipoteca “en mano común”.

R: Esta resolución de la DGRN de 9 de junio de 2011 resuelve la controvertida cuestión, tratada ya en este seminario, de la admisión de la denominada hipoteca flotante “en mano común”, así como sobre el acceso al registro de determinadas cláusulas financieras y de vencimiento anticipado contenidas en los acuerdos de refinanciación concursales que también han sido objeto de estudio en el mismo.

En general la solución dada a las dos cuestiones señaladas merece para la mayoría una valoración positiva y coincide básicamente con la argumentación

que se ha expuesto en los diferentes trabajos precedentes, pero se estima conveniente señalar las siguientes puntualizaciones. La primera, que adolece, a la hora de argumentar a favor de la citada admisibilidad de la hipoteca “en mano común”, de una mayor profundización en la naturaleza y complejidad de las hipotecas flotantes y globales como un factor condicionante de la misma en el supuesto planteado, aunque su admisibilidad con carácter general, quizás lo haga superfluo.

La segunda, que la aplicación para la exclusión de ciertas cláusulas financieras de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y de la resoluciones que se han basado en ella –1 de octubre, 4 de noviembre, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011- dictadas en sede de préstamos hipotecarios a favor de consumidores, en un supuesto como el que nos ocupa de refinanciación empresarial, hubiera requerido de una explicación detallada y argumentada, más allá de la mera indicación de que “resulta aplicable a este caso y, en aras a la brevedad, se dan por reproducidas”, porque no nos encontramos en el mismo ámbito ni jurídico ni financiero.

Así hoy en día es un lugar común la distinción entre las hipotecas que garantizan préstamos destinados a la adquisición de vivienda por el prestatario consumidor, necesitadas de seguridad y certidumbre, y las que garantizan préstamos destinados a financiar la actividad empresarial o profesional, necesitados de mayor flexibilidad y dotadas de mayor asesoramiento, sobre la consideración de admitir, sólo en el ámbito de estas últimas, un mayor grado de independencia de la garantía respecto de la obligación u obligaciones garantizadas y, paralelamente, un mayor control de la actividad que se financia.

Como ya se ha tratado en seminarios anteriores extensamente –ver entre otros el caso 4 de este apartado y número de revista- respecto de ambas cuestiones este resumen se limitará fundamentalmente a señalar cuál es la doctrina que emana de esta resolución.

1.- En concreto, la primera cuestión tratada en la resolución ha sido acerca de la posibilidad de constituir “una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca de tipo colectivo, sin distribución de cuotas, con destino unitario, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí a través de un pacto de sindicación y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras mediante la correspondiente novación de los contratos primitivos, para lo que se establece un régimen de actuación colectiva, que requiere del acuerdo de todos los coacreadores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos”.

Y la respuesta ha sido afirmativa con base en los siguientes argumentos:

a) La autonomía de la voluntad se constituye en elemento básico para la regulación de la titularidad plural de los derechos reales (art. 392 CC), y sólo en su defecto se establece por el Código Civil una serie de normas relativas al disfrute de la cosa común, normas que se refieren fundamentalmente al dominio y a los derechos reales de disfrute, por lo que su aplicación a los derechos reales de garantía debe hacerse con matices.

b) La exigencia impuesta por el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, en orden a la determinación de la cuota de cada titular en un proindiviso, no siempre es imperativa y debe subordinarse a las especiales características de ciertas comunidades.

c) La hipoteca presenta en los supuestos de pluralidad de titulares evidentes singularidades en cuanto, por un lado, no implica contacto posesorio con la cosa y, por otra parte, su carácter accesorio de la obligación cuyo cumplimiento garantiza, implica que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y así, la determinación de cuotas únicamente será inexcusable en el caso de que la titularidad de la obligación asegurada sea parciaria.

d) El principio de autonomía de la voluntad puede dotar a la organización de una pluralidad de titulares del crédito de unas características distintas a las de la comunidad romana y así se puede pactar la indivisibilidad de la obligación, condicionar el desenvolvimiento natural de obligaciones que, en principio, son independientes, determinar la forma del ejercicio de la acción hipotecaria, etc.

e) Los acuerdos de refinanciación se caracterizan por la existencia de un propósito unitario: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso; y para ello se pacta la novación modificativa de las obligaciones que, conservando su individualidad, pierden su independencia funcional y adquieren un nexo causal común, se establece un tejido de obligaciones accesorias y adicionales que unifican el régimen jurídico de las obligaciones principales y se configura un régimen organizativo canalizado a través de la figura del agente y del agente de garantías que ostentan un mandato irrevocable. Todo ello dota al conjunto de los créditos vinculados de una fuerte singularidad en cuanto a la configuración y naturaleza de su titularidad activa, con un relevante componente colectivo.

f) La accesoriedad subsiste, aunque atenuada, en la hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, pues en ésta no siempre puede determinarse la titularidad activa conforme a la obligación, por lo que esa titularidad vendrá determinada por la configuración pactada del derecho real de hipoteca en aplicación de la autonomía de la voluntad. A partir de esa configuración, lo que se transmitirá, embargará o ejecutará por cada acreedor será su concreta posición contractual tal como aparezca reflejada en el Registro.

g) Debe tenerse en cuenta que en el derecho español rige la doctrina del *numerus apertus* en materia de derechos reales -arts 2 LH y 7 RH-, lo que unido a la autonomía de la voluntad, permite adaptar los derechos ya tipificados a las exigencias de la realidad económica y social, siempre y cuando se respeten las características estructurales típicas de tales derechos reales, ello responda a una razón justificativa suficiente, se establezcan los contornos del derecho real con articulación de su funcionamiento y no se vulnere el principio de libertad de tráfico.

h) La regla general de la necesidad de fijación de cuotas en la titularidad hipotecaria puede verse excluida no sólo por la naturaleza de la obligación garantizada –solidaria o de otro tipo-, sino también por el carácter del derecho hipotecado. Así, junto con los créditos solidarios, parciarios o en mano común, existen otras modalidades de créditos con pluralidad de acreedores híbridas, como son los créditos sindicados, cuya finalidad es estructurar jurídicamente operaciones financieras de gran volumen bien para distribuir el riesgo a ellas inherente, bien para coordinar su actuación en situaciones de insolvencia provisional de deudor.

i) La titularidad activa derivada de la sindicación de créditos no se puede configurar como una estricta titularidad en mano común, que requeriría la unanimidad para el ejercicio de todas las facultades de los acreedores, sino que viene determinada por lo que se pacte en orden al régimen de gestión, administración y disposición de los derechos de crédito, en cuya configuración se permite un amplio juego al principio de autonomía de la voluntad –ver STS de 20 de enero de 2004-.

j) Por último, se indica que la comunidad en que se traduce la sindicación tiene un cierto carácter transitorio pues la hipoteca está vinculada a una operación de refinanciación necesariamente ligada a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y medio plazo y ese corto plazo es el que normalmente se señala de duración a la hipoteca flotante –art.153 bis LH-, lo que viene a coincidir con otros supuestos ya admitidos de inscripción de titularidad plural sin cuotas –ej. daciones en pago a los acreedores en las quiebras-.

2.- Respecto a la cuestión de cuáles cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de las hipotecas en garantía de los acuerdos de refinanciación son inscribibles y cuáles no, partiendo de una aplicación automática de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 relativa a los préstamos hipotecarios concedidos a consumidores, se establece por la DGRN la siguiente doctrina:

a) La obligación de pago por el deudor de las primas del seguro de los bienes hipotecados, es inscribible por establecerse expresamente que las mismas se encuentran incluidas los gastos cubiertos por la hipoteca y, en consecuencia, tienen trascendencia real.

b) La obligación de inscribir las edificaciones que se construyan en las fincas gravadas no es inscribible, en este caso, porque ni tiene naturaleza financiera, ni su incumplimiento determina el vencimiento anticipado al no haberse pactado y es ajena a la obligación garantizada con la hipoteca.

c) La obligación de conservación de las fincas hipotecadas no es inscribible porque aunque está íntimamente relacionada con la conservación de la garantía y, por tanto, no es accesorio; al no haber sido objeto en este caso de garantía específica ni su incumplimiento presupuesto del vencimiento anticipado, tiene un carácter meramente obligacional.

Se considera por muchos compañeros que, el contenido de estas dos últimas cláusulas se encuentra, como reconoce la DGRN, en tan íntima conexión con la determinación registral y conservación de la garantía que tienen carácter real por sí mismas –en el caso de la obligación de inscribir las edificaciones si se ha pactado la extensión de la hipoteca a ellas-, incluso sin necesidad que se haya pactado expresamente que su incumplimiento determina el vencimiento anticipado de la obligación, en cuanto contribuyen a configurar el objeto del derecho real de hipoteca y sus contornos jurídicos, produciendo la pérdida del plazo por el deudor *ex lege*, salvo pacto en contrario, por aplicación del artículo 1129-3 del Código Civil que incluye la omisión de aquellos actos de conservación que son normales en el tráfico jurídico.

d) Las prohibiciones de enajenar, hipotecar, la absoluta de arrendar, etc; no son inscribibles por infringir normas imperativas como las contenidas en los artículos 27 y 107-3 LH y el principio de libertad de circulación. En concreto, en el caso del arrendamiento, el hipotecante puede, dice la DGRN, arrendar libremente la finca hipotecada, pero los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan sometidos al principio de purga. Sólo será admisible la prohibición de arrendar cuando se limite expresamente “a los arrendamientos de vivienda excluidos de purga en la ejecución por aplicación del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”.

e) El vencimiento anticipado si tienen lugar embargos, impagos de otras deudas o un cambio material adverso, o si se produce el cese o el cambio del negocio o del objeto social o la disolución, liquidación, escisión o fusión social; tampoco se estima inscribible porque se considera desproporcionado en estos supuestos – STS 16 de diciembre de 2009-, sobre todo al no preverse la posibilidad para el prestatario de constituir nuevas garantías, y, en todo caso, por tratarse de hechos

ajenos al crédito garantizado y contarios, los relativos a la insolvencia, a lo dispuesto en los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria.

Ahora bien, alguno de estos supuestos –especialmente los del segundo grupo: cambio de objeto social, prohibición de disolución, etc-, no obstante su implicación con el principio de libertad de empresa y de tráfico mercantil, sí podrían considerarse inscribibles en el caso de garantía de los acuerdos de refinanciación preconcursales, dada su vinculación directa con el cumplimiento del plan de viabilidad de la empresa, siempre que se concretara el vencimiento a los supuestos específicos recogidos en éste.

f) El vencimiento anticipado “cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial”, no se considera inscribible por su carácter indeterminado y desproporcionado, sin que desvirtúe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca con base en la STS de 16 de diciembre de 2009.

g) El vencimiento anticipado en caso de concurso del deudor, se declara inscribible por cuanto el artículo 61-3 de la Ley Concursal de 2003 expresa e imperativamente dispone que se han de entender por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

h) Respecto del vencimiento anticipado por falsedad sustancial en las declaraciones efectuadas por los deudores, por informe de Auditoria adverso, por invalidez sobrevenida de las garantías u obligaciones, por no recuperación de los ratios pactados o por incumplimiento de la obligación de adhesión de los garantes o de constitución de hipotecas por los deudores; partiendo de que la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008 consideró que el artículo 1129 del Código Civil es una norma dispositiva, que era el único argumento del registrador, se admite su inscripción.

No obstante, señala la DGRN que es doctrina legal reiterada, recogida entre otras en la misma indicada sentencia, que sólo son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes en relación con el crédito garantizado, por lo que no serían inscribibles las cláusulas enunciadas si se hubiere alegado en la nota de calificación dichas circunstancias o bien la vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, la atribución al acreedor de facultades de carácter desproporcionado, la necesidad de prever para el prestatario la posibilidad de constituir nuevas garantías o la vulneración de los principios de libertad de contratación y de empresa.

Sin poder entrar en un análisis detenido de esta doctrina, conviene indicar que, aparte del difícil encaje de alguno de los supuestos de vencimiento anticipado citados en las causas señaladas y de su posible admisibilidad por diversas razones –vicios del consentimiento, relación con el plan de viabilidad, art.1129-2 CC-, precisamente esas categorías genéricas aludidas en la resolución son las que, al menos en el ámbito de los préstamos hipotecarios ordinarios, no puede alegar el registrador en su nota de calificación, el cual, según la propia doctrina de la DGRN, debe basar su rechazo en una norma imperativa o prohibitiva de carácter objetivo y no genérico.

i) En cuanto al vencimiento anticipado por incumplimiento del plan de desinversión, acierta la resolución e integrando, por única vez en todo el texto relativo a la inscripción de las cláusulas de la hipoteca, el supuesto a la naturaleza de la operación compleja garantizada, señala que se trata de un incumplimiento de obligaciones relacionadas con el contenido del acuerdo de refinanciación concedido, por lo que no puede decirse que tenga un carácter accesorio o no relevante al estar relacionado directamente con el mismo y con la causa unitaria que lo motiva que es el mantenimiento de viabilidad de la empresa.

3.- Por último, es importante destacar que, aunque de forma incidental, la resolución reconoce expresamente la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante, indicando que deberá ajustarse a las determinaciones contenidas en el acuerdo de sindicación, de tal manera que quede claramente determinada la cuantía por la que quede vigente la hipoteca en relación con las obligaciones no ejecutadas, admitiéndose a estos efectos la fórmula siguiente de la escritura: “la cantidad que habrá de sustraerse a la cifra de responsabilidad hipotecaria en caso de ejecución parcial es la cantidad de la deuda por la que se insta la ejecución”.

Se señala, a este respecto, por la DGRN que la regla general en el derecho español en materia de pluralidad de créditos garantizados es la subsistencia de la hipoteca en relación con las obligaciones que no han ido a la ejecución, subsistencia que se extiende al mantenimiento del rango que le correspondía antes de la ejecución parcial en los términos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario, si bien, quizás porque lo que se discutía era el carácter inscribible de una cláusula concreta, no ha entrado a examinar si, a falta de determinación en el acuerdo de sindicación, existe alguna posibilidad de ejecución parcial.

8.-P: En el registro constan diversas fincas hipotecadas, y al margen de las inscripciones de hipoteca notas de expedición de certificación para ejecución de las hipotecas y posterior anotación de declaración de concurso del titular de las fincas. Ahora una sociedad que dice que absorbió a la titular de las hipotecas, cancela parcialmente las hipotecas, sin expresar la causa, y distribuye el capital

pendiente entre las fincas. Problemas que plantea, sobre todo al estar en concurso la deudora.

R: En primer lugar, según el artículo 688-2 de la LEC en tanto no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal de expedición de dominio y cargas, no se podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, pero además, en este caso, falta la indispensable causa de la cancelación de la hipoteca que si bien podría ser la renuncia del acreedor, es necesario que se indique expresamente, y la previa inscripción de la transmisión del crédito hipotecario a favor de la sociedad absorbente.

En segundo lugar, al existir una redistribución de la responsabilidad hipotecaria será necesario el consentimiento del deudor por aplicación de los principios generales del derecho hipotecario y del artículo 124 de la LH, y al existir concurso de éste, deben consentir los administradores del Concurso conforme el artículo 155 de la LC, aunque teóricamente el acto beneficie a la masa del concurso.

9.-P: Constituida una hipoteca a favor de Credifimo y BNP con carácter solidario se presenta ahora escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca otorgada sólo por Credifimo. Se plantea si es necesaria la ratificación por BNP.

R: Está claro que el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores salvo que hubiera sido demandado por alguno de ellos (art. 1142 CC) y que dicho pago extingue la obligación (arts. 1143 y 1145 CC), pero la duda es si, una vez extinguida la obligación, la carta de pago y la cancelación de la hipoteca la puede hacer sólo el acreedor que cobró o debe comparecer también el otro acreedor teniendo en cuenta que según el artículo 1141 del CC cada acreedor solidario puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial y que ambos son titulares registrales.

Unánimemente se considera que la cancelación de la hipoteca no es en sí un acto perjudicial para los comuneros sino la ejecución de un acto debido y que si los acreedores han pactado el carácter solidario del crédito hipotecario, sin establecer limitaciones expresas a la actuación de cada uno de ellos, se deberá estar a esa consecuencia. Parece lo lógico que la prohibición de actos perjudiciales sea una norma aplicable a las relaciones internas entre los acreedores solidarios pero que no debe perjudicar al deudor que ha pagado y tiene, por tanto, derecho a obtener la carta de pago y la cancelación de la hipoteca.

10.-P: Se presenta una escritura de hipoteca en garantía de una póliza de crédito, en que la sociedad hipotecante lo es en garantía de deuda ajena y en que la persona que interviene en la escritura constituyendo la hipoteca es la misma que

interviene en la póliza en representación de la sociedad deudora. ¿Debe entenderse que existe autocontratación y suspender?

R: Aunque se manifestó por bastantes compañeros que era una circunstancia que no solían comprobar, unánimemente se estimó que efectivamente se trata de un supuesto de autocontratación calificable por el Registrador por las siguientes razones:

a) La insuficiencia de la representación resulta de la propia escritura dado que la póliza al incorporarse a la escritura forma parte de ésta y, además, contiene la obligación garantizada, lo que es necesario para practicar la inscripción conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria.

b) La autocontratación resulta de representar la misma persona a la sociedad deudora y a la sociedad hipotecante no deudora, como ha reiterado la DGRN en diversas resoluciones como las de 21 de junio de 2001, 17 de noviembre de 2000, 1 de junio de 1999, 14 de julio de 1998 o 20 de septiembre de 1989.

OBRAS NUEVAS.

1.-P: Análisis de las consecuencias registrales del RD-Ley 8/2011, en especial respecto de la inscripción de las obras nuevas terminadas y obras nuevas antiguas.

R: A) TERMINACIÓN DE OBRAS NUEVAS. El reciente RD Ley 8/2011 al reformar el artículo 20-1 del TRLS, exige para la inscripción de las escrituras de terminación de obras nuevas ordinarias, además, de la licencia municipal, la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, el seguro decenal, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

- *El cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y*
- *El otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente”.*
- *la notificación a la Comunidad Autónoma competente de la inscripción de las obras nuevas, parcelaciones, reparcelaciones, propiedades horizontales y*

conjuntos inmobiliarios; que se indicara por nota marginal de la inscripción (art. 51-2 Ley del Suelo).

a) En cuanto a los requisitos exigidos para la entrega de la edificación a los usuarios, el artículo se está refiriendo al depósito del libro del edificio, respecto a cuya necesidad o no nos remitimos al informe recogido en el número 15 de esta revista y a lo que se dirá luego que son las de no exigibilidad en la Comunidad de Madrid.

En todo caso, al ser un requisito previo y necesario en casi todas las Comunidades Autónomas para la obtención de la licencia de ocupación, si se considerase ésta necesaria para la inscripción de la obra nueva, la acreditación de la entrega del libro del edificio sería ociosa y sobraría.

b) Respecto de la interpretación del requisito de las *autorizaciones necesarias para garantizar el destino del edificio al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable?*, se señala que en la exposición de motivos se habla de que se exigirá la licencia de primera ocupación, pero la ley no dice nada en tal sentido en su articulado. De exigirse este requisito existe el peligro de que la tardanza administrativa en expedir las licencias de primera ocupación sea incompatible con la urgencia de la inscripción de las obras nuevas para pedir el préstamo; por lo que se hace necesario abordar la interpretación de este nuevo artículo.

Es opinión mayoritaria, aunque no faltan compañeros que se oponen a este criterio, del Seminario de Madrid que 1º.- esa legislación reguladora o la ordenación urbanística aplicable es la correspondiente a cada Comunidad Autónoma, que son las competentes en materia de urbanismo y sus efectos, y sólo a falta de regulación por ésta, los efectos serán los señalados en la legislación estatal (así la legislación catalana sí exige la licencia de ocupación para la inscripción); y 2º.- a este respecto se entiende que el concepto de entrega es distinto del concepto de ocupación, refiriéndose aquél a la *traditio* o entrega material o jurídica y ésta a la posibilidad de uso real y efectivo para la finalidad urbanísticamente fijada; la entrega estaría vinculada al libro del edificio y la ocupación a la licencia.

En cuanto a la legislación de la Comunidad de Madrid, la Ley del Suelo de CAM de 17 de julio de 2001 en su artículo 154 número 6 regula la licencia de primera ocupación, pero sin establecerla como requisito para la entrega de las viviendas a los usuarios.

Por su parte, la Ley 2/1999 de 17 de marzo sobre medidas de calidad de la Edificación de la CAM señala a este respecto lo siguiente: A) El depósito del Libro del Edificio en el Ayuntamiento correspondiente es requisito para la concesión de la licencia de ocupación (artículo 14-4). B) La puesta a disposición

del adquirente del Libro del Edificio se hará constar en las escrituras, pero no impide su otorgamiento (artículo 19-2 p1º). C) El acta de entrega del Libro del Edificio acredita la entrega material del edificio (artículo 19-2 p2º). D) Si la venta del edificio se hace sobre plano, en el momento de su entrega material se hará constar, en una acta de entrega, que el promotor ha puesto a disposición del adquirente el Libro del Edificio y que éste cuenta con la licencia para su primera ocupación (artículo 20).

Aunque de la dicción literal del último artículo se puede inferir que son requisitos de la entrega material de la vivienda no sólo el Libro del Edificio sino también la licencia de ocupación, se considera que la posibilidad de otorgar la escritura pública de venta sin cumplir dichos requisitos administrativos, unido a que el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato (artículo 1462 del Código Civil), debe llevar a la conclusión que si es posible la autorización e inscripción de escrituras de venta de los elementos del edificio, con más razón se podrán autorizar e inscribir las escrituras de obra nueva terminadas, aunque algunos compañeros entienden que eso sólo lo sería como obras “en construcción”.

Únicamente el artículo 23-6 del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la CAM de 27 de enero de 2005 impone como requisito para *la escrituración, entrega y ocupación de estas viviendas* (obsérvese que afecta a los tres actos que se consideran distintos), la obtención de la correspondiente Calificación Definitiva; por lo que en estos casos especiales sí deberá exigirse dicha calificación para la inscripción de las declaraciones de obras nuevas terminadas.

c) En relación con los "*requisitos de eficiencia energética*" se pone de manifiesto la existencia del RD 47/2007 de 19 enero por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción, de aplicación obligatoria desde el 1 de noviembre de 2007, que prevé la expedición por los arquitectos directores de la obra de un certificado de eficiencia energética de edificio terminado (ver sobre todo art. 7 y 13), y para cuyo desarrollo habrá que estar a lo que disponga cada CCAA (en Madrid, no se ha encontrado ninguna disposición de desarrollo), por lo que, entre tanto, se estima que bastará con exigir dicho certificado expedido por los arquitectos a acompañar al certificado de fin de obra, entendiendo que la referencia a las autorizaciones administrativas se refiere sólo a la acreditación de las condiciones de susceptibilidad para su destino urbanístico.

d) En cuanto a la notificación a la Comunidad Autónoma competente, en Madrid la comunicación ha de hacerse a la DIRECCION GENERAL DE VIVIENDA Y REHABILITACION DE LA COMUNIDAD DE MADRID, C/ MAUDES 17, 28003 MADRID.

Respecto de la misma notificación y nota marginal de la misma al Ayuntamiento (art. 20-2-c de la Ley del Suelo), no obstante la redacción ese párrafo que habla de “supuestos de los números anteriores”, ello se trata de un error de redacción y que, en realidad, se refiere a las letras anteriores dada su colación sistemática en el número 4, por lo que únicamente será aplicable a la inscripción de las obras nuevas antiguas.

No obstante, si se optará por no exigir la licencia de ocupación se considera conveniente acompañar a la notificación al Ayuntamiento una nota simple de cómo se queda inscrita la finca sin la aportación de la licencia y una indicación de que tiene la opción de certificar de la concesión de la licencia o de ejercer la acción de infracción de la legalidad urbanística y solicitar la correspondiente anotación preventiva.

B) INSCRIPCIÓN DE OBRAS NUEVAS ANTIGUAS. Asimismo, el reciente RD Ley 8/2011 en su modificación del artículo 20-4 del TRLS dice que la constancia registral de las escrituras de declaración de obra nueva terminada, respecto de las que no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, exigirá, además, de la certificación expedida por técnico competente, ayuntamiento, catastro o acta notarial acreditativas de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto y del título, y la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística, los documentos administrativos que acrediten los siguientes extremos:

- *Que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.*

- *La situación de fuera de ordenación en que queda en todo o parte de la construcción o edificación, de conformidad con el ordenamiento urbanístico aplicable.*

a) En cuanto a la primera novedad, se entiende que el registrador debe comprobar que la edificación no se halla situada sobre suelo de carácter demanial o afectado por servidumbres de uso público o general, es decir, que si en el Registro constan tales circunstancias, debe denegar la inscripción de obra nueva, pero sin que se deba exigir para la practica del asiento certificación administrativa alguna, procediendo después de la inscripción a realizar la oportuna comunicación al Ayuntamiento.

No obstante, algunos compañeros entienden que sí es exigible la certificación administrativa en caso de las servidumbres públicas, lo que obligaría a pedirlo siempre, porque la legislación de la Comunidad de Madrid prohíbe la

construcción sobre terrenos privados en que existan “servidumbres de uso público para zonas verdes”.

b) Respecto de los edificios fuera de ordenación, se manifiesta que se trata de una institución o calificación que, en la legislación del Estado, originariamente estaba reservada a las obras inicialmente lícitas que, sin embargo, resultaban sobrevenidamente disconformes por las sucesivas innovaciones del planeamiento; estableciéndose, a tal fin, limitaciones relativas a las obras de consolidación, mejora y ampliación, con objeto de no impedir la definitiva efectividad de la nueva ordenación. Así, el artículo 48 de la primitiva Ley del Suelo de 1956 y el artículo 60 de Texto Refundido de 1976, establecían que “*los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan General o Parcial que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación*”; norma que pasó, casi sin variación, al artículo 137 del Texto Refundido de 1992 –conforme al cual, “*los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultaren disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación*”.

La jurisprudencia, por su parte, amplió aquel concepto legal de «edificaciones fuera de ordenación», extendiendo su régimen a las obras ilegales (carentes de licencia o con licencia posteriormente declarada ilegal). Así, según el Tribunal Supremo, el simple transcurso del tiempo legal para exigir la demolición sin que la Administración actúe no puede servir de vía para llegar a la legalización de las obras, que deben continuar considerándose ilícitas. Por el contrario, tales obras, entiende la jurisprudencia, “*se colocan en situación análoga a la de «fuera de ordenación urbanística»*”; es decir, en una situación de existencia consentida, pero condicionada por límites análogos a los derivados del régimen jurídico de «fuera de ordenación».

Con posterioridad, la norma contenida en el artículo 137 del Texto Refundido de 1992 fue declarada nula por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, por razones de carácter competencial; razón por la cual, en la actualidad, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo*, tan sólo contiene referencias incidentales a la institución: el artículo 19, sobre necesidad de declarar en la transmisión de terrenos la existencia de edificaciones fuera de ordenación o el artículo 35, negando indemnización a “*las lesiones en los bienes y derechos que resulten (...)*”: de (a) (...) “*las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística*”.

Por lo cual, al margen de aquella construcción jurisprudencial, la regulación de las edificaciones fuera de ordenación ha quedado reservada al ámbito competencial autonómico, legislación en la que se observa, como pone de

manifiesto Antonio Gallardo al que seguiremos en esta exposición pues su opinión fue objeto de acuerdo mayoritario, una diversidad de soluciones y regímenes distintos. Así, existe un primer grupo de legislaciones autonómicas en las que, de forma expresa, la norma califica las edificaciones ilícitas, una vez caducada la acción de disciplina, en situación de fuera de ordenación, como por ejemplo Cataluña (*vid.* artículo 108 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, el cual distingue, en relación con las construcciones y las instalaciones a las cuales no se puedan aplicar las medidas de restauración, entre las situaciones “de fuera de ordenación o de disconformidad”); o Andalucía (*vid.* el artículo 53 del Decreto 60/2010 que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, que asimila los efectos de los edificios “fuera de ordenación” y los que “han sido construidos con infracción de la normativa urbanística”).

Por el contrario, otro grupo de legislaciones autonómicas omite la calificación de las edificaciones ilícitas, respecto de las que no procede la demolición, como situaciones “fuera de ordenación”. Así sucede, por ejemplo, en Madrid (*vid.* artículo 64 de Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio, *del Suelo* –si bien dicha omisión, en la villa de Madrid, ha tratado de ser enmendada por el artículo 25 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004–).

Por todo lo cual, en definitiva, las obras sin licencia que, por transcurso del plazo de caducidad de la acción de disciplina, no puedan ser objeto de demolición, a que se refiere el nuevo artículo 20, apartado 4, de la Ley de Suelo pueden encontrarse en tres situaciones distintas: a) las que, siendo lícitas, por no existir, inicial o sobrevenidamente, contradicción alguna con la ordenación urbanística, y no estando por tanto fuera de ordenación, acceden al Registro por esta vía oblicua, sin acudir a la legalización formal (por las razones que sean, desde omitir el pago de la tasa correspondiente a la simple comodidad); b) las que siendo originariamente ilícitas pueden subsistir, una vez transcurrido el plazo de ejercicio de la acción de disciplina, sin quedar incluidas de modo expreso en la categoría de las obras fuera de ordenación (porque la ley no las declare en tal estado), quedando genéricamente sujetas, como afirma la jurisprudencia, a un régimen análogo al de fuera de ordenación (consecuencia inmediata y directa de la caducidad de la acción de restauración del orden infringido); y c) las que, siendo igualmente ilícitas, la ley incluye en alguna categoría formal expresa, de «fuera de ordenación» o, como en el caso de Cataluña, de «disconformidad», con determinación de su régimen jurídico.

Tratándose, por ello, de supuestos diferentes, la solución que se adopte, para cada uno de ellos, ha de ser necesariamente distinta. No parece razonable exigir, en todos los casos, una declaración administrativa formal sobre la conformidad de la obra o su situación irregular, incluso en aquellos supuestos en que la ley no

prevé su formal calificación como fuera de ordenación o no establece un procedimiento específico para tal declaración. La Autoridad administrativa correspondiente podrá negarse, con razón, a realizar tan atípica declaración, que la ley no impone de manera expresa y para la que no establece procedimiento específico alguno. Una declaración que, en cualquier caso, ha de consistir por fuerza en la completa revisión administrativa de la obra, única vía a través de la cual podrá la Administración declarar el carácter irregular de la misma o, por el contrario, su completa adecuación a la ordenación. Declaración de adecuación que, en la realidad y en el fondo, constituye una auténtica legalización de la obra; que es, precisamente, lo que se trataba de evitar a través del precepto legal –dirigido a facilitar la inscripción directa de la edificación por el simple transcurso del plazo de caducidad de la acción de demolición, sin necesidad de previa legalización–.

Además, se argumenta que resulta absurda la posibilidad, reconocida por el apartado a) del artículo 20, número 4, de la Ley de Suelo, de acreditar la fecha de conclusión de la obra a través, junto a la certificación municipal, de certificación de «técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral» y concluir, sin embargo, en virtud de una interpretación rigurosa del apartado b) del mismo número, en la necesidad de aportar, en todo caso, *“el acto administrativo mediante el cual se declare (o no) la situación de fuera de ordenación”*.

Y, junto a ello, también perdería todo su sentido el último párrafo del precepto. Pues, si hemos de exigir la completa revisión administrativa de la legalidad de la obra en todos los casos, ¿qué sentido tiene entonces la notificación que el registrador ha de realizar *“al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas”*, haciendo *“constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación”*, de conformidad con la letra c) del apartado 4 del mismo artículo 20 de la Ley de Suelo?

Por otra parte, la exposición de motivos del RDL parte del criterio de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de los edificios respecto de los cuales no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes para conseguir la protección de los terceros adquirentes de buena fe, *sin que ello signifique desconocer su carácter de fuera de ordenación y las limitaciones que ello implica* (ver en este sentido la sentencia del TS de 18 de mayo de 2008, en el sentido de que la inscripción de las obras nuevas correspondientes a edificaciones consolidadas no produce alteración alguna en su situación urbanística).

En conclusión, mayoritariamente se entiende que la inscripción ha de practicarse en todo caso mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el

apartado a) del artículo 20, número 4, de la Ley sin que sea necesaria la aportación de la declaración municipal de “*fuera de ordenación*” del edificio, toda vez que es perfectamente posible que tal edificación se ajuste a la ordenación vigente en el momento en que se declare la obra.

Se hará constar en el asiento de obra nueva la calificación de la edificación como “*fuera de ordenación*”, cuando la fecha de terminación de la obra se acredite mediante certificación municipal en la que se contenga la declaración a que se refiere el apartado b) del mismo número; calificación que también se podría hacer constar a solicitud expresa de la Administración o del titular registral de la finca mediante la aportación del correspondiente certificado del Ayuntamiento. Corresponde al respectivo Ayuntamiento, cuando reciba la notificación del Registro de la Propiedad, la iniciativa de solicitar la constancia registral, en su caso, de que la edificación inscrita se encuentra en situación de “*fuera de ordenación*”.

Por último, se recomienda que en la inscripción de la obra nueva y en la publicidad registral se expresa que la inscripción se ha practicado de conformidad con lo previsto en el artículo 20-4 del TRLS no constando si el edificio se encuentra fuera de ordenación, y, además, siempre con carácter obligatorio debe hacerse constar que se ha efectuado la notificación al Ayuntamiento a fin de que éste declare si se halla en situación conforme con la ordenación o en situación de fuera de ordenación y a la Comunidad Autónoma (arts 20-4-c y 51-2 de la Ley del Suelo).

2.-P: Plantea un notario que va a formalizar una escritura de obra nueva terminada con licencia del 2009 y le aportan certificado descriptivo de obra nueva terminada de arquitecto que no contiene mención expresa de si el edificio cumple con los requisitos de eficiencia energética pero que ya certifica que la vivienda no tiene instalación de placas solares por expresa petición de la propiedad.

Pregunta: ¿cabe prescindir de los requisitos de eficiencia energética de los edificios por voluntad del autopromotor que no quiere o no puede gastar mas dinero para ello?

R: Se recuerda que el RD 47/2007 de 19 enero por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción, de aplicación obligatoria desde el 1 de noviembre de 2007, prevé la expedición por los arquitectos directores de la obra de un certificado de eficiencia energética de edificio terminado (ver sobre todo los artículos 2, 7 y 13), y para cuyo desarrollo habrá que estar a lo que disponga cada CCAA.

En Madrid, no se ha encontrado ninguna disposición de desarrollo, por lo que, entre tanto, se estima que bastará con exigir dicho certificado expedido por los arquitectos a acompañar al certificado de fin de obra, entendiendo que la referencia a las autorizaciones administrativas, que se señala al principio de este párrafo del artículo 20-1 de la Ley del Suelo se refiere sólo a la acreditación de las condiciones de susceptibilidad para su destino urbanístico, pero no a los requisitos de eficiencia energética.

El artículo 2 del indicado RD de 2007 sólo contiene como excepciones los edificios que ya estén en construcción, los monumentos histórico o artísticos, los edificios de culto, los edificios industriales o agrícolas, las obras provisionales y las edificaciones aisladas de menos de 50 metros cuadrados útiles, por lo que las viviendas unifamiliares, a las que expresamente indican las normas técnicas, se encuentran incluidas.

A partir de aquí, y ante el desconocimiento de si la regulación vigente contiene alguna excepción para el supuesto de autopromotor, como ocurre respecto del seguro decenal, o si las normas técnicas exigen en todo caso la existencia de paneles solares o si la eficiencia energética se puede obtener por otros medios; la solución definitiva de la cuestión queda para su estudio posterior, pero, como regla general aplicable ya, se considera que será el arquitecto el que deberá certificar no sólo de la eficiencia energética sino también de que esa falta de paneles solares encuentra su apoyo legal en algún artículo del indicado RD de 2007, de su normativa de desarrollo o en el Código Técnico de la Edificación, con indicación expresa de cuál sea el mismo.

3.-P: Se presenta una escritura en que sobre un edificio se eleva una planta en construcción de 80 metros cuadrados, así consta también en la certificación del arquitecto, aunque la licencia que se aporta se refiere sólo a 30 metros cuadrados. ¿Es inscribible?

R: Unánimemente se considera que no, porque dentro de la calificación registral, no obstante los términos de la certificación del técnico competente y de los señalado en alguna resolución, se encuentra la comprobación de la congruencia de la descripción de la obra nueva declarada con la licencia aportada, y más con el reforzamiento del control registral de las obras nuevas por parte del RD-L 8/2011, otra cosa es el ajuste de la declaración de la obra a aspectos que no resultan de los términos de la licencia o exijan conocimientos específicos, en que sí habrá de estarse a la certificación del arquitecto.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL¹.

1.-P: Se plantea la CUESTIÓN del examen del artículo 425 del RH, en lo relativo a cual debe ser la actuación a seguir si por error se omite alguna finca en el asiento de presentación, respecto de esas fincas omitidas.

R: Existen dos posibilidades: a) practicar un nuevo asiento de presentación con su prioridad; o b) por el contrario, estando el título en el Registro es posible reconstruir el asiento de presentación por nota al margen incluyendo las fincas excluidas.

Casi unánimemente se considera correcta la primera pues ¿qué pasaría si entre la extensión del asiento de presentación y su posterior rectificación se presenta un título contradictorio?, pues que el registrador debería optar por la primera opción o asumir su responsabilidad.

2.-P: Se pregunta sobre la legalidad de la prioridad privilegiada de los documentos presentados telemáticamente respecto de los presentados por fax.

R: Los asientos de presentación se extenderán POR ORDEN CRONOLÓGICO de entrada, cualquiera que sea la vía por la que accedan (electrónica, física o fax). Los que entren en horas de oficina, según lo vayan haciendo. Los que entren entre las 14:00 y las 16:00 horas, a partir de las 16:00 horas. Y los que entren entre las 17:00 horas y antes de las 09:00 horas del día siguiente, nada más abrir el Diario del día siguiente.

Los ingresados fuera de las horas de oficina (sólo pueden serlo por fax o electrónicos) según su hora de recepción. Es responsabilidad del Registrador mantener el telefax con la hora actualizada para acreditar el momento exacto de recepción (igual que ocurre con los presentados por fax en horas de oficina). Del mismo modo es responsabilidad del Registrador que se consigne la hora exacta de recepción en caso de presentación física. No obstante, se señala que existe una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que entiende que el posible privilegio de la presentación telemática no es discriminatorio respecto de otras formas de presentación.

Conviene que antes de la apertura del día estén ya actualizados los datos de los títulos presentados durante las horas de cierre del Registro para evitar que, por acumulación con los presentados a partir de las 09:00 horas, se difiera innecesariamente la actualización.

¹ Resumen efectuado por Ernesto Calmarza

Simultáneamente a la extensión del asiento de presentación, si el documento no estuviere liquidado, se extenderá nota al margen indicando que “*el título que motiva el asiento no está liquidado del impuesto por lo que no procede la calificación de conformidad con el artículo 255 de la LH*” y se comunicara su práctica telemáticamente al notario autorizante para los que se hubieran presentado de esta manera y, en todo caso al presentante. Si la presentación es telemática, pero existe presentante específico, al notario sólo se le notificara que se práctica el asiento de presentación.

Se pregunta si se puede considerar como presentante al que viene en el documento XML que acompaña a la escritura telemática o sólo al que figura como tal en el documento. En el primer caso no tendríamos ningún dato para poder comunicarnos con él. Al notario no se le puede considerar como presentante por el sólo hecho de remitir el documento electrónico, ya que lo hace cumpliendo un deber reglamentario ex artículo 196 RN.

Si no existe presentante específico en la copia telemática, habrá de ponerse como presentante al notario, pero deberá cambiarse el mismo si luego se efectúa la presentación de la copia papel, por ejemplo, por una gestoría o por el interesado.

3.-P: Se pregunta por el cómputo del plazo máximo por calificar e inscribir y si debe calificarse un documento si su posible despacho depende de un título previo pendiente de inscribir.

R: LA REGLA GENERAL es que debe hacerse en 15 días hábiles a contar desde el siguiente: a la presentación del documento; a la devolución del documento si hubiere sido retirado; a la subsanación de los defectos si, calificado defectuosamente, se subsanaran en el plazo de vigencia; al despacho del título previo, se encuentre este presentado con anterioridad o con posterioridad (Art 18 2º LH, 97 RH y 48 LPA).

En cualquier caso, necesariamente dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación (art. 97 RH), sin perjuicio de que el interesado decida que la calificación y el despacho lo lleve a cabo el Registrador que corresponda con arreglo al cuadro de sustituciones (art. 18 3º LH).

En cuanto al cómputo del plazo para calificar e inscribir, a) en caso de presentación por telefax el cómputo se inicia a partir del día siguiente a la aportación del documento auténtico. El asiento de presentación caduca si el documento auténtico no se presenta dentro de los 10 días hábiles siguientes a contar desde la fecha del asiento de presentación de la comunicación.

b) En caso de retirada del documento: a partir del siguiente a la devolución del mismo. La retirada y la devolución del título se harán constar por nota al margen del asiento de presentación (art. 97 RH). Si el documento se devuelve transcurrido el plazo de vigencia del asiento de presentación, éste habrá caducado y el documento habrá de presentarse de nuevo (art. 111 RH).

c) En caso de calificación con defectos: a contar del día siguiente a la devolución del documento con la subsanación de los mismos o desde la aportación de los documentos subsanatorios si no se retiró el documento.

La devolución del título o la aportación de los documentos subsanatorios se hará constar por nota al margen del asiento de presentación (art. 97 RH). Si se hiciese después del plazo de vigencia del asiento de presentación, al haber caducado éste sería necesaria una nueva presentación del documento (art. 111 RH).

Igual solución se daría al supuesto de aportación de documentación complementaria necesaria para la inscripción que se hiciera antes de la calificación del título. Si antes de los 15 días hábiles, y de haber realizado la calificación, se aportaren documentos complementarios se hará constar esta circunstancia a margen del asiento de presentación, contándose a partir de esta fecha el plazo para calificación y despacho.

d) Si existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad: a contar desde el día siguiente al de la inscripción del mismo o desde que caduque su asiento de presentación (art. 18 2º LH).

Por razón del principio de prioridad (arts 17, 24, 25 LH y concordantes) la regla general es que los documentos han de despacharse por el orden en que han sido presentados y ello con independencia de la naturaleza de los documentos en cuestión.

En ocasiones el título anterior será irrelevante para la calificación y despacho del segundo (vg. Cancelación de hipoteca y compraventa), pero, en otras, no ocurrirá así y ello aún tratándose de títulos que no sean contradictorios (vg. Compraventa e hipoteca. En puridad hasta que la compraventa no se inscriba no puede hacerse una calificación adecuada de la hipoteca).

Este es el motivo por el que la calificación y despacho de un documento presentado después, al tener que ser la calificación “global y unitaria” (artículo 258 5º LH), ha de aplazarse hasta que se despache el documento presentado con anterioridad o caduque su asiento de presentación tal y como prevé el artículo 18 2º LH.

En estos casos de suspensión de los plazos de inscripción no existe obligación de calificar, ni debe ponerse al pie del título nota alguna, su calificación quedara pendiente del despacho del previo. No obstante, se considera conveniente, aún cuando no exista obligación legal, el notificar al interesado el motivo por el cual su título no va a poder despacharse en el plazo normal de 15 días. Es conveniente igualmente que se ponga nota al margen del asiento de presentación para que el diario refleje adecuadamente todas las incidencias del documento y por aplicación analógica de los demás supuestos del artículo 97 RH.

Aun cuando las RDGRN de 8, 9, 10, 11, 12 y 14 de abril de 2008 consideraron que el acuerdo del Registrador aplazando la calificación supone una auténtica calificación que ha de ser notificada al presentante y al notario, siendo susceptible de ser recurrida, tales resoluciones han sido anuladas por los Tribunales. Además la reciente RDGRN de 08/04/2010, B.O.E. 24/05/2010 sigue un criterio contrario al decir, con mejor criterio, que mientras no se inscriba el primer título no puede calificarse el segundo. La calificación de los documentos ulteriores debe basarse en los títulos presentados y en los asientos del registro anteriores. Rechazada la calificación del título posterior al que está pendiente de la misma, el Registrador deberá prorrogar los asientos de presentación relativos a los títulos conexos, anteriores o posteriores, haciéndolo constar por nota al margen del asiento de presentación (art. 111 RH) sin extender al pie del título nota alguna.

También se considera conveniente matizar la regla señalada en aquellos casos en que los dos documentos afectan al mismo interesado, y se refieren a negocios conexos (vg compra e hipoteca). Si se califica defectuosamente la compra y se observan también defectos en la hipoteca posterior, pudiera resultar más práctico para la oficina y, desde luego, más cómodo para el interesado realizar la calificación de ambos al mismo tiempo (permitiendo así que los pueda subsanar a la vez y evitar que subsanado el 1º y después de tener en la oficina, a lo peor dos meses, el 2º se le notifiquen nuevos defectos). El peligro de que, como consecuencia de la práctica de las notificaciones, la prórroga del asiento de presentación 2º fuera inferior al del 1º provocando una caducidad contraria al principio de prioridad, se salva fácilmente si el asiento de presentación 2º se prorroga, además de por su propia calificación negativa, por prórroga del asiento de presentación 1º previo. Es posible simultanear las dos prórrogas y el asiento de presentación 2º estaría vigente siempre hasta la caducidad o despacho del asiento de presentación 1º. Pero debe entenderse que esta opción no viene impuesta por la ley, antes al contrario, y que dependerá de la decisión personal del Registrador.

e) Si existiera pendiente de despacho un título presentado con posterioridad que sea necesario inscribir previamente. Se aplican las reglas vistas en el anterior

apartado d) por aplicación de la regla de calificación conjunta de los documentos presentados.

Como ha escrito Antonio Pau, la prioridad registral viene determinada, como regla general, por la precedencia cronológica en la presentación. Pero la calificación conjunta de todos los títulos presentados, introducida primero por la jurisprudencia y reconocida luego por la legislación, puede determinar en ciertos casos una prioridad distinta de la precedencia cronológica. La calificación conjunta supone una aplicación matizada de esa precedencia cronológica, que puede determinar el acceso a la inscripción de un título que no es el primeramente presentado.

A juicio de este autor los criterios que han de regir la calificación conjunta son, entre otros, los siguientes:

1.- Cuando el título primeramente presentado –sea un título otorgado voluntariamente (art. 105 RH) o dirigido por una persona contra otra (art. 140, 1ª RJ)- haya sido otorgado o esté dirigido por una persona o contra una persona que sea causahabiente del titular registral, primero habrá de despacharse el título otorgado por el titular a favor del causahabiente, y después el otorgado por el causahabiente o dirigido contra el mismo.

2.- Inscritos ambos títulos, si el intermedio es incompatible con los inscritos, habrá de denegarse, aunque la presentación del título denegado sea anterior a la presentación del título otorgado por el titular registral a favor del causahabiente.

4.-P: Se pregunta por la prórroga del asiento de presentación.

R: Antes de la reforma operada por las Leyes 24/2001 y 24/2005, la prórroga de vigencia del asiento de presentación estaba regulada en el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, y en los artículos 97, 111, 432 y 436 2º del Reglamento Hipotecario. Tras estas reformas legales se habla de prórroga del asiento de presentación en los siguientes artículos de la ley: artículo 18.2º; artículo 255, en materia hoy excepcionalísima de pago de impuestos; y artículos 323 y 327. 4º y 11º, en caso calificación negativa y de recurso contra la misma.

Las reformas legales indicadas no han ido seguidas de la necesaria reforma reglamentaria, por lo que habrá que poner especial cuidado al interpretar los preceptos reglamentarios. Además, esta interpretación debe hacerse en base a las directrices que ha señalado la STS Sala 3ª, de 31 de enero de 2001 que, entre otros preceptos, declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 97 RH, salvo el último inciso, "porque no pudo establecerse por vía reglamentaria una prórroga del asiento de presentación".

Según esta sentencia “*el Reglamento puede, sin duda, prorrogar el plazo para la calificación o mejor aclarar el momento a partir del cual han de computarse los quince días, pero dicho cómputo no puede afectar a la vigencia del asiento de presentación*”. Y añade que “*de la tacha de ilegalidad sólo se salva el último inciso del segundo párrafo del artículo 97 RH, del que se deduce que la prórroga del plazo de calificación no comprende, a diferencia de la anterior, el asiento de presentación, de modo que la prórroga de aquél plazo no impide la extinción del asiento de presentación con los efectos de prioridad respecto de otros posteriores que ello supone*”.

Y aclara que la anulación que declara es “*sin perjuicio de que en los artículos 111 y 432 del propio Reglamento, a los que por razones de congruencia no pude llegar el contraste de legalidad en este proceso, se permita dicha prórroga*”. Es decir, no tacha de nulidad estos artículos por no haber sido impugnados en el proceso, pero esta aclaración permite argumentar que la interpretación actual de estos preceptos reglamentarios debe hacerse a la vista de la nueva regulación legal y de la propia doctrina del Supremo.

El primer inciso del párrafo segundo del artículo 97 RH introducido por la reforma de 1998 y anulado por el TS por falta de cobertura legal, ha pasado casi con idéntica redacción al actual artículo 18 2º LH.

Artículo 97: “Las inscripciones se practicarán, si no mediaren defectos, dentro de los quince días siguientes a la fecha del asiento de presentación, o de los treinta si existiese justa causa, y, en todo caso, dentro del plazo de vigencia de dicho asiento a que se refiere el artículo 17 de Ley.

*Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviere defectos subsanables o existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad, los plazos de calificación e inscripción se contarán desde la devolución del título, desde su aportación una vez subsanado, o desde el despacho del título previo, respectivamente. En tales casos, si los documentos se aportarán o el despacho del título previo se produjera dentro de los quince últimos días de vigencia del asiento de presentación, se entenderán prorrogados dichos plazos y el asiento por un período igual al que falte para completar los quince días. Dicha prórroga implicará la de los asientos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores.*² El plazo de despacho de los títulos retirados por defectos subsanables, quedará prorrogado nuevamente por un período igual hasta completar los quince días, en el caso de que la subsanación hubiera sido aportada dentro del plazo de la prórroga anterior y fuera suficiente a juicio del Registrador para permitir su inscripción.

La devolución o aportación de los títulos o de los documentos subsanatorios y la prórroga de los asientos de presentación se harán constar por nota al margen de éstos.

² La parte cursiva y en negrita Anulado por STS Sala 3ª de 31 de enero de 2001

Si se hubiere interpuesto recurso judicial o gubernativo, el plazo para practicar la inscripción comenzará a contarse desde la fecha en que se notifique al Registrador la resolución que se dicte.

Si transcurriesen los indicados plazos sin efectuar la inscripción, podrá el interesado acudir en queja al Juez de Primera Instancia, el cual, si el Registrador no justificare haber existido algún impedimento material o legal para practicarla, podrá imponer a éste la corrección correspondiente, sin perjuicio de que el interesado pueda exigir del Registrador, en el procedimiento que corresponda, la indemnización de los perjuicios que se deriven de la falta de inscripción dentro del plazo”.

Artículo 18.2º Ley Hipotecaria establece: “El plazo máximo para inscribir el documento será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación. El registrador en la nota a pie de título, si la calificación es positiva, o en la calificación negativa deberá expresar inexcusablemente la fecha de la inscripción y, en su caso, de la calificación negativa a los efectos del cómputo del plazo de quince días. Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o la inscripción del título previo, respectivamente. En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de inscripción. Por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, la Dirección General de los Registros y del Notariado podrá, a solicitud del registrador competente formulada dentro de los dos primeros días de plazo de inscripción, ampliar hasta quince días más como máximo dicho plazo. Si la Dirección General no contesta en el plazo de dos días contados desde que tuviera entrada la solicitud, se entenderá que ésta ha sido desestimada. El registrador no podrá recurrir contra la decisión expresa o presunta que adopte la Dirección General”.

Debe tenerse también en cuenta que una cosa es la suspensión o aplazamiento de los plazos de calificación y despacho (vistas en el apartado anterior) y otra la prórroga del asiento de presentación. Puede que la prórroga sea necesaria consecuencia de la suspensión de la calificación (vg. Documento que se retira y se devuelve el día 50, se entiende prorrogado su asiento de presentación hasta completar los 15 días) o puede que no. O bien puede ser una prórroga independiente de tal suspensión.

Es posible también que un mismo asiento de presentación esté sujeto a dos o más prórrogas debidas a causas distintas, en cuyo caso, permanecerá vigente hasta que finalice la que le otorgue mayor vigencia (vg la prórroga propia de una calificación negativa y la que se produce al interponer el recurso ante la DGRN).

REGLAS PRÓRROGA ASIENTO DE PRESENTACIÓN: a) Regla general: “la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de calificación y despacho” (art. 18 párrafo 2º LH).

La prórroga del plazo de vigencia del asiento de presentación “llevará consigo la prórroga de vigencia de los asiento de presentación relativos a títulos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores” (art. 111 párrafo 3º y 432,2º RH).

La prórroga se produce por imperativo legal, porque el legislador lo ha estimado necesario para cohonestar el principio de prioridad y los preceptos sobre plazos para calificación y despacho de documentos. Por lo mismo, al producirse la prórroga por imperativo legal, aquella se produce aunque el Registrador olvide hacer constar dicha prórroga al margen del asiento de presentación en cuestión.

B) SUPUESTOS ESPECIALES:

1) Presentación de varios documentos.

Como regla general, salvo el supuesto de calificación conjunta, mientras esté vigente el asiento de presentación 1 no se puede calificar el asiento de presentación 2, ni el asiento de presentación 3 mientras esté vigente el asiento de presentación 2 (art. 17 2º y 18 2º LH).

Por identidad de razón con los demás supuestos que implican una suspensión de los plazos de calificación e inscripción y, en su caso, prórroga de un asiento (vg. Retirada y devolución del título) tal incidencia debe hacerse constar al margen del asiento de presentación (art. 97 RH).

En caso de ser varios títulos con asiento de presentación vigentes (1, 2, 3 y 4) la calificación del asiento de presentación 2 quedará en suspenso hasta el despacho o caducidad del asiento de presentación 1; el asiento de presentación 3 hasta el despacho o caducidad de los asiento de presentación 1 y 2; y el asiento de presentación hasta el despacho o caducidad de los asiento de presentación 1, 2 y 3. Igual solución se aplicaría al supuesto de prórroga del asiento de presentación 1. Cada asiento de presentación posterior se encuentra pendiente no sólo de su inmediato precedente, sino de todos los anteriores. Se entiende que esta solución es mejor que hacer una prórroga en CASCADA, es decir, el asiento de presentación 2 prorrogado por prórroga de asiento de presentación 1; asiento de presentación 3 prorrogado por prórroga de asiento de presentación 2; asiento de presentación 4 prorrogado por prórroga de asiento de presentación 3, puesto que, aún cuando se deba mantener el orden de presentación, alguno de los intermedios puede caducar como consecuencia de un desistimiento para la inscripción (art. 433 RH).

2) Falta de pago del impuesto. Artículo 255 LH.

Sin acreditarse el pago o la presentación de la declaración de exención o no sujeción en Oficina Liquidadora competente del modo regulado en cada CCAA no cabe practicar asiento alguno en los libros de inscripciones (art. 254 LH); el artículo 255 LH permite sólo extender asiento de presentación, habiendo de suspenderse la calificación e inscripción u operación solicitada y devolverse el título a los fines anteriores expresados.

Varias resoluciones de la DGRN, pese a la claridad del artículo 255 LH, han entendido que era exigible una calificación negativa por parte del Registrador en la que habrían de recogerse como defectos, no sólo el relativo a la falta de pago del impuesto, sino todos los demás de los que adoleciera el documento. La resolución de 6 de mayo de 2009, incidentalmente, parece interpretar el artículo 255 LH como impeditivo de la calificación, que quedará suspendida hasta que se acredite el cumplimiento de la obligación fiscal, criterio confirmado hoy por varias sentencias de Juzgados de Primera Instancia y alguna de Audiencia Provincial.

OPCIONES:

1.- Suspender la calificación por aplicación del artículo 255 LH. No se considera calificación por lo que no habrá que notificar ni prorrogar del asiento de presentación. Siempre poner nota al margen del asiento de presentación “Suspendida la calificación. Art 255 LH. Lugar y fecha”. Pasados los 60 días de vigencia se cancela de oficio el asiento de presentación. La posible indefensión del interesado podría entenderse cubierta con las advertencias notariales obligatorias. Además esta interpretación se puede entender avalada por el TS cuando en la Sentencia que anula diversos preceptos del Reglamento Notarial considera válidos determinados artículos del mismo porque la supeditación de la actuación de los funcionarios públicos al previo pago de los impuestos generados por los documentos que provocan su actuación “no es sino una manifestación de la exigencia de regularidad tributaria impuesta por los artículos 54 del Real Decreto Legislativo 1/1993 y artículo 33 de la Ley 29/1987”, adecuado a derecho ³.

El propio artículo 255 párrafo 3º (“si se devolviera el título después de los sesenta días, deberá extenderse un nuevo asiento de presentación, y los efectos

³ Sobre esta cuestión ver VALERO FERNÁNDEZ- REYES, ANGEL. “Comentario de la doctrina del TS acerca del Reglamento Notarial aprobado por RD 45/2007” en el número 19 de esta revista, en el que se indica que <<el Tribunal Supremo manifiesta en su fundamento de derecho trigésimo y concordantes que, la supeditación de la actuación de los funcionarios públicos al previo pago de los impuestos generados por los documentos que provocan su actuación “no es sino una manifestación de la exigencia de regularidad tributaria impuesta por los artículos 54 del Real Decreto Legislativo 1/1993 y artículo 33 de la Ley 29/1987”>>

de la inscripción se retrotraerán solamente a la fecha del nuevo asiento”), está excluyendo la posibilidad de prorrogar este asiento de presentación. Si la ley hubiera estimado que se trata de un defecto subsanable hubiera admitido la posibilidad de solicitar anotación de suspensión por defecto subsanable y nunca lo hizo. Sólo se limitó a establecer esta posible prórroga de 180 días, justificando una justa causa de muy difícil encaje en un sistema de autoliquidación como el actual.

2.- Suspender la calificación y decir que contra la presente nota, que no calificación, podrán interponerse el recurso gubernativo o el judicial, sin referirse a la calificación sustitutoria porque no existe calificación alguna, ni prorrogar el asiento de presentación.

3.- Calificar todo el documento, en contra de la literalidad del artículo, con prórroga del asiento de presentación y los recursos normales de toda nota de calificación.

El artículo 255 LH y el artículo 432,1º,b RH permiten, no obstante, que cuando por causa legítima, debidamente justificada, no se hubiese pagado el impuesto dentro de los 60 días de vigencia del asiento de presentación, a petición del interesado formulada por escrito, acompañada del documento justificativo de aquella circunstancia antes de la caducidad del asiento de presentación, pueda prorrogarse éste hasta 180 días desde su propia fecha. Salvo que exista tal justificación, que deberá ser apreciada por el Registrador, el asiento de presentación caduca a los 60 días hábiles.

Habrà de suspenderse, pues, por tal motivo, la calificación de cualquier documento presentado en el Registro que no haya sido retirado.

Especial mención de los mandamientos de embargo. Se plantea, no obstante, el problema de cómo actuar con los mandamientos que ordenan anotaciones preventivas de embargo sujetas al impuesto, puesto que en tales casos el hecho imponible es la propia anotación y, por lo tanto, el devengo se producirá el día en que este asiento se practique, siendo así que el presupuesto de aplicación el artículo 254 LH es el previo pago de los impuestos, si los devengare el acto o contrato que se pretende inscribir.

Según Joaquín Delgado, en opinión compartida por el seminario de Madrid, se deben distinguir los siguientes conceptos: A) Por un lado, la obligación formal (general e incondicionada) de presentar el documento a la oficina liquidadora (junto con copia y una autoliquidación efectuada por el interesado). Tal obligación formal del ciudadano ha sido, además, convertida legalmente en requisito previo para que se pueda admitir calificar y despachar en el Registro.

B) Por otro, la obligación material o sustantiva de ingresar el impuesto devengado, si es que se ha devengado, pues el momento del devengo del hecho imponible contenido en el documento puede no haberse producido todavía (ej: pactos sujetos a condición suspensiva; el propio caso del mandamiento de anotación de embargo en que el devengo no se produce con el mandamiento, sino cuando se anote; etc).

Por tanto, registralmente hay que exigir siempre que el documento y su copia consten presentados junto con su autoliquidación ante la Administración tributaria competente, con independencia del contenido de tal autoliquidación, en la cual el interesado podrá expresar que no está sujeto, o exento, o que por no haberse devengado todavía el impuesto, no hay todavía cantidad a ingresar, o lo que guste alegar; y expresar, que no es competencia registral calificar la realidad de estos hechos.

Una vez que conste registralmente tal presentación en la Oficina Liquidadora, se levanta el cierre registral, y será la Administración Tributaria la que apreciará el momento del devengo, y demás circunstancias tributarias relevantes. Si se quiere colaborar con ella, se debería poner en su conocimiento, cuando se produzca, el hecho de haberse practicado la anotación que ocasiona el devengo; y si la misma es el propio Registro, se procederá a practicar la correspondiente liquidación complementaria.

3) Prórroga en los supuestos de calificación negativa.

Tras la calificación negativa se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de la última notificación realizada de la nota de calificación (art. 323 LH), y, asimismo, se prorrogarán los asientos anteriores o posteriores contradictorios o conexos (art. 111,3º y 432,2º RH).

Ha de notificarse al presentante y al Notario, autoridad judicial o administrativa. Cabe realizarse por vía telemática si el interesado lo hubiese manifestado así y queda constancia fehaciente de la notificación (art. 322 LH).

Tras las resoluciones. de la DGRN de 29 de julio y 1 de octubre de 2009, cabe también realizar la notificación mediante fax a Notarios y autoridades judiciales o administrativas. Si la presentación se hubiese realizado por vía telemática ha de realizarse la notificación por esta vía.

Tras la calificación negativa se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de la última notificación realizada (art. 323 LH), y, asimismo, se prorrogarán los asientos anteriores o posteriores contradictorios o conexos (art. 111,3º y 432,2º RH). En

caso de notificación por vía telemática al notario autorizante la fecha de la notificación debe ser la de la efectiva puesta a disposición del funcionario del íntegro contenido del acto, con independencia de la fecha de acceso a su contenido. En caso de notificación por vía telemática a un particular se aplicará el artículo 28 de Ley de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que considera como fecha de la notificación la de acceso al contenido, y que entiende rechazada la notificación y, por consiguiente, efectuado el trámite si no se accede al contenido en el plazo de 10 días naturales desde la efectiva puesta a disposición⁴.

Ante tal calificación negativa (art. 111 RH) los interesados podrán:

1) Recoger el documento y tratar de subsanar la falta dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación (60 días hábiles a partir de la última notificación realizada de la calificación negativa).

2) Pedir, caso de que el defecto apreciado sea subsanable, anotación preventiva por defecto subsanable (art. 323 LH), que caducará a los 60 días de su fecha, prorrogables hasta 180 días por justa causa y en virtud de providencia judicial (art. 96 LH). Podrán pedir dicha anotación el interesado y el Notario y la autoridad judicial o administrativa.

3) Interponer recurso gubernativo:

-Potestativamente: ante la DGRN (en un mes desde la notificación de la calificación) o ante el Juez de Primera Instancia de la capital de la provincia en que esté situado en el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal (en dos meses desde la notificación de la calificación) (arts 324, 326 y 328 LH).

-Si el conocimiento del recurso está atribuido por los Estatutos de autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la CCAA, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente.

⁴ Según reciente doctrina DGRN (Vid RR 29/07/2009 y 21/10/2009)

1.- Son válidas las notificaciones hechas al notario vía fax (siempre con la precaución de archivar junto con el texto enviado el informe del telefax que confirma la recepción en el aparato destinatario) y, por supuesto, también las realizadas electrónicamente (estas incluso obligatorias en caso de procedimiento de presentación telemático).

2.- La fecha de la práctica de la notificación, esencial para determinar la prórroga del asiento de presentación, plazos de recursos, etc. será aquella en que tengamos acreditada la recepción. Independientemente de que el notario haya accedido o no a su contenido pues el principio de agilización y de economía de procedimiento, impone a los notarios **un deber activo de atención a la recepción de los documentos que por tal vía reciban que, en consecuencia, no podrán ignorar ni dar por no recibidos –salvo en los excepcionales supuestos en que se pruebe la imposibilidad técnica o material de acceso al contenido del documento (vid. artículo 28 n.º3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio)–.**

Interpuesto recurso contra la calificación ha de estarse a lo previsto en el artículo 327 LH en lo relativo a vigencia del asiento de presentación del documento cuya calificación se recurre. Todos los plazos quedan en suspenso hasta la resolución definitiva del recurso (art. 66 LH).

4) Interponer demanda ante los Tribunales de Justicia para contender sobre la validez o nulidad de los títulos. En estos casos puede pedirse la anotación de la demanda en el Registro, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación. Los plazos quedan en suspenso hasta la resolución definitiva del procedimiento (art. 66 LH).

5) Solicitar calificación sustitutiva del Registrador que corresponda conforme al cuadro de sustituciones: en 15 días desde la notificación de la calificación negativa.

Mención especial de la anotación preventiva por defecto subsanable. La anotación de suspensión por defecto subsanable es, en realidad, una prórroga del asiento de presentación. Por eso, tras la Ley 24/2001 que determina la prórroga del asiento de presentación en caso de calificación negativa en los términos antes vistos, no tiene sentido que al tiempo de extender nota de calificación negativa se tome anotación de suspensión, aún cuando el interesado lo solicite expresamente. De no hacerse así ocurrirá que la anotación preventiva caducará antes que el propio asiento de presentación (por la fecha de las notificaciones) o, en el mejor de los casos, el mismo día, haciendo inútil su práctica.

La anotación de suspensión puede seguir teniendo su utilidad, por supuesto, siempre que se solicite en el momento oportuno que es durante la prórroga del asiento ex artículo 323 LH y siempre que el defecto sea subsanable. De ahí la importancia de hacer constar en la nota de calificación el carácter subsanable o insubsanable del defecto (además de ser legalmente obligatorio), para advertir en el primer caso y en la propia nota de calificación al interesado de la posibilidad de solicitar la anotación.

En cuanto verdadera prórroga del asiento de presentación, afirma Gómez Gállego, la anotación preventiva por defectos subsanables determinará la prórroga de los asientos de presentación anteriores o posteriores relativos a títulos contradictorios o conexos (art. 17 2º LH, y art. 432.22 RH), lo que excluye la transmisibilidad del bien anotado, proclamada con carácter general en el art 71 LH. Igual efecto producirá la anotación de suspensión por defecto subsanable de títulos llamados a causar un asiento que no provoca el cierre registral (vg. anotación de suspensión de una anotación preventiva de embargo). Según el autor citado lo correcto, en puridad de principios, es prorrogar el asiento de presentación del título posterior. Esta es la solución que se deriva del artículo 432 2º RH y la que acoge, para los adp en general, el artículo 17 2º LH:

una vez extendido el asiento de presentación –y la anotación de suspensión es una prórroga del mismo- no podrá inscribirse o anotarse ningún otro título durante su vigencia.

Examen del artículo 432 RH. Vistos los supuestos de prórroga de asiento de presentación previstos legalmente -arts 18 2º LH, 255 LH y 322 LH- conviene analizar los supuestos previstos en el artículo 432 RH para concluir si del mismo pudiera resultar alguna prórroga distinta de las analizadas o se trata de un mero desarrollo de los preceptos legales.

Según el mismo el plazo de vigencia de los asientos de presentación podrá ser prorrogado en los supuestos siguientes

a) En los casos previstos en los artículos 97 y 111 RH cuando su aplicación de lugar a la prórroga del asiento. Se trata de los supuestos antes analizados de devolución del título, subsanación de defectos o despacho del título previo y que tienen su fundamento legal en el artículo 18 2º LH que, con las últimas modificaciones, ha dado cobertura a los supuestos reglamentarios. No presenta ninguna especialidad si bien se trata de supuestos de prórrogas automáticas que no requieren rogación del interesado, ni siquiera actuación del Registrador.

b) Es el supuesto de retirada del documento para el pago de impuestos sin que se haya devuelto al interesado por la correspondiente oficina de gestión. Esta prórroga tiene su fundamento legal en el artículo 255 LH, siendo de difícil aplicación hoy en día por la existencia del régimen de autoliquidación.

c) Cuando para despachar un documento fuese necesario inscribir previamente otro presentado con posterioridad, el asiento de presentación del primero se prorrogará, a instancia de su presentante o interesado, hasta treinta días después de haber sido despachado el documento presentado posteriormente, o hasta el día en que caduque el asiento de presentación del mismo.

Admitida, como se ha dicho, por la jurisprudencia y luego por la legislación, la calificación conjunta este supuesto es asimilable al del documento previo presentado con anterioridad que regulaba el artículo 97 2º RH y que ha pasado al actual 18 2º LH.

Por ello tal prórroga se producirá automáticamente sin necesidad de su petición por el presentante o interesado, y tendrá un plazo hasta completar los quince días hábiles fijados por ley y no los treinta días reglamentarios.

No obstante, y a fin de evitar un círculo de sucesivas prórrogas indefinidas, este precepto puede tener su importancia habida cuenta la interpretación que del mismo ha hecho la RDGRN 14/01/1985: el día en que caduque el asiento de

presentación del documento previo presentado después, caducará también el asiento de presentación del documento presentado con anterioridad. La caducidad se produce el día en que caduque el asiento de presentación posterior y no a los 30 días de tal caducidad al ser imposible que se pueda producir un supuesto de sucesivas prórrogas indefinidas, dada la duración temporal y la naturaleza provisional del asiento de presentación. En este caso, como ha dicho Carmen de Grado Sanz, no tiene fundamento prolongar por más tiempo la vigencia del asiento de presentación del documento presentado con anterioridad cuya inscripción precisa de la previa del documento presentado después. Así se evita que una prórroga indefinida del asiento de presentación de un título hasta que pueda tener lugar la inscripción de otro título previo anterior que sucesivamente es presentado en el Registro y a continuación retirado para dejar así caducado este segundo asiento de presentación sin que llegue, por tanto, a practicarse la inscripción.

SUPUESTO. Orden de presentación: asiento de presentación 1 COMPRA; asiento de presentación 2 HIPOTECA. Se suspende la inscripción de la compra y se prorroga asiento de presentación 1, 60 días hábiles, ex. art. 323 LH. Tal prórroga lleva la del asiento de presentación 2 conexo, ex art 97 RH. Caduca asiento de presentación 1 el día 60 de la prórroga y el asiento de presentación 2 de hipoteca queda prorrogado ex art 18 2º RH hasta el plazo de 15 días. En el día 5 de esta prórroga, y antes de haber calificado el asiento de presentación 2, se vuelve a presentar la compra por asiento de presentación 3, sin haberse subsanado ninguno de los defectos. En base al principio de calificación conjunta (art 105 RH) se calificará primero la compra presentada posteriormente por asiento de presentación 3, se reitera la nota de calificación y se prorroga asiento de presentación 3 60 días hábiles. Tal prórroga conlleva la prórroga de asiento de presentación 2. El supuesto se puede repetir sucesivamente creando un círculo cerrado que, de facto, produce un cierre registral indefinido. Esta distorsión del sistema se evita aplicando la interpretación de la RDGRN 14/01/1985: el día en que caduque el asiento de presentación 3 (que ahora será documento previo presentado con posterioridad al asiento de presentación 2) caducará el asiento de presentación 2, y los documentos intermedios que se hayan podido presentar en el ínterin pasarán a ocupar un lugar preferente cronológicamente.

d) Cuando, 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 (art. 432,1º, d RH). El asiento de presentación se prorrogará hasta la terminación de causa.

La aplicación del apartado d) del artículo 432.1 del RH debe ser restrictiva por carecer de base legal y 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.

e) Los apartados 2º y 3º del artículo 432 RH, son normas que, salvo el matiz de precisar con mejor técnica que se trata de anotaciones preventivas por defecto subsanable, no hacen más que reproducir el artículo 111 RH y el artículo 97 3º RH, respectivamente.

f) Apartado 4º del artículo 432 RH. CUÁNDO CADUCA UN ADP PRORROGADO A CONSECUENCIA DE LA PRÓRROGA DE OTRO (sea anterior o posterior a él). Este artículo plantea el problema de fijar un plazo de prórroga de 30 días hábiles, distinto al previsto legalmente en el artículo 18 2º RH. ¿Se debe entender sustituido este plazo de 30 días por el de 15 días?

Lo cierto es que cuando la reforma del RH de 1998 modificó el artículo 97 RH, fijó una prórroga de 15 días para el caso de despacho del título previo sin alterar el plazo de 30 días del artículo 432 4º RH, dando a entender que se trata de dos supuestos distintos.

Sin embargo, si se tiene en cuenta: que el supuesto de prórroga de un asiento de presentación por prórroga de otro asiento de presentación (sea anterior o posterior) sólo tiene lugar cuando se trata de despacho de títulos previos o de títulos que, sin tener carácter de previos, deben guardar en su despacho un estricto orden cronológico de presentación por determinar la oponibilidad; que tal supuesto está expresamente recogido en la actual redacción del artículo 18 2º LH, que determina que, en tales casos, se entenderá prorrogado el asiento de presentación (sólo puede ser del título posterior) hasta el término del plazo de despacho que es de 15 días; que así resulta también de la doctrina del TS que entiende que el plazo de vigencia del asiento de presentación es materia reservada de ley por ser materia trascendental que afecta a derechos de terceros; que no tiene sentido fijar dos plazos distintos de prórroga (15 o 30 días) según sean títulos presentados con anterioridad o con posterioridad cuando el fundamento de la prórroga es el mismo, esto es, la necesidad de dar un plazo mínimo al Registrador para calificar e inscribir; que tal plazo de 30 días parece que guarda relación con el antiguo plazo de 30 días para calificar e inscribir mediando justa causa y que hoy debe entenderse superado por los imperativos

términos del mismo artículo 18 LH, habrá que concluir necesariamente que este plazo de 30 días ha sido sustituido por el de 15 días.

En consecuencia el plazo de 30 días debe entenderse hoy, tras la modificación del artículo 18 LH y de la STS de 31 de enero de 2001, como de 15 días hábiles contados desde el despacho del documento previo o desde que caduque el asiento de presentación de éste, salvo que el plazo de vigencia del asiento de presentación de que se trate fuese superior porque, en todo caso, el plazo de vigencia de un asiento de presentación es, como mínimo, de 60 días hábiles.

5.-P: Se pregunta sobre diversas cuestiones procedimentales en relación con la presentación masiva de fincas –18.000 en el caso concreto- por venta en una misma escritura.

R: a) ¿Es posible la no descripción de las fincas vendidas por su remisión a las notas simples incorporadas).

-- Se considera que sí, por razones de operatividad y porque dichas notas simples pasan a ser por dicha remisión parte la misma escritura de venta.

b) ¿Sí alguna nota simple no contiene la descripción integra de las fincas, supondría ello algún obstáculo a la inscripción?

-- Mayoritariamente se considera que sí porque sí el Registro emitente de la nota simple, ha considerado suficiente la descripción en ella contenida para identificar la finca, igualmente, por coherencia, debe considerar suficientemente identificada la finca a efectos de su inscripción.

c) ¿Se pueden pedir notas simples para información continuada y recibirlas por email en una dirección abierta con ese exclusivo efecto?.

-- Mayoritariamente se considera que la solicitud debería hacerse por fax por exigirlo así la legislación hipotecaria vigente, pero que en la misma podría solicitarse la remisión de la nota simple y la de la información continuada en su caso, a la indicada dirección de correo electrónico por aplicación de las normas generales de la legislación sobre acceso del ciudadano a los servicios públicas, que permite la solicitud de que la información solicitada se remita por el medio que el ciudadano elija, y por la aplicación del principio de cooperación de las administraciones públicas, dada la especialidad del supuesto en cuestión.

d) ¿Es posible en la presentación telemática no rellenar los datos del documento XML?.

-- Sí, pues la copia notarial telemática tiene el mismo valor que las copias papel, pero no podría obtenerse prioridad a la presentación telemática fuera de oficina –si se considerará que ella existe- sino que la misma tendría lugar a la apertura del Diario en el día siguiente. Además, se entiende que si la cantidad de fincas es tal, al no poder revisarse nota simple a nota simple para saber cuales fincas pertenecen a cada Registro afectado, deberían incorporarse a la escritura unos anexos con las fincas pertenecientes a cada Registro, por ayuntamientos en su caso.

e) ¿Es posible la presentación de la escritura por email?

-- No, porque el procedimiento de presentación de documentos, en cuanto determinada la prioridad registral, es una cuestión de orden público, por lo que existiendo dos procedimientos para obtener esa prioridad de forma rápida – presentación por fax o presentación telemática- no es procedente la utilización de otro no regulado y carente, además, tanto de la necesaria certidumbre en cuanto a su contenido y remitente y sin valor jurídico de copia autorizada sino, únicamente, de copia simple.

f) ¿Es posible presentar las copias telemáticas sin las notas simples –dado su peso informático- sino con cuadros anexos y luego presentar las mismas en las copias papel?

-- Sí, aunque de existir fincas no incluidas en los cuadros no ganaría prioridad, e incluso es posible que se mandarían luego, si se quiere, mediante diligencias complementarias sucesivas de la extensión que técnicamente sea posible.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.-P: Estudio de la Resolución de la DGRN de 12 de abril de 2.011 relativa a la necesidad de licencia para dividir horizontalmente un edificio declarado como vivienda unifamiliar.

R: Esta resolución, como señala Manuel Parga, supone un cambio radical de criterio en relación al sostenido con anterioridad por la propia DGRN.

En realidad son dos los defectos señalados en el documento calificado, de los cuales se estima uno solo.

El primero se refiere a que la transformación de una vivienda unifamiliar en una vivienda plurifamiliar es un hecho material, una obra que por si misma necesita cumplir los requisitos legales: licencia e intervención de técnico.

El segundo se basa en que transformar un vivienda unifamiliar en plurifamiliar (con independencia de si es necesaria o no una obra previa) es un cambio de uso que necesita licencia.

La resolución estima este último defecto y confirma en cuanto al mismo la calificación. Nos remitimos íntegramente a sus argumentos. Lo que nos interesa ahora es que la resolución yerra al desestimar el primer defecto porque confunde dos cosas distintas, la obra y el acto jurídico de división horizontal.

La resolución dice que la división horizontal es acto que no necesita licencia, y está en lo cierto, pero también es cierto que para que pueda existir división horizontal es necesario que previamente exista un edificio con distintas partes susceptibles de aprovechamiento separado e independiente. La división horizontal no crea las viviendas o locales. Estos existen (es un hecho material) y lo que hace la división horizontal es establecer el régimen jurídico de ese edificio tal y como es.

La obra nueva es presupuesto necesario e indiscutible para poder hacer una propiedad horizontal. La división horizontal no tiene el efecto taumatúrgico de crear, físicamente, las viviendas y locales, sino solo el de establecer su régimen jurídico, y por eso es obvio que es un acto que no precisa licencia. La licencia se extiende al hecho físico (construcción) y al uso (destino). Si un Ayuntamiento da licencia para construir un edificio con veinte viviendas le es irrelevante que se constituya o no en régimen de propiedad horizontal. Pero no es irrelevante que, si ha autorizado veinte viviendas, de la descripción del edificio resulte que hay veinticinco o que se dedica a usos industriales. Por lo tanto solo se podrá inscribir un edificio de veinte viviendas. La división horizontal viene después y está condicionada por lo que está inscrito. Solo puede actuar sobre lo que está inscrito. Por eso si con la división horizontal pretendemos decir que hay veinticinco viviendas entonces no coincide la base sobre la cual operamos. Evidentemente esa división horizontal actúa sobre algo que no coincide con lo que tenemos inscrito. Y en consecuencia antes de inscribir la división horizontal habrá que modificar la obra nueva para que resulte coincidente con la división horizontal.

El caso de la resolución es palmario. Si lo que está inscrito es un edificio de vivienda unifamiliar es imposible dividirlo horizontalmente en cuatro viviendas sin antes alterar la descripción del mismo, pues de otro modo tendríamos un edificio con dos descripciones no coincidentes, una que dice que es una vivienda unifamiliar y otra que dice que son cuatro viviendas unifamiliares, y eso no puede ser y además es imposible.

Pero si alteramos la descripción del edificio estamos haciendo una modificación de obra nueva, y ni el registrador ni el notario tienen facultades ni medios para

saber el alcance de esa modificación , por lo que, como mínimo es necesario: a) que se diga que se ha modificado el edificio dando la nueva descripción que tiene que sustituir a la que existe en el Registro, b) que intervenga el arquitecto para decir que efectivamente se ha realizado la obra y o bien que entra en los términos de la primitiva licencia, o bien que al ser distinto el resultado de lo que autorizaba la primitiva licencia se ha obtenido nueva licencia y lo que ahora se describe se acomoda a la nueva licencia y c) la aportación, en su caso, de esa nueva licencia.

Además, el registrador en su calificación hace constar que la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid sujeta a licencia cualquier obra de modificación cualquiera que sea su alcance, finalidad y destino, de donde se infiere que para que de una vivienda unifamiliar puedan salir cuatro viviendas son necesarias obras de modificación.

En conclusión, para hacer una división horizontal necesitamos tener previamente inscrita la obra nueva y si la descripción que resulta de la división horizontal no se acomoda a la descripción del edificio que tenemos inscrito, se debe hacer previamente una modificación de obra e inscribirla con los requisitos que la ley exige: licencia e intervención de técnico competente.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

TERCER TRIMESTRE DE 2011

ÍNDICE

DECRETO 158/2011, de 15 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen las fiestas laborales para el año 2012 en la Comunidad de Madrid.

El texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; la Ley 8/1984, de 25 de abril, declarando fiesta de la Comunidad de Madrid la jornada del 2 de mayo, y el artículo 45 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, modificado por el artículo único del Real Decreto 1346/1989, de 3 de noviembre, y declarando expresamente en vigor por la disposición derogatoria única del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, establecen las decisiones que puede adoptar la Comunidad de Madrid en relación con la celebración en su territorio de las fiestas laborales de ámbito nacional.

En su virtud, oídos los Grupos Parlamentarios de la Asamblea de Madrid, la Iglesia Católica y las instituciones económicas y sociales representativas en la Comunidad de Madrid, a propuesta del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 15 de septiembre de 2011,

Artículo único. Calendario laboral para el año 2012

El calendario laboral resultante para el año 2012 en el ámbito de la Comunidad de Madrid es el que se relaciona en el Anexo que se incorpora al presente Decreto, sin perjuicio de las dos fiestas locales que, además, corresponda celebrar en cada municipio.

FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA EL AÑO 2012*

— 6 de enero (viernes), Epifanía del Señor.

- 19 de marzo (lunes), San José.
- 5 de abril (jueves), Jueves Santo.
- 6 de abril (viernes), Viernes Santo.
- 1 de mayo (martes), Fiesta del Trabajo.
- 2 de mayo (miércoles), Fiesta de la Comunidad de Madrid.
- 15 de agosto (miércoles), Asunción de la Virgen.
- 12 de octubre (viernes), Fiesta Nacional de España.
- 1 de noviembre (jueves), Todos los Santos.
- 6 de diciembre (jueves), Día de la Constitución Española.
- 8 de diciembre (sábado), Inmaculada Concepción.
- 25 de diciembre (martes), Natividad del Señor.

Además de las doce fiestas relacionadas, se celebrarán en cada municipio dos fiestas locales.

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

DOBLE INMATRICULACIÓN DE FINCA REGISTRAL [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25.ª) DE 27 DE JULIO DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo.

Antecedentes.- Habiéndose interpuesto demanda declarativa del dominio a favor de la actora y habiéndose solicitado -basándose en la existencia de doble inmatriculación de la finca registral- la anulación de la inscripción favorable al demandado o bien la rectificación de la misma por la modificación de sus linderos, la parte demandada formuló reconvencción con las mismas pretensiones (declarativa del dominio y de anulación o rectificación del Registro de la Propiedad) ejercitadas a su favor y solicitando la desestimación de la demanda. En Primera Instancia se desestimó la demanda y se estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Madrid, en apelación, confirmó la sentencia anterior en cuanto a la declaración del dominio favorable a la parte demandada reconviniente, pero modificó el fallo en cuanto que no procedía anular la inscripción registral sino sencillamente corregir su contenido.

Doctrina.- Existe doble inmatriculación de finca registral no sólo cuando el mismo predio aparece inscrito en dos folios registrales diferentes, sino también cuando se solapa parte del terreno de una y otra finca.

En los casos de doble inmatriculación, las normas de Derecho civil prevalecen sobre las de Derecho hipotecario, cuyos principios quiebran ante la existencia de dos titulares registrales que merecerían protección conforme a los mismos. La preferencia entre los títulos inscritos debe buscarse atendiendo al título civil originario de la adquisición (conforme a lo previsto en el artículo 609 del Código civil), y corresponde a la parte demandante la carga de acreditar la existencia de la doble inmatriculación y la tenencia de un título legítimo de dominio conforme a la reconstrucción del historial de las fincas. Sólo cuando no pueda determinarse esa preferencia conforme a las reglas del Derecho civil se acudirá a los principios registrales, que pueden añadir una regla de soporte suplementario, siendo de aplicación el principio *prior tempore, potior iure*.

Corresponde al Juez de la instancia la apreciación de la prueba, que sólo será corregida en apelación cuando manifiestamente exista error en la valoración.

Lo razonable, en los supuestos de solapamiento de parte de una finca registral con otra, es la modificación o rectificación de la coincidencia, y no la completa anulación y cancelación de la inscripción registral incorrecta.

CARMEN JEREZ DELGADO

**ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES
[SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
(SECCIÓN 13.ª) DE 8 DE ABRIL DE 2011.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. José González Olleros.

Antecedentes.- La demandada había inscrito en el Registro de la Propiedad un inmueble, y había descrito como uno de sus linderos la finca de los demandantes. La parte demandante solicitó la cancelación parcial de la inscripción de la finca de la parte demandada, negando que la finca registral de la que los demandantes eran titulares constituyera uno de los linderos de la finca registral de la demandada. Se alegaba por los demandantes que entre ambas fincas había una calle pública que a la vez constituía una zona común para el acceso a ambas fincas y a la finca de un tercero. Originariamente las tres fincas mencionadas habían constituido una sola unidad y al dividirla en tres, el antiguo propietario había dejado esa zona común para acceso a las fincas y como servidumbre de desagüe.

En Primera Instancia, se desestimó la demanda por falta de legitimación activa de los demandantes, al entender que no podían considerarse sujetos lesionados ya que el lindero conflictivo era parcialmente una calle de dominio público y que por tanto debió haber sido parte demandada el Ayuntamiento de Villavieja de Lozoya como titular de la calle. Recurrída la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso y declaró que la propiedad de la demandada no limitaba (en cuanto al lindero discutido) con la finca de los demandantes sino con una franja de terreno que constituía servidumbre de desagüe y de paso entre las fincas de ambos litigantes y la de un tercero y con un terreno común de acceso a dichas fincas.

Doctrina.- El litisconsorcio no tiene carácter absoluto: No es necesario traer al pleito a quienes no pueden quedar afectados por un pronunciamiento condenatorio. A lo más, si los derechos de un tercero (en este caso, el Ayuntamiento) pudieran verse afectados por la resolución dictada, lo adecuado sería su participación como demandante en el proceso y no como parte demandada.

El artículo 40 de la Ley Hipotecaria dispone que puede solicitar la rectificación registral quien resulte lesionado y no sólo el titular del dominio no inscrito o inscrito erróneamente. Puede considerarse que el demandante que ejercita la acción de rectificación registral es parte lesionada cuando su finca constituye uno de los linderos descritos como tal en la finca de la parte demandada, ya que tal descripción afecta a su derecho a abrir luces y vistas y ya que tal descripción

niega o contradice los datos de hecho descritos en la inscripción del dominio de la parte demandante, amparada por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

CARMEN JEREZ DELGADO

DOBLE INMATRICULACIÓN DE FINCA REGISTRAL [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 13.ª) DE 16 DE MAYO DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Cezón González.

Antecedentes.- En un supuesto de doble inmatriculación de finca registral, el Juez de Primera Instancia estimó la pretensión declarativa del dominio de los demandantes y ordenó la cancelación de la finca registral inscrita a nombre de los demandados, desestimando las reconvencciones formuladas por estos últimos. Apreció para ello la usucapión ordinaria a favor de los demandantes. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid, anulando la anterior, estimó la reconvencción y declaró la propiedad de los demandados, ordenando la cancelación de la titularidad registral de los demandantes por ser simulado el título de compraventa en virtud del cual se había apreciado en Primera Instancia la usucapión ordinaria del inmueble.

El Registro de la Propiedad reflejaba, a partir de la inmatriculación más antigua de la finca, una adquisición a título oneroso por un ascendiente común, tanto de los actores como de los demandados, del que se derivan sucesivas transmisiones *mortis causa* a favor de los demandados. La segunda inmatriculación del inmueble (favorable a los demandantes) se realizó en época más reciente en virtud de un título que fue impugnado por vía reconvenccional.

Doctrina.- Los supuestos de doble inmatriculación deben resolverse conforme a las normas de Derecho civil y no conforme a las de Derecho hipotecario, pues los principios consagrados en estas últimas quedan anulados cuando el conflicto de intereses tiene lugar entre titulares inscritos que merecerían igual consideración desde la perspectiva registral. Los asientos registrales, sin embargo, no quedan neutralizados en cuanto a su contenido histórico sobre sucesivos actos de adquisición, que constituyen prueba si bien susceptible de ser contrarrestada por otras en el proceso.

No puede considerarse como justo título de adquisición la escritura pública de compraventa otorgada entre madre e hijos, cuando tanto la parte vendedora como la parte compradora conocían la ausencia de dominio en la primera: El contrato es simulado dado que la intención de los contratantes era crear una apariencia que permitiese inscribir en el Registro el inmueble a nombre de algunos miembros del grupo familiar. El negocio simulado es inexistente o absolutamente nulo por falta de causa y por tanto dicha nulidad ni prescribe ni caduca sino que perdura en el tiempo.

Un contrato absolutamente nulo no puede constituir justo título para la usucapión ordinaria.

CARMEN JEREZ DELGADO

SUSPENSIÓN DE LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES AL DECLARADO JUDICIALMENTE NULO: RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 19.ª) DE 19 DE MAYO DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez.

Antecedentes.- El 7 de octubre de 1996 se otorgó escritura pública de compraventa, siendo declarada nula posteriormente por sentencia de 30 de abril de 2001. La sentencia, además de declarar la nulidad del contrato, ordenaba la cancelación de las inscripciones que hubiere podido causar en el Registro de la Propiedad. El registrador de la propiedad suspendió la cancelación de las inscripciones posteriores a la del título declarado nulo, alegando que tales asientos gozan de protección en tanto no se declare su inexactitud. Recurrida la decisión del Registrador, la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó el recurso y declaró la procedencia de la cancelación de los asientos posteriores. La Audiencia Provincial de Madrid confirma la sentencia del Juez de Primera Instancia, desestimatoria del recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección General.

Doctrina.- Nulo equivale a falta de efectos y de fuerza para obligar. La compraventa posterior, basada en un contrato nulo, no surte efectos pues lo contrario supondría dar valor al contrato expresamente declarado nulo.

“No cabe hablar de tercero de buena fe de un contrato inexistente, y que como tal había sido ya declarado por sentencia firme”.

CARMEN JEREZ DELGADO

DOBLE INMATRICULACIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 11.ª) DE 8 DE ABRIL DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Salcedo Gener.

Antecedentes.- Habiendo vencido la demandante en Primera Instancia en un supuesto de doble inmatriculación de inmueble, recurrió la parte demandada en apelación, alegando su condición de tercero de buena fe protegido por el Registro de la Propiedad. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso.

Doctrina.- No existe una fórmula genérica para resolver los supuestos de doble inmatriculación. Los supuestos de doble inmatriculación deben resolverse primeramente conforme al Derecho civil y no conforme al Derecho hipotecario, que es supletorio: La titulación material tiene preferencia sobre la formal. Es constante la jurisprudencia que determina la preferencia del título más antiguo. Debe buscarse el título civil originario de la adquisición conforme a lo previsto en el artículo 609 del Código civil.

La existencia de dos asientos registrales incompatibles, de igual rango y naturaleza, origina la quiebra de los principios registrales, por lo que no es aplicable el artículo 34 de la Ley hipotecaria.

Debe darse preferencia a la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición en los términos anteriormente indicados.

“No sirve al efecto aducir el pago del IBI sobre un solar cuya posesión por parte de la actora y de quien ella trae causa ha sido pacífica, directa y acreditada con actos”.

CARMEN JEREZ DELGADO

TERCERÍA DE DOMINIO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 28.ª) DE 19 DE MAYO DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González.

Antecedentes.- El origen del litigio se encuentra en la adquisición de un bien inmueble embargado pero sin que se hubiera anotado preventivamente el embargo en la fecha de la escritura de compra. Sin embargo, dicha compra se inscribió con posterioridad a la práctica de la anotación de embargo. La tercería de dominio interpuesta por el comprador del inmueble fue desestimada por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia anterior.

Doctrina.- “El embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro de la Propiedad. Este asiento no condiciona la existencia de la traba ni tiene valor constitutivo respecto a la misma”. El adquirente debe soportar el embargo cuando la diligencia de embargo es anterior a su adquisición de la finca, “sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas”.

En cuanto a la protección del artículo 34 de la Ley hipotecaria a favor del adquirente, es necesario que los presupuestos de su aplicación concurren al tiempo de practicarse la inscripción. No tiene la condición de tercero hipotecario quien conoce, al tiempo de inscribir, la existencia de una traba sobre el bien adquirido. El hecho de que el embargo ya estuviera anotado al tiempo de practicarse la inscripción de la compra impide considerar de buena fe al titular registral inscrito.

CARMEN JEREZ DELGADO

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

TERCER TRIMESTRE DE 2011

I.- PROPIEDAD.

RESOLUCIÓN DE 02-03-2011 (BOE: 21-07-2011). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: LA POSIBLE PREFERENCIA DE CRÉDITOS POSTERIORES DEBE EJERCITARSE EN TERCERÍA.

Registro: Villarreal 2-María del Pilar García Goyeneche.

Tomada anotación preventiva de embargo letra E se solicita por el recurrente que dicha anotación se tome con letra A dado el carácter preferente del crédito salarial anotado conforme al art. 32 del Estatuto de los Trabajadores.

La Dirección confirmando el informe de la registradora sostiene que el recurso gubernativo no es el cauce adecuado para exigir el cambio de rango de la anotación ya que no cabe recurso contra una calificación positiva de la cual se deriva la práctica de un asiento, sólo se permite para la calificación negativa (arts. 66 y 324 LH); y además, una vez practicado el asiento, está bajo la salvaguarda de los Tribunales debiéndose acudir a los procedimientos del art. 40 LH para su rectificación.

Es necesario recordar, con base en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, y 1923 del Código Civil, la preferencia crediticia tiene carácter sustantivo, no registral. El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, no atribuye más que una pura preferencia para el cobro, sin que en ningún caso pueda verse en él el establecimiento de una hipoteca legal, tácita, general y absolutamente prioritaria. De manera que si tal preferencia no se hace valer por el cauce adecuado –que será la correspondiente tercería de mejor derecho– la ejecución de los gravámenes anteriores determinará, conforme a los principios registrales de prioridad y legitimación (artículos 17 y 38 de la Ley Hipotecaria), la cancelación de toda carga posterior. Piénsese en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario determina.

RESOLUCIÓN DE 11-04-2011 (BOE: 10-08-2011). OBRA NUEVA “ANTIGUA”; PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

Registro: Santiago de Compostela nº 1.

Recurso interpuesto frente a la negativa de la registradora de la propiedad de Santiago de Compostela nº 1 a inscribir una escritura de aportación a sociedad de gananciales y declaración de obra nueva.

Es objeto de este recurso la decisión de la registradora de no practicar una inscripción de declaración de obra nueva realizada, por no acreditarse ni el cumplimiento que para dicha práctica exige el Real Decreto 1093/1997, licencia y certificación de técnico competente, ni tampoco el transcurso del plazo para la prescripción de la eventual infracción urbanística.

Los recurrentes ciñen el objeto de su recurso a este segundo supuesto, afirmando que el transcurso del plazo para la prescripción de la infracción urbanística está suficientemente acreditado, a través de certificado municipal.

La Dirección expone que es doctrina reitera, que la acreditación del transcurso del plazo debe ser tal que excluya la aplicación de la norma sancionadora por prescripción del plazo previsto en la misma (R. 21.10.2000 y R. 10.06.2009). Pasando al caso concreto indica el centro directivo que el RD 1093/1997 de 4 de julio no hace distinción alguna entre fincas urbanas y rústicas, por lo que sus pronunciamientos son exigibles para ambos tipos de fincas sin perjuicio de la exigencia de los especiales requisitos que, para estas últimas, puedan ser de aplicación (R. 03.01.2002). La legislación de Galicia distingue entre edificaciones residenciales autorizables (cuyo período de prescripción es de seis años) y edificaciones residenciales prohibidas (cuyo período de prescripción es de quince).

Por todo ello, indica la Dirección, que implica la necesidad de conocer previamente la tipología en concreto del suelo rústico a que pertenece la finca, el tipo de construcción y la fecha en que fue llevada a cabo o, al menos, la antigüedad mínima acreditada. Lo anterior no ha sido acreditado ante la Registradora, sin que se pueda sostener que se ha justificado suficientemente el transcurso del plazo previsto para la prescripción de la sanción, pues si bien de una certificación municipal resulta que la edificación tiene un antigüedad superior a siete años, y al contrario en la certificación catastral consta que la fecha de la construcción es de 2009, y que conforme al artículo 3.3 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, “salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecen, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos”. En consecuencia, confirma la nota de calificación.

RESOLUCIÓN DE 13-04-2011 (BOE: 10-08-2011). BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN.

Registro: Madrid nº 31.

Recurso interpuesto por el notario de Madrid contra la negativa de la registradora de la propiedad de Madrid nº 31 a inscribir una escritura de compraventa.

Se debate en este recurso sobre la inscribibilidad o no de una escritura de compraventa de una finca, que fue adquirida por la vendedora en el año 1974 mediante escritura pública en la que su esposo reconoció que el dinero invertido era parafernalia de aquella, por lo que se inscribió a favor de la misma sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de la finca (de acuerdo con la normativa entonces vigente).

Al venderse por la viuda dicha finca, no concurren los herederos forzosos del confesante para consentir la transmisión. Para ello se alega que la naturaleza privativa del bien se confirma por la escritura de partición de herencia del esposo en la que se relacionó un solo bien ganancial, distinto del vendido, no existiendo bienes privativos. Al título se acompaña copia simple de la referida escritura particional.

La registradora, en su nota de calificación, considera que no consta acreditado el carácter privativo del bien objeto de transmisión, ni la manifestación fehaciente por parte de los herederos forzosos del esposo confesante de ser privativo de su madre (artículo 95.4 del RH).

El recurrente centra su argumentación en que el carácter privativo del bien resulta de la herencia del cónyuge que realizó la confesión y que no se ha producido perjuicio para los herederos forzosos del mismo, considerando que así resulta del hecho de que en la escritura de partición hereditaria del esposo no se incluyese el referido bien en el inventario.

Centrado el debate en si puede o no considerarse suficiente a efectos de entender ratificado el carácter privativo del bien el hecho negativo de no haberse incluido el mismo entre los bienes gananciales relacionados en la herencia del cónyuge confesante, la Dirección confirma el criterio de la registradora según resulta de las siguientes consideraciones.

El mero hecho de que en la escritura de partición no se haya incluido el bien, no supone una excepción del artículo 95.4 de dicho Reglamento, siendo necesario, según la Jurisprudencia, pruebas eficaces y contundentes para

desvirtuar frente a terceros la presunción de ganancialidad, teniendo la confesión un limitado efecto, no perjudicando a los legitimarios y acreedores.

En el procedimiento registral no cabe el desenvolvimiento de la prueba en forma contradictoria, ni se concede al registrador las amplias facultades de apreciación de que goza el juez en los procedimientos declarativos; por otro lado, la exigencia de acreditación fehaciente de los actos o negocios que pretenden su acceso al registro, impiden apreciar consentimientos presuntos. En definitiva, la no inclusión en el inventario no determina su carácter privativo, pues ello puede obedecer a muy diversas causas, incluso el desconocimiento de la existencia de la confesión.

RESOLUCIÓN DE 27-04-2011 (BOE: 5/1/711). CALIFICACIÓN REGISTRAL: DEBE HACERSE CON CARÁCTER UNITARIO, AUNQUE UNO DE LOS DEFECTOS SEA LA FALTA DE LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO.

Registro: Santa Cruz de la Palma- Jesús María Ducay López.

Se trata de una escritura de préstamo hipotecario presentada telemáticamente sin liquidar.

El registrador suspende la calificación de la escritura por no encontrarse liquidada del Impuesto de conformidad con los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria.

La DG estima el recurso; señala que Según la referida doctrina de esta Dirección General, los artículos 254 y, esencialmente, el 255 de la Ley Hipotecaria deben interpretarse en un sentido favorable al administrado, lo que impide que puedan ser admitidas decisiones como la ahora recurrida, que se limita suspender la calificación, pues implicaría, sin más, que cuando nuevamente se presentara el título acompañado de la autoliquidación y pago o declaración de no sujeción o exención, el Registrador lo calificaría, pudiendo esgrimir defectos que, perfectamente, puede hacer valer al tiempo de su presentación. Lo expuesto, asimismo, beneficia la agilidad del tráfico y su seguridad pues el otorgante del título o cualquier interesado en su inscripción podrán conocer la totalidad de los defectos que afectan a éste, sin necesidad de esperar a nuevas y sucesivas decisiones del Registrador. De ese modo, y para el supuesto de que el legitimado activamente discrepara de la decisión adoptada, podría recurrirla en momento oportuno imprimiendo al tráfico la necesaria agilidad sin merma o afección a las causas que fundan los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria.

Finalmente añade que “no puede admitirse la inicial suspensión de la calificación con posibilidad de una ulterior calificación negativa del mismo documento, cuando en un solo trámite pueden exponerse todos los obstáculos que impidan su inscripción (artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, y 74 y 75 de la Ley 30/1992). Y es que, además, implicaría un perjuicio real para la viabilidad del procedimiento de presentación telemática de títulos, en clara contradicción con el fundamento de las últimas modificaciones introducidas en la Ley Hipotecaria”.

COMENTARIO: En opinión de Pero Ávila y de la mayoría de nosotros, “la Dirección sigue insistiendo en su interpretación «antigramatical» del art. 255 LH, y donde se lee que en caso de falta de pago del Impuesto se suspenderá la calificación entiende «no se suspenderá la calificación». Pese a que esta interpretación ha sido judicialmente refutada: En el caso similar de la R. 16.02.2008, la S.JPI de Lleida-3 28.07.2008, confirmada por la S.AP de Lleida 30.10.2009, revoca la resolución: *«Si se actúa como sugiere la DGRN, el art. 255 LH sería prescindible, ya que hay que tener presente que ya existe el art. 254 LH, que establece que no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos; de modo que si prescindimos del art. 255 LH, el Registrador calificaría globalmente todo el documento, pondría de manifiesto todos los defectos existentes y, en caso de faltar sólo la justificación del pago del Impuesto, así lo indicaría, pero no procedería a la inscripción. Sin embargo, nos encontramos con el art. 255 LH, que indica que sin perjuicio de lo indicado en el art. 254 LH, si no se ha verificado el pago del Impuesto no solo no se inscribirá sino que incluso antes de eso se cesará, se interrumpirá la calificación. Incluso distingue y recalca que se suspenderá la calificación y la inscripción. Si solo se quería paralizar la inscripción no era necesario redactar un precepto que insista en la suspensión de la propia actividad de calificación, lo cual exige detenerse sin más en ese momento, ya que todo lo que se fuese a apreciar o estudiar sobre el documento presentado iba a estar siempre subordinado a la justificación del pago del Impuesto»*. En el mismo sentido contrario a la interpretación de la Dirección se revocaron las R. 12.01.2009 y R. 13.03.2009.”

RESOLUCIÓN DE 05-05-2011 (BOE: 21-07-2011). PROPIEDAD HORIZONTAL: NO PUEDE PRACTICARSE EL EXCESO DE CABIDA DE UN ELEMENTO SI HAY ALTERACIÓN DE LA REALIDAD INSCRITA.

Registro: Vilagarcía de Arousa-Enrique Martín Rodríguez Lloréns.

En una escritura otorgada por el dueño de un apartamento, sin consentimiento de la Comunidad de Propietarios, se rectifica la descripción del

apartamento, que en la división horizontal aparece con 49 m² y una terraza anexa de 127 m². El apartamento pasa ahora a 98,15 m² y la terraza a 93,40 m². Se justifica la legalidad de la obra con diversos certificados técnicos y municipales.

El registrador exige consentimiento de la Comunidad de Propietarios por afectar el acto al título constitutivo de la propiedad horizontal.

La DG confirma el defecto indicando que el recurso no puede prosperar pues la modificación propuesta es de tal índole que no procede su inscripción. Es cierto que no existe en el título presentado alteración de linderos ni alteración de cuota pero de ahí no se deduce que una modificación del doble de la superficie registrada (y simultánea disminución en un 25% de la superficie del anejo) sea inocua y carente de efectos para el resto de propietarios. De la documentación aportada no resulta acreditado más que las diferencias de superficie pero sin que pueda deducirse de modo indubitado que la configuración dominical del elemento afectado no ha sufrido alteración por lo que, dado el contenido negocial de la misma, no es posible hacerlo de modo unilateral por el titular registral. Por un lado, las certificaciones sobre la legalidad urbanística y ausencia de expediente abierto de las obras de remodelación llevadas a cabo en su día en el edificio en su conjunto en nada afectan a las anteriores consideraciones y, por otro, la documentación aportada para justificar la superficie que se pretende inscribir no responde a los límites y requerimientos contemplados en los artículos 53.8 de la Ley 13/1996 y 298.3 del Reglamento Hipotecario.

RESOLUCIÓN DE 14-05-2011 (BOE: 22-07-2011). DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN: LA LICENCIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO NO PUEDE ADQUIRIRSE EN CONTRA DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL O URBANÍSTICA.

Registro: Eivissa 4-Álvaro Esteban Gómez.

Se formaliza escritura de segregación de un terreno en Eivissa, formándose ahora cuatro nuevas fincas independientes, tres de ellas calificadas como solares y la última como parcela.

En la finca general inicial consta registralmente como carga de la misma la siguiente “sujeta a la limitación de no poder segregar parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, a los efectos del artículo 95 de la Ley del Suelo, fijada por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo y la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany”.

Se acredita en dicha escritura que se había solicitado licencia para las referidas segregaciones, y justificantes de pago de las tasas municipales correspondientes, y se declara por el compareciente que desde la fecha de las solicitudes de segregación habían transcurrido dos meses sin que el Ayuntamiento hubiera resuelto.

El registrador suspende la inscripción al no acreditarse haber obtenido para dichas segregaciones la licencia correspondiente y procede conforme al art 79 del R D 1093/97, solicitando del Ayuntamiento el acuerdo a que este artículo se refiere, y recibiéndose en dicho Registro, notificación del Ayuntamiento, del que resulta que ha sido requerida la entidad que practicó las segregaciones a efecto de que aporte documentación complementaria y estimando que no procede la inscripción sin que se aporte la licencia pertinente.

La DG desestima el recurso: señala que se ha venido entendiendo que la regulación del silencio administrativo positivo determina, en garantía de los particulares, que, una vez transcurrido el plazo previsto sin decisión del órgano administrativo, se origina un acto administrativo susceptible de producir sus efectos ante cualquier persona, física o jurídica, pública o privada (artículo 43, apartados 3 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sin que esto obste a su posible calificación como acto nulo o anulable (artículos 62.1.f y 63, apartados 1 y 2 de la misma Ley). En este último caso, la ineficacia del acto requerirá de la correspondiente declaración al efecto mediante el procedimiento de revisión legalmente establecido (artículo 102 de la citada Ley 30/1992). No mediando esa declaración, el acto administrativo presunto debe reputarse inicialmente válido, por lo que procederá su inscripción, sin perjuicio de que la Administración pueda, a su vez, adoptar las medidas registrales procedentes para asegurar el resultado de la declaración de ineficacia.

Se entendió que en la mayoría de los casos, el registrador carecerá, según la documentación aportada, de elementos de juicio suficientes para apreciar si el derecho que se pretende adquirido por silencio es o no contrario al planeamiento, por lo que tendrá que actuar dando por adquirido tal derecho, y practicar el asiento correspondiente, si no consta que la segregación formalizada contradice de forma manifiesta el planeamiento.

Ahora bien, como se indicó en la Resolución de 15 de septiembre de 2009, la doctrina reseñada debe adecuarse necesariamente a los pronunciamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala Tercera– de 28 de enero de 2009, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial urbanística. Considera el Alto Tribunal que ha de sustentarse la doctrina jurisprudencial anterior a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la citada Ley 30/1992,

entendiendo que, de este modo, se mantiene una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística. Vinculando esta doctrina legal a todos los Jueces y Tribunales, no puede en modo alguno ser desconocida por este Centro Directivo ni tampoco por notarios y registradores, quienes, a la vista de la ordenación urbanística correspondiente y en el ámbito de sus respectivas funciones, deberán tenerla bien presente a la hora de examinar si el acto que se pretende documentar públicamente, y en su caso inscribir, goza de la cobertura que proporciona la licencia que venga legalmente exigida, la cual, en los supuestos que indica el Tribunal Supremo, no puede en ningún caso entenderse concedida por silencio administrativo positivo.

En el supuesto al que se refiere este recurso, adquieren relevancia las disposiciones contenidas en el artículo 2.16 de Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística de las Illes Balears, de esta regulación se desprende que la exigencia de aportación de la licencia o declaración de su innecesariedad se encuadra en un específico régimen administrativo de fiscalización municipal previa a la autorización e inscripción de la escritura correspondiente, de suerte que tales preceptos legales imponen un mayor rigor a la hora de examinar aquellos títulos que se pretenda otorgar e inscribir sin cumplir esos controles previos; precisamente en este ámbito, cobran sentido determinadas normas, como la contenida en el artículo 19.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008 o la del artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Debe concluirse que resulta plenamente aplicable la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo anteriormente reseñada en cuya virtud no resulta posible entender adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, por lo que en ningún caso, puede entenderse cumplido el requisito a que subordina la inscripción de la segregación el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en cuanto exige para ello la previa aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que en este caso, según lo razonado, no puede entenderse obtenida ni de forma expresa, ni de forma presunta.

COMENTARIO: En la actualidad y con vigencia desde el día 7 de julio de 2011, recordemos que el artículo 23 del Real Decreto 8/2011, establece el silencio negativo en todos estos casos y en aquellos que además enumera en un anexo I a la norma. Dice dicho precepto, Artículo 23: *“Silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa. 1. Los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo que se indican a continuación requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo*

según la legislación de ordenación territorial y urbanística: a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación. b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta. c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes. d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje. e) La primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior. 2. El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo”.

RESOLUCIÓN DE 20-05-2011 (BOE: 22-07-2011). HERENCIA: LEGADA UNA PARTICIPACIÓN INDIVISA, NO PUEDE COMPRENDER LAS PARTICIPACIONES QUE EL TESTADOR ADQUIERA DESPUÉS.

Registro: Vitoria-Gasteiz 5.

A fallece en 1991 intestado y por auto de 2008 y a través de auto judicial, se declaran herederos intestados sus hermanos B y C, y los hijos de su premuerta hermana D. El único bien de la herencia es 1/4 de una finca urbana, el piso X.

- La hermana B, falleció con posterioridad a A, en el año 2006, habiendo otorgado testamento en el año 2005, en el cual distribuía toda su herencia en legados, y entre ellos, le legaba a su sobrino E, la participación que según el testamento “le corresponde en el piso X” (otra participación distinta de la que correspondía a A).

- En el año 2009 se formaliza la herencia del causante A, y en ella se adjudica a E, no sólo la participación que le correspondía originariamente a B, sino la que por dcho de transmisión le había correspondido a la premuerta B, en la herencia de A, y ello se lleva a cabo en la misma escritura.

La registradora estima que el legado de E, está limitado sólo a la participación originaria de B, pero no a la que le correspondía por herencia de A, ya que para ello es necesaria la apertura de la sucesión intestada de B, a que había distribuido toda la herencia en legados, y en el testamento B había legado a E la “participación que le corresponde en el piso”, lo que debe entenderse como lo que le pertenezca en el momento de testar.

La DG confirma la nota de calificación partiendo del criterio de interpretación testamentaria que se desprende del artículo 675 del Código Civil. En el supuesto de hecho de este expediente, determinar la voluntad del causante

presenta serias dificultades si bien la expresión «lega a su sobrino J. R. P. A. la participación que a la testadora corresponde en el piso-vivienda...» parece limitar el legado a la concreta participación indivisa de que era titular en ese momento, pues de lo contrario hubiera aludido a «las participaciones indivisas» que le pudieran corresponder en el piso-vivienda.

Pero es que, además, la causante había fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia de su hermano, por lo que pasa a sus herederos el derecho que sobre la participación indivisa de su hermano le pudiera corresponder. En este sentido, el hecho de haberse distribuido toda la herencia en legados y que la testadora no quisiera instituir heredero, impide también la adquisición de la parte indivisa del hermano de la causante a favor del sobrino-legatario por vía de *ius transmissionis* (ex artículo 1006 Código Civil), por lo que procede la apertura de la sucesión intestada respecto de dicha participación indivisa.

RESOLUCIÓN DE 28-05-2011 (BOE: 10-08-2011). SENTENCIA DECLARATIVA; EXCESO DE CABIDA, OBRA NUEVA.

Registro: Mula.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Mula por la que deniega la anotación de una sentencia declarativa de dominio y de exceso de cabida.

Mediante sentencia recaída en 1.993 en un juicio entre dos hermanos, se atribuye a cada uno de ellos la titularidad de una finca registral, declarando sobre ambas fincas excesos de cabida y la existencia de varias edificaciones que pertenecen a ambos en distintas proporciones.

La Dirección confirma las objeciones de la registradora con base a lo siguiente: la primera finca consta inscrita a favor de persona distinta de aquellas que han sido parte en el procedimiento, y es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y el principio del tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH) no permiten extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él. El hecho de que el titular lo sea en virtud de un título de fecha posterior a la sentencia recaída tampoco altera esta conclusión puesto que ha accedido a Registro con anterioridad a ésta, de modo que, también el principio de prioridad (Art. 17 LH) conduce al cierre señalado en la nota.

Para la inscripción de los excesos de cabida declarados en la sentencia debe cumplirse con los requisitos exigidos por el art. 201 LH, especialmente los que aluden a notificaciones y citaciones; a pesar de que se ha admitido la posibilidad de que en un procedimiento distinto de los especialmente

establecidos en la legislación hipotecaria se acuerde la inscripción de un exceso de cabida, para ello será necesario que se cumplan los requisitos exigidos para estos últimos procedimientos, en particular la citación a los propietarios colindantes, que debe hacerse aun cuando se pretenda inscribir un exceso en un procedimiento distinto.

Es necesaria la previa inscripción de las correspondientes declaraciones de obra nueva, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 45 y ss. RD. 1093/04.07.1997.

Por último, la sentencia no fija con precisión registral la ubicación de la casa objeto de dominio compartido ni determina si ha de crearse, por medio de las correspondientes segregaciones, una finca registral en régimen de cotitularidad o si procede alguna variante de agrupación con cuotas ideales de participación correspondientes a los afectados por la sentencia, de modo que la sola fijación de la porción material de parte de fincas sobre la que recae el dominio de los titulares no permite tener por cumplido el principio de especialidad.

RESOLUCIÓN DE 31-05-2011 (BOE: 05-09-2011). SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL.

Registro: Oviedo 2.

Se presenta una escritura pública en virtud de la cual el heredero de una fiduciaria se adjudica como libres los bienes objeto de la fiducia.

Se basa para ello en que en su día la causante estableció una sustitución fideicomisaria con prohibición de vender y gravar los bienes a la fiduciaria, de forma que “a su fallecimiento” pasarían los bienes a sus hijos, o, en defecto de ellos, a sus tres hermanos o descendientes de ellos, pero más tarde los presuntos herederos fideicomisarios en ese momento renuncian a sus expectativas de derechos en el fideicomiso a cambio de una indemnización y liberan por tanto a la fiduciaria de dichas limitaciones.

La Registradora suspende la inscripción por considerar que el fideicomiso no estaba extinguido puesto que era de carácter condicional y será ahora en el momento del fallecimiento de la fiduciaria cuando se determine quienes son los fideicomisarios, cuando éstos deberán consentir la adjudicación al heredero de la fiduciaria como libre.

La DGRN confirma la nota de calificación considerando además que renuncia realizada era una renuncia preventiva a una expectativa de derecho, y que es condicional pues solo surte efecto si el renunciante llega a ser llamado

efectivamente a ese derecho de fideicomiso. Por otro lado, si no llegara a adquirir ese derecho esa renuncia no afecta a los descendientes del renunciante llamados al fideicomiso, pues éstos serán fideicomisarios por derecho propio, al adquirir ese derecho en el momento de fallecimiento de la fiduciaria.

RESOLUCIÓN DE 31-05-2011 (BOE: 10-08-2011). SILENCIO ADMINISTRATIVO; SEGREGACIÓN.

Registro: Avilés, nº 2.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Avilés, nº 2 por la que se deniega la inscripción de una segregación amparada en el silencio administrativo.

Se presenta en el Registro una escritura pública con segregaciones, agregación y parcelación o división de finca, para las que el Ayuntamiento no respondió ni a la solicitud de licencia ni a la de certificación de silencio administrativo positivo, amparándose la operación en el silencio administrativo, conforme a la R. 17.06. 2004.

El registrador calificó la escritura, denegando la inscripción, expresando la calificación que había recibido un escrito del Ayuntamiento correspondiente al término en que están sitas las fincas en la que constaba que la finca registral sobre la que se ha operado, es una parcela procedente de una reparcelación que ha sido anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias y que no es posible practicar nuevas parcelaciones sin practicar una reparcelación del polígono, por lo que se acordó denegar la licencia de segregación.

Se recurre la calificación y la Dirección General aún reconociendo que había sostenido un criterio distinto, entiende que su doctrina se deba adecuarse a los pronunciamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, que ha declarado como doctrina legal que no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial urbanística, añadiendo que conforme al artículo 17 del Real Decreto legislativo 2/2008 de 20 de junio, las operaciones registrales que se pretenden precisan la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa, exigiendo la legislación urbanística asturiana la pertinente licencia.

Recuerda la Resolución que en caso de existencia de duda fundada de que el acto de división o segregación pueda ser contrario al planeamiento, el artículo 79 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística autoriza al registrador a remitir copia del título presentado al

Ayuntamiento a los efectos de que manifieste si existe o no parcelación urbanística ilegal en los términos previstos en dicho artículo.

NOTA; En la actualidad, la cuestión está regulada en el Real Decreto Ley 8/2011, vigente desde el pasado 7 de julio, que dispone “*Artículo 23. Silencio negativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa....*” (reproducido antes).

RESOLUCIÓN DE 02-06-2011 (BOE: 01-07-2011). EXCESO DE CABIDA EN FINCA PROCEDENTE DE AGRUPACION. DUDA DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Registro: Santiago de Compostela nº1-Ana María Raposo Conde.

Se presenta escritura por la que se declara un exceso de cabida del 6,43 % sobre la base de una certificación catastral descriptiva y gráfica coincidente en cuanto a la calle y al número así como en los linderos salvo en uno no fijo.

La registradora suspende la inscripción por tener duda fundada acerca de la identidad de la finca, por cuanto que procede de la agrupación registral de dos fincas, una de las cuales ya había tenido una actualización de superficie.

La DG revoca la nota de calificación indicando que el motivo en que se funda la Registradora no es argumento suficiente para dudar acerca de la identidad de la finca, pues en el presente caso al realizarse la agrupación, no se hizo más que la operación aritmética de sumar las extensiones de las fincas afectadas sin que conste la realización de una medición exacta de la superficie, bien de la finca agrupada en su conjunto, bien de cada una de las fincas que se agruparon. Ciertamente es que del Registro resulta la previa rectificación de superficie de una de las fincas, pero no ocurre lo mismo con la otra, que siempre presentó los mismos datos superficiales que podrían estar encubriendo una medición errónea subsanada a través de la presente escritura, mediante la rectificación por ella realizada.

RESOLUCIÓN DE 03-06-2011 (BOE: 01-07-2011). SERVIDUMBRE: LA SERVIDUMBRE PERSONAL PUEDE CONSTITUIRSE POR TIEMPO INDEFINIDO.

Registro: Igualada 1-David Melgar García.

Se plantea la admisibilidad de una cesión de aprovechamiento de piedra sobre una finca por un plazo máximo de quinientos años.

El registrador entiende que al estar constituido con anterioridad al Código Civil de Cataluña aprobado por Ley 5/2006 de 10 de mayo, - en el que se regulan los aprovechamientos parciales (Cap III, Tit VI Libro V) – y haberse constituido bajo la regulación de la Compilación de 1984, en la que no se regulaban dichos aprovechamientos parciales, debe reconducirse a la regulación del usufructo del CC – que regia supletoriamente según el art 1 de dicha compilación. Y el principio general del CC es el carácter vitalicio del usufructo - art. 513 1º-, principio que inspira también la regulación actual de Cataluña en la citada Ley 5/2006.

La DG estima el recurso citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947, conforme a ella resulta insostenible la hipótesis de la temporalidad forzosa de las servidumbres personales, y dada la existencia de normas legales aplicables al caso resuelto por la Sentencia citada (las contenidas en el Título VII del Código sobre las servidumbres) rechaza el recurso a la aplicación analógica al caso de las reglas del usufructo, doctrina legal que por la proximidad «in casu» es aplicable para la resolución del presente recurso.

Confirma esta conclusión la calificación jurídica que hizo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1964 de un derecho de aprovechamiento consistente en la «saca de piedra» respecto de determinada finca como tal servidumbre personal.

RESOLUCIÓN DE 08-06-2011 (BOE: 01-07-2011). HIPOTECA EN MANO COMÚN: ADMISIBILIDAD. OTRAS CLÁUSULAS.

Registro: Terrassa 1-José Manuel García García.

Un grupo de bancos, acreedores individuales todos de una misma compañía deudora, llegan a un acuerdo entre sí y con dicha compañía para reestructurar su deuda, para lo que novan sus créditos individuales y los sindicán de forma que se obligan a ejecutarlos y cancelarlos conjuntamente. En garantía de dichos créditos constituyen una hipoteca de máximo conjunta, de las llamadas flotantes. La particularidad de dicha hipoteca consiste en que no se establecen cuotas de titularidad individuales de cada acreedor sobre la hipoteca, pues la hipoteca se configura en mano común, es decir como una comunidad de tipo germánico convencional, de forma que para ejecutarla tienen que actuar todos de común acuerdo, para lo que designan y apoderan irrevocablemente a uno de los bancos, que actuará de agente.

El registrador entiende que dicha figura de hipoteca en mano común no cabe en nuestro derecho civil e hipotecario y el recurrente entiende que sí, al amparo del principio de autonomía de la voluntad. A continuación enumera pactos o cláusulas no inscribibles.

La DG estima el recurso interpuesto en cuanto al primer defecto, y confirma la nota de calificación parcialmente y la revoca también en parte en cuanto a la calificación de las diversas cláusulas y pactos analizados, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

-En primer lugar, en cuanto a la hipoteca en mano común, señala que la titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en Derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario). Ahora bien, como este Centro Directivo ha tenido ocasión de señalar, la exigencia impuesta por el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, en orden a la determinación de la cuota de cada titular en un proindiviso, debe subordinarse a las especiales características de ciertas comunidades, pues no siempre será imperativa la existencia de aquellas cuotas para la perfecta delimitación del derecho inscrito (cfr. Resolución de 22 de mayo de 2000).

La hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en los supuestos de pluralidad de titulares evidentes singularidades. Es un derecho que no implica contacto posesorio con la cosa y la transitoriedad, esencia de las comunidades relativas al dominio y demás derechos reales de disfrute, con la atribución a cada cotitular en cualquier momento de la acción de división, es ajena a esta clase de comunidad. Por otra parte, la finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (cfr. artículos 1861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), la convierte en accesoria del crédito que garantiza, de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. El carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar o condicionar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantice, siendo la determinación de cuotas inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos (cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994, 28 de abril de 1999, 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003).

El problema que se ha de dilucidar es si resulta o no necesaria la atribución de cuotas en una hipoteca constituida con arreglo al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria a favor de una pluralidad de acreedores en garantía de una pluralidad de obligaciones que se recogen en un acuerdo de refinanciación, cuando se ha pactado el necesario ejercicio colectivo de la acción hipotecaria. En las situaciones de crédito sindicado se trata de favorecer la gestión de la

conurrencia de la pluralidad de créditos a través de la citada figura del Banco Agente que, entre otras funciones, canaliza las relaciones externas entre el conjunto de los acreedores, que actúan unitariamente como sindicato, y el deudor. Para regular las relaciones internas o «*ad intra*» entre los miembros del sindicato o acreedores sindicados el contrato de sindicación prevé un conjunto de reglas que disciplinan el régimen de gestión, administración y disposición de los derechos de crédito adaptadas a las circunstancias de cada caso.

A la admisión de la hipoteca constituida de forma unitaria sin división de cuotas en garantía de créditos sindicados en los términos señalados no puede oponerse ni la supuesta indeterminación que pueda producir en los casos de tráfico jurídico sobre el derecho de cada acreedor, como en los supuestos de cesión o embargo de su derecho, ni tampoco en caso de ejecución meramente parcial de la hipoteca en relación con alguno de tales créditos garantizados. En cuanto al primer aspecto, porque lo cedido o embargado será en cada caso la concreta posición contractual del acreedor cedente o embargado, con el conjunto de sus derechos y obligaciones (estas últimas fundamentalmente en relación con el resto de coacreedores, sin perjuicio de las que ostente respecto del deudor por razón de contratos de los que surjan obligaciones bilaterales), posición contractual concreta que quedará reflejada en el Registro también a través de los pactos de sindicación. Pero tampoco hay indeterminación en los casos de ejecución meramente parcial, ejecución posible en tanto no se opongan a ello los acuerdos de sindicación (incluyendo el consentimiento de los coacreedores), ya que en caso de ejecución de la hipoteca respecto de alguna de las obligaciones lo importante es que quede claramente determinada la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, con arreglo a la regla general en materia de pluralidad de créditos garantizados (regla deducida de las normas establecidas en los artículos 154, 155 y 157 de la Ley Hipotecaria), que no es otra que la de la subsistencia de la hipoteca en relación con las obligaciones que no han ido a la ejecución, subsistencia que se extiende al mantenimiento del rango que le correspondía antes de la ejecución parcial de la misma (cfr. artículo 227 del Reglamento Hipotecario).

Todo ello justifica de modo claro la no necesidad de expresión de cuotas en la comunidad especial constituida en el derecho de hipoteca a que se refiere la calificación recurrida.

-En segundo lugar, se plantean también diversas cuestiones sobre la inscribibilidad de determinados pactos hipotecarios:

- Pacto de pago de primas de seguros por el banco que generan intereses de demora y están garantizados con hipoteca. Señala la DGRN que tienen trascendencia financiera y además naturaleza real, al estar garantizado con hipoteca, por lo que es inscribible.

- Pacto de hacer constar en escritura pública las nuevas edificaciones. No tiene naturaleza financiera ni trascendencia real, por lo que no es inscribible.
- Pacto de mantenimiento y conservación de los bienes hipotecados y permitir su inspección. Reconoce que no tiene carácter accesorio de la obligación principal, pero al no estar garantizado con hipoteca ni ser presupuesto del vencimiento anticipado de la obligación principal debe de considerarse no inscribible.
- Pacto de manifestaciones y obligaciones adicionales relacionadas con las causas de vencimiento anticipados. Al haberse inscrito las causas de vencimiento anticipado son inscribibles.
- Pactos de no enajenar y no arrendar sin autorización del acreedor, que los considera no inscribibles por contrarios a la normativa vigente, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Diciembre de 2009. Respecto de los arrendamientos diferencia entre los que están sujetos a purga en caso de ejecución hipotecaria y los que no (arrendamiento de viviendas sujetos a prórroga forzosa), pues en este segundo caso se considera válida la cláusula de prohibición, ya que puede resultar gravemente perjudicial para el acreedor el arrendamiento; pero incluso en estos casos hay que fijar un coeficiente objetivo que determine la disminución del valor que el arrendamiento puede ocasionar.
- Cláusula de vencimiento anticipado por inicio de procedimiento que conlleve anotación de embargo o por cambio material adverso. Tal como está redactada es desproporcionada y abusiva pues ni siquiera permite al deudor sustituir las garantías, además de que la hipoteca constituida es preferente sobre el futuro embargo.
- Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de determinados pactos. Siguiendo al TS diferencia aquellos casos en los que el incumplimiento afecte a obligaciones de carácter esencial, en cuyo caso estará justificada dicha cláusula, y los restantes casos en los que se considera injustificada y abusiva, como en el presente caso, ya que, además, los pactos son genéricos e indeterminados.
- Cláusulas de vencimiento anticipado por motivos varios, tales como por falsedad sustancial de los datos aportados por el deudor, por opinión desfavorable o denegada de los auditores de las cuentas respecto de éstas, por invalidez sobrevenida de las garantías prestadas, por la no restitución de ratios al nivel anterior, por incumplimiento de la obligación de prestar garantías por terceros o de constituir hipotecas, por incumplimiento del plan de desinversión,

por impedir el trabajo del experto financiero o si éste no enviara los informes previstos y ello no se subsanara por la entidad deudora.

Para el análisis de dichas cláusulas hay que partir de que el TS interpreta el artículo 1129 CC como norma dispositiva en el sentido de que no todo incumplimiento es causa de vencimiento anticipado de la obligación principal.

En el caso concreto el registrador rechaza las anteriores cláusulas de forma genérica, por contravención del 1129 CC, sin analizarlas individualmente ni fundamentar su denegación en alguno de los supuestos en los que sería posible (falta de trascendencia real, falta de relevancia, vinculación a comportamientos ajenos al deudor, facultad discrecional y desproporcionada, etc.) cuando lo cierto es que el rechazo exige una fundamentación individual y más precisa, y además alguno de dichos pactos guardan una relación esencial y directa con el acuerdo base de refinanciación, por lo que revoca la calificación del registrador en este punto.

- Cláusula de vencimiento anticipado por declaración de Concurso. Es contraria a lo dispuesto en la Ley Concursal, por lo que es no inscribible por ser contraria a Ley.

RESOLUCIÓN DE 09-06-2011 (BOE: 01-07-2011). JUICIO DE SUFICIENCIA.

Registro: Villalpando-Marta Polvorosa Mies.

En una escritura de compraventa el vendedor comparece representado por sus padres con un poder. La notario autorizante reseña el poder, da fe de que se le exhibe copia autorizada y emite el juicio de suficiencia del poder para el otorgamiento de la escritura de compraventa.

La registradora suspende la inscripción pues considera que el juicio notarial de suficiencia no contiene los elementos necesario para ejercer su función de calificación registral ya que la notario autorizante no expresa las concretas razones en las que se basa su juicio.

La DGRN revoca la calificación para ello argumenta su tradicional doctrina de que el juicio notarial de suficiencia no debe de contener transcripción total o parcial de facultades, bastando que el juicio no sea genérico sino que esté referido al caso concreto.

Partiendo del apartado 1.º del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar

en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

De acuerdo a la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

RESOLUCIÓN DE 13-06-2011 (BOE: 05-07-2011). NO CABE APORTACIÓN A GANANCIALES EN CONVENIO REGULADOR.

Registro: Valoria la Buena-Cristina González Hernández.

Se presenta testimonio de convenio regulador, aprobado por Sentencia de divorcio, en el que se incluyó en el inventario, entre otras, una finca privativa del marido. Se dice de ella que «es aportada por el mismo en este acto a la sociedad legal de gananciales, pasando a formar parte del activo de la misma» y luego se adjudica a la ex esposa. Tanto el terreno como la obra nueva (nave y vivienda) existente sobre la finca figuran inscritos en el Registro con carácter privativo del marido.

La registradora exige escritura pública para la citada aportación y echa también en falta la expresión de la causa de la adquisición.

La DGRN desestima confirma la nota de calificación. al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquéllos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y

Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras). Indudablemente, 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 en todo caso 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 (cfr. artículos 1397 y 1404 del Código Civil, y 18 de la Ley Hipotecaria).

Por otra parte, la especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora, y después practicar debidamente los asientos que procedan (vide artículos 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 y 193.2 de su Reglamento, y Resoluciones de 20 de febrero de 2003, 10 de marzo de 2004, 8 de junio de 2009, 29 y 31 de marzo de 2010 y 19 de enero de 2011).

En el presente caso no puede entenderse que el negocio jurídico celebrado tenga su adecuado reflejo documental.

En definitiva, la distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así con relación a su protección –cfr. artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil– como a su firmeza –cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil–); la indeterminación sobre la existencia de causa negocial propia de una liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, llevan a concluir que el documento calificado resulta insuficiente para acceder a la inscripción solicitada.

RESOLUCIÓN DE 18-06-2011 (BOE: 12-07-2011). CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE ANOTACIÓN PREVENTIVA PRORROGADA ANTES DE ENTRAR EN VIGOR LA LEC.

Registro: Molina de Segura 2-José María Ruiz Jiménez.

El recurso tiene su origen en la negativa del Registrador a cancelar por caducidad una anotación preventiva de embargo, que fue prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

Enjuiciamiento Civil, cuestión sobre la que ya existe doctrina consolidada de este Centro Directivo.

La DG confirma la nota de calificación. La introducción del párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario supuso la prórroga indefinida de estas anotaciones preventivas judiciales hasta que se dictara resolución firme en el proceso en que se hubieran adoptado, de manera que no caducaban por transcurrir el plazo de cuatro años. La nueva redacción del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, en virtud de la Disposición final novena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, incorpora en este punto una importante innovación: la posibilidad de solicitar, no una única prórroga, sino prórrogas sucesivas. En este sentido, para evitar la caducidad, se hace necesario solicitar sucesivas prórrogas de todas las anotaciones preventivas, incluidas las judiciales, sin que se pueda entender que éstas, una vez prorrogadas, no caducan hasta que así lo ordene expresamente la autoridad que las decretó. Desde esta perspectiva, el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario debe considerarse derogado.

Ocurre, sin embargo, que desde el punto de vista de Derecho transitorio, en el momento de entrar en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil, existían numerosas anotaciones preventivas, prorrogadas muchos años antes, sobre las que podía dudarse si iban a continuar o no en dicha situación de prórroga indefinida. Esta es la cuestión principal que se plantea en el presente recurso.

Con el objeto de resolver estos problemas de Derecho transitorio, se dictó la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de diciembre de 2000 que consideró derogado el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario, con base en lo cual se determinó que las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado en el Registro de la Propiedad antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, esto es, antes del 8 de enero de 2001, deben regirse por la legislación anterior. Por el contrario, las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado en el Registro de la Propiedad una vez en vigor la nueva redacción del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, caducarán automáticamente una vez transcurrido el plazo por el que se haya ordenado la prórroga, computado desde la fecha de la anotación misma de prórroga, pudiendo practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos.

En conclusión, con relación a las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no será necesario, por tanto, ordenar nuevas prórrogas, ni procederá practicar asiento alguno en el Registro de la Propiedad caso de que a pesar de todo se libre mandamiento de prórroga.

RESOLUCIÓN DE 20-06-2011 (BOE: 21-07-2011). MENCIÓN: NO ES MENCIÓN LA EXPRESIÓN NO INSCRITA DE CIERTAS CIRCUNSTANCIAS DESCRIPTIVAS.

Registro: Ayamonte-María Serrano Gotarredona.

Se presenta una instancia por la que se solicita la cancelación de una mención.

Se discute si la expresión “Asimismo la cruza en dirección de Saliente a Poniente, el antiguo ferrocarril, hoy abandonado, de Minas de Herrerías” que figura en la descripción de una finca constituye mención a los efectos del art. 29 LH o, por el contrario, resulta ser un elemento identificativo de la misma y, por tanto, delimitador del ámbito del dominio inscrito.

A juicio de la registradora que suscribe, se trata de un dato relativo a la descripción de la finca, pues se reconoce que está atravesada por el antiguo ferrocarril, o sea, que hay dentro de su contorno, no comprendida en su superficie, determinada porción que no pertenece a la finca. Por tanto, no se trata de una mención de derecho susceptible de inscripción separada y especial, sino de la delimitación de la propia finca, de lo que forma parte de su superficie y está dentro de su contorno y de lo que no lo está. Si el terreno que antes ocupaba la vía hoy ha sido incorporado a la finca, deberá presentarse oportunamente el título adquisitivo y proceder a la agrupación o agregación (previa su inmatriculación, en su caso, por los procedimientos previstos en la legislación hipotecaria). Si se entiende que hay una inexactitud registral en la descripción de la finca, será preciso acudir a los procedimientos previstos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes, presentando al efecto el título público a que se refiere el artículo 3 de la misma Ley.

La DG confirma la nota de calificación. Es evidente que la expresión controvertida en este caso no reúne las características de una mención en sentido técnico pues no hace referencia a un derecho, carga o afección y, además, en este caso la referencia a la existencia de un ferrocarril que divide la finca ya figuraba en una de las fincas que fueron agrupadas donde constaba expresamente que “está atravesada por la vía férrea de..., con una extensión de...” y que dicha finca consta con una cabida determinada “con exclusión de dicha faja, que no ha sido transmitida en la venta”, por lo que la simple supresión de la referencia al ferrocarril encubriría probablemente la incorporación de superficie nueva a la finca. En consecuencia desestima el recurso.

RESOLUCIÓN DE 24-06-2011 (BOE: 21-07-2011). REANUDACIÓN DEL TRACTO: EL EXPEDIENTE DE DOMINIO DEBE DECLARAR LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO.

Registro: Adra-Jacobo Jesús Fenech Ramos.

Se presenta en el Registro un auto judicial firme que, a efectos de la reanudación del tracto interrumpido, declara justificado el dominio a favor del promotor.

El registrador, además de otro defecto no recurrido, suspende la inscripción por no expresarse el título material de adquisición.

La DG confirma la nota de calificación. Entre los obstáculos para la inscripción, a los que alcanza la calificación registral de documentos judiciales según el citado artículo 100 del Reglamento Hipotecario, se encuentra la falta de expresión en éstos de las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Una de dichas circunstancias es el título genérico de la adquisición que debe figurar en el acta de inscripción, que no cabe confundir con el título formal en cuya virtud se practica aquélla. El título o causa de la adquisición determina la eficacia del derecho adquirido y, por lo tanto, de la inscripción. Si no se expresa tal título material no pueden saberse los efectos que la inscripción deba producir, que serán notablemente distintos si la adquisición fue a título oneroso o gratuito.

Es necesario indicar que lo señalado no quiere decir que la calificación suponga una injerencia en la resolución judicial, pues lo único que exige es que se aclare el título adquisitivo que alegaron los promotores del expediente y tampoco supone dicha calificación que se sugiera una revisión de la resolución judicial, pues el defecto podrá ser subsanado mediante la certificación que, con vista del expediente, acredite el título alegado, o bien, si, como parece, no se ha expresado el título material en dicho expediente, mediante la presentación complementaria de dicho título por los interesados.

RESOLUCIÓN DE 27-06-2011 (BOE: 21-07-2011). SOCIEDAD LIMITADA: LIQUIDACIÓN: EL PODER DADO POR UNA SOCIEDAD NO SE EXTINGUE POR PASAR ÉSTA A ESTADO DE LIQUIDACIÓN.

Registro: Terrassa-Eva María Corbal San Adrián.

Una sociedad, en fase de liquidación, comparece para vender por medio de un apoderado con un poder otorgado con anterioridad al inicio de dicha fase, inscrito y vigente en el Registro Mercantil y juzgado suficiente por la notario autorizante.

El registrador entiende que el poder está extinguido, porque la representación de la sociedad la tienen ahora solo los liquidadores. Además exige transcripción de las facultades del poder para calificar la congruencia del juicio del notario.

Indica la DG que el primer defecto no puede mantenerse puesto que si no existe una causa legal de extinción del poder sólo la voluntad del poderdante o del apoderado producen la extinción, de donde se sigue que, no dándose ninguna de aquéllas, el poder de representación continúa vigente.

Las anteriores consideraciones son igualmente aplicables a los poderes conferidos por personas jurídicas y, señaladamente, por sociedades de capital pues en ellas la voluntad social, ejercida por quien tenga atribuido el poder orgánico de representación, será la que determine si un poder concreto a favor de un tercero es revocado o no.

A falta de voluntad expresa de revocar los poderes voluntarios conferidos en nombre de la sociedad, los mismos subsisten a pesar de la situación de liquidación en que se encuentre la sociedad.

No es óbice a lo anterior que el contenido del poder de representación voluntaria pueda inferirse que el mismo no continúe vigente en tal circunstancia, pero en tal caso estaríamos ante un problema distinto, de interpretación de la voluntad del poderdante y no ante un problema de ineficacia ex lege. Cuestión distinta es que las facultades conferidas al apoderado deban ser ejercitadas de conformidad a la situación de liquidación en que se encuentra la sociedad. Es precisamente el órgano social que tiene encomendada la gestión y representación orgánica, el liquidador, el que debe velar porque así sea y tomar las decisiones al respecto dentro del amplio abanico de posibilidades que la Ley le ofrece, incluida la revocación.

En cuanto al segundo defecto señalado, tampoco puede mantenerse. Para ello argumenta su tradicional doctrina de que el juicio notarial de suficiencia no debe de contener transcripción total o parcial de facultades, bastando que el juicio no sea genérico sino que esté referido al caso concreto.

Partiendo del apartado 1.º del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la

exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

De acuerdo a la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

RESOLUCIÓN DE 01-07-2011 (BOE: 11-08-2011). TRACTO SUCESIVO.

Registro: Ayamonte.

Recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Ayamonte a la inscripción de un mandamiento judicial en expediente de tracto sucesivo.

Se plantea en el presente recurso la posibilidad de inscribir una rectificación en el Registro sobre el dominio de una parte indivisa de una finca como consecuencia de una sentencia firme, siendo así que la demanda se dirigió contra quienes, por sus apellidos, parecen ser los hijos de los titulares registrales.

La registradora atribuye a la documentación presentada el defecto de que es necesario acreditar la circunstancia de que los demandados son herederos de los titulares registrales.

La Dirección confirma el defecto y repite su reiterada doctrina sobre calificación registral de documentos judiciales, el tracto sucesivo, la interdicción de indefensión y la calificación de obstáculos que surjan del Registro (art. 100 RH).

Dice la DG, que la sentencia se ha dictado en un procedimiento en que han sido demandados quienes parecen ser herederos del matrimonio que es titular registral. Es evidente que esta circunstancia debe acreditarse mediante la aportación de los documentos correspondientes, que no son otros que los establecidos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, y 76 de su

Reglamento, es decir, el título sucesorio, acompañado de certificados de defunción y últimas voluntades de los titulares registrales.

RESOLUCIÓN DE 06-07-2011 (BOE: 11-08-2011). MEDIOS DE PAGO.

Registro: Guadarrama.

Recurso interpuesto por el notario de Madrid, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Guadarrama, a inscribir una escritura de compraventa.

En una escritura de compraventa se expresa que el precio de la compra se pagó de la siguiente forma: a) 20.000 euros declara la parte vendedora haberla recibido con anterioridad a este acto mediante transferencia bancaria que no se acredita al notario. b) El resto de 372.000 euros declara la parte vendedora recibirlo en este acto de la compradora mediante un cheque bancario de la entidad Banco..., con cargo a la cuenta 0030... del que se incorpora fotocopia a la escritura.

La registradora suspende la inscripción alegando: a) sobre la transferencia, que no resulta la cuenta de cargo ni la cuenta de abono; b) y sobre el cheque, que «es necesario que se exprese el código de la cuenta de cargo o, en sustitución de ésta, el hecho de tratarse de cheque bancario librado contra entrega de metálico».

La Dirección reitera su doctrina sobre la justificación de los medios de pago y su calificación registral (R. 02.06.2009 o R. 05.03.2010) y así, admite el primer defecto, en cuanto a la transferencia bancaria, pues se omiten los demás datos cuya constancia en dicho título ha de ser objeto de calificación registral: bien la cuenta de cargo y de abono o bien los demás datos cuya constancia impone el mencionado precepto reglamentario (art. 177.5 RN: ... el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria).

Y revoca el segundo pues concluye la exigencia de la registradora sobre la necesidad de expresar el código de la cuenta de cargo es infundada, pues este extremo no figura entre aquellos cuya omisión genera el cierre del Registro. (art. 254 LH);.

RESOLUCIÓN DE 06-07-2011 (BOE: 11-08-2011). PRINCIPIO PRIORIDAD.

Registro: Oropesa del Mar nº 2.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Oropesa del Mar nº 2, por la que se deniega la inscripción de un acta de manifestaciones.

Inscritas una serie de fincas segregadas de una matriz, se presenta una acta en la que se protocolizan las escrituras de venta, para tratar de demostrar que el resto de la matriz también se vendió vinculado por cuotas a las distintas parcelas; pero posteriormente se presenta un título contradictorio, en el que el primitivo vendedor vende a un tercero el resto de la matriz.

El registrador deniega la inscripción del acta por la presencia del título contradictorio.

La Dirección, sin entrar a valorar si el título presentado es formalmente inscribible puesto que no ha sido alegado en la nota, rechaza el defecto basándose en el principio de prioridad.

Repasa su doctrina de las R. 02.10.1981 y R. 07.06.1993, en el sentido de que *“los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, con el fin de evitar asientos inútiles que deberían cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos”*. Ahora bien, esta misma doctrina, señala, que ha exigido siempre que se respete el principio de prioridad registral, y que no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida –el de prioridad– obligando al registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título.

RESOLUCIÓN DE 07-07-2011 (BOE: 11-08-2011). DERECHO EXTRANJERO; PRUEBA.

Registro: Roses nº 2.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Roses nº 2 por la que se deniega la inscripción de una escritura de partición de herencia.

Se trata de una escritura de herencia de un holandés, que falleció sin dejar testamento en España, pero sí otorgó testamento en Holanda; según la legislación holandesa, que la notaria española declara conocer en este punto, y sirviendo como base el testamento, se tramitó en los Países Bajos acta de declaración de herederos, que es el título sucesorio de conformidad con el Derecho neerlandés; la notaria incorpora el acta en idioma neerlandés a la

escritura, y en ésta transcribe lo esencial y hace constar que en lo omitido no hay nada que altere, modifique o condicione lo transcrito.

La registradora exige una transcripción total de dicho título sucesorio.

Recuerda la DGRN que las autoridades no jurisdiccionales (es decir, notarios y registradores, entre otros) no están obligadas a conocer el derecho extranjero, pero si lo conocen basta su aseveración o juicio de suficiencia para entender probado dicho derecho extranjero.

Por otro lado, precisa que el conocimiento del derecho extranjero no solo ha de referirse a su contenido (es decir a textos legales aislados), sino también a su vigencia, y, por tanto, al sentido, alcance e interpretación de la jurisprudencia de dicho país sobre dichos textos.

En el caso presente resuelve la DGRN que la exigencia de la registradora de transcripción total solo estaría justificada si hubiera alegado que conoce el derecho holandés y que esa transcripción total es necesaria para comprobar determinados requisitos exigidos por la legislación holandesa. En consecuencia, ante la falta de justificación por la registradora de su exigencia, ha de prevalecer la aseveración notarial y por ello revoca la calificación.

RESOLUCIÓN DE 08-07-2011 (BOE: 10-08-2011). PRESUNCIÓN GANANCIALIDAD.

Registro: Madrid nº 39.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad accidental de Madrid nº 39 por la que se suspende la inscripción de un testimonio de auto aprobatorio de transacción judicial.

Una finca figura inscrita a favor de una persona pero con carácter presuntivamente ganancial a favor de su segundo marido; del Registro resulta el fallecimiento de la titular registral así el de como su marido, este último con posterioridad y con un testamento instituyendo heredera a sus esposa. Ahora se presenta un testimonio de auto de homologación judicial de acuerdo adoptado por las partes en proceso de juicio ordinario, con efecto de transacción judicial, en la que las demandadas, herederas de la titular pero no del esposo, puesto que eran hijas del primer matrimonio, reconocen a favor de los demandantes que suscribieron un contrato privado de compraventa y se avienen a que se inscriba el referido contrato de compraventa.

El registrador suspende la inscripción por aparecer la finca inscrita a nombre de terceras personas distintas de la demandada (el segundo esposo) y por faltar la acreditación de la situación arrendaticia de la finca.

La Dirección confirma ambos defectos, respecto al primero, sin entrar a valorar ahora –por no haberse planteado en la nota de calificación– si la homologación judicial de un acuerdo privado de compraventa es título apto para la inscripción en el Registro de la Propiedad, porque aunque los actos dispositivos sobre bienes registrados a favor del causante pueden ser inscritos sin necesidad de previa partición hereditaria siempre que aparezcan otorgados por quienes acrediten ser todos los llamados a la herencia (Art.20 5º. 2.º LH), en este caso las demandadas son herederas de la titular pero no del cónyuge favorecido por la presunción de ganancialidad -ya que éste falleció con posterioridad a su esposa instituyéndola heredera pero sin establecer sustitución alguna, de modo que, de acuerdo con el artículo 912.3 CC, procederá la apertura de la sucesión intestada-. De modo que para que sea posible la inscripción pretendida habría que: o bien destruir la presunción de ganancialidad acreditando la condición de privativa de la finca, o bien acreditar que en el momento de la adquisición el titular registral no se encontraba casado con el favorecido por la presunción de ganancialidad, en cuyo caso deberán ratificar el convenio los herederos del verdadero cónyuge favorecido con la presunción de ganancialidad en el momento de la adquisición. Entretanto no puede practicarse la inscripción sin el consentimiento de los herederos de quien en el Registro aparece favorecido con tal presunción.

Respecto al defecto relativo a la situación arrendaticia de la vivienda también se confirma, ya que del auto no resulta declaración alguna de las vendedoras relativa a que la vivienda cuya venta se reconoce no se halle arrendada, o en su caso, la justificación de que han tenido lugar las notificaciones previstas en el art. 25 LAU.

II.- MERCANTIL.

RESOLUCIÓN DE 08-07-2011 (BOE: 10-08-2011). SOCIEDAD LIMITADA; CONVOCATORIA DE LA JUNTA.

Registro: Mercantil y de Bienes Muebles I de Alicante.

Recurso interpuesto por el notario de Madrid contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Alicante a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

En los estatutos de una sociedad limitada que se constituye se establece que «la convocatoria de la junta deberá hacerse. por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios.».

El registrador exige que se especifique en los estatutos un único y concreto sistema de comunicación, pues es contrario al art. 173.2 LSC y 186 RRM, en aras a la seguridad jurídica.

Pero la Dirección revoca el defecto, pues la exigencia del registrador no puede estimarse suficientemente fundado en la letra de la norma del art. 173 LSC ni en su 'ratio legis', dada la flexibilidad del régimen jurídico de la sociedad limitada que permite el establecer como forma de convocatoria un sistema genérico, dado que “falta de una previsión normativa de la que se desprenda clara y terminantemente lo contrario”.

RESOLUCIÓN DE 09-07-2011 (BOE: 10-08-2011). PODER OTORGADO POR ADMINISTRADOR.

Registro: Mercantil y de Bienes Muebles VIII de Madrid.

Recurso interpuesto por el notario de Madrid contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles VIII de Madrid, por la que resuelve no practicar la inscripción de una escritura de poder general.

Poder otorgado, según se dice en la escritura, por un administrador único, que según el registro es administrador solidario de la sociedad. Se suspende la inscripción por dicho motivo en base al art. 58 del RRM.

El notario rectifica y recurre, dice en su escrito que “la confusión que reprocha el texto de la nota es totalmente cierta” pero que “sentado lo anterior, procede examinar si este error es de tal trascendencia que justifique la denegación de la inscripción del poder” estimando que ello es “irrelevante a efectos del otorgamiento del poder” pues tanto como único, como solidario, tiene facultades bastantes para ello.

La DG revoca la nota de calificación y dice que el error es irrelevante; no debió en ningún caso impedir la inscripción de la escritura de poder, pues en ambos casos –administrador único o solidario– está legitimado para otorgarla. Termina diciendo que las discordancias derivadas de errores que son fácilmente apreciables no deberían dar lugar a recurso.

RESOLUCIÓN DE 01-06-2011 (BOE: 01-07-2011). SOCIEDAD ANÓNIMA: CUENTAS: NO TIENEN QUE AUDITARSE LAS

PRIMERAS QUE SE PREPAREN TRAS LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

Registro: Huelva-Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazabal.

Se presentan para su depósito cuentas anuales del ejercicio de 2009 de una sociedad que ha sido declarada en concurso voluntario de acreedores el 12 de marzo de 2010.

La Registradora mercantil se niega a practicar el depósito de cuentas anuales porque, a su juicio, es preceptivo el informe del Auditor de cuentas.

La DG revoca la nota de calificación señalando que la norma del artículo 46.1 de la Ley Concursal exceptúa dicha obligación respecto de las primeras cuentas anuales que se preparen una vez que la administración concursal esté en funciones.

La obligación de someter a auditoría las cuentas rige únicamente para las cuentas que se formulen respecto del ejercicio cerrado una vez declarado el concurso e iniciada la actividad de la administración concursal. En el presente caso, admitido por la Registradora –al rectificar en su informe el segundo de los defectos impugnados– que los Administradores concursales han cumplido su obligación de supervisar las cuentas anuales del ejercicio de 2009 y la de presentar al Juez del concurso el informe preceptivo, debe revocarse el defecto invocado por aquélla.

COMENTARIO: Por la finalidad perseguida por las normas que disciplinan la materia, deben quedar exceptuadas de auditoría todas aquellas cuentas anuales que queden comprendidas en el informe que de conformidad con el art. 75 de la Ley Concursal los administradores deben presentar al Juez del concurso en el plazo de 2 meses prorrogable por otro más. Es decir, que habrá de estarse a cada caso concreto para calificar si es o no preciso el informe de auditoría.

RESOLUCIÓN DE 04-06-2011 (BOE: 01-07-2011). SOCIEDAD LIMITADA: CONSTITUCIÓN POR PROCEDIMIENTO DE URGENCIA: NO ES NECESARIO ACREDITAR LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO. OBJETO DEFINIDO POR CRITERIO DE ACTIVIDAD SIN REFERENCIA AL SECTOR ECONÓMICO. CONVOCATORIA DE LA JUNTA POR MEDIOS TELEMÁTICOS.

Registro: Mercantil IV Valencia-Luis Orts Herranz.

Se constituye una sociedad de responsabilidad limitada por el procedimiento establecido en el apartado dos del artículo 5 del Real Decreto-

Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, con la consiguiente incorporación de Estatutos sociales ajustados a los aprobados por Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre.

El Registrador califica negativamente determinadas disposiciones estatutarias relativas al objeto social, a la forma de la convocatoria de las Juntas Generales y al órgano de administración. Asimismo, considera que debe solicitarse o practicarse la liquidación de los tributos correspondientes al acto que se pretende inscribir.

La DG estima parcialmente el recurso y revoca la calificación impugnada, salvo en cuanto al defecto relativo a la exigencia de concreción del número de administradores solidarios, o al menos el número mínimo y máximo.

En primer lugar señala que el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados exige para su admisibilidad en oficinas o Registros Públicos que conste declarada la exención por la Administración Tributaria competente, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento. Pero es igualmente cierto que el artículo 123 del Reglamento de dicha Ley deja a salvo lo previsto en la legislación hipotecaria, remisión que debe entenderse realizada también a la normativa específica sobre la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil y en el ámbito de dicha normativa deben también tenerse en cuenta las mencionadas disposiciones del Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. Precisamente por ello, en atención a la exención aplicable a la constitución de sociedades mercantiles por aplicación del artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, y en consonancia con los fines de agilización y reducción de cargas administrativas de este último, debe concluirse que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Así lo ha entendido este Centro Directivo en la Instrucción de 18 de mayo de 2011, la cual además dispone que, en estos casos, una vez practicada la inscripción, el Registrador Mercantil, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción.

En segundo lugar, respecto a la calificación estatutaria relativa al objeto social, la DG indica que se ha considerado que esas actividades especificadas en la disposición estatutaria cuestionada por la calificación impugnada acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad pretende desarrollar su objeto (cfr. las Resolución de 23 de marzo de 2011 y la Instrucción de 18 de mayo de 2011).

En cuanto al defecto indicado por el Registrador relativo a la cláusula estatutaria relativa a la forma de convocatoria a través de procedimientos telemáticos mediante el uso de firma electrónica; la DG advierte que, teniendo en cuenta el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria de la Junta General en sustitución de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario, deberá apreciarse si con los mismos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal. En este sentido, la previsión contenida sobre este punto en la Orden JUS/3185/2010, el criterio mantenido por el Registrador al rechazar esos procedimientos alternativos no puede estimarse suficientemente fundado en la letra de la norma y sería contrario a la finalidad de flexibilidad y simplificación perseguida por ésta.

Por último, debe abordarse la objeción expresada en la calificación referente a la determinación como sistema de administración de la sociedad, contenida en los estatutos sociales objeto de aquélla, relativa a «varios administradores solidarios», que exige concretar el número de ellos, o al menos el número mínimo y máximo. Teniendo en cuenta el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, el Centro Directivo en las Resoluciones de 23 de marzo y 11 de mayo de 2011 ha estimado que la norma actualmente vigente, relativa al número de administradores, extiende a la sociedad limitada una exigencia que antes se establecía únicamente para la sociedad anónima, debiendo concluirse que los Estatutos que se adopten en aplicación del régimen específico para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital social no sea superior a 3.100 euros conforme al artículo 5.dos del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, no sólo pueden sino que deben fijar el número de administradores en los términos referidos.

RESOLUCIÓN DE 15-06-2011 (BOE: 05-07-2011). CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD POR VÍA TELEMÁTICA: LIQUIDACIÓN DE IMPUESTOS Y PROVISIÓN DE FONDOS PARA EL BORME.

Registro: IV Valencia- Luis Orts Herranz.

Se trata de la constitución de sociedad limitada profesional, presentada telemáticamente, en cuyos estatutos, entre las modalidades del órgano de administración, se prevén más de dos administradores mancomunados y un consejo de administración.

El registrador califica negativamente por los dos siguientes defectos: 1. No se justifica la presentación en la Oficina Liquidadora -Art. 86 RRM-. 2. Falta la provisión de fondos para el Borme -Art. 426 del RRM-.

La DGRN, revoca el primer defecto y confirma el segundo. Respecto del primer defecto señala que es cierto que el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil exige para la práctica del asiento de inscripción en dicho Registro la previa justificación de que se ha solicitado o practicado la liquidación de los tributos que graviten sobre el acto o contrato cuya inscripción se pretenda. Y, en general, respecto de los documentos que contengan actos o contratos sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el artículo 54 del texto refundido de la Ley de dicho impuesto exige para su admisibilidad en Oficinas o Registros Públicos que conste declarada la exención por la Administración Tributaria Competente, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento. Pero es igualmente cierto que el artículo 123 del Reglamento de dicha Ley deja a salvo lo previsto en la legislación hipotecaria, remisión que debe entenderse realizada también a la normativa específica sobre la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil y en el ámbito de dicha normativa deben también tenerse en cuenta las mencionadas disposiciones del Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. Precisamente por ello, en atención a la exención aplicable a la constitución de sociedades mercantiles por aplicación del artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, debe concluirse que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Así lo ha entendido este Centro Directivo en la Instrucción de 18 de mayo de 2011, la cual además dispone que, en estos casos, una vez practicada la inscripción, el Registrador Mercantil, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción.

Por lo que se refiere a la acreditación de la correspondiente provisión de fondos para la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», debe confirmarse el criterio del Registrador. La exención de tasas de publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» únicamente es aplicable a las sociedades que, según ha quedado expresado en el segundo Fundamento de Derecho de esta resolución, tengan las características tipológicas descritas en el artículo 5, apartados Uno y Dos, del Real Decreto-ley 13/2010 (tipo social, capital social, socios personas físicas, estructura del órgano de administración y, en su caso, incorporación de Estatutos-tipo), pues sólo para tales sociedades se establece que la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» «estará exenta del pago de tasas» –cfr. letra f) del referido apartado Uno–.

RESOLUCIÓN DE 17-06-2011 (BOE: 05-07-2011). SOCIEDAD LIMITADA: ESTATUTOS: EL OBJETO SOCIAL DEBE SER CONCRETO Y DETERMINADO.

Registro: III Valencia- Carlos Javier OrtsCalabuig.

Se constituye una sociedad de responsabilidad limitada con el siguiente objeto social: «Asesoramiento, formación y soluciones de calidad en materia de gestión de proyectos, inteligencia competitiva, vigilancia tecnológica, marketing, publicidad, tecnologías de la información, recursos humanos, mejora de productividad, estrategia, reingeniería de procesos, mejora de la competitividad y cualquier otra actividad o proyecto que pueda requerir de un servicio especializado de carácter innovador, el fomento del empleo y la igualdad de géneros».

El Registrador Mercantil deniega la inscripción del último inciso («y cualquier otra actividad o proyecto que pueda requerir de un servicio especializado de carácter innovador, el fomento del empleo y la igualdad de géneros»), por entender que vulnera la exigencia legal de determinación.

La DG revoca la calificación: Tanto el artículo 23.b) de la Ley de Sociedades de Capital como el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil exigen que la definición estatutaria del objeto social se realice mediante la determinación de las actividades que lo integren.

Con carácter general, debe entenderse que esa determinación ha de hacerse de modo que acote suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil legal o socialmente demarcados. La citada disposición reglamentaria especifica el contenido de esa determinación mediante una doble limitación: a) no pueden incluirse en el objeto «los actos jurídicos necesarios para la realización o el desarrollo de las actividades indicadas en él»; y b) en ningún caso puede incluirse como parte del objeto social «la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado».

Ahora bien, tal exigencia legal y reglamentaria no puede implicar que una redacción de las disposiciones estatutarias definitivas del objeto social como la ahora cuestionada por el registrador haya de ser rechazada. Según la Resolución de 1 de diciembre de 1982, *«únicamente habrá indeterminación cuando se utilice una fórmula onmicomprensiva de toda posible actividad comercial o industrial en donde se empleen unos términos generales, pero no existirá esta indeterminación si a través de términos concretos y definidos se señala una actividad de carácter general»* y *«no cabe entender como fórmula onmicomprensiva e indeterminada aquella que tiene por objeto la promoción y desarrollo de empresas de todo tipo... y no puede entenderse incluidas en las fórmulas de tipo indeterminado que no ha autorizado su inscripción en el Registro este Centro directivo»*.

En el presente supuesto, dado que la expresión controvertida se pone en relación con el resto del contenido del artículo de los Estatutos Sociales relativo al objeto social no puede entenderse contraria a las exigencias de determinación derivada del mencionado precepto reglamentario.

RESOLUCIÓN DE 21-06-2011 (BOE: 12-07-2011). SOCIEDADES TELEMATICAS: AUTOLIQUIDACIÓN Y OBJETO SOCIAL.

Registro: La Rioja-María Celia Meneses Martínez-Bernal.

Se presenta telemáticamente una constitución de sociedad limitada del nº 3 del art. 5 del RDL 13/2010, es decir de las que pudiéramos llamar normales u ortodoxas, sin beneficios arancelarios, ni de exención de pago del Borme y sin estatutos modelo.

El Registrador considera que debe acreditarse la autoliquidación del documento respecto de los tributos correspondientes al acto que se pretende inscribir.

La DG estima el recurso recordando que el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados exige para su admisibilidad en oficinas o Registros Públicos que conste declarada la exención por la Administración Tributaria competente, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento. Pero es igualmente cierto que el artículo 123 del Reglamento de dicha Ley deja a salvo lo previsto en la legislación hipotecaria, remisión que debe entenderse realizada también a la normativa específica sobre la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil y en el ámbito de dicha normativa deben también tenerse en cuenta las mencionadas disposiciones del Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. Precisamente por ello, en atención a la exención aplicable a la constitución de sociedades mercantiles por aplicación del artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, y en consonancia con los fines de agilización y reducción de cargas administrativas de este último, debe concluirse que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Así lo ha entendido este Centro Directivo en la Instrucción de 18 de mayo de 2011, la cual además dispone que, en estos casos, una vez practicada la inscripción, el Registrador Mercantil, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción.

RESOLUCIÓN DE 22-06-2011 (BOE: 21-07-2011). SOCIEDAD LIMITADA: UNIPERSONALIDAD: SU FALTA DE INSCRIPCIÓN NO OBSTA A LA INSCRIPCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.

Registro: II Málaga-Constantino Reca Antequera.

Consta en el registro una sociedad como unipersonal. Se presenta ahora escritura de acuerdos de Junta Universal de dicha sociedad, en la que se adoptan determinados acuerdos relativos al cese y nombramiento de administradores.

El registrador suspende la inscripción por el siguiente defecto: “Según se desprende de la certificación, la sociedad ha perdido el carácter de unipersonal, cuya constatación registral es previa y obligatoria (arts. 13 L. S. C. y 11 y 203 R. R. M.)”.

La DG estima el recurso por entender que la circunstancia de que los asientos registrales hagan pública una situación de unipersonalidad no puede constituir óbice alguno a la inscripción de acuerdos sociales adoptadas por el órgano competente, como es en este caso la Junta General por tratarse de acuerdos sobre cambio de sistema de administración y cambio de administradores –cfr. artículos 159.1, 160.b) y 210.3 de la Ley de Sociedades de Capital–.

La exigencia pretendida por el registrador sobre el previo reflejo registral de la pérdida de la situación de unipersonalidad de la sociedad no aparece establecida en precepto alguno y resulta contradicha en la propia Ley de Sociedades de Capital, que no contempla expresamente sanción alguna para la falta de esa constancia registral. En el Registro Mercantil el principio de tracto sucesivo no funciona como en un registro de bienes.

RESOLUCIÓN DE 29-06-2011 (BOE: 21-07-2011). SOCIEDAD LIMITADA: CONSTITUCIÓN POR PROCEDIMIENTO DE URGENCIA: NO ES NECESARIO ACREDITAR LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO. OBJETO DEFINIDO POR CRITERIO DE ACTIVIDAD SIN REFERENCIA AL SECTOR ECONÓMICO. CONVOCATORIA DE LA JUNTA POR MEDIOS TELEMÁTICOS.

Registro: I Palma de Mallorca-Mariano Álvarez Pérez.

Se constituye una sociedad de responsabilidad limitada por el procedimiento establecido en el apartado dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, con la consiguiente incorporación de estatutos sociales ajustados a los aprobados por Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre.

El registrador resuelve no practicar la inscripción solicitada porque considera que debe acreditarse la autoliquidación del documento respecto de los tributos correspondientes al acto que se pretende inscribir. Además, fundamenta su negativa en el hecho de que la denominación social no coincide con la que figura en el certificado del Registro Mercantil Central. Y, por último, califica negativamente determinadas disposiciones estatutarias relativas al objeto social, a la forma de la convocatoria de las juntas generales y al órgano de administración.

La DG estima parcialmente el recurso y revocar la calificación impugnada, salvo en cuanto al defecto relativo a la exigencia de concreción del número de administradores solidarios, o al menos del número máximo.

En primer lugar señala que el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados exige para su admisibilidad en oficinas o Registros Públicos que conste declarada la exención por la Administración Tributaria competente, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento. Pero es igualmente cierto que el artículo 123 del Reglamento de dicha Ley deja a salvo lo previsto en la legislación hipotecaria, remisión que debe entenderse realizada también a la normativa específica sobre la inscripción de las sociedades en el Registro Mercantil y en el ámbito de dicha normativa deben también tenerse en cuenta las mencionadas disposiciones del Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. Precisamente por ello, en atención a la exención aplicable a la constitución de sociedades mercantiles por aplicación del artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, y en consonancia con los fines de agilización y reducción de cargas administrativas de este último, debe concluirse que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Así lo ha entendido este Centro Directivo en la Instrucción de 18 de mayo de 2011, la cual además dispone que, en estos casos, una vez practicada la inscripción, el Registrador Mercantil, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción.

Por lo que se refiere a la denominación social, el registrador rechaza la inscripción porque la denominación que figura en el artículo 1.º de los estatutos sociales («Alja Investements 1, S.L.») no coincide exactamente con la que consta en la certificación de denominación social incorporada a la escritura («Alja Investment 1, S.L.»). La DG señala que el correcto ejercicio de la función calificadora del registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato verdadero.

En el presente caso, si se atiende al íntegro contenido de la escritura calificada resulta con suficiente claridad cuál es la denominación social adoptada, y por ello, el simple error material padecido en el artículo 1 de los estatutos no debería constituir en sí materia de recurso y puede ser fácilmente corregido, dada su escasa entidad, por el buen sentido del registrador sin necesidad incluso de que se subsane a través del medio establecido en el 153 del Reglamento Notarial.

Respecto a la disposición Estatuaria relativa al objeto social, según la calificación registral las frases “el comercio al por mayor y al por menor y prestación de servicios” suponen indeterminación del objeto social que tiene que quedar claramente especificado (art. 178 RRM y RDGR 25-VII-92, 19-VI-93, 17-IV-98, 25-X-04, etc.). Según la DG para resolver dicha cuestión debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que las referidas expresiones coinciden con las previstas como contenido de los Estatutos-tipo aprobados por Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, en desarrollo del citado artículo 5.Dos del Real Decreto-ley 13/2010; a efectos de la citada normativa, se ha considerado que esas actividades especificadas en la disposición estatutaria cuestionada por la calificación impugnada acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad pretende desarrollar su objeto.

Por otro lado, el registrador rechaza la inscripción de la disposición estatutaria que, reproduciendo el artículo 5 de los Estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, previene que «...La convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica. En caso de no ser posible se hará mediante cualquier otro procedimiento de comunicación, individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto o en el que conste en el libro registro de socios...». Según la DG para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria de la junta general en sustitución de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario, deberá apreciarse si con los mismos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal.

La previsión contenida sobre este punto en la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, tiene como presupuesto la consideración de que, atendiendo a la finalidad de la norma del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, debe admitirse, con la necesaria flexibilidad, la utilización de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica, en consonancia con la pretensión por parte del legislador de impulsar el uso de tales instrumentos tecnológicos también por los ciudadanos. Desde este punto de vista, es indudable que dicha comunicación puede asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio. Por ello, el criterio mantenido por el registrador no puede estimarse suficientemente fundado en la letra del artículo 173 de la Ley

de Sociedades de Capital y sería contrario a la finalidad de flexibilidad y simplificación perseguida por esta norma.

Por último, debe abordarse la objeción expresada en la calificación impugnada según la cual la determinación como sistema de administración de la sociedad, contenida en los estatutos sociales objeto de aquélla, relativa a «varios administradores solidarios», exige concretar el número de ellos, o al menos el número máximo. Debe concluirse que los estatutos que se adopten en aplicación del régimen específico para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital social no sea superior a 3.100 euros conforme al artículo 5.dos del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, no sólo pueden sino que deben fijar el número de administradores en los términos referidos. Por ello, debe confirmarse en este punto el criterio del registrador, sin bien el defecto invocado podrá subsanarse fácilmente mediante la especificación mencionada.

RESOLUCIÓN DE 04-07-2011 (BOE: 11-08-2011). CONCURSO; DEPOSITO CUENTAS.

Registro: Mercantil y de Bienes Muebles I de Barcelona.

Recurso interpuesto por Comercial del Ferro Manufacturat del Vallés, SL, contra la denegación del depósito de las cuentas anuales de la entidad por la registradora mercantil y de bienes muebles I de Barcelona.

Se trata de dilucidar si puede practicarse el depósito registral de las cuentas de una entidad concursada cuando quien expide la certificación acreditativa del acuerdo de aprobación de las mismas es el liquidador, con cargo ya cesado.

Pone de manifiesto la Registradora en su nota que según resulta de la inscripción 6ª de la hoja de la sociedad, en virtud de Auto dictado por el Juzgado Mercantil de Barcelona, se cesó al liquidador de la sociedad, quien en tal condición expide la certificación acreditativa del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, y se ordenó su sustitución por la administración concursal.

El interesado recurre poniendo de manifiesto que el cese de los administradores, en fase de liquidación, es sólo a efectos patrimoniales y que, por tanto, los órganos de la sociedad conservan sus facultades de convocar Juntas y de certificar de los acuerdos sociales.

La Dirección reitera una vez más su doctrina de que no puede recurrirse contra asientos ya practicados, los cuales deben rectificarse por acuerdo de los interesados o por resolución judicial. Pero es que, además, el asiento de cese resulta conforme con lo dispuesto en el art. 145.3 de la Ley Concursal

22/09.07.2003, en el que se establece que, si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución –si no estuviese acordada– y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Ciertamente, señala la DG que «con la denominación aparentemente unitaria de administración concursal coexisten situaciones y regímenes muy diversos», pero en este caso está claro que el auto «declaró la conclusión de la fase común del concurso así como la apertura de la fase de liquidación, dejando sin efecto las facultades de administración y disposición del concursado»; que no se trataba de una mera intervención; que «entre las facultades de administración han de entenderse incluidas las de convocar la junta de la sociedad, y las de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados, que corresponderán por tanto a la administración concursal y no al liquidador cesado» (ver arts. 7, 11.3 y 109 RRM); y que el art. 46 L. 22/2003 dice que la formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponderá al deudor bajo la supervisión de los administradores concursales, en caso de intervención, y a estos últimos en caso de suspensión.

RESOLUCIÓN DE 07-07-2011 (BOE: 10-08-2011). SOCIEDAD LIMITADA; AUTOCONTRATACIÓN Y QUÓRUM.

Registro: Mercantil y de Bienes Muebles II de Madrid.

Recurso interpuesto por un notario de Madrid, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Madrid, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Como cuestión previa de índole procedimental, a la que se refiere el Registrador en su informe, indica la Dirección que debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria, según la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso. Se trata de una norma que reconoce la posibilidad de recurso para revisar la calificación con el alcance legalmente previsto, y no sólo a efectos doctrinales.

El primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, considera el registrador mercantil que al tratarse de una escritura de constitución de una sociedad cuyo único otorgante interviene en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único, de otra sociedad, «se produce una

colisión de intereses que sólo puede ser salvada a través del acuerdo de la Junta General de la sociedad representada».

Para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta que no es lo mismo contemplar la situación de autocontratación, o de doble o múltiple representación, cuando se trate de contratos onerosos con recíprocas obligaciones entre las partes, en los que por su naturaleza hay intereses contrapuestos, que cuando se trate de contratos asociativos, en los que concurren declaraciones convergentes para consecución de un fin común. Rechaza la DG el defecto pues, el propio concepto de negocio societario excluye en principio la confrontación de intereses de las partes que lo celebran, al concurrir una causa comercial común orientada a la consecución del fin social. Así, prevalece la satisfacción del interés común sobre una eventual confrontación de los intereses de las partes.

Respecto del segundo de los defectos invocados por el registrador, los estatutos sociales disponen que «se requerirá el voto favorable de al menos el sesenta por ciento de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social» para la adopción de determinados acuerdos, entre los cuales algunos están incluidos en la norma del artículo 199.b) de la Ley de Sociedades de Capital, que exige para su adopción el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a todas las participaciones sociales. Defecto confirmado por la DG por la remisión general que hacen los estatutos a las normas legales.