

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- EL CRÉDITO RESIDENCIAL HIPOTECARIO EUROPEO, 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 y Máximo Juan Pérez García.
- RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Galo Rodríguez Tejada, Esther Rada Pelegrí y Javier Martínez Colmenarejo, Beatriz Curiel y Pedro Bellón.

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

EL CRÉDITO RESIDENCIAL HIPOTECARIO EUROPEO*

1.- INTRODUCCIÓN.

Esta ponencia versa sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial que tiene por objeto, como su nombre indica, los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir, conservar o transmitir derechos de propiedad sobre terrenos o edificios de uso residencial construidos o por construir, o la financiación de la construcción de inmuebles de uso residencial o la renovación de bienes inmuebles de uso residencial.

Esta Propuesta tiene su origen en la situación creada entre los deudores hipotecarios a raíz de la actual crisis financiera internacional -la exposición a los instrumentos derivados, el empeoramiento de las condiciones financieras, etc- que ha generado la necesidad de crear un marco básico –no una armonización total- que facilite la contratación de préstamos de manera responsable.

Así, según la exposición de motivos de la indicada propuesta de directiva, el análisis del mercado hipotecario europeo ha puesto de manifiesto que durante los últimos años, aproximadamente un 50 % de todas las solicitudes de hipotecas han sido tramitadas sin comprobación de ingresos, observándose igualmente otras notables disfunciones en este ámbito que varían de unos países a otros –burbuja inmobiliaria, exposición a la fluctuación de monedas extranjeras, etc-.

Esa necesidad se hace más acuciante si se piensa que las hipotecas son a menudo el compromiso financiero más importante de una familia y fundamentales para el acceso a la propiedad de la vivienda (cerca de un 70 % de casos en la UE), y que su volumen e importancia económica es muy grande (en 2009, el valor total de los créditos hipotecarios ascendió a 6.126 millones de euros, esto es, el 52 % del PIB de la UE).

Además se considera que para alcanzar los objetivos UE-2020 de crecimiento sostenible, se exige la existencia de un mercado interior de crédito hipotecario que sea eficiente, sostenible y abierto a la competencia.

* Este trabajo es la ponencia del que suscribe al Congreso Registral de Cádiz de febrero de 2012.

Para lograr este objetivo la Propuesta de Directiva considera esencial, en paralelo con nuestra Ley 2/2009 de contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios con profesionales del sector que no sean entidades de crédito y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, la protección del cliente de servicios bancarios; la transparencia de las condiciones de los préstamos y créditos hipotecarios y una supervisión financiera eficaz.

Es por ello que aborda la regulación, a mi juicio demasiado influenciada por la normativa de bienes de consumo, que en ocasiones no encajan bien con el producto hipoteca, de materias tales como la publicidad de los productos financieros; la información precontractual, la oferta vinculante, un período de reflexión y desistimiento contractual en los préstamos hipotecarios; el asesoramiento previo al prestatario por intermediarios del crédito; la evaluación de su solvencia; la tasación objetiva de la finca dada en garantía y, por último, la flexibilidad de los préstamos y créditos hipotecarios, a cuyo análisis nos vamos a limitar en esta ponencia.

Otras materias reclamadas por las organizaciones de consumidores para la protección en caso de insolvencia como la denominada “dación en pago”, “la quita por sobreendeudamiento del prestamista”, “la moratoria forzosa en determinados supuestos” o “el derecho entrada del deudor en el alquiler de la vivienda familiar ejecutada si ésta es adjudicada a la entidad acreedora” no son abordadas como obligatorias por la Propuesta de Directiva ni por las enmiendas.

Examinemos ahora las principales normas que afectan a los préstamos y créditos hipotecarios, aunque dado el gran número de enmiendas que se han presentado es difícil saber cuál será la redacción final, por lo que tomaremos como punto de partida del análisis el informe de la ponencia.

2.- LA FLEXIBILIDAD DE LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y CRÉDITO HIPOTECARIO.

En este ámbito, que es en el que más enmiendas se han presentado, se consideran acertados los términos generales de las mismas que van dirigidos fundamentalmente a dotar a los contratos de crédito de un mayor grado de flexibilidad, con el fin de velar porque el sistema financiero atienda a las necesidades y protección de los consumidores, evitando a la vez el detrimento para las entidades financieras; lo que se materializa a través de los derechos de los consumidores aL “reembolso anticipado” el préstamo anticipadamente, a la “flexibilidad de los pagos”, a “la redenominación” del contrato de crédito en la moneda nacional, a “transferir o subrogar” el contrato de crédito sin

consentimiento del prestamista, a la “sustitución” de las garantías, siempre que éstas sean equivalentes, y otros.

Antes de su estudio conviene hacer una alusión al derecho de desistimiento del contrato de crédito recogido en varias enmiendas al artículo 9 apartado 2 párrafo 2 que establecen que los Estados miembros que autoricen la celebración del contrato de crédito hipotecario antes del término del período de reflexión fijado que regula el artículo “*deberán establecer el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento*”, lo que se estima poco adecuado porque se aplica un derecho propio de la adquisición de bienes de consumo, sin ponderar adecuadamente que en este tipo de créditos “para la obtención de inmuebles de uso residencial” se encuentra involucrada una tercera parte –en vendedor o promotor- cuya operación se puede haber cerrado en el *interin*, operación que por otra parte conlleva importantes costes de carácter fiscal y de otros tipos, y en que el factor oportunidad desempeña un papel importante.

Además, este contrato de crédito al formalizarse en escritura pública, por exigirlo así la obligatoria inscripción de la hipoteca de la vivienda, aporta al consumidor el asesoramiento del notario autorizante sobre las implicaciones jurídicas y financieras de la celebración del contrato y respecto de otras cuestiones que le planteen dudas, lo que, en principio excluye la causa justificativa del desistimiento. Además, el consumidor siempre dispondrá del derecho de subrogación o cambio del acreedor recogido en el artículo 18 sexies párrafo 2 de la Directiva, que si se quiere podría establecerse a coste 0 en un período corto de tiempo desde la celebración del contrato.

A) EL DERECHO DE REEMBOLSO ANTICIPADO.

-- Reembolso total: Propuesta de artículo 18: *“Los Estados miembros velarán porque el consumidor goce del derecho legal o contractual a liquidar las obligaciones derivadas del contrato de crédito antes de la fecha de expiración de éste. En tales casos, tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito, que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir.*

2. Los Estados miembros podrán supeditar a ciertas condiciones el ejercicio del derecho a que se refiere el apartado 1. Estas condiciones podrán incluir límites temporales al ejercicio del derecho, diferencia de trato en función de la clase de tipo deudor, o restricciones de las circunstancias en las que pueda ejercerse el derecho. Los Estados miembros podrán establecer asimismo el derecho del prestamista a una compensación justa y objetivamente justificada por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito. En todo caso, si el reembolso anticipado se produce dentro de un período en el cual

el tipo deudor sea fijo, el ejercicio del referido derecho podrá supeditarse a la existencia de un interés especial por parte del consumidor”.

Enmienda: “2.- a) Cuando el contrato de crédito se refiera a un préstamo con tipo de interés fijo para todo o parte de su período de validez y esté financiado por instrumentos a largo plazo, el consumidor tendrá derecho a reembolsar el crédito: i) tras el vencimiento del período con interés fijo, sin cargo alguno; o ii) antes del vencimiento del período con interés fijo, cuando el consumidor tenga especial interés y previo pago de una compensación al prestamista por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado del crédito; b) en los demás contratos de crédito, el consumidor tendrá derecho a reembolsar el crédito dentro de un plazo que no podrá exceder de tres meses, previa notificación al prestamista de su intención.

En el contexto de lo dispuesto en el inciso ii) de la letra a) anterior, la existencia de un especial interés del consumidor estará reconocida como mínimo en aquellas situaciones que impliquen pérdida involuntaria de empleo, necesidad de movilidad, enfermedad grave o fallecimiento.

En el contexto de lo dispuesto en la letra b) anterior, los Estados miembros podrán mantener una compensación legal o contractual por reembolso anticipado, que en ningún caso excederá del 1% del importe de la deuda pendiente”.

Hay otras enmiendas que solicitan la exclusión de este derecho y otras que lo regulan de otra forma.

Respecto de la propuesta inicial de artículo, no obstante el loable establecimiento del derecho de reembolso anticipado, ajeno al ámbito europeo, su regulación, carente de toda concreción, que deja toda la determinación de su contenido al arbitrio de los Estados miembros, puede hacerlo ineficaz en algunos de ellos, por lo que se estima necesario la fijación de unos topes máximos para que la compensación se pueda entender como justa y objetivamente justificada o para la limitación temporal de su ejercicio, así como la confección de un listado de los posibles supuestos de excepción o diferencia de ejercicio por razón del tipo de deudor o de las circunstancias, dado lo limitado del ámbito de aplicación de este derecho.

Por esta misma razón, se considera acertada la enmienda introducida por la ponencia en el texto de este artículo que, en la línea que señalado anteriormente como necesario, limita la autonomía de los Estados miembros a la hora de su regulación, garantizando la efectividad del derecho y facilitando la uniformidad de los mercados.

En este sentido es positiva la concreción restrictiva de los supuestos de limitación temporal del ejercicio del derecho de reembolso anticipado, la supresión de sus posibles excepciones, la indicación de los casos en que existe

justificado interés por parte del consumidor en este derecho y por la fijación de unos topes máximos para la compensación o indemnización a que tiene derecho la entidad crediticia, aunque la aparente inexistencia de esa indemnización en el supuesto de interés variable se entiende excesiva, y afectará a la legislación española que tendrá que adaptarse en este punto y a la calificación registral. Los demás aspectos del artículo al dejar un margen de actuación a los Estados no afectarían a la actual legislación española.

-- Reembolso parcial: Enmienda de introducción del artículo 18 quarter:

“Flexibilidad de pago: Los Estados miembros garantizarán que el prestamista permita al consumidor efectuar pagos que excedan el importe exigido por la estructura de amortización del préstamo contenida en el contrato de crédito, sin que ello conlleve sanción alguna, y tenga con ello derecho a reducir los pagos programados restantes por un valor equivalente al importe pagado de más respecto del exigido”.

Íntimamente relacionado con el derecho de reembolso se encuentra el denominado derecho de “flexibilidad en el pago” que se recoge por la enmienda 141 en el artículo 18 quater, pues no se trata de otra cosa que un derecho de reembolso anticipado parcial, respecto a lo que sólo cabe alegar, como en el caso anterior, que la inexistencia de una indemnización por el acreedor siquiera reducida se entiende excesiva. También, se echa en falta una cierta regulación del mismo como la necesidad o no de coincidencia con el pago de las cuotas periódicas, su limitación o no a unas cifras mínimas del anticipo –ej. que coincidan con el importe de un número de cuotas- o la limitación o no del número de veces que se puede usar anualmente. Igualmente debería determinarse expresamente la facultad del prestario de optar entre la reducción del importe de las cuotas futuras o del número de las mismas, lo que no queda claro con la actual redacción.

B) EL DERECHO DE PORTABILIDAD DE LA HIPOTECA.

Enmienda de introducción del artículo 18 bis: *“Portabilidad: 1. Los Estados miembros garantizarán que los prestamistas permitan a los prestatarios mantener el contrato de crédito cuando se muden de vivienda, siempre y cuando el valor del nuevo bien sea suficiente para servir de garantía en la medida que exija el contrato y cuando se cumplan las condiciones exigidas en el apartado 2 para que las garantías se consideren equivalentes.*

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que, cuando en virtud de legislación nacional un contrato de crédito referido a un bien inmueble de uso residencial sito en otro Estado miembro se considere equivalente a un contrato de crédito referido a un bien inmueble de uso

residencial sito en su territorio a efectos de integración en instrumentos financieros negociados en mercados secundarios, los citados contratos se consideren también equivalentes a efectos de lo dispuesto en el apartado 1.

3. Para asegurar una armonización coherente del derecho de portabilidad, la ABE elaborará una propuesta de normas técnicas de regulación para detallar con mayor precisión las condiciones exigidas para considerar equivalentes las garantías de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1. La ABE presentará dicha propuesta de normas técnicas de regulación a la Comisión a más tardar siendo competente para su aprobación la Comisión”.

En primer lugar se entiende que la denominación de este derecho es poco técnica, procede de otros ámbitos del mercado más intercambiables por su propia esencia y no encaja bien con la naturaleza y estructura del derecho real de hipoteca y con los factores fiscales que la rodean en todos los Estados, por lo que se propone el cambio de su denominación por el de “sustitución de la garantía”.

Debe recordarse en este sentido, que esa sustitución de la garantía, cuando la misma es de carácter inmobiliario, constituye por regla general una novación extintiva de la hipoteca con la consiguiente necesidad de cancelar la garantía hipotecaria original y de constituir una nueva hipoteca sobre otro inmueble de valor equivalente, lo que conlleva unos gastos fiscales, financieros y asociados que pueden hacer excesivamente costoso su ejercicio, por lo que sería conveniente, al menos, la recomendación del establecimiento de exenciones o bonificaciones tributarias y de limitaciones o reducciones en las comisiones bancarias y demás gastos asociados; máxime cuando se prevé que esa “portabilidad” pueda efectuarse de un Estado miembro a otro.

Por lo demás, dado que el ejercicio de este derecho puede afectar a la necesaria seguridad del mercado secundario, se considera acertado que se limite –sin perjuicio de que convencionalmente se pueda extender a otros- a los supuestos “mudanza de vivienda” de lo que parece inferirse que sólo sería aplicable a la residencia habitual, circunstancia que convendría ser precisada; así como que dicho ejercicio requiera, además, que “la garantía sea equivalente”.

Pues bien, es indudable que la determinación de ese “valor equivalente” debe incluir necesariamente la consideración de la preexistencia o no de cargas sobre la finca sobre la que se va a constituir la nueva garantía, es decir, que el rango de la hipoteca debe seguir siendo de “primera”, lo que inevitablemente lleva a la necesidad del mantenimiento de los fundamentales principios hipotecarios de prioridad y rango, los cuales no pueden verse afectados por el ejercicio de este derecho, pues ello pondría en peligro la seguridad del sistema financiero. Por ello debe entenderse que en ningún caso se está previendo que la nueva garantía

pueda beneficiarse del rango de la inicialmente constituida, como si de una situación de subrogación real se tratara, circunstancia ésta que debería reconocerse expresamente en el articulado o bien su inclusión en las normas técnicas que elabore la ABE.

Además, se plantea el problema de la portabilidad de aquellos tipos de hipotecas que unos Estados admiten pero otros rechazan, como las hipotecas de propietario alemanas en España, etc; por lo que debería quedar claro a qué tipo de hipotecas les es aplicable y si en régimen de las mismas en el Estado de origen y de destino es distinto, cuál legislación sería aplicable.

C) EL DERECHO DE REDENOMINACIÓN O CONVERSIÓN DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS A MONEDA NACIONAL.

Enmienda de introducción del artículo 18 ter: *“Conversión de préstamos denominados en moneda extranjera: 1. Los Estados miembros garantizarán que cuando un contrato de crédito se refiera a un préstamo denominado en moneda extranjera, el consumidor tenga derecho a convertir dicho préstamo a la moneda del Estado miembro dentro de un plazo razonable.*

2. Los Estados miembros establecerán el derecho del prestamista a una compensación justa y objetivamente justificada por los posibles costes directamente derivados del ejercicio del derecho pero no autorizarán al prestamista a imponer sanciones por dicho ejercicio”.

Ninguna objeción debe hacerse al reconocimiento de este derecho, siquiera sea la falta de fijación de un tope para la compensación a que tengan derecho las entidades de crédito, como se establece en otros supuestos, sobre todo teniendo en cuenta los riesgos que por la variabilidad de las monedas implican los préstamos en divisas.

D) EL DERECHO DE CONVERSIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO ORDINARIO A HIPOTECA INVERSA.

Enmienda de introducción del artículo 18 quinquies: *“Contratos inversos: Los Estados miembros garantizarán que, para cubrir los riesgos de envejecimiento o jubilación, las partes de un contrato de crédito puedan convenir la conversión del contrato en una hipoteca inversa u otra modalidad de préstamo en cuya virtud se anticipe o se pague periódicamente una cantidad de dinero al consumidor para poder acceder a la propiedad sobre el bien inmueble de uso residencial, y que se reembolse en el futuro con el producto de la venta de dicho bien inmueble”.*

Este artículo, en una primera lectura, presenta la duda, en cuanto a su aplicación práctica, de no entenderse claramente cómo funcionaría este derecho de conversión, sobre todo en el supuesto de un préstamo hipotecario ordinario en el que el acreditado ha recibido ya su importe íntegro: ¿ocurriría que al llegar a determinada edad –que debería fijarse en aras a la uniformidad- o tener lugar la jubilación se produce una novación en la relación obligacional en cuya virtud se deja únicamente de estar obligado de devolver las cuotas periódicas o se puede incluso recibir un mayor importe en cuotas que se le abonaría el prestamista de forma periódica teniendo en cuenta las devoluciones efectuadas o el capital no dispuesto?.

Es necesario, por tanto, una regulación más detallada de este derecho, salvo que exista una defectuosa redacción de la enmienda y que lo que pretenda, en realidad, no sea una conversión de un préstamo o crédito anterior sino la posibilidad de los consumidores de configurar una relación crediticia, *ab initio*, como la garantizada por una hipoteca de las llamadas inversas –aquellas en que la disposición del crédito se produce por abonos periódicos al acreditado durante el tiempo que reste para su fallecimiento, y la devolución de lo entregado más los intereses y gastos se produzca una vez dicho fallecimiento haya tenido lugar-; en cuyo caso debería indicarse así expresamente, corrigiendo la redacción del artículo.

Por último, dado el riesgo financiero que esta conversión supone para las entidades de crédito –ignorancia de cuándo empezará la devolución del capital, de la cuantía final de la deuda que puede exceder del valor del bien, etc-, no parece razonable mantener las mismas condiciones de interés y financieras en general del préstamo ordinario primitivo, por lo que se recomienda un estudio más reposado de este derecho.

E) EL DERECHO DEL PRESTATARIO A TRANSFERIR EL CONTRATO DE CRÉDITO A UN NUEVO PRESTAMISTA O DE SUBROGACIÓN ACTIVA.

Enmienda de introducción del artículo 18 sexies apartado 2º: “*Subrogación activa a voluntad del deudor: 2. Los Estados miembros garantizarán que el consumidor disponga también del derecho de transferencia de un contrato de crédito a un nuevo prestamista que esté dispuesto a aceptar la transferencia y que le presente una oferta vinculante, siempre y cuando:*

a) la oferta vinculante mejore significativamente las condiciones económicas para el consumidor, sea mediante la mejora de como mínimo 100 puntos

básicos en el tipo de interés, sea mediante la prolongación o la reducción de más de un tercio de la duración del período de reembolso de la deuda pendiente;

b) el prestamista rehúse presentar, antes del vencimiento de la oferta presentada por el nuevo prestamista, una oferta vinculante que como mínimo iguale las condiciones de aquella;

y c) el prestamista reciba, cuando proceda, una compensación adecuada conforme a la legislación nacional. En tales casos, los Estados miembros garantizarán que la compensación no constituya una sanción al consumidor y que cuando el contrato de crédito lleve en vigor cinco años dicha compensación no supere el 1% del importe de la deuda pendiente.

El establecimiento de este nuevo derecho, ya vigente en España al contrario que en el resto de los Estados de la Unión Europea, no puede sino congratularnos, por cuanto este derecho del deudor a subrogar a otro entidad de crédito en el préstamo hipotecario sin consentimiento del anterior acreedor, constituye la mejor medida para lograr un mercado más eficiente y competitivo, favoreciendo la movilidad de la clientela y el disfrute efectivo del consumidor de la mejora de las condiciones del crédito, especialmente en lo relativo a las posibles bajadas de los tipos de interés.

Ahora bien, en cuanto a la regulación que contiene, amparados en la experiencia española y en los cambios que en esta materia se han venido introduciendo para perfeccionar su utilidad y ejercicio, se sugieren las siguientes modificaciones: a) la supresión de la exigencia de una mejora de las condiciones objetivamente fijadas, pues ello haría la subrogación más flexible para el consumidor a quien corresponde, en su caso con los asesoramientos que la propia Directiva establece, valorar cuando la modificación de condiciones le compensa subjetiva u objetivamente (la posibilidad de la antigua entidad acreedora de igualar las condiciones ofrecidas por la nueva entidad, sean las que sean, genera suficiente protección para aquella, sea cual sea el contenido de la mejora percibida por el consumidor); b) La indicación de que la tramitación del derecho de subrogación, oferta vinculante y derecho de enervación debe hacerse por vía notarial, como medio más seguro para dar fe de cumplimiento de los trámites y al transcurso de los plazos; c) Las compensaciones a que tenga derecho el antiguo prestamista deben equiparse a las recogidas para el supuesto de ejercicio del derecho de reembolso anticipado total recogidas en el artículo 18, pues sus consecuencias para dicho primitivo acreedor son las mismas.

F) EL DERECHO DE CAMBIO DE PRESTATARIO O SUBROGACIÓN PASIVA.

Enmienda de introducción del artículo 18 septies: *“Cambio de prestatario: 1. Los Estados miembros autorizarán la transferencia de un prestatario a otro de los contratos de crédito cubiertos por el apartado 1 del artículo 2 si dicha transferencia se efectúa en paralelo a la venta de un bien, a condición de que el prestamista haya efectuado una evaluación de la solvencia del nuevo consumidor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y no haya llegado a conclusiones negativas respecto de la futura capacidad de reembolso del consumidor y haya formulado a este una oferta vinculante antes de la transferencia del contrato.*

2. Los Estados miembros prohibirán a los promotores la vinculación de la venta de un bien existente o proyectado condicionándola a la transferencia a un consumidor de un contrato de crédito incluido en el ámbito del apartado 1 del artículo 2, en caso de que se efectúa dicha transferencia”.

Nada que decir respecto a este derecho, salvo quizás la conveniencia de establecer una autoridad que supervise la evaluación de solvencia realizada por el prestamista en caso de resultar negativa para comprobar, a reclamación del consumidor o consumidores afectados, que la misma se ajusta a los standars fijados en las normas técnicas que se elaboren.

G) DERECHOS EN CASO DE IMPAGO Y EJECUCIÓN.

Enmienda de introducción del artículo 18 octies: *“Demoras y ejecución: 1. Los Estados miembros garantizarán que los prestamistas se muestren razonablemente tolerantes y se esfuercen en alcanzar una solución negociada antes de iniciar un procedimiento de ejecución derivado de un contrato de crédito.*

2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir requisitos en relación con el proceso a seguir o las opciones que deban ejercerse antes del inicio del procedimiento de ejecución respecto de un bien situado en su territorio. En caso de que el prestatario haya reembolsado una parte importante o la mayor parte del crédito durante un período prolongado dichas opciones deberán incluir la modificación temporal del contrato entre el prestamista y el prestatario.

3. Los Estados miembros prohibirán la imposición de sanciones por impago que se añadirían al reembolso del tramo pendiente del préstamo cuando dicho impago se derive de circunstancias ajenas al control del prestatario o cuando la sanción no sea proporcionado o se calcule teniendo en cuenta la parte no impagada del préstamo.

4. *Los Estados miembros autorizarán que la restitución de la garantía baste para reembolsar el crédito como mínimo en los casos en que las partes lo hayan convenido así expresamente.*

5. *Los Estados miembros garantizarán que cuando se inicie un procedimiento de ejecución el prestamista reconozca a la garantía del consumidor un valor como mínimo igual al de la valoración más reciente efectuada con arreglo a los requisitos mínimos para el reconocimiento de garantías de bienes inmuebles estipulados por la Directiva 2006/48/CE en su Anexo VIII, parte 2, punto 8.*

6. *Cuando el prestamista de una hipoteca sobre vivienda haya agotado los activos del prestatario al término del procedimiento de ejecución y aún así no esté saldada completamente la deuda, los Estados miembros garantizarán que se limite el embargo de nóminas, pensiones de jubilación y prestaciones equivalentes de manera que se conserven unos ingresos mínimos suficientes para mantener un adecuado nivel de vida”.*

En cuanto al punto primero de esta enmienda tendente a fomentar la renegociación del préstamo entre acreedor y deudor antes de proceder a la ejecución, es de difícil concreción práctica (¿qué se entiende por razonable tolerancia? ¿la prohibición de sanciones incluye los recargos por mora?, etc), por lo que se podría plantear la obligación del acreedor de conceder un aplazamiento de pago –en el que se pagarían únicamente intereses- por el período que prudencialmente se fije, únicamente cuando la finca hipotecada constituya el domicilio habitual del prestatario y el mismo se encuentra en una situación de justificado interés como la pérdida involuntaria del empleo o la enfermedad grave, aunque no se haya reembolsado una parte importante del préstamo.

Respecto a la posibilidad de pactar –nunca imposición legal- la dación en pago del bien para saldar la deuda, sin que opere la responsabilidad patrimonial del deudor, no existe nada que objetar salvo la necesidad de que en la información precontractual y contractual queden claros los efectos del tipo de hipoteca que se constituya y las respectivas condiciones financieras de uno u otro.

En cuanto a la garantía de la inembargabilidad de los ingresos del deudor posteriores a la ejecución en cuantía suficiente para que éste pueda mantener un digno nivel de vida –renta de subsistencia mínima-, peca de indeterminación por lo que quizás debería sustituirse por la fijación de una horquilla en relación con el salario mínimo vigente en cada Estado miembro.

Respecto de la disposición recogida en el número 5 de este artículo, que establece el reconocimiento por el acreedor ejecutante de un valor como mínimo a la finca gravada igual al de la valoración más reciente efectuada conforme a

los requisitos establecidos por la Directiva 2006/48/CE, no se entiende bien ni el significado ni los efectos de dicha norma, pues se limita a señalar que la tasación de los bienes residenciales debe revisarse por perito independiente, al menos, cada tres años.

Así, dicho reconocimiento podría implicar la necesidad de una nueva valoración del bien cuando se vaya a efectuar la ejecución, si ha existido una revisión en los últimos tres años –así parece inferirse de la enmienda 16 del considerando 14 bis-, con el consiguiente indeseable retraso del proceso ejecutivo y aumento de costes, o bien, la admisión de otra tasación efectuada para otra ejecución o garantía o en la citada revisión trienal. Se entiende aconsejable, que dicha valoración deba efectuarse sólo cuando el deudor, a falta de remate, no se conforme con la cantidad en que con arreglo a cada ley nacional se adjudica la finca al acreedor. Igualmente se plantea la duda de si la norma supone que el prestamista adquiriría en pago la finca en tal cantidad (¿conexión con apartado 4?) o, como parece más lógico, implica sólo la imposibilidad de su adjudicación en pago de la deuda por un valor inferior al mínimo referido, de modo que si la deuda es de importe inferior el ejecutante deberá abonar la diferencia al ejecutado.

Esta reforma, si la nueva tasación o toma de consideración de otra reciente sólo se efectúa a solicitud del deudor e implica la devolución del exceso de valor por el prestamista se considera positiva, en la medida en que resulta más razonable que la adjudicación del bien se produzca por el valor más cercano al real en el momento de la adjudicación –aunque ello en ocasiones pueda perjudicar al deudor y por eso el requisito de su solicitud-, pero se hace conveniente, en consecuencia, aclarar este apartado en ambos sentidos y, asimismo, reformar en el mismo sentido el procedimiento de ejecución ordinario de modo que en ambos-procedimiento ordinario e hipotecario- el valor y porcentaje de la adjudicación al acreedor sea el mismo.

H) LA CESIÓN DE CRÉDITOS POR EL ACREEDOR.

Enmienda de introducción del artículo 18 sexies apartado 1º: *“Cambio de prestamista: 1. Los Estados miembros garantizarán que los prestamistas puedan transferir contratos de crédito o carteras de contratos de crédito a otras entidades financieras sin consentimiento del consumidor, siempre y cuando las condiciones del préstamo no se modifiquen en detrimento de los intereses del consumidor. El presente apartado se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 122 bis de la Directiva 2006/48/CE. Los Estados miembros garantizarán que las carteras de hipotecas puedan transferirse a un nuevo prestamista sin necesidad de un nuevo acto notarial para cada préstamo de la cartera transferida”.*

Ninguna objeción debe hacerse a la posibilidad que los prestamistas puedan transferir contratos de crédito o carteras de contratos de crédito a otras entidades financieras sin consentimiento del deudor, siempre, como de hecho ya ocurre en la legislación española.

Ahora bien, la previsión de que *“las carteras de hipotecas puedan transmitirse a un nuevo prestamista sin necesidad de un nuevo acto notarial para cada préstamo de la cartera transferida”*, plantea serias dudas tanto en cuanto a su significado como en cuanto a su eficacia.

Así, no está claro si esa transmisión se refiere a titulización de créditos garantizados con hipoteca y a la transferencia de esas carteras titulizadas, o si se refiere a una cesión global de activos hipotecarios, como consecuencia de operaciones de fusión o absorción societaria, segregación de rama de actividad o similares. En ambos casos es admisible que se regule la suficiencia para transmitir la hipoteca del mismo título público que sirvió para transferir bien los títulos hipotecarios bien las carteras de activos hipotecarios.

Ahora bien, todo ello en el entendimiento de que, en el segundo caso en que se transmite también la titularidad de la hipoteca –en el primero la garantía es el propio contrato de crédito permaneciendo la titularidad de la hipoteca en manos del emisor-, cuando haya de cancelarse la garantía hipotecaria o procederse a su ejecución de la misma, deberá presentarse la titulación necesaria para acreditar la inclusión del préstamo hipotecario en la cesión global y proceder a su inscripción, con carácter previo a la inscripción de la cancelación o de la ejecución.

3.- UN MERCADO TRANSPARENTE Y FIABLE. LA TRAZABILIDAD DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Respecto de la cuestión relativa a la trazabilidad o seguimiento de los préstamos hipotecarios, es una materia de indudable importancia para los mercados secundarios y sólo se puede lograr, dada su vinculación a la propiedad inmobiliaria y el carácter constitutivo de la inscripción de las hipotecas en la mayoría de las legislaciones sustantivas y la necesidad de su publicidad tabular en las demás, con la colaboración del sistema registral del respectivo país miembro.

Y ello es así porque esa “trazabilidad” de los títulos del mercado hipotecario no sólo debe servir para resolver problemas o comprobar situaciones a posteriori, sino también en el sentido natural de control previo de los títulos que acudan a tal mercado. Así, aunque sin duda corresponde a los órganos reguladores del

mercado el controlar la bondad de las emisiones hipotecarias, resultaría razonable que ya desde la inscripción de la hipoteca se pudiera determinar en la medida de lo posible la susceptibilidad del préstamo inscrito de ser titulado en tal mercado.

Sobre esta base se sustenta la inscripción registral de los préstamos hipotecarios que, además de los controles de legalidad de los negocios jurídicos que le son propios, podría añadir otros como:

a) La comunicación al sistema de publicidad o control que se establezca de si una determinada hipoteca se inscribe con rango de primera. Ahora bien, esta cuestión plantea el problema de que el Registro no puede controlar siempre esta circunstancia a efectos de titulación pues, por ejemplo, si la hipoteca inscrita es la primera carga cuando accede al Registro, sí se podría certificar de la referida susceptibilidad, pero también puede darse el caso, como es habitual, que existan otras hipotecas o embargos previos inscritos que en la realidad extrarregistral están ya cancelados económicamente, pero cuya cancelación registral es posterior a la inscripción de la hipoteca en cuestión, por lo que siendo en principio la hipoteca hábil para el mercado secundario, el Registro no podría certificar de ello hasta que esa cancelación tabular tuviere lugar.

b) La comunicación al mismo sistema de la cancelación de la hipoteca titulada. Es también frecuente en la práctica que los préstamos hipotecarios se cancelen anticipadamente antes del vencimiento pactado, por lo que deberían extraerse de los paquetes titulados, de ahí la conveniencia de que el archivo de contratos de créditos informe de la vigencia de la hipoteca, circunstancia que omite el proyecto de Directiva. Esta cuestión, sin embargo, se puede solucionar fácilmente arbitrando una notificación al sistema que proponemos de la indicada cancelación, para su posible comprobación por el regulador o por los interesados.

c) El control e indicación de que el préstamo hipotecario ha sido concedido previa tasación realizada por empresa homologada; o que el préstamo no supera el porcentaje fijado legalmente como máximo respecto del valor de la tasación para ser susceptible de titulación y/o no excede del habitual en la circunscripción registral correspondiente; o que la titularidad del hipotecante abarca el pleno dominio de la finca y todas sus cuotas sin haber tenido que denegarse en parte la inscripción de la hipoteca por faltar alguna cuota de titularidad; o la comunicación de la subsanación de los defectos de titularidad o rango que hubieren impedido su titulación.

Tres son las bases sobre las que se sustenta esa trazabilidad: “El identificador clave europeo de hipoteca”, “el Registro de contratos de créditos relativos a bienes inmuebles de uso residencial” y “el Registro de Productos Financieros”.

A) EL IDENTIFICADOR CLAVE EUROPEO DE HIPOTECAS –EMKI–.

Enmienda de introducción del artículo 18 nonies: *“Identificador Clave Europeo de Hipotecas: 1. Los Estados miembros garantizarán que a cada nuevo contrato de crédito se le asigne un Identificador Clave Europeo de Hipotecas (EMKI).*

2. El EMKI será un código estándar expresado en caracteres alfanuméricos que contendrá como mínimo la información siguiente: a) el Estado miembro en que se encuentra el bien que sirve de garantía; b) la identidad del prestamista que ha concedido el crédito; c) los datos necesarios para identificar el bien en un registro que ofrezca información pública relativa a derechos sobre bienes inmuebles de uso residencial;

3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26, la Comisión estará facultada para adoptar actos delegados destinados a precisar las características del EMKI y los procedimientos para la asignación del mismo.

4. Los Estados miembros garantizarán que el EMKI figure en todos los registros que proporcionen información sobre contratos de crédito. Dicha información será accesible a los usuarios”.

Respecto de la configuración del “Identificador Clave Europeo de Hipotecas – EMKI–“ contenida en el artículo 18 nonies del proyecto de Directiva, se entiende que debe añadirse el número de la inscripción registral de la hipoteca que le servirá para distinguirla de otras posibles hipotecas inscritas sobre la misma finca, y que debe excluirse la identidad del prestamista pues la posibilidad de cesiones y subrogaciones en la titularidad del crédito, que el propio proyecto de Directiva potencia, hace que ese requisito sea superfluo e inductor de confusión, máxime cuando dicho dato –en cada momento- puede suministrarse por la información complementaria asociada a la publicidad del EMKI.

Asimismo, por las razones antes expuestas de cancelación registral tardía de cargas previas y similares, tampoco se considera conveniente que ese “Identificador Clave Europeo de Hipotecas –EMKI–“ añada un código especial que haga referencia a la susceptibilidad de la hipoteca para el mercado secundario; cuyo control puede llevarse por el Registro de Productos financieros.

Por último, se entiende que no puede tomarse como base de dicho número identificador de la hipoteca, las referencias catastrales de las parcelas que

figuran en el Catastro, pues no pocas veces finca registral y parcela catastral no coinciden y la hipoteca es un derecho de inscripción generalmente constitutiva en el Registro de la Propiedad sin acceso al Catastro y, en consecuencia, lo gravado es la finca registral y no la parcela catastral.

B) EL REGISTRO DE CONTRATOS DE CRÉDITOS RELATIVOS A BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL Y EL REGISTRO DE PRODUCTOS FINANCIEROS.

Enmienda de introducción del artículo 18 decies y 18 undecies:

Artículo 18 decies: *“Registro de contratos de crédito relativos a bienes inmuebles de uso residencial: 1. Los Estados miembros garantizarán que el inicio, modificación o término de cualquier contrato de crédito localizado en su territorio se comunique a un registro designado al efecto por el Estado miembro de que se trate.*

2. La comunicación incluirá, como mínimo, los siguientes elementos: a) el EMKI; b) la identificación del bien inmueble de uso residencial al que se refiera el contrato; c) el importe del crédito; d) la duración del crédito; e) la divisa en que se denomina el crédito; f) la identidad del prestamista que concede el crédito; g) la identidad del consumidor que suscribe el crédito;

3. Las partes contractuales, los prestamistas e intermediarios, los titulares de derechos sobre el contrato o sobre el bien inmobiliario afectado, las autoridades competentes y todos los demás usuarios reconocidos por la legislación nacional podrán acceder a estas informaciones por vía electrónica, a través de un portal central”.

Artículo 19 undecies: *“Registro de productos financieros relativos a contratos de crédito referidos a bienes inmuebles de uso residencial. 1. Los Estados miembros designarán registros donde, para cada instrumento financiero asociado como garantía a uno o varios contratos de crédito relativos a bienes inmuebles de uso residencial, se hará constar, como mínimo, la identidad del emisor del instrumento, la información necesaria para identificarlo, y el EMKI correspondiente a cada contrato de crédito al que esté asociado el instrumento financiero como garantía.*

2. Las partes contractuales, las autoridades competentes y todos los demás usuarios reconocidos por la legislación nacional podrán acceder a estas informaciones por vía electrónica, a través de un portal central.

3. *En el caso de los productos derivados asociados a contratos de créditos relativos a bienes inmuebles de uso residencial, los Estados miembros podrán considerar que los registros de operaciones a los que hacen referencia los artículos 64, 65 y 66 del Reglamento (UE) cumplen los requisitos previstos en el apartado 1, siempre y cuando cumplan también los criterios de accesibilidad enumerados en el apartado 2”.*

Respecto del Registro de “contratos de crédito relativos a bienes inmuebles de uso residencial”, por las razones operativas antes expuestas se considera que el mismo debe ser llevado por el organismo nacional encargado de la publicidad inmobiliaria y en este ámbito se propone se propone el siguiente sistema para su adopción por la UE:

1.- Para posibilitar el seguimiento de los préstamos hipotecarios titulizados en el mercado secundario se deberá establecer un procedimiento consistente en que al inscribirse las hipotecas el sistema informático de los Registros de la Propiedad asigne a cada una de ellas un número identificador propio –EMKI- expresado en caracteres alfanuméricos que estaría formado por el número de la finca registral gravada -en España por el ya existente Idufir o identificador unificado de fincas registrales- al que se añadiría un código de la hipoteca -ej. número de la inscripción- y el código del propio del país donde radicare la finca (en otros países miembros si no existe ese número identificador registral debería arbitrarse un sistema similar).

2.- Dicho número identificador de la hipoteca –EMKI- se haría constar en la escritura pública en la nota de despacho, en la publicidad registral y se remitiría con su información asociada al organismo que en cada Estado miembro esté encargado o controle la publicidad registral on line (en España al Servicio de Índices del Colegio de Registradores de la Propiedad) para su incorporación a un archivo o registro de contratos de créditos hipotecarios electrónico.

3.- Paralelamente a esta actuación del Registro de la Propiedad, en toda titulación de préstamos o créditos hipotecarios deberá indicarse obligatoriamente su número identificador registral –EMKI- y, a través del sistema de publicidad registral on line de cada país miembro, deberá crearse un portal de internet para consultas que posibilite la comprobación de que el número asignado efectivamente se corresponde con una hipoteca inscrita y -en su caso que está vigente- con el contenido que se considere necesario, como por ejemplo: la localización de la finca registral gravada, la indicación de inscripción y vigencia de la hipoteca, el importe y duración del crédito, la entidad titular registral de la hipoteca y la identidad del deudor ya lo fuere inicial o por subrogación.

4.- Ese archivo o Registro de contratos de créditos hipotecarios electrónico sería actualizado permanentemente por los Registros de la Propiedad que remitirían las modificaciones que se registrarán relativas a la ampliación o reducción del importe y duración del crédito, el cambio de titularidad de la hipoteca, el cambio de la persona obligada al pago o la cancelación de la hipoteca.

5.- El acceso a esta publicidad sería gratuito para las autoridades reguladoras y con cobro de un coste de mantenimiento para las entidades emisoras, los fondos de titulización, los deudores y los usuarios que ostenten interés legítimo.

Teniendo en cuenta el sistema de archivo y publicidad anteriormente descrito, que garantiza tanto el seguimiento del *iter* de los créditos hipotecarios como su accesibilidad electrónica, la existencia de un nuevo Registro de contratos de crédito hipotecarios a cargo de un organismo ajeno a los Registros de la Propiedad, que parece que es lo que se propone en la Propuesta de Directiva, carece tanto de sentido jurídico, dado su objeto exclusivamente registral, como económico, dada la rapidez e inexistencia de costes de implantación para la Administración del sistema o registro propuesto. Bien entendido que, en todo caso, no existe inconveniente alguno en que este Registro electrónico a cargo del organismo o entidad encargada de centralizar la publicidad registral telemática sea supervisado por las autoridades financieras nacionales o comunitarias competentes.

Si parece, sin embargo coherente que el denominado Registro de Productos Financieros sea atribuido a un organismo dependiente directamente de las autoridades financieras, pero debiendo regularse una correlación, que no se observa en el proyecto, entre la hipoteca –Registro de contratos de créditos hipotecarios- y los contratos financieros o sus derivados –Registro de productos financieros-, coordinación que se debe materializar a través del EMKI y del acceso libre por parte de los encargados del segundo Registro al contenido del primero por un sistema de intranet.

Madrid a 29 de enero de 2012
Ángel Valero Fernández-Reyes

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

TERCER TRIMESTRE DEL AÑO 2012

ÍNDICE ANALÍTICO.

ANOTACIONES	
CONCESIONES Y AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS	
CONCURSO	
DONACIONES	
EMBARGOS	
HERENCIAS	
HIPOTECAS	
OBRA NUEVA	
OPCIÓN DE COMPRA	
PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	
PROPIEDAD HORIZONTAL	
RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO	
SOCIEDAD CONYUGAL	
URBANISMO	
VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA	

ANOTACIONES.

1.-P: ¿Cabe practicar una anotación de demanda solicitada como medida cautelar en la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en reclamación del pago de una determinada cantidad debida en concepto de cuotas de uno de sus elementos privativos?

R: Se señala que, en principio, se trata de una demanda de reclamación de cantidad que como acción personal no tendría cabida en ninguno de los supuestos de anotación del artículo 42 de la Ley Hipotecaria; pero, por otra parte, dada la afección legal del elemento privativo al pago del importe de tal deuda devengada durante el último año, cabe entender que se trata del ejercicio de dicha afección legal que grava el inmueble y por lo tanto legitimadora para solicitar la anotación de demanda ahora interesada y cuya finalidad es conseguir el privilegio crediticio de que gozan las cuotas de la Comunidad correspondientes al último año y la parte vencida de la anualidad corriente de la última anualidad vencida –artículo 9-5 LPH-.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por la DGRN en diversas resoluciones que van desde la de 1 de junio de 1989 hasta la de 10 de agosto de 2006, en el sentido afirmativo al señalar que, como ocurre con los créditos salariales, para que los gastos de comunidad privilegiados puedan afectar con carácter real a tercero es necesario que se tome en el registro anotación de la demanda en juicio declarativo de esas anualidades concretas, en que haya sido parte los titulares de las cargas anteriores, pues de lo contrario regirá la regla general de purga de cargas con arreglo a la prioridad registral.

Se considera que el registrador después de practicar esta especial anotación preventiva debe comunicarlo a los titulares de cargas anteriores que pudieran verse afectados por la misma.

2.-P: ¿Es posible practicar una anotación de suspensión de una anotación de derecho hereditario cuando el solicitante no acredita de ninguna manera su condición de heredero?

R: Según la resolución de la DGRN de 15 de octubre de 2008 no, porque según expone “Para poder tomar anotación preventiva del derecho hereditario en virtud de instancia presentada por el interesado, es preciso que éste acredite ser heredero del titular registral. Si no lo acredita, y basa la solicitud en su simple declaración, no puede tomarse la anotación pretendida, y ni siquiera la de anotación de suspensión que subsidiariamente se solicita, pues para esto último

se requeriría que el interesado, además de sus manifestaciones, aportara algún documento que, al menos en principio, pudiera justificar lo que alega”.

CONCESIONES Y AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS.

1.-P: ¿Es posible arrendar una autorización de explotación minera?

R: El artículo 3 de la Ley de Minas de 1973 señala que los yacimientos minerales y demás recursos geológicos se clasifican, a los efectos de la misma, en las siguientes secciones:

Sección A): Pertenecen a la misma los de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrantado y calibrado.

Sección B): Incluye, las aguas minerales, las termales, las estructuras subterráneas y los yacimientos formados como consecuencia de operaciones reguladas por esta Ley.

Sección C): Comprende esta sección cuantos yacimientos minerales y recursos geológicos no estén incluidos en las anteriores y sean objeto de aprovechamiento conforme a esta Ley.

La explotación de los recursos de la Sección C es objeto de permiso de exploración, de investigación y concesión administrativa, y de los recursos de las secciones A y B de autorización de aprovechamiento o explotación de recursos (art. 10) que corresponderá, en principio, al titular de terreno si las fincas sobre las que se encontraren fueran de propiedad privada.

Pues bien, el artículo 94 de la Ley de minas señala que *“los derechos que otorga una autorización de recursos de la Sección A) o de aprovechamiento de recursos de la Sección B) podrán ser transmitidos, arrendados y gravados en todo o en parte, por cualquier medio admitido en Derecho, a personas que reúnan las condiciones legalmente establecidas”*, previa la obtención de la oportuna aprobación administrativa.

Y en iguales términos se pronuncia el artículo 97, como regla general, respecto de las concesiones administrativas de recursos de la Sección C), salvo en lo relativo a la autoridad competente. Sin embargo, respecto de los permisos de

exploración e investigación, los artículos 95 y 96 sólo se refieren a su transmisión –no al arrendamiento- o a la posibilidad de subcontratar los trabajos.

CONCURSO.

1.-P: Una sociedad A (promotor inmobiliario) tiene una serie de fincas inscritas, gravadas con hipoteca a favor de banco B. La sociedad A está declarada en concurso y en fase de liquidación siendo sustituidos sus administradores por el administrador concursal. Ahora presentan escritura de "compraventa" por la que la sociedad A "vende" al Banco B (su acreedor hipotecario) las fincas en cuestión.

Se dice en la escritura que por razón de dichas hipotecas, A debe a B 900.000 euros. El precio de la compra es de 800.000 que se retiene en su integridad por el Banco comprador para el pago de la deuda derivada del préstamo, consintiendo que con dicho pago queda totalmente saldada la deuda. No se ha aportado al título ni siquiera reseñado en él la existencia de un plan de liquidación en virtud del cual se formalice la venta.

Se sujeta la eficacia de la venta, así como el pago de la deuda y la cancelación de la hipoteca a las condiciones suspensivas siguientes:

1º Que se obtenga autorización del juzgado del concurso para la venta (lo que puede dar pie a que no esté prevista esta operación en el plan de liquidación).

2º A que se proceda al levantamiento y cancelación de las anotaciones de concurso que pesan sobre la finca.

Cumplidos todos los requisitos, se solicita se proceda a la cancelación de las hipotecas, pero no por causa de confusión de derechos. ¿Qué interpretación hay que dar al artículo 155-4 de la Ley Concursal?

R: Para la fase de liquidación y como regla supletoria, el artículo 149 apartado 3 dispone: "*3ª. Los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155.*" Tanto si decidimos que debemos tratar la operación como una compraventa (que es lo que dicen) como si entendemos que se trata de auténtica dación en pago, habrá que estar al artículo 155.4. Y el artículo 155.4, tras la reforma de 2011, dispone: "*4. La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo*

que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.”

Pero cabe preguntarse respecto del significado de este artículo, es decir: 1º. ¿cabe la venta directa y la cesión en pago siempre que lo autorice el juez y con sujeción a sus condiciones?, 2º. ¿sólo cabe la venta directa o la cesión en pago cuando se solicita en fase de convenio? o 3º. ¿cabe la venta directa dentro o fuera de convenio, pero en este último caso sólo en las condiciones del segundo párrafo que no se dan en este caso?

La exposición de motivos de la ley de reforma no alude al alcance o necesidades que se tratan de solventar con la nueva redacción y el primitivo artículo 155.4 disponía "4.** *La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar”.*

La Ley 38/2011 de modificación de la Ley Concursal, modificó parcialmente este artículo 155-4 para permitir que la necesidad de subasta como medio de enajenación de los bienes afectos a una garantía real, en cualquier estado del concurso, pueda ser exceptuada por decisión del juez, que puede ahora autorizar no sólo la venta directa, sino también la dación en pago o para pago del bien al acreedor privilegiado o a la persona que él designe. Esta modificación ha

motivado la del artículo 100.3 LC en lo que toca al contenido del convenio, como excepción a la regla prohibitiva de que la propuesta de convenio contenga cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos.

Las condiciones para su aplicación son: que se autorice por el juez del concurso, que el crédito privilegiado quede totalmente satisfecho o que el remanente quede reconocido como crédito concursal con la calificación que le corresponda, y que la autorización judicial y sus condiciones se anuncien con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien por si se presentara mejor postor. Por lo tanto la respuesta correcta sería la primera, es decir, cabe la venta directa de estos bienes o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, cumpliéndose las condiciones que el precepto establece y en cualquier estado del concurso.

No sólo cabe la venta directa o la cesión en pago en fase de convenio, aunque también (cfr. art. 100.3 LC “*En ningún caso la propuesta de convenio podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4*”), sino en cualquier estado del concurso. Y cabe también dentro o fuera de convenio, si bien, en este último caso, además de las otras condiciones, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles. Pero estas obligaciones no son de aplicación a este caso pues, según dice su enunciado, el concurso se encuentra en la fase de liquidación y no en la de convenio.

2.-P: Se presentan un conjunto de escrituras de venta de fincas de una sociedad en concurso en fase de liquidación con autorización judicial. Todas ellas estaban gravadas con una hipoteca distribuida entre ellas, pero sólo parcialmente: 1.600.000 euros del préstamo no estaban garantizados hipotecariamente. En la mayoría de las fincas se retiene del precio la cantidad de su responsabilidad hipotecaria, pero en algunas, precisamente las que sólo pertenecían al concursado una cuota indivisa y el comunero tiene derecho de retracto, en la parte expositiva se dice, por ejemplo en una de ellas, que de la parte pendiente del préstamo corresponde a esta finca 1.000.000 euros, cuando la responsabilidad hipotecaria por principal es de 450.000 euros y se retiene del precio para pagar al acreedor el millón de euros; y así con el resto completándose la parte del 1.600.000 euros que no se habían garantizado.

Se da la circunstancia que los representantes de la entidad acreedora hipotecaria, que es cesionaria del préstamo, aparecen en algunas compras también como representantes de la sociedad compradora.

¿Se puede inscribir la venta?, ¿el hecho que respecto de la cantidad no garantizada el crédito sea ordinario impide la retención o es una cuestión que queda al ejercicio de la acción correspondiente por parte de los acreedores ordinarios?, ¿Afecta ello de alguna manera al derecho de retracto de comuneros, pues parece que los precios de esas fincas se han inflado a propósito: todas las fincas están en la misma zona, pero esas precisamente salen proporcionalmente más caras?

R: Estas cuestiones ya han sido tratadas en los puntos 1 a 3 del apartado Concurso del número 34 de revista por lo que nos limitaremos a resumir el criterio mayoritario allí expuesto:

1º) De los artículos 147, 148, 149 y 155-3 y 4 de la Ley Concursal se desprende que aprobada la apertura de la fase de liquidación el juez del concurso será siempre competente, estén o los bienes hipotecados afectos el negocio del concursado o sean o no necesarios para su continuidad, para la enajenación de los mismos, por tanto, no es necesario acreditar este extremo para la inscripción.

2º) La regla general de la enajenación es, si el bien estuviere hipotecado, la venta en subasta, salvo autorización judicial expresa para la venta directa por precio superior al de tasación para subasta –salvo excepciones tasadas-, en ambos casos por precio al contado y con publicidad por si en diez días aparece un mejor postor.

No obstante lo anterior, expresamente se permite que el juez del concurso autorice la venta directa de la finca con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, a lo que debe asimilarse la retención del saldo pendiente del préstamo hipotecario.

Partiendo de este criterio no se ve inconveniente, siempre que el juez del concurso expresamente lo autorice, para la retención que se pacta en el presente caso con pago al acreedor hipotecario de lo que se le deba, pero, en principio, sólo hasta donde alcance la responsabilidad hipotecaria (crédito con privilegio especial).

Respecto del resto de la cantidad que se imputa a cada finca del préstamo que no se encuentra garantizado con la responsabilidad hipotecaria respectiva, al tener la consideración de crédito ordinario debería pagarse en metálico e incorporarse éste a la masa activa y el crédito no cobrado al resto de los que forman la masa pasiva y, por tanto, el juez no debería autorizar la retención sino el pago en

cuanto a dichas cantidades. No obstante, se opina mayoritariamente que si en un mandamiento aclaratorio el juez expresamente señala que la autorización concedida incluye la retención de todo el préstamo, es complicado denegar la venta y oponerse a una decisión de fondo judicial, siendo los otros acreedores ordinarios lo que dentro del concurso deberían oponerse a dicha retención y reclamar el pago y su incorporación a la masa activa del concurso.

3º) Respecto de la cancelación de la hipoteca y de todas las cargas posteriores o anteriores, se entiende que en esta fase de liquidación es competente el juez del concurso para decretarla –arts 57, 149 y 155-3 de la LC-, en cuanto que todos los procedimientos, hipotecarios u ordinarios, quedan bajo su competencia, todos sus titulares han debido ser notificados del procedimiento y forman parte de la masa pasiva del concurso. Lo más que podría pedirse es que acredite que los respectivos titulares del resto de las cargas se encuentran incluidos en dicha masa pasiva.

Es verdad, que al tratarse en este caso de una venta directa la cancelación no es por purga sino por decisión directa del juez mercantil que en cuanto competente puede sobreseer todos los procedimientos e hipotecas pues son sustituidos por la ejecución colectiva en la cual cada acreedor cobrará según su respectivo privilegio o preferencia y, en consecuencia, no se realizarán en cuanto tales cargas singulares nunca.

4º) En cuanto al ejercicio del derecho de retracto de comuneros, es una cuestión aparte que en nada afecta a la inscripción de la venta, correspondiendo en todo caso a su titular, en el correspondiente procedimiento judicial, la alegación del fraude en la formación del precio.

3.-P: Se presenta auto firme declarando la conclusión anticipada del concurso de un deudor persona física por inexistencia de bienes y derechos con los que integrar la masa activa (176 bis LC) y se ordena la inscripción de dicha resolución en la finca en cuestión.

Se pregunta si no sería mejor que se ordenara la cancelación de los asientos relativos al concurso ya practicados por conclusión anticipada del concurso, porque si no se cancela y deja todos esos asientos vigentes, que publicidad rara se daría del deudor y de su finca.

R: Unánimemente se considera que a las expresiones judiciales debe dárseles, cuando del contexto de la resolución no queda duda, el sentido lógico que implican registralmente, y así, en este supuesto, la expresión “inscripción de dicha resolución” debe ser entendida, dado que la misma implica la conclusión del concurso, como que lo que se solicita es la cancelación de los asientos que esa conclusión genera, es decir, la expresión inscripción tiene un sentido

genérico y no técnico de “asiento registral precedente”, como cuando se solicita la inscripción del embargo o la anotación marginal del mismo.

4.-P: Se presenta una escritura de compraventa de una sociedad que está en concurso (el concurso no está anotado en el Registro, pero la escritura dice que se declaró y que se encuentra en fase de Convenio, aprobado éste por Sentencia); la concursada compra doce fincas a otra sociedad como consecuencia de un contrato previo existente entre ellas y existe una homologación judicial del Juzgado de lo Mercantil del acuerdo de la venta. El precio de venta por un lado se compensa con una deuda que la vendedora tenía con la compradora y por otro se aplaza.

Cuestiones: ¿es necesaria la previa inscripción del concurso y del convenio?; la Sentencia que aprueba el Convenio está recurrida pero el Juez dice que tiene plena eficacia conforme al artículo 133 de la Ley Concursal (está inscrita en el Mercantil). En el Convenio se nombra una Comisión de Control entre cuyas facultades están las de verificar la compra de activos e hipotecar; se incorpora certificación de quien dice ser Presidente de esa Comisión autorizando la venta, la hipoteca y delegando sus facultades para otorgar la escritura.

R: Según opinión mayoritaria no es necesaria la previa inscripción del Concurso y el Convenio en el Registro de la Propiedad para poder inscribir la compra basada en los mismos, pues se estima suficiente –y necesaria no obstante la dicción del artículo 137 de la Ley Concursal- su constancia en el Registro Mercantil como sucede en este caso.

A este respecto, las resoluciones de la DGRN de 27 de enero de 2012 y 18 de abril de 2012, en un caso en que constaba presentada en primer lugar una escritura de préstamo hipotecario y después el auto del que resultaba que el prestatario e hipotecante había sido declarado en concurso voluntario con anterioridad al otorgamiento de aquella (es decir, no estaba inscrito el concurso en el Registro de la Propiedad), señaló que *“la declaración de concurso, así como su inscripción o anotación, no constituye, propiamente, una carga específica sobre una finca o derecho, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio de aquéllos, conforme al principio de prioridad consagrado por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. La constatación registral de la declaración del concurso hace pública la situación subjetiva en que se coloca al concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el conjunto de bienes, derechos y obligaciones integrados en su patrimonio, de modo semejante a las inscripciones de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria (R. 21 de julio de 2011). Además, el régimen de intervención o suspensión de las facultades del concursado no nacen con la inscripción o anotación del auto, sino que es eficaz desde la fecha del auto de*

declaración del concurso, «que producirá sus efectos de inmediato... y será ejecutivo, aunque no sea firme» (artículo 21.2 de la Ley Concursal), con independencia del conocimiento que de él tengan los otorgantes y de que se haya dado o no al auto la publicidad extrarregistral y registral prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal. Desde ese momento, los actos que tienen por objeto bienes integrados en el patrimonio del concursado deben ser calificados de conformidad con las restricciones impuestas por el auto de declaración del concurso.»

Además, según esa misma resolución y otras posteriores de la DGRN, el registrador de la propiedad puede y debe consultar el Registro Mercantil para cerciorarse de la existencia del Concurso, de la existencia del Convenio y de su contenido y, en este caso, del nombramiento y miembros de la Comisión de Control, cuyo nombramiento no necesitará, por tanto, acreditarse al notario de conformidad con la actual doctrina de la DGRN de que el registrador no deberá requerir datos que pueda obtener el mismo por otros medios. Sin embargo, sí será necesario que en la certificación que se incorpora a la escritura se legitime la firma del Presidente de la Comisión de control como medio para identificarle.

Por lo demás, el recurso contra la sentencia aprobando el Convenio no impide la eficacia del mismo –art. 133 LC- si el propio juez del concurso no acuerda su suspensión, lo que en este caso no ha ocurrido.

DONACIONES.

1.-P: Una finca aparece inscrita a nombre de dos cónyuges casados en régimen convencional de separación de bienes y por mitades. Ahora el marido dona a la mujer su mitad indivisa. En el otorgamiento de la escritura se pacta lo siguiente: "El marido dona pura y simplemente, la parte que a él corresponde en la finca descrita, a su esposa que acepta la donación. RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER: El marido se reserva el derecho de disponer a título oneroso de la finca, en la parte ahora transmitida, hasta su fallecimiento estableciéndose además una PROHIBICIÓN DE DISPONER por actos "inter vivos" por cualquier título a la donataria durante la vida del donante. En caso de fallecimiento del donante, podrá la donataria disponer libremente del bien donado". ¿Es inscribible?

R: Las dudas se plantean por la verdadera naturaleza de la donación, es decir, si es una donación inter vivos o mortis causa. El compañero que planteó la cuestión denegó la inscripción con una nota que contenía los siguientes argumentos:

“La donación calificada o bien es una donación mortis causa, o es una donación intervivos. Si fuere lo primero, no es inscribible, porque los *actos mortis causa* solo producen efectos a la muerte del donante, siendo entre tanto esencialmente revocables (Cfr. arts. 620, 675 y 737 CC). No hay mutación jurídico-real inmobiliaria inscribible hasta que no muere el donante, y, por tanto, conforme al artículo 1 y 2 LH, no son susceptibles de inscripción. Véase en este sentido STS 562/1995 de 9 de junio, RJ/1995/4912, Fundamento de Derecho cuarto: *"En esta escritura el donante sin necesidad de consentimiento del donatario se reserva la facultad de disponer de la finca donada para cualquier acto de enajenación o gravamen y en cualquier tiempo respecto de la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedará revocada la donación; además, el donatario no podrá enajenar ni gravar la finca donada ni parte de la misma durante la vida del donante sin contar con autorización expresa del donante. Dados estos términos literales ha de considerarse acertada la declaración de la Sala «a quo» de que se trata de una donación «mortis causa», en cuanto sólo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada . Se acomoda pues tal calificación jurídica a lo dispuesto en el artículo 620 del Código Civil, pues lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad «mortis causa» es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece. Estas declaraciones de la Sentencia de 24 febrero 1986 (RJ 1986/935), se ajustan con precisión al supuesto de hecho ahora contemplado, criterio seguido también por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 21 enero 1991 (RJ 1991/592), y en otras sentencias anteriores. Y siendo así, a ello no se opone el artículo 639 ni los demás invocados, toda vez que lo acreditado evidencia que el donante se reservó desde luego la facultad de disponer de los bienes donados. Y todo ello lleva consigo la sujeción de la donación a las disposiciones de última voluntad, sin cuyo cumplimiento, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la donación «mortis causa» no es válida (Sentencias de 4 noviembre 1926, 8 julio 1943 [RJ 1943/855], 29 octubre 1956 [RJ 1956/3421], y otras)."*

Y si, por el contrario, se estimase que la donación es intervivos, tampoco resultaría inscribible, por cuanto sería inválida. Toda donación intervivos queda sujeta a las reglas de los contratos en lo no determinado en el título relativo a las donaciones (Cfr. art. 621 CC); por tanto, queda sujeto a lo previsto en el art. 1.256 CC, esto es, no puede quedar su validez y eficacia a la voluntad del donante, que es lo que ocurre si se reserva éste la facultad de disponer, aunque solo sea en acto a título oneroso (RDGRN 28/07/1988). Esta invalidez de la donación con reserva por el donante de la facultad de disponer, viene

confirmada por los propios preceptos contenidos en el título II, libro III, CC, relativo a la donación. En este sentido pueden citarse, por ejemplo, el art. 639, cuando permite excepcionalmente al donante reservarse la facultad de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos, pues es evidente que este precepto viene a excluir la reserva de la facultad de disponer de todo lo donado; también los arts. 644 y ss. CC, cuando regulan las causas de revocación de las donaciones, pues ello confirma que se parte de un principio de irrevocabilidad por el donante; o el propio art. 641, que no tendría sentido si se admite la libre revocabilidad (el "cualquier caso y circunstancia" que utiliza este precepto es obvio que no incluye la libérrima determinación del donante, sino que se refiere a acontecimientos futuros e inciertos o pasados que las partes ignoren).

Además, la libre revocabilidad de la donación por el donante -que es lo que implica esa reserva de la facultad de disponer, aunque solo sea a título oneroso-, contradice abiertamente muchas exigencias elementales del Ordenamiento Jurídico. Vulnera el principio de responsabilidad patrimonial universal: el bien así donado ya no responde de las deudas del donante, pero tampoco, en la práctica, respondería de las del donatario, pues en cuanto el bien donado fuera embargado por deudas del donatario, el donante ejercitaría su facultad de disposición. Vulnera la exigencia de certeza en las relaciones jurídicas, el tráfico se vuelve inseguro (Cfr. art. 9 CE), pues, como se ha escrito, esta reserva da lugar a una extraña situación de derecho en cuanto a lo que es su relación con los patrimonios del donante y donatario; porque es claro que el derecho donado no sale del patrimonio del donante por entero ni de modo definitivo mientras viva, y la adquisición por el donatario, es decir, el ingreso patrimonial tan sólo se consuma cuando el donante fallece sin haber ejercido por entero la facultad que se reservó.

Lo importante, en definitiva, es si la donación produce de presente efectos definitivos en vida del donante para el donatario, y claramente se ve que la reserva por el donante de la facultad de disponer a título oneroso deja la eficacia de la donación en el aire mientras vive éste (y esta inestabilidad o pendencia tanto se producirá si el donatario puede disponer como si no, pues nadie le va a comprar en tales circunstancias, y aunque le compre, quedará la subsistencia de esa venta a expensas de lo que haga el donante). Por lo demás, es cierto que el donante no puede ya recuperar la cosa para sí ni disponer de ella por testamento o a título gratuito, pero estas restricciones que se autoimpone, no excluyen la vaporosa situación del donatario durante la vida del donante, lo cual excluye el naturaleza misma de la donación real: acto de liberalidad por el que una persona dispone de una cosa en favor de otra (Cfr. art. 618 CC); pues ¿qué liberalidad hay en una donación que se puede dejar sin efecto a voluntad del que la hace? La situación de este donatario ni siquiera es comparable a la del comodatario (que, al menos, adquiere el goce por tiempo determinado); es un mero

precarista. Y en tales términos, no sería justo convertir a este donatario en sujeto pasivo de las obligaciones que deriven del dominio de la cosa donada (obligaciones fiscales, responsabilidad por daños causados por la cosa –Cfr. arts. 1906 a 1908Cc).”

Sin embargo, este criterio o argumentación fue rechazado mayoritariamente (aunque a algún compañero le pareció impecable y digno de un estudio más detallado y profundo) y se dijo, entre otras cosas, que en este caso existe una transmisión de presente de todas las facultades integrantes del dominio, excepto la facultad de disponer, puesto que la donatario tiene, al menos, el usufructo, las facultades de goce de la cosa, y esto sí que se le transmite de presente. La mayoría entendía, además, que era un supuesto relativamente frecuente y que el mandato del artículo 639 CC, cuando permite excepcionalmente al donante reservarse la facultad de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos, puede burlarse fácilmente donando junto a lo principal alguna otra cosa de escaso valor y restringiendo la reserva de la facultad dispositiva al bien que tuviera verdadero valor económico.

Como la nota de calificación había sido ya notificada, y estos últimos argumentos tampoco convencieron al que la redactó, sólo resta esperar por si el interesado planteara un recurso para ver como se resuelve tan interesante cuestión.

EMBARGOS.

1.-P: La regla general para cancelar anotaciones practicadas por mandato judicial es que el mandamiento de cancelación lo tiene que expedir el mismo Juzgado que ordenó la anotación, o aquel a quien legalmente le corresponda conocer el asunto (sucesión, asunción o traslado de competencias).

El artículo 657 de la LEC ha introducido un episodio nuevo en las ejecuciones: pedir información a los titulares de cargas preferentes para saber exactamente en cuanto disminuyen el valor de la finca ejecutada. Como corolario el párrafo 2 del artículo dice que “en vista de la información recibida el Juez expedirá los mandamientos procedentes a los efectos del artículo 144 de la Ley Hipotecaria”.

Parece ser que el Juez que esta conociendo de una ejecución, en virtud de dicho artículo, a la vista de lo que contesten los titulares de los créditos, es competente para expedir mandamiento relativo a la situación del crédito preferente garantizado con hipoteca o anotación, e incluso ordenar la cancelación de la hipoteca o de la anotación ordenada en su día por otro Juzgado diferente.

Ahora me llega un mandamiento expedido por Juzgado C que, en virtud de dicho artículo 657.2 LEC, me ordena cancelar una anotación practicada en su día por mandato de un Juzgado G, al encontrarse extinguida en la actualidad la deuda que motivo dicha anotación (textualmente). ¿Es posible practicar la cancelación?

R: Se señala, en primer lugar, que el procesalista Faustino Cordón opina que *“a la vista de la información aportada por el ejecutado y acreedores sobre la subsistencia y cuantía actual de los créditos, si hubiera conformidad sobre ello, el ejecutante podrá solicitar del Secretario judicial que expida los mandamientos correspondientes al Registro de la Propiedad para que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 144 LH, es decir, para que tenga eficacia frente a tercero, proceda, según los casos, a la cancelación total o parcial de la inscripción o anotación de las cargas a que se refieran los créditos extinguidos o aminorados, o, en el caso de hipotecas, a la anotación al margen de su inscripción del pago de parte de la deuda cuando no proceda la cancelación parcial”*, es decir, que se inclina por la posibilidad de cancelación de esa anotación previa a la causada en los autos que se están ventilando en su Juzgado por mandamiento del secretario de éste, rompiendo por tanto el criterio tradicional de que ha de ser el mismo Juzgado que la decretó quien ha de ordenar la cancelación de una anotación.

José Manuel García se inclina por la competencia cancelatoria del Juez ejecutante, pero en el momento de la ejecución, así reconociendo que debe extenderse una nota marginal y que la misma no produce la cancelación, opina que siendo la finalidad de la norma –art. 657 LEC- facilitar las subastas, y aunque la LEC realizó una reforma muy flexible partiendo sólo de comunicaciones, con el riesgo de que pudiera haber algún error; a efectos de la ejecución destinataria de la información, ya no hay vuelta atrás y debe asumir la competencia de cancelación (no por el mandamiento de extensión de la nota marginal sino en el mandamiento de cancelación posterior a la ejecución) no sólo de las cargas posteriores sino de las anteriores que quedaron en cero porque todo ello es parte de la subasta y de la adjudicación. Otra cosa es si el PROCEDIMIENTO SE SOBREESE y no continúa O SI QUEDAN TODAVÍA CANTIDADES SEGÚN LA NOTA, pues entonces ya no tendría competencia a esos efectos y se mantendría entonces la del Juzgado originario.

Si el Juzgado, sigue diciendo, tiene competencia para hacer constar la nota marginal y para las decisiones sobre la valoración de los bienes atendiendo a la extinción de cargas anteriores, tiene que tener competencia, o mejor dicho, continuará la competencia concedida por la Ley, para llevar a cabo la consecuencia necesaria de esa competencia, que es cancelar la anotación de embargo que según la nota marginal tenga cantidad de responsabilidad cero a instancia del rematante de la subasta. Y luego será el registrador el que

comunique al Juzgado de la anotación de embargo que ha cancelado la anotación de embargo por mandamiento del Juzgado en que se sigue la ejecución y consta la nota marginal. Asimismo recuerda que los asientos se extinguen cuando se extingue el derecho, y en este caso, el derecho (garantizado por la anotación) está extinguido aunque todavía no esté cancelado, pero si está extinguido en cuanto a la cantidad por decisión de un determinado Juzgado parece lógico que continúe la competencia de ese Juzgado que tomó esa decisión tan importante para el derecho garantizado, decretando la cancelación del asiento de anotación preventiva.

Eugenio Rodríguez Cepeda y Rivas Torralba, sin embargo, se muestran más prudentes y, así plantean que la cuantía actual de las cargas anteriores se debe hacer constar por nota marginal sin efectos cancelatorios pues la cancelación total o parcial requiere el consentimiento del titular registral o sentencia firme, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Se cita a favor de esta postura la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 2005 –a la que se puede añadir la Instrucción de 12 de diciembre de 2000–, que de forma más o menos directa vienen a inclinarse por la nota marginal.

Efectivamente, el efecto de esa una nota al margen de esa anotación de embargo que dice que, según mandamiento de Juzgado competente, la obligación reclamada en el procedimiento a que se refiere la anotación adjunta el saldo es X, es evidente que no tiene carácter definitivo y sólo afectaría al rematante de la subasta provocada por el embargo que se ejecuta, pero no a otros terceros –ej. en caso de sobreseimiento- respecto de los cuales se podría reclamar más cantidad si ese saldo aumenta posteriormente –nuevos intereses, vencimientos de la misma deuda o costas–, pero este efecto de modificabilidad no está tan claro cuando lo que se publica es que “la deuda se halla totalmente saldada o extinguida”. Ahora bien, a este respecto se responde que en el caso de las hipotecas con certificación de cargas, el artículo 688 de la LEC prohíbe cancelar, aunque lo ordene un Juzgado en virtud de una anotación posterior que hubiera practicado la nota marginal de saldo cero y hubiere realizado la subasta; y en el caso de embargos, no se ve por qué no ha de aplicarse el mismo criterio, máxime cuando se trata de un asiento practicado por mandamiento judicial lo que nos remite al artículo 83 de la Ley Hipotecaria.

Por último Juan Sarmiento entiende que se debe distinguir según el supuesto concreto ante el que nos encontremos. Reproducimos literalmente su opinión sobre la interpretación del artículo 657 LEC: “Creo que este artículo no puede entenderse en términos de blanco o negro; cancelar la carga anterior por mandato del tribunal ejecutante de la carga inferior, u oponerse totalmente a ello. Me parece que este precepto debe ser matizado según los supuestos y, sobre todo, armonizado con el resto de los preceptos que recaen sobre esta

materia, tal como exige la unidad del Ordenamiento Jurídico (y el viejo y prudente axioma que todos aprendemos al empezar el oficio: inscribir siempre, anotar con precaución, cancelar nunca). Y antes de entrar en los argumentos, pondré dos ejemplos sobre la necesidad de tal armonización:

a) A los que sostienen que hay que cancelar, les preguntaría que cómo armonizan esta posición con el art 131 in fine LH. Imaginemos que la carga anterior es una hipoteca en ejecución. Se rechaza la inscripción de la escritura de carta de pago de esta hipoteca hasta que no se cancele la nota de inicio de ejecución, para evitar que su ejecución continúe sin base; esto es, la eficacia registral de la carta de pago de una hipoteca queda subordinada a que se haga valer previamente en el proceso de ejecución de dicha hipoteca. ¿Vamos ahora a cambiar el criterio por el solo hecho de que dicha carta de pago obre en la ejecución de una carga posterior y llegue al registro con la recomendación del juez que conoce de esta última ejecución? Si cancelamos la hipoteca anterior por virtud del mandato del juez que ejecuta la carga posterior, el procedimiento de ejecución de aquella quedará sin base y de espaldas al mismo, que es lo que el 131 LH trata de prevenir. Y por otra parte, ¿no es evidente que el objetivo que inspira este art 131LH, (que la satisfacción extraprocesal de una carga en ejecución tiene que hacerse constar lo primero en el propio proceso en que se ejecuta), es igualmente aplicable, por identidad de razón, al supuesto en que la carga anterior sea una anotación de embargo?

b) A estos mismos defensores de la tesis procancelación les preguntaría si en el caso en que solicitada la información al titular de la carga anterior –una anotación de embargo- y respondiendo éste que ahora se debe mayor cantidad que la inicialmente consignada en la anotación (por razón de nuevos vencimientos, o por nuevos intereses devengados), aceptarían modificar la anotación de ese embargo anterior para consignar las nuevas cantidades adeudadas, y ello en base al mandato del juez que conoce de un proceso de ejecución distinto y ulteriormente anotado? Porque, desde luego, el 657LEC en caso de anotaciones de embargo, no se contrae solo a la hipótesis de disminución de lo reclamado sobre lo que consta en la anotación, y es claro que cabe el supuesto de incremento de lo reclamado y que la ley prevé también la consignación de dicho incremento en la anotación (cfr. arts 613.4 LEC).

Por otra parte, oponerse a la cancelación en todo caso, tampoco es compatible con la existencia del art 657 in fine. No se puede mirar para otro lado y no ver lo que está escrito al final de este artículo. Habrá que intentar darle alguna utilidad, pero siempre que sea congruente con la estructura del sistema. Y en este sentido, propongo distinguir supuestos, según que la carga anterior sea una anotación de embargo, o una hipoteca; subdistinguiendo este último según que la hipoteca esté o no en ejecución.

1-HIPÓTESIS EN QUE LA CARGA ANTERIOR ES UN EMBARGO ANOTADO.-

En este supuesto entiendo que el art 657 in fine LEC, es totalmente inaplicable. Y ello por la siguiente argumentación:

a) Es claro que el último párrafo del art 657 LEC, es un precepto excepcional frente a la regla general que exige el consentimiento del titular o la resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado contra él, para cancelar un asiento que le atribuya algún derecho (cfr. arts 1 y 40LH). Es excepcional también frente a la regla de que el juez que conozca de una ejecución, solo puede ordenar la cancelación de la carga que se ejecuta y la de las posteriores, pero no de las preferentes (cfr. art 132 y ss. LH y 674LEC). Y lo es, por último, respecto de la norma registral contenida en el art 84LH. Por tanto, conforme al art 4 Cc, no puede ser aplicado a supuestos distintos de los expresamente contemplados.

b) Por otra parte, es igualmente indudable que los mandamientos en él contemplados por el art 657 in fine LEC son los que procedan a los efectos previstos en el art 144LH. Y ello, teniendo en cuenta que este último artículo se refiere a la consignación registral de las modificaciones de la obligación cuando está garantizada con hipoteca, nos obliga a concluir que el único supuesto EXPRESAMENTE COMPRENDIDO en el 657 in fine LEC, es aquel en que la carga preferente a cancelar sea una hipoteca; la hipótesis en que la carga preferente es una anotación de embargo queda fuera, al menos expresamente, de su ámbito.

c) Y si el supuesto en que la carga preferente a cancelar es una anotación de embargo, no está expresamente contemplado por el art 657 in fine LEC, y si este precepto, por su carácter excepcional, es de interpretación estricta, la consecuencia no puede ser sino la apuntada al principio: este precepto no se aplica a la hipótesis ahora contemplada.

Y por si este argumento de la necesaria interpretación estricta del art 657 in fine LEC, en tanto que precepto excepcional, no es suficientemente convincente en cuanto a su inaplicabilidad a la hipótesis en que la carga preferente es una anotación de embargo, aun podrá añadirse la consideración de la inexistencia de identidad de razón entre dicho supuesto y el expresamente considerado por dicho precepto (cuando la carga preferente es una hipoteca), lo que impediría un pretendida aplicación analógica.

En efecto, la hipoteca es una garantía directa del crédito asegurado; el titular del crédito tiene el poder de disposición sobre la hipoteca, en tanto que derecho accesorio; la extinción del crédito comporta, por la misma razón de

accesoriedad, la de la garantía; y la declaración formulada por el acreedor garantizado hipotecariamente en la que se declara satisfecho de su crédito, provoca la inmediata cancelación de la garantía si accede al registro debidamente formalizada. En consecuencia, si en un procedimiento judicial cualquiera, se formulase (por la razón que fuere) por el titular de un crédito hipotecario una declaración fehaciente de haber sido satisfecho, ninguna dificultad existiría para que el tribunal que conozca de ese procedimiento, empaquete debidamente (mediante mandamiento o simple acta) esa declaración y la traslade al registro de la propiedad, produciendo la consiguiente cancelación si hay persona legitimada que así lo solicita (cfr. art 6LH). Esto es, al fin y al cabo, lo que se hace en la notaría con la escritura de cancelación de hipoteca; y recuérdese que el secretario judicial tiene poder autenticador respecto de las actuaciones procesales –cfr. arts 279 y ss. LOPJ).

En cambio, el embargo anotado no es una garantía directa de la obligación que motiva la traba, ni del acreedor que insta el procedimiento en el que se decreta; es una garantía de la eficacia de la ejecución, cualquiera que sea el definitivo beneficiario del precio de remate (recuérdese que conforme al art 620 LEC, puede ocurrir que tras la ejecución, el acreedor que la instó se quede totalmente insatisfecho, pues el precio de remate haya de destinarse al pago de un tercerista triunfante). Por otra parte, el acreedor que obtiene el embargo no tiene el poder de disposición sobre el mismo (la carta de pago notarial dada por el acreedor que instó la ejecución no permite solicitar del registrador la cancelación de la anotación de embargo); es el tribunal (hoy el secretario) el que decide la práctica del embargo, su modificación o su alzamiento (cfr. art 587, 612, etc, LEC; art 1787 Cc), y, de ahí, el corolario registral contenido en el art 84LH. Cuando el acreedor que insta la ejecución cobra extrajudicialmente, ello no comporta sin más la terminación del procedimiento; el art 22LEC, muy claro en este sentido: la satisfacción extraprocesal del actor ha de ponerse de manifiesto al tribunal y, solo si hubiere acuerdo entre la partes, se decretará por auto la terminación del procedimiento, y en ese mismo auto se ordenará el alzamiento de la traba acordada. Por último, ni siquiera puede afirmarse que el cobro extrajudicial por el acreedor que instó la ejecución y obtuvo el embargo, determina al juez, en todo caso, a ordenar el alzamiento de la traba; si se hubiere interpuesto en dicha ejecución una tercera de mejor derecho, el tercerista con título ejecutivo pasa a tener en dicha ejecución la condición de actor y, por tanto, sin su conformidad, no puede sobreseerse el procedimiento de ejecución (cfr. art 13 y 619LEC).

Las diferencias respecto de la hipoteca son, pues, obvias y determinan claramente la inexistencia de identidad de razón que permita extender a la hipótesis de anotación de embargo, lo dispuesto en el art 657 in fine LEC respecto de aquella. Antes al contrario, lo que tales diferencias ponen de manifiesto es que si en la ejecución de una carga posterior constase que el

crédito que motivó el embargo anterior está pagado, lo que procede no es que el juez que conoce de aquella ejecución posterior comunique tal circunstancia al registrador (pues éste no podría cancelar la anotación de embargo anterior aunque le llegara directamente la declaración fehaciente del acreedor de que ha cobrado), sino que ha de trasladarla al propio juez que decretó ese embargo anterior, a fin de que éste adopte las previsiones necesarias conforme al art 22LEC y, en su caso, disponga el alzamiento de la traba. Todo lo cual, además, es conforme con la inequívoca proclamación legal de la subordinación de la ejecución del embargo posterior a la del anterior, debiendo garantizarse que aquella no afecte al embargante anterior (cfr. art 610LEC). Y armoniza perfectamente con el espíritu del mandato normativo contenido en el art 131 in fine LH.

Con esto, no se niega utilidad al art 657LEC, frente a cargas anteriores que sean embargos anotados. La declaración del embargante anterior del pago o satisfacción extraprocésal (o del aumento de lo que reclama, con sus consecuencias a efectos del 613.3LEC), servirá para formar las pujas en la ejecución posterior, y no podrá ser desconocida por él cuando se intente hacer valer en su contra, pero no puede menoscabar el procedimiento de ejecución que aquel inició mientras no se haga valer en dicho procedimiento.

Adviértase, en fin, que si el posible postor en la ejecución de una carga posterior acudiese directamente al procedimiento en el que se acordó el embargo anteriormente anotado, para informarse de lo que en ese momento es objeto de reclamación en él, y por la razón que sea se le da una cifra errónea inferior a la procedente, ello podrá generar responsabilidad civil de quien le dio esa cifra errónea, pero en modo alguno podrá pretender ese postor que abonando esa cantidad errónea puede y debe obtener el alzamiento del embargo anterior, ni que, en el caso de consumarse la ejecución inherente a este embargo anterior, le corresponde todo el exceso del precio de remate sobre dicha cifra errónea (cfr. art 613LEC)

2- HIPÓTESIS EN QUE LA CARGA ANTERIOR ES UNA HIPOTECA EN FASE DE YACENCIA.-

En este supuesto, el art 657 in fine LH, tiene que armonizarse con dos exigencias, ambas de tipo registral: por una parte, con la regla general de exigencia del consentimiento del titular o resolución judicial dictada en juicio declarativo contra él entablado, para que pueda cancelarse un asiento registral (art 1, 40 y 82LH); por otra, con la exigencia de acreditación fehaciente de la extinción del derecho para que provoque la consiguiente cancelación de su asiento (cfr. art 3LH).

Desde esta perspectiva, creo que puede afirmarse que nada hay de particular o sorprendente en que cuando el pago de un crédito hipotecario, por la razón que fuese, se hubiere producido en el curso de un proceso judicial cualquiera, el secretario expidiese un documento acreditativo de ese hecho, y lo entregare al interesado para su aportación al registro con el objeto de obtener la cancelación de la hipoteca correspondiente. No creo que ningún registrador objetara tal cancelación por falta de forma, pues ese documento expedido por el secretario judicial hace fe del hecho que se produjo en autos y que se recoge en el mismo (cfr. arts 279 y 281LOPJ). Esto es al fin y al cabo, lo que ocurre cuando en acto de conciliación una de las partes admite el pago del crédito hipotecario reclamado (cfr. arts 472 y ss. LEC de 1881), o cuando en caso de consignación judicial, el juez declara que está correctamente realizada (cfr. art 1180CC).

Las dificultades surgen cuando en ese procedimiento judicial lo que obra es un mero escrito o documento privado en que el titular de un crédito hipotecario manifiesta haberlo cobrado. En este caso, el hecho del pago no está acreditado fehacientemente, y no pasa a estarlo por el solo dato de que el secretario judicial extienda un nuevo documento (no nos importe ahora como denominarlo) en el que se limita a afirmar que aquel escrito o carta de pago privada obra en autos y lo adjunte o testimonie su contenido. Si este nuevo documento judicial llegara al registro (aun cuando se adjuntare la propia carta de pago privada) no haría fe del hecho del pago y, por tanto, debería denegarse la cancelación por falta de forma, conforme al art 3LH. Tal documento judicial sería equiparable a un acta notarial de protocolización de documento privado: prueba la existencia del propio documento privado pero no la del hecho reflejado en dicho documento, que es el que habría de inscribirse. (Adviértase que conforme al art 326LEC, la eficacia probatoria plena del documento privado aportado a un juicio presupone su no impugnación por las partes, y, como ahora, ese documento privado recibido en una ejecución en aplicación del 657 LEC, se refiere a un hecho ajeno a lo que constituye el objeto de dicha ejecución, y no es parte en ella aquel a quien tal documento puede perjudicar, no puede afirmarse que la sola aportación al proceso de ejecución de tal documento privado eleve su fuerza probatoria específica)

Pues bien, señaladas estas consideraciones, creo que la conclusión a extraer es clara:

- Si el mandamiento judicial al que se refiere el 657 in fine LEC, (conforme al 280LOPJ debiera ser un acta y no un mandamiento), acreditase fehacientemente el hecho del pago del crédito hipotecario anterior (bien porque ese hecho se produjo en las propias actuaciones judiciales seguidas, bien porque el propio acreedor compareció en el juicio y declaró la realidad del cobro recibido, bien porque a las actuaciones se aportó un documento que lo acreditaba fehacientemente y que es testimoniado íntegramente), ninguna

dificultad habrá para acceder a la cancelación stricto sensu de la hipoteca correspondiente. No se le podrían oponer más defectos que los que pudieran objetarse si tal hecho viene envuelto en escritura pública.

- Por el contrario, si en las actuaciones judiciales de la ejecución del gravamen posterior solo se aportó una carta de pago privada o un mero escrito del acreedor admitiendo el pago del crédito hipotecario anterior, sin más garantía que su sola firma, ese mandamiento judicial no podrá dar lugar a la cancelación por imperativo del art 3LH, al no acreditar fehacientemente el hecho extintivo del derecho cuyo asiento se pretende cancelar. Estaría bueno que para detener la propia ejecución de la carga hipotecaria posterior no baste la sola aportación de la carta de pago privada otorgada por el propio ejecutante (cfr. art 557.1 en relación con el 326 LEC, y 695.1.1ª LEC), y sin embargo, una carta de pago privada recibida en esa ejecución y relativa a una hipoteca anterior bastara para imponer la cancelación de esta hipoteca y, consiguientemente, impedir su ejecución futura

En definitiva, lo que el art 657 in fine LEC, trata de establecer es un nuevo cauce documental mediante el que el pago de un crédito hipotecario puede acceder al registro, pero en modo alguno pretende excepcionar las exigencias formales de funcionamiento del registro de la propiedad y las demás previsiones legales a las que se supedita la cancelación de la hipoteca.

3- HIPÓTESIS EN QUE LA CARGA ANTERIOR ES UNA HIPOTECA EN EJECUCIÓN.

En este supuesto entiendo que son aplicables las mismas conclusiones apuntadas para la hipótesis anterior, pero con una matización: aunque el documento judicial (mandamiento o acta) que se reciba en el registro procedente de la ejecución de la carga posterior acredite fehacientemente el pago de esa hipoteca anterior en ejecución, no podrá accederse a la cancelación de ésta en tanto no se cumplimente la exigencia del art 131LH, esto es, en tanto no se ordene la cancelación de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas que obra al margen de la inscripción de la hipoteca anterior. Como ya se apuntó, la circunstancia de que la prueba fehaciente del pago de un crédito hipotecario sea de origen judicial en vez de notarial, no es razón para no aplicar una previsión legal, la del 131LH, cuya razón de ser es tan ajena a la forma documental de esa prueba. Nada permite entender que el 657 in fine de la LEC, excluya la aplicabilidad del art 131LH, introducido, precisamente, por la misma ley que aprobó la LEC.”

2.-P: Mandamiento de ampliación de embargo de la TGSS. En la práctica, si se examinan las providencias de apremio que motivan las respectivas diligencias de embargo, resulta que normalmente se trata de nuevas deudas (nuevas

providencias por nuevos períodos) por lo que no se practica nota marginal de ampliación sino una nueva anotación de embargo, aunque a efectos de la TGSS se tramite bajo el mismo número de expediente. Parece que la TGSS ha comunicado a algún Registro que "en todos los Registros hacen constar la ampliación y no toman nueva anotación" y que con esta práctica corren/corremos el riesgo de que se "cuele" una carga intermedia. ¿Cuál es la forma correcta de proceder?

R: Extraña que la TGSS diga que "en todos los Registros hacen consta la ampliación y no toman nueva anotación" cuando, en las diferentes ocasiones en las que hemos tenido la oportunidad de tratarlo en el Seminario, todos los compañeros han estado de acuerdo en que no se trata de supuestos de una verdadera ampliación. En la TGSS lo denominan ampliación de embargo y hablan de diligencia de ampliación de embargo, e incluso se tramita bajo el mismo número de expediente, pero, a efectos registrales, lo correcto es que cada mandamiento de embargo cause una nueva anotación preventiva, con su propio rango y vigencia y por las cantidades que se señalen.

La pretensión de una aplicación supletoria de lo dispuesto en la LEC ha sido rechazada desde siempre por la mayoría de los registradores, pues, por un lado, el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social establece una regulación al respecto que se aparta de la contenida en los artículos 610 y 613 LEC; y, por otro, estos preceptos sólo prevén la ampliación para los casos en que se restrinja, además de a los intereses y a las costas, a un principal que pueda hacerse valer en el mismo procedimiento, por ejemplo, nuevos vencimientos de la misma obligación, y no a sucesivos devengos periódicos de una obligación genérica.

Ya en el año 2005 la Comisión de Criterios de Calificación emitió el informe 1/2005 donde mostró su rechazo a tal ampliación, entendiendo que no es aplicable a supuestos de devengo periódico diferenciado, en que cada período es una obligación distinta (vg. sucesivos vencimientos del IBI, que se devenga anualmente, o a cotizaciones de la SS, donde, si bien, se devengan mensualmente, cada obligación es independiente y nace al cumplirse cada mes). Y recientemente ha tenido ocasión de pronunciarse la DGRN (R de 28 de julio de 2012), llegando a la misma conclusión con los siguientes argumentos:

-- La anotación que se practica en el Registro es el asiento registral que publica el embargo practicado que, a su vez, presupone la existencia de una diligencia de embargo, la cual puede comprender única providencia de apremio o puede suponer la acumulación en un único expediente de varias providencias de apremio.

-- Por ello la anotación preventiva de embargo no surte efecto respecto de los débitos no anotados por no haber sido incluidos en la diligencia de embargo ni, por tanto, en el mandamiento de embargo.

-- La regla que resulta de los artículos 610 y 613 LEC que restringe la ampliación, además de a los intereses y a las costas, a un principal que pueda hacerse valer en el mismo procedimiento, no es aplicable al procedimiento de apremio para el cobro de las deudas por cotizaciones de la SS pues su normativa especial sólo permite que pueda preverse un incremento sobre la cuantía exigible de hasta un 10 por ciento, en concepto de previsión de costas e intereses que pueden devengarse hasta el momento del efectivo cobro (cfr. artículo 87 RGRSS).

-- De lo anterior se deduce que no puede pretenderse, en el caso de procedimientos de apremio derivados de deudas de la SS, que a través de una ampliación de embargo por débitos de vencimiento posterior a los primitivamente anotados y que han motivado nuevas providencias de apremio, se obtenga la práctica de un nuevo asiento con el mismo rango que correspondía a la anotación inicial.

Y para aplicar esta solución de no practicar la ampliación en ningún caso, sino una nueva anotación preventiva de embargo, es indiferente que existan o no terceros titulares de asientos posteriores a la anotación que se pretende ampliar, pues, en caso contrario, se estaría provocando una innecesaria confusión en cuanto a los efectos que producen uno y otro asiento en punto, por ejemplo, a su plazo de vigencia.

HERENCIAS.

1.-P: Se plantea si hay conflicto de intereses que exija la intervención de defensor judicial en la liquidación de gananciales realizada por el viudo en su nombre y en representación de su hija menor en el supuesto de que se inventaríen como gananciales, además de varios bienes inmuebles cuya ganancialidad resulta del Registro, dos coches y varias cuentas bancarias.

En cuanto a los coches se manifiesta la fecha de matriculación y en cuanto a las cuentas bancarias se manifiesta que están a nombre del causante y de la compareciente.

R: Se señala que el posible conflicto de intereses se produce en la formación del inventario al determinar qué bienes son privativos y qué bienes son gananciales e incluir como gananciales bienes cuya ganancialidad no está acreditada, con lo que podría sustraerse de la masa hereditaria la mitad de dichos bienes.

Caben varias opciones: 1) Considerar que, puesto que la ganancialidad de los inmuebles que vamos a inscribir resulta del Registro, no debemos calificar las cuentas bancarias y los coches, y debemos inscribir sin más. 2) Considerar que el posible conflicto de intereses se da en la formación del inventario y en la liquidación de gananciales como acto global y con independencia de la naturaleza de los bienes o de que vayamos a inscribirlos o no. Si se mantiene esta última postura habrá de plantearse a su vez la forma en que ha de acreditarse la ganancialidad de los coches y las cuentas bancarias. Y caben a su vez varias posibilidades: 1) Admitir la mera manifestación basada en la presunción de ganancialidad. 2) Admitir la manifestación de haberse matriculado el coche o abierto las cuentas con posterioridad al matrimonio con aplicación de la presunción de ganancialidad. 3) No admitir las meras manifestaciones puesto que las realiza exclusivamente la persona en quien concurre el conflicto de intereses y pedir que se acredite el carácter ganancial de estos bienes (la DGRN no admitió la manifestación de que una obra nueva se realizó con dinero ganancial y ha señalado que la presunción de ganancialidad no es indestructible).

En este caso, ¿sería suficiente como prueba de titularidad el certificado bancario de las cuentas y la tarjeta de matriculación de los coches? Si no admitimos estos medios de prueba ¿habría que entender que siempre que se incluyen como gananciales este tipo de bienes hace falta nombrar defensor judicial?

La DGRN ha dicho que hay conflicto de intereses cuando se incluyen como gananciales bienes de cuyo título adquisitivo no resulta con claridad tal carácter (se pueden ver RRDGRN. 14-3-1991, 15-5-2002, 15-9-2003 y 23-5-2012). Además, la doctrina DGRN, reiterada en numerosas resoluciones, parte de que, conforme al artículo 1.060 CC, cuando los menores estén legalmente representados en la partición no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial, por lo que debiera bastar la representación de la madre que ejerce la patria potestad. Ahora bien, de existir conflicto de intereses, el artículo 163 CC exige el nombramiento de un defensor judicial. Pero esta doctrina no es de aplicación automática, sino que se limita, según el mismo Centro Directivo, a los supuestos de existencia real de ese conflicto u oposición de intereses. No siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso.

Así por ejemplo, no hay contradicción ni conflicto de intereses, si los bienes se adjudican pro indiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia. Pero sí puede haber tal conflicto, por ejemplo, en la formación del inventario cuando sea paso previo necesario para determinar el caudal partible, por la inclusión en el inventario como gananciales de bienes cuyo título

adquisitivo no resulte con claridad tal carácter. También se ha declarado la existencia de este conflicto cuando el cónyuge sobreviviente no se ajuste en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto o en el caso de que, recogida la “cautela socini” en el testamento del premuerto, ejercite el cónyuge viudo, en representación de algún legitimario, la opción concedida. La DGRN en RR. 15 de mayo de 2002 y 14 de diciembre de 2006 y la reciente de 4 de septiembre de 2012, tiene declarado que la elección que hace la madre por los legitimarios entre admitir el gravamen sobre la legítima estricta -para mantener una mayor participación en la herencia de la mínima legal- y no aceptarlo, acarrea la contraposición de intereses, ya que la representante se ve afectada directamente por el resultado de la opción.

Centrándonos en el caso que nos ocupa -posible conflicto de intereses en la formación de inventario- se comentó por todos los asistentes que era incuestionable que, en principio, siempre existirá conflicto de intereses en la formación del inventario, pues el interés directo que tiene el cónyuge viudo en las consecuencias de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal en la propia determinación del inventario ganancial si el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancialidad no viene predeterminada legalmente sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del fallecido (Resolución de 3 de abril de 1995). Pero que, en todo caso, habría que examinar las circunstancias del caso concreto. Así la reciente RDGRN de 2 de agosto de 2012 (supuesto en el que la madre intervenía en su propio nombre y en el de una menor, que también comparece por ser mayor de 16 años, y uno de los bienes es ganancial, por haber sido aportado al matrimonio, y es adjudicado pro indiviso, conforme a las cuotas legales) la DGRN estima el recurso interpuesto por el notario en base a su conocida doctrina que considera que el conflicto de intereses tiene que ser real, no meramente hipotético, y en el caso resuelto no lo habría ya que los intereses de madre e hijo no son contrapuestos sino paralelos.

Aplicado este criterio a nuestro caso, habrá conflicto de intereses si la ganancialidad de los bienes no fuera indubitada, o derivara de manifestación unilateral del fallecido. Respecto de los bienes inmuebles, el carácter de ganancial es indubitado, pues así consta en el Registro, rigiendo con plenos efectos el principio de legitimación registral (artículos 1 y 38 LH) planteándose el problema en relación con la inclusión de unos vehículos y cuentas corrientes. Respecto de éstos últimos, la mayoría de los asistentes entendió que no bastaba la mera manifestación del cónyuge sino que debería aportarse algún principio de prueba del carácter ganancial de los bienes. Se puso de manifiesto la evidente dificultad de una prueba plena en esta materia pues se trata de bienes que no son susceptibles de inscripción en un Registro jurídico que produzca efectos legitimadores, ya que en el caso de los vehículos el Registro de Tráfico tampoco

hace prueba de la titularidad figurando como titular sólo el cónyuge adquirente. Por ello, para una adecuada y equilibrada resolución del conflicto, si tenemos en cuenta, por un lado, la dificultad de una prueba indubitada y la aplicación del principio de presunción de ganancialidad de todos aquellos bienes que no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges (cfr. art. 1361 CC) y, por otro lado, la severidad con que se castiga el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 163 CC (Vid. STS de 8 de junio de 2011, conforme a la cual los actos particionales llevados en contravención de lo previsto en este artículo citado son nulos de pleno derecho), se concluyó con que no basta la mera manifestación hecha en la escritura, sino que es necesario aportar un principio de prueba por escrito, de tal manera que el registrador pueda llegar a una conclusión sobre el carácter del bien, conforme un criterio racional y de la sana crítica, si se quiere prescindir del nombramiento de un defensor judicial que, en otro caso, sería necesario. Prueba que se estimó suficiente, para el caso planteado, por la aportación de un certificado de la titularidad común de las cuentas bancarias y con la tarjeta de matriculación de los coches.

2.-P: Se presenta una escritura de partición y adjudicación de herencia de un señor que falleció en estado de casado en régimen de gananciales, dejando dos hijas y sin haber otorgado testamento. Valoran lo que corresponde a la viuda por gananciales y por el usufructo legal, y lo que corresponde por herencia a cada una de las dos hijas habidas del matrimonio. Y, acto seguido, según dicen, conforme al 1062 Cc, adjudican el único bien ganancial a una de las hijas, que, afirman, ya abonó a su hermana el importe de la cuota hereditaria que le correspondía, reconociendo, en cuanto a su madre, una deuda por el importe de lo que le correspondía por la liquidación de la sociedad de gananciales y por la herencia.

En la misma escritura la madre dona a su hija adjudicataria el crédito que tenía contra ella. [Parece que la finalidad está clara: eludir la extinción de condominio]. En la calificación se pidió que se indicase la expresión de la causa que justifique la transmisión de la porción indivisa de la finca que correspondía a la viuda en virtud de la liquidación de gananciales a favor de la hija adjudicataria, ya que no consta la renuncia de aquélla a la sus derechos en la disuelta sociedad o la transmisión de dicha cuota, sin que sea aplicable al caso una conmutación.

R: Es cierto que, para la inscripción en el Registro, es necesario la claridad, congruencia y precisión de los negocios jurídicos inscribibles. La exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo, la extensión de la calificación registral a todos los elementos determinantes de la validez del negocio inscribible y, en definitiva, la necesidad de reflejar en el Registro el negocio jurídico determinante del negocio a inscribir, hace necesario que quede

debidamente aclarado el completo negocio celebrado, que justifique jurídicamente el resultado pretendido (Vid. RDGN 18 de noviembre de 1998).

Y también lo es que, en el caso planteado, existe una aparente discrepancia entre el carácter del bien inventariado y la adjudicación que se realiza. Sin embargo, la mayoría entendió que el documento era inscribible, pues, aunque no se exprese con este nombre, se trata de un exceso de adjudicación de un bien indivisible que lleva la hija; reconociendo ésta, frente a la madre, una deuda por importe igual de lo que le correspondía por la liquidación de gananciales y por la herencia. Luego sí que existe causa que justifica el resultado pretendido, cual es, dado el carácter indivisible del bien, el declarar un exceso de adjudicación por aplicación del artículo 1.062 Cc para adjudicarlo por entero a uno de los partícipes; y además es una causa onerosa pues se reconoce una contraprestación, en este caso, un derecho de crédito por el valor que correspondía a la viuda por su participación en la sociedad de gananciales y en la herencia (Vid. RDGRN 3 de octubre de 2011).

Lo que no debe afectar a la calificación, siempre que el negocio jurídico sea válido, son los posibles motivos que han llevado a las partes a configurarlo del modo en que lo han hecho, por ejemplo, eludir la extinción de condominio por motivos fiscales. En nuestro caso, idéntico resultado se hubiera conseguido si la viuda se adjudicara un porcentaje del bien, en pago de sus derechos, para inmediatamente después donarlo a la hija.

Finalmente se apuntó, en la misma línea, que desde antiguo se viene admitiendo en la práctica y en la propia doctrina DGRN el denominado “*totum revolutum*”, expresión que comprende la posibilidad de que los interesados, una vez que ambas cuotas han ingresado en su patrimonio (en este caso ganancial y hereditaria) opten por disolver conjuntamente la comunidad, sin necesidad de una liquidación formal de la sociedad de gananciales.

HIPOTECAS.

1.-P* : Se presenta en el Registro una Escritura de cesión de crédito hipotecario con una serie de particularidades: 1.- En el Registro consta inscrita una hipoteca sobre varias fincas en garantía de un crédito solidario a favor de dos acreedores. 2.- Ahora, en la Escritura presentada, uno de los acreedores cede a un tercero parte de su crédito, por un valor igual al garantizado por tres de las fincas hipotecadas, haciendo constar en la escritura la cesión del crédito hipotecario sólo sobre estas tres fincas, sin hacer referencia a las demás, de modo que parece

* Caso tomado de lista libre.

que pretenden que el cesionario sólo pueda hacer efectivo el crédito ejecutando las tres fincas antes mencionadas.

Hablando con el Notario, le he comentado que eso no es posible dado la indivisibilidad de la hipoteca, de modo que a mi entender, la cesión debería realizarse sobre todas las fincas, sin perjuicio de que posteriormente, y dado las relaciones internas de los acreedores, el nuevo cesionario se limite a ejecutar las tres fincas. Ante ello, el Notario me contesta que solicitará que la inscripción de la cesión sólo se haga constar sobre estas tres y no sobre las demás. ¿Es inscribible?

Por otra parte, y como problema añadido, en la comparecencia sólo aparece uno de los dos acreedores solidarios originales, que es quien cede parte de su crédito. ¿Es necesario que comparezca también el otro prestando su consentimiento? Yo me inclino más por el sí, pues entiendo que la solidaridad se basa en una relación de confianza que puede verse alterada dando entrada a un tercero. Entiendo que la diferencia fundamental entre la mancomunidad y la solidaridad es que, en la primera, si dejamos 10, cada uno presta 5, pero en la segunda, dejamos diez entre los dos, sin saber, al menos de puertas a fuera, cuanto pone cada uno.

R: Efectivamente, el principio de autonomía privada parece permitir el acto dispositivo señalado, aunque, por otro lado, la alteración en la organización de la relación obligatoria que necesariamente resulta de dicha cesión parcial parece pugnar con el principio de la eficacia relativa del negocio y la imposibilidad, en consecuencia, de que la misma pueda afectar a la esfera jurídica de los terceros, ajenos a la cesión.

No obstante, mayoritariamente se señala que, a primera vista, no **parece** que exista inconveniente para ello por aplicación del principio de autonomía de la voluntad y porque tampoco surge obstáculo derivado de la indivisibilidad de la hipoteca porque lo que se divide es el crédito y no aquélla. El acreedor solidario puede disponer del crédito por sí sólo según las reglas normales de la solidaridad y los otros acreedores tendrán a lo más un derecho de reembolso o lo que se hubiere pactado en su relación interna, surgiendo, entre tanto, una titularidad solidaria respecto de la parte del crédito no cedida entre los antiguos acreedores y una crédito mancomunado de estos con el nuevo respecto del total crédito, a menos que todos los acreedores solidarios admitieran también respecto a la parte cedida la solidaridad.

Y el deudor, por su parte, no podría oponerse porque la cesión parcial del crédito hipotecario está admitida por los artículos 1878 CC y 149 LH, y sabría por la inscripción de la cesión que si quiere la cancelación respecto de las fincas afectadas por esa cesión parcial, no puede pagar al primitivo acreedor cedente

sino al nuevo cesionario, o al viejo que no ha cedido, y quedarían claras las cosas para él que sólo debería cuidarse, si hace un pago parcial, de imputarlo a fincas determinadas o a aclarar el crédito a que se refiere –al cedido o al no cedido–.

Por su parte, en este sentido Antonio Gallardo opina acertadamente con más profundidad lo siguiente: *“la primera cuestión a tratar consiste en determinar si el acreedor solidario puede, por sí mismo, realizar actos dispositivos sobre el crédito solidario, una cuestión ante la cual aparecen enfrentadas dos visiones de la solidaridad, reflejadas en el propio Código: la de carácter mas propiamente solidario, del artículo 1.143, que permite todo tipo de actos de disposición del crédito, por parte de un solo acreedor —incluyendo «la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda»—, con un efecto directo e inmediato sobre el propio crédito solidario en su conjunto (pues «extinguen la obligación»); y la recogida en el artículo 1.141, que parece reconducir a una organización de tipo comunitario o asociativo, ajena a la estructura propia de las relaciones que surgen entre los sujetos, dentro de la solidaridad —al permitir a «cada uno de los acreedores solidarios» «hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial»—.*

Una contradicción que, de modo general, la doctrina resuelve en favor del primero de aquellos preceptos, permitiendo al acreedor realizar todo tipo de actos de ejercicio o disposición del crédito, sin miedo al perjuicio que tales actos puedan ocasionar al resto de acreedores solidarios; pues de tales perjuicios se ocupa, precisamente, el párrafo 2º del mismo artículo 1.143, al establecer que «el acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación».

Cada uno de los acreedores solidarios, por tanto, puede realizar actos de ejercicio o disposición del crédito, con un efecto pleno e inmediato respecto de la propia obligación. Aunque, eso sí, respetando las garantías que impiden que el acto realizado pueda perjudicar al resto de acreedores solidarios. De forma que, en el ámbito externo, el acto realizado por el acreedor solidario producirá todos los efectos que le son propios, extinguiendo, transmitiendo o modificando el crédito, íntegra y definitivamente, frente al deudor o deudores de la obligación. Mientras que, en el ámbito interno, dentro de la esfera de relaciones de los propios acreedores solidarios entre sí, el acto realizado estará sometido a la limitación derivada de la falta de consentimiento o intervención del resto de los acreedores, titulares del mismo crédito, y a la imposibilidad, en consecuencia, de que los mismos puedan verse perjudicados por un acto al que son ajenos; de modo que, aun produciendo el acto de ejercicio o disposición del crédito, realizado por uno solo de los acreedores, todos los efectos que le son propios, queda a salvo al resto de los acreedores la facultad para reclamar de

aquél «la parte que les corresponde en la obligación». Surgiendo así, para los acreedores no intervinientes, un derecho de reembolso frente al autor del acto de ejercicio o disposición del crédito, que impone a éste el deber de satisfacer a sus compañeros todo aquello que los mismos hubieran debido percibir del deudor, si el acto de ejercicio o disposición no se hubiera producido.

Por tanto, el problema de la necesidad de consentimiento de todos los acreedores solidarios, debe resolverse en sentido negativo, permitiendo a cualquiera de dichos acreedores, por sí mismos y sin necesidad de intervención de los demás, realizar actos dispositivos sobre el propio crédito; los cuales tendrán un efecto inmediato y directo sobre el crédito, produciendo la plena y definitiva modificación, extinción o transmisión del mismo. Lo que, en el caso de la cesión, determina el pleno surgimiento del crédito para el cesionario y la correlativa extinción de la titularidad transmitida en relación con los acreedores anteriores, hayan o no intervenido en la cesión.

En cuanto al segundo problema, es decir, si junto a la cesión total del crédito hipotecario, cabe el acto dispositivo sobre una parte del mismo y, en caso afirmativo, cuáles deban ser las consecuencias de dicha cesión parcial, desde el punto de vista de la organización de la relación solidaria, señala que la posibilidad de la cesión parcial de los créditos fue discutida desde los primeros tiempos del Código, en la medida en que, a través de la misma, surge para cedente y cesionario una estructura obligacional compleja, carente de una adecuada reglamentación de intereses o, al menos, de una regulación convencional a la que hayan prestado su consentimiento el resto de interesados en la propia obligación (singularmente, el deudor).

En el ámbito de la solidaridad activa, además, se añade el problema de decidir cuál haya de ser la organización de esa nueva estructura plural, solidaria por un lado y mancomunada simple o parciaria, por otro, que se integra en la relación obligatoria como consecuencia de la cesión parcial.

Pero, en general, sin embargo, la doctrina acepta la posibilidad de la cesión parcial del crédito, por imperativo del principio de autonomía de la voluntad. Una cesión parcial que, además, el Código admite expresamente, en relación con el crédito hipotecario, al permitir los artículos 1.878 del Código y 149 de la Ley hipotecaria la cesión del mismo «en todo o en parte». Una cesión a través de la cual, dice la doctrina, surge una pluralidad de créditos relacionados recíprocamente entre sí, a través de los principios de autonomía y de igualdad.

Estamos en presencia, se dice también, de una facultad —de cesión parcial—, que forma parte del núcleo esencial de facultades del acreedor y que, por tanto, debe reconocerse al mismo en todo caso, cualquiera que sea el número de los sujetos de la relación y su organización interna —siempre, claro está, que la

obligación así lo permita, por el carácter transmisible y divisible de la prestación, conforme a los artículos 1.112 y 1.139 del Código—. Por lo que, en consecuencia, en el ámbito de la solidaridad activa, la cesión parcial del crédito, realizada por uno solo de los acreedores solidarios, deberá reputarse posible, al amparo de la regla contenida en el artículo 1.143 del Código. Aunque, eso sí, quedando sometidos sus efectos a los límites impuestos por el mismo precepto, en garantía del resto de los acreedores solidarios, no intervinientes en la cesión. Quienes, de este modo, conservarán su crédito en la parte subsistente o no cedida del mismo y gozarán simultáneamente de un derecho de reembolso, frente al cedente, en relación con la porción objeto de la cesión (derecho de reembolso que, según la mayor parte de la doctrina, surge de manera inmediata, como consecuencia de la cesión, sin necesidad de esperar a que se produzca el pago en favor del acreedor cesionario; aunque esa es otra historia).

La cesión parcial tiene, de este modo, unos efectos en todo análogos a la reclamación del crédito solidario, hecha por uno de los acreedores de dicha especie, frente al deudor o cualquiera de los deudores de la misma obligación, cuando a través del ejercicio del crédito se produce una satisfacción parcial de la prestación: la obligación se extinguirá, en la parte satisfecha, surgiendo para el resto de los acreedores solidarios un derecho de reembolso o reparación, frente al acreedor que hubiera recibido el pago parcial del crédito. Desde luego que el resultado de todo ello, tratándose de obligaciones con pluralidad de acreedores, resultará ciertamente complejo. De la cesión surgirá una genérica obligación mancomunada, con dos tipos de relaciones, dentro del lado activo: una, de los acreedores solidarios entre sí, por la parte del crédito que subsista, que se desarrollará bajo la estructura y las normas de funcionamiento del régimen de la solidaridad; y, otra, de todos ellos en conjunto con el acreedor cesionario, en relación a la parte del mismo crédito que hubiera sido objeto de la cesión parcial, que se desenvolverá dentro del régimen de la mancomunidad simple o parciariedad, con sujeción a las normas del artículo 1.138 del Código.

Sin que sirva de obstáculo a todo ello el carácter indivisible de la hipoteca. Y no sólo porque, en nuestro caso, ni siquiera puede hablarse, en puridad, de indivisibilidad de la propia hipoteca, cuando las partes han aceptado previamente una estructura plural en el lado activo de la relación obligatoria garantizada. Tampoco se produce, fuera de tal supuesto, división alguna en la hipoteca por el hecho de la cesión parcial del crédito, pues aquélla continúa unitariamente atribuida, como derecho de garantía accesorio, a favor de quien o quienes, en cada momento, sean titulares del crédito garantizado. Tan solo se produce, por la cesión, el fraccionamiento del crédito garantizado, pero nunca la ruptura de la hipoteca, que permanece inalterada en su unidad y su integridad.

Cierto que el régimen de ejercicio, la vida normal de la hipoteca, se verá alterada como consecuencia de la aparición del nuevo acreedor, de carácter mancomunado simple o parciario, en relación con solo una parte o fracción del importe del crédito. Lo que determinará que el crédito deba considerarse dividido en dos partes diferentes, «reputándose créditos o deudas distintos una de otra» (vid. artículo 1.138 del Código); la primera de las cuales, de naturaleza parciaria, podrá ser ejercitada de forma separada por el acreedor cesionario; y la segunda, de carácter solidario, por cualquiera de los acreedores de la misma especie, en la parte que a todos ellos corresponda. Lo que, si bien se mira, tampoco introduce en el régimen de ejercicio del crédito especialidades muy diferentes a las propias del crédito hipotecario mancomunado simple o parciario, que impidan su desenvolvimiento y plena efectividad”.

2.-P: Se constituyó hipoteca sobre una finca. Luego se declaró la obra nueva en construcción de un edificio de dieciséis portales, cada uno con sus viviendas, local comercial en planta baja y planta de garajes. Se hizo división horizontal parcial en cuanto a los portales ocho al dieciséis, el local comercial y determinadas plazas de garaje.

Ahora se distribuye, por instancia privada, un porcentaje del préstamo equivalente a X euros entre las fincas resultantes de esa división horizontal parcial, diciéndose que el restante porcentaje equivalente a Z euros, lo será una vez sea dividido horizontalmente el resto de las fincas de la edificación.

R: Dado que es posible la inscripción de una división horizontal parcial en casos, como el presente, en los que existen varias subcomunidades (RDGRN 2 de abril de 1980), no se vio inconveniente alguno en que la distribución de la hipoteca entre las distintas fincas nuevas que surgen como consecuencia de la constitución de aquél régimen especial de propiedad, pueda llevarse a cabo por fases al mismo ritmo que se va completando el complejo urbanístico con la sucesiva división horizontal de los diferentes portales.

La solidaridad de la hipoteca que surge como consecuencia de la formación de nuevas fincas integrantes de la propiedad horizontal queda eliminada con la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ellas, lo cual, lejos de perjudicar a terceros les favorece pues facilita la posibilidad de que puedan, llegado el caso, dirigirse contra estos bienes para pago de sus créditos, dado que ya no responderá cada uno de ellos de la total responsabilidad hipotecaria sino únicamente de la parte que se le haya asignado. Tampoco perjudica al acreedor hipotecario que podrá dirigirse, en su caso, o contra la finca con responsabilidad concretada, en los términos del art. 120 LH, o contra todas las demás o cualquiera de ellas, en los términos del art. 123 LH. Y cuando, como consecuencia de la división horizontal de los otros portales, surjan nuevas

fincas, la indeseable solidaridad que de nuevo se formará entre ellas se deshará con una nueva distribución de responsabilidad hipotecaria.

Téngase en cuenta que, con esta solución, la solidaridad queda eliminada respecto de alguna de las fincas, lo cual siempre será mejor que mantenerla sobre todas ellas, y que existe un verdadero interés lícito y digno de protección en la inscripción tal y como se pretende, sobre todo en los actuales tiempos de profunda crisis donde se han ralentizado, cuando no paralizado, la mayoría de las promociones inmobiliarias. Y las pocas que subsisten necesitan acompasar el estado constructivo y la financiación al ritmo de las ventas y las condiciones del mercado.

Por lo demás se recuerda que sobre esta cuestión ya tuvo ocasión de pronunciarse en una ocasión la Comisión de Criterios de Calificación, Informe 1/2004, disponible en la intranet colegial. Se planteaba entonces la posibilidad de inscribir la asignación de responsabilidad hipotecaria a algunas de las entidades sin distribuir todo el crédito hipotecario entre todas las entidades o, al menos, entre las subcomunidades de cada uno de los edificios integrantes de un complejo inmobiliario. La Comisión concluyó que no apreciaba inconveniente alguno a la inscripción de una concreción de responsabilidad hipotecaria respecto de algunos de los departamentos resultantes de la edificación y constitución en régimen de propiedad horizontal del solar inicialmente hipotecado, con asignación de parte del crédito hipotecario, sin necesidad de distribuir la totalidad de éste entre todos los departamentos o entre las subcomunidades existentes en el complejo inmobiliario formado.

No se considera infringido lo dispuesto en el artículo 119 LH, sino que, al contrario, el supuesto contemplado estaría amparado en lo dispuesto en el artículo 123 LH, no siendo de aplicación lo previsto en el artículo 218 RH. Y, a efectos de ejecución por el procedimiento especial sobre bienes hipotecados, sería necesario fijar un precio que sirva para la subasta referido al resto de finca respecto de la cual no se hace asignación de responsabilidad, así como determinar la reducción que en esta responsabilidad total se produce como consecuencia de la asignación.

Los argumentos utilizados entonces son, en síntesis, los siguientes:

a) El artículo 119 LH, desarrollado por el art. 216 RH, para el caso de hipoteca que se constituye sobre varias fincas, impone la obligación (requisito indispensable para la inscripción de la hipoteca) de señalar la responsabilidad hipotecaria de cada una de las fincas.

b) Este criterio contrario a la solidaridad queda inevitablemente incumplido cuando el titular de la finca hipotecada, en uso de su legítima autonomía de

voluntad (art. 1.255 Cc), divide la finca sin contar para ello, por no ser necesario, con el consentimiento del acreedor. La Ley Hipotecaria (arts. 123 y 124) confirma la posibilidad de inscribir la división de una finca hipotecada sin distribución del crédito hipotecario, y dividida la finca sin distribución del crédito hipotecario, la hipoteca se arrastra sobre todas las resultantes (artículo 46 RH) que soportarán, cada una de ellas en su integridad, la total responsabilidad hipotecaria, pudiendo el acreedor accionar contra cualquiera de ellas o contra todas a la vez (art. 123 LH).

c) El acuerdo de distribución del crédito produce el efecto de condicionar la ejecución de la hipoteca (art. 120 LH) y su cancelación (art. 124 LH) en función de la responsabilidad asignada a cada finca. Para la distribución del crédito, deudor y acreedor, con el consentimiento, en su caso, del hipotecante no deudor, gozan de total autonomía, pudiendo hacerlo en cualquier momento. Cabe también, por no existir norma que lo impida, la liberación de cualquiera de las fincas resultantes de la división, que quedaría excluida de la hipoteca. La DGRN sólo ha sentado la doctrina de que si las fincas resultantes de la división de la matriz hipotecaria pertenecieran a diferentes propietarios deberá contarse con su consentimiento.

d) No hay norma alguna que imponga la necesidad de la distribución total para que se produzcan respecto de algunas fincas los efectos de la concreción de la parte de gravamen de que deban responder. Es verdad que permanecerá la hipoteca en forma solidaria respecto de una pluralidad de fincas, pero no lo es menos que deja de haberla respecto de aquéllas a las que se asigna una determinada responsabilidad hipotecaria. La negativa a la inscripción de esta distribución parcial sólo produciría como resultado la continuidad de la hipoteca solidaria respecto de la totalidad de las fincas. Con la inscripción, algunas de ellas, al menos, eluden ya la solidaridad indeseable. La situación registral preexistente condiciona el tratamiento del nuevo acto que modifica la hipoteca inscrita. Existente una solidaridad hipotecaria sobre una pluralidad de fincas, el nuevo acto sólo reduce el número de fincas afectadas y la responsabilidad total que solidariamente han de soportar, que, obviamente, debe verse reducida en la suma de las responsabilidades asignadas.

3.-P: Examen de una nota de calificación de una cláusula de limitación del tipo de interés de una escritura de novación de BBVA:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se presenta a inscripción una escritura de ampliación y novación de préstamo hipotecario. La hipoteca primitiva fue objeto de una primera novación, según la inscripción 4ª de la finca. En la escritura inicial de constitución de préstamo hipotecario, donde se establecía que el devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al doce enteros por ciento, ni inferior al tres enteros cincuenta centésimas por

ciento nominal anual, se pactó que, a efectos hipotecarios la finca responde además de la devolución del capital del préstamo, del pago de los intereses ordinarios convenidos, que a efectos hipotecarios se fijan en el tipo máximo del DOCE ENTEROS POR CIENTO nominal anual, limitándose además esta responsabilidad, a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en el importe de una anualidad de tales intereses al tipo máximo citado, esto es en la cantidad de XXX euros.

En la escritura de novación ahora presentada, se da nueva redacción al apartado 5 *"Límites a la variación del tipo de interés"*, en la cual, *"El Valor del Tipo de Interés aplicable no está sujeto a ningún límite mínimo o máximo, en consecuencia, será de aplicación el que resulte de las reglas establecidas para su cálculo"*. La nueva redacción de esta cláusula supone, de hecho, no establecer límites a la variación del tipo de interés. Existiendo una falta de claridad en cuanto a la responsabilidad hipotecaria establecida en el apartado b- del punto 2.- Ampliación de responsabilidad hipotecaria, al indicarse que *"la finca responde de los intereses ordinarios en los términos convenidos en la escritura de préstamo inicial y en la escritura de novación que es objeto de calificación, que a efectos hipotecarios se fijan en el tipo máximo establecido en esta escritura de novación, limitándose además esta responsabilidad, a los efectos del art. 114 de la Ley Hipotecaria, en la cantidad máxima de XXX euros, y como consecuencia de ello la suma total de responsabilidad -inicial y ampliación- por intereses ordinarios resulta ser de XXX euros"*.

Sin embargo, la determinación de la responsabilidad por intereses mediante fijación de una cantidad alzada, no exime de tener que fijar un tope máximo a la variabilidad del tipo de interés. Como ha señalado la DGRN en Resolución de 9 de febrero de 2001, recogiendo la doctrina de las RR. 8-3-96 y 9-10-97, conforme al art. 114 LH la garantía por intereses puede pactarse: bien fijando un número de anualidades, que no podrá exceder de cinco, y que en conjunción con el tipo de interés previamente establecido determinará el máximo de responsabilidad por intereses, ajustado a las exigencias del principio de especialidad (art. 12 LH); bien fijando simplemente una cantidad máxima, sin que sea preciso que esta cantidad corresponda necesariamente a los intereses de tres anualidades, ni que se especifique el plazo que dicha cantidad, en conjunción con el tipo de interés pactado, implica; ahora bien, dado que en ningún caso dicha cantidad alzada puede exceder del resultado de aplicar a un período de cinco años el tipo de interés máximo pactado (art. 220 RH), la determinación de éste es de todo punto inexcusable. Esta necesidad de determinar un tope al interés variable, tanto para poder delimitar el alcance de la garantía constituida como para poder calcular si la cantidad alzada que se fija como garantía de intereses respeta el límite de los cinco años marcado por el art. 114 LH, exigencia que impuso la R. 24-8-98, es reiterada por otras RDGRN, dos de 21-12-2007, de 14-1-2008, de 1-2-2008 y de 8-2-2008, de 28-2-2008 y 29-2-

2008. Señalando la RDGRN de 24 de agosto de 1998 que la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios, cuando son variables, pertenece al tipo de la hipoteca de seguridad, lo que, conforme la exigencia del principio registral de determinación y especialidad (arts. 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento) exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dichos intereses, es decir, el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye, y cuya determinación, en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.). Esta doctrina, añade la DGRN, no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala el artículo 114 de la Ley Hipotecaria solo operan cuando exista perjuicio de terceros, al punto de poderse compatibilizar en el sentido de que, cuando no se de aquel perjuicio, puede el actor proceder contra la finca por razón de los intereses debidos, cualquiera que sea el período a que correspondan, siempre que estén cubiertos por la garantía hipotecaria por estar comprendidos dentro del tipo máximo previsto; en tanto que de darse tal perjuicio, tan sólo podrá hacerlo, aparte de respetando aquel tipo máximo, por los realmente devengados durante los períodos temporales que señala el citado artículo 114”.

R: Al respecto se comentó, en primer lugar, que hay que tener especial cuidado en la calificación de las escrituras de novación y/o ampliación de préstamos hipotecarios, que tanto proliferan últimamente, porque muchas veces se novan algunas cláusulas -vg. el límite a la variación del tipo de interés, sin modificar la correlativa cláusula de responsabilidad hipotecaria-, lo que conduce a incongruencias en la constitución del derecho real y que, por esto mismo, deben ser rechazadas. Todo lo cual se agrava con lo confusas y liosas que pueden volverse las cláusulas de derogación genéricas o “indeterminadas” (por remisión) de todas las disposiciones anteriores que sean contradictorias con las nuevas; cláusulas que, por ello, han de ser en la medida de lo posible evitadas y cuyas debilidades ha puesto de relieve la doctrina con especial insistencia, en el caso de la derogación de normas anteriores por otras posteriores (Vid. RDGRN de 18 de septiembre de 2012).

La cuestión planteada se centra en determinar si, cuando el tipo de interés es variable, es imprescindible fijar cual es el tipo máximo al que éste podrá ascender para resultar cobijado por la cobertura hipotecaria. La mayoría de los asistentes defendió que bastaba que se fijara en la cláusula de constitución de hipoteca una cantidad máxima y un plazo, puesto que de esta forma podría deducirse el tipo máximo de interés pactado, con una simple operación aritmética. Es decir, de las tres variables, plazo, tipo máximo de interés y

cantidad máxima, bastaría que se fijara dos cualesquiera de ellas, no siendo suficiente que se fijara sólo la cantidad máxima sin plazo.

Sin embargo, para algún contertulios bastaría esta cantidad máxima, puesto que la ley y el reglamento no hablan nunca de tope de tipo de interés sino de cantidad máxima (cfr. Art. 220 RH), a lo que se le respondió que, en el momento de su redacción, no se contemplaba la posibilidad de hipotecas en garantía de un tipo de interés sujeto a variación, que fue admitida después por la doctrina DGRN exigiendo, precisamente para dar cumplimiento al principio de especialidad que, en todo caso, se fijara un tope máximo que pudiera alcanzar tal variabilidad.

Otra parte de los asistentes, importante aunque minoritaria, entre los que se encuentra el que suscribe, defendió la argumentación contenida en la nota de calificación presentada, entendiendo que, en todo caso, es imprescindible fijar un límite a la variación del tipo de interés. Y que esta dato, aunque formalmente podría calcularse a partir de los otros dos (cantidad y plazo), no es suficiente a efectos del Registro, pues sólo sería indubitado si el plazo fuera de un año, pero no si la cantidad corresponde a más años, por ejemplo cinco, puesto que, en éste último caso, el acreedor podría optar por imputar a ella los cinco años de intereses al tipo que corresponda a esa cantidad, o a un período menor a un tipo mayor. Sólo si se ha establecido cuál es el tipo máximo a que pueden ascender los intereses, podrá determinarse si la cantidad global fijada como cobertura excede o no de las cinco anualidades permitidas por el artículo 114 LH. Se trata de una exigencia estrictamente hipotecaria del principio de especialidad establecido al efecto en los artículos 12 LH y 220 RH.

Se aludió a una resolución, aunque no se preciso la fecha, que señalaba que, a falta de fijación de un tipo máximo a efectos hipotecario de los intereses, debería considerarse como tal, para comprobar si se sobrepasaba la cantidad máxima asegurable, el interés inicial.

No se lograron convencer los unos a los otros pero, como anécdota, conviene comentar que, puestos en comunicación con la asesoría jurídica de la entidad financiera afectada, les pareció intachable la nota de calificación y se mostraron extrañados del texto de la cláusula en cuestión diciendo que, revisados todos sus modelos, en todos se establece el tipo máximo para determinar el importe máximo de intereses garantizados.

4.-P: Se presenta un mandamiento del Juzgado Central de Instrucción de constitución de una “hipoteca apud acta” por dos señores, de los que sólo se indican los nombres, en garantía de la fianza del querellado; sin ninguna indicación más. ¿Es inscribible y, en su caso, que debe exigirse?

R: Esta cuestión ya se trató en los números 3 y 28 de esta revista cuyo contenido –el del número 3- reproducimos:

“Incuestionablemente la hipoteca no se puede inscribir, pero, en cuanto a la responsabilidad hipotecaria, el único defecto real es la no constancia del principal (artículos 12, 114 y concordantes de la Ley Hipotecaria), pues los intereses y costas no es obligatorio garantizarlos.

Respecto al plazo convendría aclararlo pues puede ocurrir que se garantice la libertad provisional por el tiempo que le quede para cumplir una condena ya firme o todavía por determinar en juicio. En éste último caso no es necesario señalar el plazo de duración que sería el indefinido hasta el final del juicio si es declarado inocente o hasta el final del juicio más la condena impuesta si es culpable por aplicación de la doctrina de la resolución de la DGRN de 30 de octubre de 2003.

La falta del domicilio para notificaciones y de la tasación a efectos de subasta sólo impedirá que, llegada la ejecución, se pueda utilizar el procedimiento de los artículos 681 y siguientes de la LEC como expresamente dispone el artículo 682 de dicha LEY.

La aceptación del dueño de la finca por comparecencia ante el juez no ofrece ningún problema dado el carácter público de la misma, si bien es necesario la indicación de su documento nacional de identidad para su debida identificación con el titular registral de la misma”.

5.-P: En una escritura comparecen una madre, Z, y tres de sus hijos, A, B y C. La madre reconoce haber recibido a lo largo del tiempo una cierta cantidad de dinero de un matrimonio formado por una de sus hijas, A y su marido, X. En garantía de esa deuda los hijos, es decir A, B y C, constituyen una hipoteca sobre una finca que les pertenece con carácter privativo. El problema es que una de las hipotecantes A, titular de una participación de la finca con carácter privativo, pasa a ser, junto con su marido X, titular del derecho real de hipoteca con carácter ganancial. Es decir, que A es hipotecante de un bien privativo en garantía de una deuda de la que es acreedora ella misma y su marido con carácter ganancial.

A pesar de que se trate de un bien privativo en garantía de un crédito ganancial, A es al mismo tiempo acreedora e hipotecante. En el Registro, si se inscribiese la hipoteca tal y como está constituida, la situación sería la siguiente: A, titular del pleno dominio de una participación indivisa, con carácter privativo; A y X, titulares del derecho real de hipoteca sobre esa misma cuota indivisa. Sobre el resto de la finca, obviamente, no hay ningún problema. ¿Puede inscribirse?

R: Mayoritariamente se considera que, aunque los derechos reales sobre cosa propia, salvo casos especiales (ej. servidumbre para cuando se separa la propiedad de los predios dominante y sirviente), no se admiten en el derecho español, sí se puede inscribir esta hipoteca porque la titularidad de A privativa y de la ganancial de su sociedad conyugal son absolutamente independientes y, por tanto, no existe derecho real sobre cosa propia, máxime si la hipoteca se ha constituido sobre la finca como una unidad conforme al artículo 217 del Reglamento Hipotecario sin distribuir la responsabilidad entre las distintas cuotas indivisas de titularidad dominical lo que implica que no existe identidad en el objeto.

OBRA NUEVA.

1.-P: Una sociedad es titular del pleno dominio de una finca y de un derecho de superficie sobre otra finca colindante. El derecho de superficie faculta para construir un único establecimiento comercial sobre ambas fincas registrales. En la escritura de constitución del derecho de superficie, se hizo constar, y así se trasladó al Registro, que en virtud de acuerdo entre cedente y cesionario se han adecuado los parámetros urbanísticos de la parcela sobre la que se constituye el derecho de superficie y de la parcela propiedad de la superficiaria a las necesidades de la nueva edificación proyectada a construir sobre ambas fincas registrales consistente en un único edificio de uso comercial y un aparcamiento subterráneo y en superficie. Al inscribir el derecho de superficie se practicó inscripción sobre la finca afectada y además, se abrió folio al derecho de superficie como finca especial.

Ahora se presenta la escritura de declaración de obra nueva y se hace constar que sobre ambas fincas, sin agrupación de las mismas, se encuentra en fase de construcción una edificación comercial. Se señala que el edificio se desarrolla en dos áreas, ocupando el área I una finca registral y el área II la otra. En cuanto al aparcamiento se señalan las plazas tanto en superficie como subterráneas que corresponden a cada área. Se describe el edificio en su conjunto y después se describe la obra respecto de cada finca registral con sus superficies. La licencia se otorga para la construcción de un edificio destinado a la venta de ... en la parcela X (propiedad de la sociedad) y en la parcela Y (sobre la que se constituyó el derecho de superficie), debiendo presentar en el plazo de 1 mes a partir de la notificación de la resolución, acreditación de la presentación en el Registro de la escritura de derecho de superficie sobre la parcela Y, y su posterior inscripción.

Se plantea si es posible hacer la inscripción de la obra nueva sobre cada una de las fincas registrales sin ningún tipo de vinculación o es necesario exigir esta agrupación funcional de las mismas.

R: Un grupo de compañeros se inclinó por considerar necesaria una agrupación funcional del derecho de superficie (al que se abrió folio) y de la otra finca propiedad de la sociedad que declara la obra como forma de reflejar en el Registro la realidad física y urbanística existente pues según se deduce de la licencia, ésta se otorgó para construir un único edificio sobre ambos solares y bajo la condición de constituir un derecho de superficie sobre el solar ajeno. No parece, por tanto, que esta licencia pueda amparar la existencia de dos partes de una edificación, una sobre cada parcela que puedan ser objeto de tráfico jurídico separado una de la otra. Los parámetros urbanísticos de alineaciones, ocupación, retranqueos y distancias entre edificaciones serán distintos en un caso y en otro.

Esta agrupación funcional que permite inscribir bajo un número de finca registral lo que constituye una unidad de explotación (art. 44 RH), se dice, refleja la realidad y es la única forma de garantizar que no se vulnera la legalidad urbanística en caso de transmisión voluntaria o forzosa de las fincas por separado ya que la separación o “desagrupación” registral exigiría la correspondiente licencia urbanística.

Se reconoce que el artículo 44 del RH no impone la agrupación funcional y sólo utiliza la expresión “si los interesados lo solicitan” y que las RR de la DGRN que se han encontrado admiten la posibilidad de la misma pero ninguna la impone. Así la RDGRN de 11-5-78 permitió la agrupación de una finca en régimen de propiedad horizontal con otra colindante considerando que existía una clara justificación al constituir todo lo edificado una unidad arquitectónica evitando la ficción registral de dos o incluso más inmuebles distintos que corresponden a un solo edificio de la vida real, con la consiguiente falta de claridad en los libros registrales y haberse tenido que adoptar soluciones jurídicas al servicio de esta ficción —creación de servidumbres recíprocas— para mantener un formalismo inadecuado y contrario a la sencillez que debe ser la norma de toda relación de derecho.

Por su parte, la RDGRN 26-6-87, en un supuesto en que se pretendía segregar un local integrante de un edificio para agruparlo a otra finca, señaló que la multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, de reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el Ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos. Ahora bien, sigue diciendo, esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la trascendencia «erga omnes» del status jurídico de los bienes, y en este sentido deben tenerse en cuenta que la articulación jurídica elegida no puede desconocer las características físicas de la

situación contemplada de modo que no cabe considerar como unidades jurídicas absolutamente independientes, lo que no son sino partes inseparables de un todo, único respecto del cual pueda predicarse la individualidad fáctica. El local que se pretende segregarse como finca absolutamente independiente no constituye por sí solo una construcción autónoma, ni es parte del edificio colindante al que se quiere agrupar, sino al contrario, se halla integrado en el edificio matriz formando un todo inescindible físicamente; el argumento de la incomunicación y el goce separado de este local respecto del resto de la edificación, no puede desconocer la existencia de esos otros elementos como las cimentaciones, estructuras, conducciones y desagües, etc., que constituyen una unidad objetiva indisoluble.

La Resolución de 13 de mayo de 1987, avalaría la apertura de folio a la totalidad del edificio quedando sometida cada parte al régimen jurídico derivado de la distinta naturaleza del derecho de dominio y del derecho de superficie que la sociedad tiene sobre las fincas en las que se realiza la construcción y que amparan su derecho a construir. Dicha resolución tras señalar que los marcos registrales no deben coartar las soluciones exigidas por las necesidades de las relaciones económicas, siempre que se respeten las normas fundamentales que estructuran el régimen inmobiliario, admitió la apertura de folio autónomo a una unidad subterránea destinada a local de aparcamiento, formado por la agrupación de diversas porciones de subsuelo segregadas de otras fincas, por ser objeto unitario de derechos. Y la RDGRN 27-2-03 también justifica la agrupación de fincas que constituyen una única explotación con unidad funcional e incluso arquitectónica para formar una nueva entidad que sea objeto de derecho, evitando, por ejemplo, tener que constituir distintos derechos de garantía sobre sus distintos componentes con el riesgo de desembocar en ejecuciones por separado que no solo disminuyan su valor sino que determinen la desaparición o desintegración del complejo industrial.

Con base en todo ello, mayoritariamente se entendió que es posible la inscripción de la obra nueva en su totalidad sobre ambas fincas realizando una especie de agrupación funcional y conectándolas registralmente y posterior apertura de un solo folio independiente a cada elemento de la propiedad horizontal, siempre que se establezca un régimen jurídico que determine el distinto destino que cada parte del edificio cuando se extinga el derecho de superficie.

La obra nueva, se opina, no es una realidad meramente fáctica o arquitectónica sino que implica la adquisición de unos derechos sucesivos con el cumplimiento de las obligaciones urbanísticas, lo que genera una situación jurídica que para ser objeto de inscripción necesita cumplir unos determinados requisitos espacialmente licencias, para la obtención de las cuales no siempre es lo mismo –volumen edificable, número de plantas, etc- construir sobre dos parcelas

independientes dos edificaciones que una sola sobre una única parcela, en cuyo caso aquellas circunstancias pueden ser superiores.

OPCIÓN DE COMPRA.

1.-P: Se presenta una escritura de compraventa en ejercicio de un derecho de opción de compra concedido a la arrendataria en contrato de arrendamiento con opción de compra celebrado el 4 de enero de 2010. Comprobadas las fincas vendidas, se advierte que el contrato de arrendamiento con opción de compra no consta inscrito, y que sobre las dos fincas vendidas constan inscritas hipotecas constituidas e inscritas con anterioridad a dicho contrato.

En el seminario hemos mantenido que no cabía solicitar la inscripción parcial de un contrato de arrendamiento con opción de compra solo en cuanto a la opción de compra. En el presente supuesto, ¿debe entenderse que en aplicación de los principios de causalidad y tracto sucesivo material, debe quedar perfectamente configurada dicha venta en cuanto a su causa y tracto y por lo tanto exigir la previa inscripción del contrato de opción de compra o, por el contrario, debe entenderse que el acuerdo de voluntades de llevar a cabo la compraventa que se perfecciona en este momento es en sí mismo inscribible aun cuando la opción de la que trae causa no conste previamente inscrita, limitándonos o obviar de oficio la opción previa en el asiento a practicar?

R: En seguida algún compañero trajo a colación dos RRDGRN de 12 de mayo y 21 de junio de 1994 en las que se planteó la misma cuestión en cuanto a una opción de compra derivada de un arrendamiento financiero “leasing”, que no había sido inscrito. En ambos casos, la Dirección resolvió que la compraventa era inscribible. Esta doctrina fue criticada por José Manuel García en un artículo publicado en el número 627 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, “El deterioro del sistema inmobiliario registral: la R. de 12 de mayo de 1994”. Entendía que estas resoluciones no tenían en cuenta el carácter casual del sistema registral y la necesidad de calificar y reflejar en la inscripción el contrato complejo en su unidad.

Sin embargo, no es coincidente el supuesto de hecho que motivó estas resoluciones con el caso ahora planteado, ya que, según aclara el que plantea la cuestión, no se trata de un arrendamiento financiero o leasing inmobiliario, sino de un contrato de arrendamiento normal en el que se ha pactado una opción de compra, y así todos los asistentes estuvieron de acuerdo en la solución favorable a la inscripción, y quizás con mayor fundamento en esta ocasión, por los mismos argumentos que se dieron entonces: que la compraventa en que se concreta la transmisión final no es un mero acto de ejecución de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un verdadero negocio jurídico que exige nuevas

declaraciones de voluntad, y que, desde el punto de vista registral, se ha de distinguir entre la inscripción del derecho que surge del contrato, que ha de realizarse como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes (ya sea opción, ya la facultad de goce) de la inscripción de la venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición.

Como decimos, no se apreció ningún obstáculo para la inscripción de la compraventa, ya que el título de adquisición aparece perfectamente causalizado, se realiza una nueva declaración de voluntad para producir el efecto traslativo, y bastaría que en la escritura por la cual se ejercita la opción se refleje el contrato pactado en su día y que por este último se ejercita. Y ello no tiene nada que ver con la opinión que siempre se ha mantenido de que, en estos supuestos de puro contrato de arrendamiento con opción de compra, no cabía solicitar la inscripción parcial solo en cuanto a la opción sin inscribir el arrendamiento (aunque sí sería factible al revés), puesto que en este caso el plazo de duración de la opción depende del plazo del arrendamiento de compra, debiendo inscribirse el contrato como un todo pues es el propio derecho de opción el que se halla vinculado al arrendamiento. En el supuesto planteado las partes no han solicitado la inscripción del contrato unitario de arrendamiento con opción de compra, por lo que es evidente que, al no haber tenido acceso al Registro, la situación registral preexistente permanece inalterada y produciendo todos los efectos propios de oponibilidad frente al nuevo adquirente.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-P: La cuestión es que un Ayuntamiento quiere vender directamente determinados bienes patrimoniales (edificios antiguos) tras dos subastas desiertas. Se les ha comentado la doctrina derivada de diversas resoluciones DGRN que parece no admiten tal posibilidad y ellos, por su parte, remiten a sendas sentencias que se adjuntan. Afecta a varios registros de Madrid y lo quieren hacer porque si no se consigue vender antes de fin de año no cumplen con los objetivos de déficit.

Las dos sentencias referidas son la de 25 de enero de 2006 (TS Sala de lo Contencioso-Administrativo sección 4ª) RJ/2006/1142, relativa a la aplicación de la contratación directa recogida en el artículo 120.6 del TRRL, y la segunda de 20 de mayo de 2011 (TS Sala de lo Contencioso-Administrativo sección 5ª) RJ/2011/4561 que acoge tal sentencia en relación con la doctrina general del Tribunal, ya en el año 2011.

R: Examinadas las dos sentencias parece llegarse, sin embargo, a conclusiones distintas de lo que pretende hacer ver el Ayuntamiento. En efecto, en la segunda de ellas de 2011, que recoge la citada de 2006 en su fundamento de derecho

séptimo, se contienen afirmaciones como las siguientes: *“SEXTO: El acto municipal que la sentencia anula, en su epígrafe primero resuelve "aprobar la enajenación a la entidad mercantil "XX, S. L.", Agente Urbanizador del PAI ... Se trata, por tanto, de un contrato cuya naturaleza jurídica es la de compraventa. Tal naturaleza, determina, la inaplicación de los artículos 141,159, 182 y 210 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que se invocan en esos motivos, pues... el contrato celebrado tenía la calificación de privado (ex artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos 2/2000), y por su carácter de contrato privado, su régimen jurídico era el previsto en el artículo 9 de ese texto legal, con arreglo al cual la normativa aplicable en cuanto a su preparación y adjudicación eran las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas, lo que remite directamente a la regulación contenida en la legislación de régimen local, en concreto, a lo dispuesto en el artículo 80 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RDL 781/1986, de 18 de abril , que establece que “ las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse mediante subastas pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario”; así como a lo dispuesto en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, que también establece la subasta como procedimiento de enajenación, salvo el supuesto de permuta. SÉPTIMO: Es doctrina de esta Sala que la subasta es el procedimiento aplicable a la enajenaciones de bienes de las entidades locales (sentencia de 28 de febrero de 1997, Recurso de Apelación 10823/1991)”*

Este mismo criterio es seguido en la STS de 25 de enero de 2006 (RJ 2006, 1142) recurso de casación 2650/2001, si bien con la salvedad de que aquí se admitió la enajenación directa al amparo del artículo 120.6 del RDL 781/1986, de 18 de abril , porque en el caso concreto se habían celebrado previamente dos subastas para la enajenación del bien, la primera declarada desierta y la segunda con adjudicación provisional y definitiva, pero que finalmente no culminó con su formalización por causa imputable al adjudicatario, supuesto inaplicable al presente caso en que no tuvo lugar ninguna subasta previa y en la más reciente de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008, 4089) , recurso de casación 773/2004, que reproduce la doctrina establecida en la anterior sentencia de 15 de junio de 2002 (RJ 2002, 5932). En efecto, en la última de estas sentencias se declara que: *“1) La subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el art. 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RBEL - (aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio); y en términos parecidos se pronuncia el art. 168, citado por la sentencia recurrida, del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (aprobado por Real Decreto*

1346/1976, de 9 de abril--TR/LS 1976--. 2) El significado de esa regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución (RCL 1978, 2836) . Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente Local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes. 3) Es en el marco de la idea anterior como ha de ser interpretado el apartado 2 del artículo 112 del RBEL. Ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad Siendo la finalidad de la subasta, cuando se utiliza como forma de enajenación de un bien público, ampliar al máximo el abanico de ofertas posibles, para de esta manera acentuar la concurrencia competitiva y estimular en los participantes su esfuerzo o interés por presentar las ofertas más ventajosas para la Administración convocante, la falta de utilización de este procedimiento, que únicamente debe ceder en el supuesto de permuta con otros bienes, no se ajusta a derecho, pudiendo producir, además, menoscabo en la Hacienda Municipal.”

No convenciendo, mayoritariamente, a los presentes que la argumentación seguida en estas sentencias pueda sustentar la pretensión del Ayuntamiento de proceder a la enajenación directa de los bienes inmuebles, advirtiéndose incluso que el artículo 120 TRRL citado ha quedado derogado por la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2007 y teniendo en cuenta, además, que en ellas se da solución a unos casos muy concretos, sin que de las mismas pueda extrapolarse ninguna jurisprudencia de general aplicación, se optó por seguir el criterio magníficamente expuesto por nuestro compañero Enrique Amérigo y publicado en el número anterior de esta Revista “Trámites e incidencias esenciales del procedimiento aplicable a las entidades locales de la Comunidad de Madrid para la enajenación de bienes inmuebles a título oneroso”. En este trabajo, tras determinar cuál es la normativa aplicable, a la vista de la legislación estatal y autonómica, va detallando los trámites esenciales en la enajenación de los bienes de las entidades locales: valoración técnica de los bienes, depuración física y jurídica del mismo, adopción del acuerdo por el órgano competente, autorización, en su caso, de la Comunidad de Madrid y sistema de contratación. Respecto de este último señala que el principio general, siguiendo las pautas previstas en el artículo 80 TRRL, que tiene importantes excepciones, es que la enajenación de bienes inmuebles se realice mediante subasta pública (artículo 9.3 de la Ley de Administración Local

de Madrid). Este precepto recalca que la enajenación de bienes patrimoniales sólo podrá realizarse por subasta. No se contempla, por tanto, a diferencia de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y del TR Contratos del Sector Público, la posibilidad de acudir a la enajenación directa en el supuesto de que la subasta quede desierta, sin que quepa entender que esta omisión implique en modo alguno una laguna que permita acudir a las leyes anteriores como legislación supletoria. En todo caso, sigue diciendo, la regla general de subasta tiene importantes excepciones: permuta, enajenación directa de las parcelas sobrantes y, sobre todo, los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los restantes bienes patrimoniales de las Entidades Locales que resulten clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable, los cuales se enajenarán por alguna de las formas previstas en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid. Pero ninguna de estas excepciones resultan aplicables al supuesto planteado por el Ayuntamiento.

No obstante ese criterio mayoritario, el que suscribe, Ángel Valero entiende que debe ser matizado, al menos en cuanto a la Comunidad de Madrid y a este respecto expone: *“El artículo 27 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, relativo al desarrollo legislativo y ejecución determina que, en el marco de la legislación del Estado y, en su caso, de los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de una serie de materias, entre las que figura, en primer lugar, el Régimen Local.*

Asimismo, el artículo 33 del Estatuto, relativo al Derecho propio de la Comunidad, determina que, en todo caso, el derecho estatal tiene carácter de derecho supletorio del Derecho propio de la Comunidad de Madrid.

La Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (Ley 3/2001, de 21 de junio, BOE nº 179, de 27 de julio de 2001, B.O. Comunidad de Madrid nº 156, de 3 de julio de 2001), recoge el procedimiento de adjudicación directa en el supuesto, entre otros, de quedar desierta una anterior subasta (art. 50.4). Sin embargo, dicha Ley sólo es aplicable a los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Comunidad de Madrid (art.1. Objeto), ya que desarrolla el artículo 52.2 del Estatuto de la Comunidad, que determinaba que “una Ley de la Asamblea regulará el régimen jurídico del patrimonio de la Comunidad de Madrid, así como su administración, conservación y defensa”, previamente desarrollados por la anterior Ley de Patrimonio (Ley 7/1986, de 23 de julio, en cuyo artículo 34 ya se regulaba la posibilidad de enajenación directa).

En aplicación al citado artículo 27 del Estatuto, fue promulgada la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de Madrid (publicada en el BOE núm.

128, de 29 de mayo de 2003, B.O. de la Comunidad de Madrid núm. 68, de 18 de mayo de 2003) que, en su artículo 91, relativo a la enajenación o gravamen de bienes patrimoniales, determina, en su punto 3 que la enajenación de estos bienes sólo podrá realizarse por subasta, salvo en el caso de permuta entre bienes de carácter inmobiliario, cuando la diferencia de valor entre los mismos no exceda del 40 por 100 del que lo tenga mayor. Dicha redacción se correspondía con la redacción del derecho vigente al respecto en el momento de la promulgación, constituido, en lo que al presente afecta, por lo dispuesto en el artículo 80, hoy en vigor, del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (BOE nº 26, de 22 de abril de 1986), procedimientos provistos ambos en el vigente y coetáneo Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (aprobado por Real Decreto núm. 1372/1986, de 13 de junio, BOE núm. 161, de 7 de julio de 1986), artículos 109 y siguientes.

El artículo 80 del Texto refundido de las disposiciones en materia de Régimen Local constituye una norma muy anclada en el tiempo, contemporánea del Reglamento de bienes, que no ha evolucionado como posteriormente lo ha realizado la legislación patrimonial, por lo que su aplicación, dada la evolución de la legislación patrimonial moderna, y el actual contexto de social de subastas desiertas, provoca supuestos de laguna legal, como el que es objeto de la presente.

Sin embargo, el importante artículo 88.3 de la citada Ley de Administración Local de Madrid determina que “El régimen jurídico de cada categoría de bienes será el dispuesto por la legislación estatal correspondiente”, lo que reenviaría a la legislación estatal en materia de patrimonio –Ley 33/2003 y disposiciones de desarrollo- en lo no previsto por la propia Ley, sistemática también seguida respecto de la contratación de las entidades locales, en el artículo 97 de la aludida Ley de Administración Local de Madrid.

De otro lado, ha de señalarse que el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales determina un sistema de prelación de fuentes, al establecer que el patrimonio de las entidades locales se regirá:

- a) Por la legislación básica del Estado en materia de régimen local (esta resultaría el citado texto refundido, con las consideraciones expuestas).
- b) Por la legislación básica del Estado reguladora del régimen jurídico de los bienes de las Administraciones Públicas (las de la Ley 33/2003 que tengan tal naturaleza, según su disposición final segunda, entre la que no figuran las normas relativas al procedimiento de enajenación directa).
- c) Por la legislación que en el ámbito de sus competencias dicten las comunidades autónomas (como se ha visto, la ley de Administración Local de Madrid sigue el esquema de la legislación estatal predecesora).

d) *En defecto de la legislación a que se refieren los apartados anteriores, por la legislación estatal no básica en materia de régimen local y bienes públicos (es aquí donde entraría la aplicación de los preceptos, no básicos, de la Ley 33/2003 que regulan los supuestos de enajenación directa y en particular, en lo que aquí interesa, el supuesto del artículo 137.4.d).*

Por su parte, la Comunidad de Madrid, en sus dos leyes de patrimonio, no ha pretendido la regulación del régimen del patrimonio propio y de las corporaciones locales del ámbito de la Comunidad Autónoma, sino, en estricta aplicación del antes aludido artículo 52.2 del Estatuto, únicamente de su propio patrimonio.

Con posterioridad a la promulgación de las precitadas normas, lo fue la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE nº 264, de 4 de noviembre de 2003), que recoge el supuesto de enajenación directa por haber sido declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o éstos resultasen fallidos, en su artículo 137.4.d).

Igualmente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al que se remite el artículo 112.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, permite en su artículo 170-c la contratación directa en caso de no presentarse ninguna oferta (respecto a su aplicabilidad a la enajenación directa de bienes inmuebles de las entidades locales ver la STS 25 de enero 2006 que la admitió en caso de dos subastas desiertas por aplicación del antiguo artículo 120.1.6 del Texto Refundido de Régimen Local que ha sido sustituido por el citado 170-c).

Por consiguiente, el instrumento para la regulación del patrimonio de las Entidades Locales no es la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, cuyo único objeto es la regulación de su propio patrimonio, sino la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid, que no recoge el procedimiento a seguir en caso de sucesivas subastas desiertas que nos ocupa, lo que lleva a mi juicio, dada la laguna legal existente (no puede ser admisible y menos en el contexto social actual la obligación de repetidas subastas desiertas), a la necesidad de realizar una integración normativa por aplicación supletoria de una norma, a través de la supletoriedad de la legislación estatal en la materia.

Así, las normas objeto de aplicación supletoria son, por doctrina constitucional, las estatales, dictadas en el ámbito material de sus competencias. Así, la STC 118/1996, de 27 de junio (RTC 1996\118), en su FJ sexto, determina, con

relación a la cláusula de supletoriedad: “A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando todos los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución atribuye; en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna.”

En la misma línea, ha de citarse la STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997\61) que, en su FJ 12.c) recuerda la anterior doctrina de la STC 147/1991.

De tal forma que, en defecto de norma estatal básica o autonómica aplicable, en materia de formas de enajenación de bienes de naturaleza patrimonial, no pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo, cabe concluir que es aplicable, de manera supletoria, la legislación estatal no básica en material patrimonial y, en el aspecto que aquí concierne, el procedimiento de enajenación directa previsto en el artículo 137.4.d) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas por la remisión del artículo 88.3 de la citada Ley de Administración Local de Madrid antes citado o, alternativamente, del artículo 170-c de la Ley de Contratos del Sector Público siguiendo la doctrina citada del Tribunal Supremo.

Ahora bien, por esa misma aplicación supletoria de las normas, para poder efectuar la enajenación directa, será necesario que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de la segunda subasta y que las condiciones de la enajenación, incluido el precio, no sean inferiores a las anunciadas para la misma”.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.-P: Promoción compuesta por diferentes bloques cada uno de los cuales consta de planta sótano, baja, primera, segunda y bajo cubierta, destinándose la planta sótano a aparcamiento subterráneo, cuartos trasteros y zonas comunes, siendo la obra nueva y división horizontal del año 1.976. Al dividirse horizontalmente la finca matriz resultan por cada bloque una finca denominada número uno, aparcamiento número *** de la planta sótano, que consta de "sus plazas correspondientes", y las distintas viviendas como fincas independientes, a las que les corresponde como anejo (no dice inseparable), un trastero n° *** y una plaza de garaje n°***.

En las sucesivas transmisiones de esa promoción, y así consta inscrito en el Registro, se transmite la vivienda con su anejo y además una participación indivisa del aparcamiento, que se concreta en una plaza de garaje, cuya

numeración es idéntica a la que consta como anejo en la vivienda. Parece por lo tanto que se encuentran duplicadas esas plazas de garaje, figurando por un lado como anejos en las viviendas y por otro como cuotas indivisas de un garaje aparcamiento en finca independiente, transmitiéndose inicialmente en participaciones indivisas y posteriormente como fincas separadas del mismo. Algunas de dichas participaciones indivisas aparecen afectas a una condición resolutoria, y otras incluso hipotecadas.

Técnica registral: Qué hacer con las que tengan documentos presentados, y qué hacer con el resto.

R: Se trata de un supuesto en el que resulta confuso el historial de las fincas. Si los garajes y los trasteros se han configurado como anejos de las viviendas, lo propio sería que figurasen junto con la vivienda en su mismo folio registral, formando parte de la descripción de la finca, y no que figuren, a su vez, como fincas independientes. Si se ha producido esto último, para lo cual habrá que estudiar realmente lo que figura inscrito en el Registro, se está ante una doble inscripción de las mismas fincas derivada de un error al practicar las inscripciones.

Aplicando la ratio del artículo 313 RH si el historial de la vivienda, donde constan los anejos, y el historial propio del garaje y trastero fuera el mismo (identidad en el titular del dominio y de los asientos posteriores), se podría de oficio, considerándolo error material, proceder a cerrar el historial de los garajes y trasteros trasladándolo al historial de la vivienda poniendo la oportuna nota de referencia que explique el motivo de las operaciones realizadas. Pero si los historiales registrales no son idénticos no cabe otra solución que el recabar el consentimiento de todos los titulares de derechos sobre las fincas para reparar el error.

2.-P: En unos estatutos de una división horizontal consta lo siguiente: “el propietario del local comercial sito en las plantas de semisótano y baja podrá sin necesidad de autorización de la Junta, dividirlo para formar dos fincas independientes una en cada planta, y distribuir entre ellas su cuota como mejor lo estime sin alterar las demás y sin que pueda abrir otras salidas que las que actualmente tiene”.

Ahora presentan una escritura de división horizontal del local en que se forman dos fincas independientes pero cada uno con parte en la planta baja y parte en el semisótano. Se dice que la división del local en dos se realizó hace unos 15 años, se incorpora licencia municipal de obras, certificado de fin de obra del arquitecto con plano y acuerdo de la Junta autorizando sólo a abrir dos nuevas salidas: una en la planta semisótano –se dice de descarga común a los dos

nuevos locales al existir un pequeño hall- y otra en la planta baja. Antes sólo existía una salida en planta baja. ¿Se puede inscribir?

R: Unánimemente se estima que no porque la división de los locales no se ajusta a la autorización contenida en los estatutos, lo que hace imprescindible acuerdo expreso de autorización de la Comunidad de Propietarios, y sin que esa autorización para abrir otra puerta en la planta baja –lo que pudiera implicar un consentimiento tácito a la división que se documenta- sea suficiente sin una aclaración del Administrador que señale que esa autorización de nueva apertura de puerta tenía como finalidad posibilitar esa concreta división, pues, en sí misma, la autorización podría significar únicamente la posibilidad de la apertura de nueva puerta a favor de un único local.

El hecho de que los locales vengán funcionando en la práctica así desde hace tiempo, no altera el actual criterio, pues una eventual actual oposición de la Comunidad Propietarios a una circunstancia consentida tácitamente sólo puede ser contravenida en sede judicial.

3.-P: En una propiedad horizontal uno de los elementos se define como apartamento en la planta ático con su terraza (los linderos se dice que son los del edificio y luego se describe sólo el apartamento).

En los estatutos, en un artículo consta que son elementos comunes “las cubiertas del edificio” y, en otro, que son elementos privativos “los balcones, terrazas y cielos libres”. En la adjudicación de los elementos de la división horizontal simultánea a la constitución del régimen –se hizo en una herencia-, se entrega a uno de los herederos, entre otros elementos independientes “la azotea con su apartamento”.

Ahora piden una certificación en que se determine a quién pertenece la azotea con vistas a pagar los gastos de mantenimiento, cobrar por la existencia de antenas de telefonía móvil, etc.

R: Se trata de un supuesto de interpretación de los estatutos y del título constitutivo de la propiedad horizontal y como tal sujeto a criterios no totalmente determinados y más tratándose de una propiedad horizontal antigua con las ambigüedades con que éstas solían recoger su régimen de propiedad y funcionamiento.

Respecto de lo que debe constarse en la certificación, se aconseja que la misma no determine el carácter de la terraza sino que se límite a reflejar los estatutos expuestos, y en cuanto a la opinión concreta, mayoritariamente se interpreta que en este caso la azotea se trata de un elemento privativo, salvo quizás que exista una salida común de acceso a la misma por todos los vecinos.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

1.-P: En el registro consta inscrita una finca por título de compra a favor de A, y ahora presentan una escritura de rectificación en que se indica que, realidad, se trataba de una permuta. ¿Se puede inscribir?

R: Se considera que sí, siempre que existan terceros afectados y comparezcan todas las partes que intervinieron en la compra y no implique una modificación de la titularidad de bien –ej. que pase de presuntivamente ganancial a privativo o viceversa-, en cuyo caso será necesario también el consentimiento en cónyuge afectado.

SOCIEDAD CONYUGAL.

1.-P*: Se trata de una pareja separada judicialmente que en su día, reflejó en el convenio regulador la adjudicación proindiviso de la vivienda conyugal y la cesión a la mujer del uso de la misma, gravaba por una hipoteca que pagarían ambos, y así se aprobó por el Juez. Dicho convenio no fue inscrito en el Registro.

Actualmente, el marido está incumpliendo su obligación de pagar las cuotas hipotecarias asumiéndolas enteramente la mujer y, por ese motivo, quieren hacer un nuevo convenio de cesión en el que el marido transmite a la mujer su 50%, asumiendo ella la totalidad del pago de la hipoteca (con el consentimiento del banco) y adquiriendo la plena titularidad de la finca. Y todo ello aprobado judicialmente.

Se plantea la inscribibilidad de dicho convenio homologado judicialmente, en el sentido de si se puede inscribirse como una modificación del convenio previo por documento judicial y sin necesidad de otorgar una escritura de cesión.

R: Se indica que la Ley reconoce una amplia autonomía de la voluntad a los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o el divorcio, en cuestiones meramente patrimoniales, siempre que concurren los requisitos del artículo 1261 CC y que la DGRN admite que esa circunstancia se haga constar por Convenio Regulador que sería directamente inscribible en el Registro. Así la resolución de 22 de febrero de 2012 y otras muchas que permiten la adjudicación, en convenio, a uno de los cónyuges de toda la vivienda familiar.

* Caso tomado de lista-libre.

Por su parte, el artículo 90 Cc prevé la modificación del Convenio Regulador por alteración sustancial de las circunstancias que dieron lugar al previo, como parece en este caso; pudiendo la modificación tener el mismo contenido que cualquier convenio de separación, entre ellos la "*liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio*".

2.-P: Se presenta un testimonio judicial de sentencia de divorcio en que se adjudica la custodia de los hijos menores a la mujer, la vivienda familiar a ambos cónyuges por mitades partes indivisas y el derecho de uso de la parte del marido sobre la misma "a los hijos en compañía de la madre". ¿Cómo debe inscribirse?

R: La doctrina sobre la materia de la DGRN se puede sintetizar en los siguientes puntos:

-- Ese derecho de uso, aunque no es un derecho real, es inscribible incluso a favor de los hijos, pero por aplicación del principio de determinación debe indicarse el nombre y demás circunstancias personales de los hijos –ver resolución de 19 de mayo de 2012-.

-- Igualmente se estima que el derecho de uso debe recaer sobre la finca entera, no sobre la parte del progenitor excluido de la custodia de los hijos e indicarse el plazo de duración –hasta mayoría de edad, independencia económica, etc-.

URBANISMO.

1.-P: Un finca se encuentra inscrita a favor de dos sociedades por partes indivisas. Ahora se presenta un Proyecto de Compensación X en que se incluyen 1500 metros cuadrados de la finca como aportados sólo por una de las sociedades A, junto con una escritura en que ambas sociedades pactaron que la porción de cada una de ellas en la finca se concretaría, para cuando se aprobará el Proyecto de Compensación X en una porción concreta de 1000 metros cuadrados a favor de la Sociedad A, que eran los comprendidos en dicha unidad, y el resto de la finca a favor de la sociedad B que forma parte de otro Proyecto distinto.

Igualmente consta en el Proyecto que la sociedad B se considera dueña de los 500 metros cuadrados de exceso respecto de la concreción de la finca, pero la adjudicación de la finca de origen y resultado se hace sólo a favor de la sociedad A. ¿Se puede inscribir el Proyecto?

R: Se considera que no, por la aplicación de los principios de unidad del Proyecto, que excluye la inscripción parcial del mismo, y de legitimación

registral, que impide en este caso la aplicación del artículo 10-3 del RD 1093/1997, dado que al estar inscrita de la finca a favor de ambos propietarios que alegan el derecho a los 500 metros cuadrados, no puede prevalecer –a efectos registrales- el derecho de ninguno, sin que la aportación al expediente de la escritura de concreción sea suficiente para adjudicar a la sociedad A esos metros.

Por tanto, esos metros cuadrados se encuentran en situación de “titularidad litigiosa o controvertida”, pero en la que al no poder prevalecer la titularidad registral de uno de las partes, no es necesario que conste en el registro la anotación de la demanda para hacerlo constar, sino que basta que al Ayuntamiento le conste la existencia de la disputa, debiendo, en consecuencia modificarse el Proyecto y adjudicar la cuota indivisa de finca de resultado correspondiente a los 500 metros cuadrados a favor de aquél de los titulares registrales que acredite mejor derecho en el procedimiento declarativo ordinario que corresponda.

No debe olvidarse que según el artículo 13 del RD, las fincas de resultado deben inscribirse a favor de los titulares registrales de las fincas de origen, aunque en el Proyecto no se adjudiquen a los mismos, salvo que la rectificación de la titularidad se hubiere practicado según las normas especiales que contiene, lo que no ha ocurrido en el presente caso y la necesidad de fijación de la cuota indivisa impide al registrador una inscripción directa contraria al Proyecto.

2.-P: Existe en el Registro un desarrollo urbanístico cuyo proyecto de parcelación quedó inscrito el 14 de agosto de 2006. Posteriormente, como consecuencia de la modificación del Plan Parcial del Sector fue modificado el proyecto de reparcelación en cuanto a determinadas fincas de resultado, dicho proyecto de reparcelación modificado fue inscrito el 22 de febrero de 2008. En definitiva, en algunas de las fincas de resultado la afección a los gastos de urbanización caduca el 14 de agosto de 2013 y en otras el 22 de febrero de 2015.

Existen en la Junta de Compensación un moroso por importantes cantidades (hay algún otro moroso pero por cifras pequeñas), contra el que se ha seguido la vía de apremio, pero que ha interpuesto diversos recursos contencioso administrativos por lo que se piensa que la vía de apremio se prolongará bastante más allá de la vigencia de la afección urbanística. Por otra parte, la urbanización no se ha finalizado por lo que se van a seguir generando gastos que se deberán ir pagando por los miembros de la Junta de Compensación.

El 23 de febrero de 2012 se tomó anotación preventiva de embargo sobre siete fincas pertenecientes a la entidad morosa, en virtud de procedimiento de apremio seguido por el Ayuntamiento, en el que se reclamaban cuotas de urbanización y otras varias deudas de la misma entidad con el ayuntamiento por

diferentes conceptos (tasas basura, IBI etc), por lo en base a esa circunstancia y, en general, a lo que resultaba del mandamiento, se practicó una anotación de embargo por importe de 2.288.517,84 no relacionada con la afección real por gastos de urbanización y, por tanto, con la preferencia normal derivada de su propia fecha.

Sobre todas las fincas existen diferentes hipotecas, la mayoría por una cifra considerable y una de ellas en ejecución, posteriores a la afección urbanística y anteriores a la anotación de embargo. En consecuencia, la junta de compensación quiere hacer valer la preferencia derivada de la afección urbanística para poder anteponerse a dichas cargas.

Para ello lo que quieren hacer es lo siguiente (han hecho un borrador):

Dictar una providencia en la que acuerdan Segregar parte de las deudas acumuladas en la diligencia de embargo de 10 de enero de 2012 que dio lugar a la anotación de embargo de 23 de febrero antes citada, en concreto segregar todas las deudas que corresponden a cuotas urbanísticas y dejan las demás (IBI etc) de modo que prosiguen de forma separada dos procedimientos de ejecución, uno para las cuotas de urbanización y otro para el resto de las deudas, solicitan la cancelación parcial de la anotación de embargo de 23 de febrero en cuanto al importe correspondiente a las cuotas urbanísticas, de modo que esta anotación se quedaría para garantizar únicamente las responsabilidades reclamadas por otros conceptos.

Al procedimiento de ejecución correspondiente a las cuotas de urbanización que han segregado, le acumulan otras deudas, también por gastos de urbanización; respecto de estas deudas no resulta del documento que se haya dictado diligencia de embargo, sólo providencia de apremio. Literalmente acuerdan "Ordenar la ejecución de las garantías, afecciones reales de las fincas embargadas a nombre de al pago de los costes de urbanización y demás responsabilidades pendientes hasta el día de la fecha, en la cuantía que proporcionalmente les corresponde...." sobre las mismas siete fincas en las que se había tomado anotación de embargo. En cada finca se indica "Cantidad de la que debe responder en virtud del embargo trabado".

A continuación acuerdan "Dirigir mandamiento por duplicado al Registro a fin de comunicar la orden de ejecución y para que libre y remita la correspondiente certificación de dominio y cargas, con el contenido y efectos establecidos en el Art. 688 de la LEC". Asimismo, acuerdan poner en conocimiento del deudor, acreedores hipotecarios conocidos y demás titulares de derechos reales limitados que resulten de la certificación de dominio y cargas que se expida, el contenido de la presente providencia, advirtiéndoles que de llevarse a término el

procedimiento para la ejecución de la garantía se ordenará la cancelación registral del derecho que ostentan.

Las principales dudas que se me plantean son las siguientes:

¿Puede ejecutarse la afección urbanística cuando todavía no ha concluido el proceso de urbanización y no existe, por tanto, un saldo definitivo de la cuenta de liquidación?

¿Puede expedirse directamente certificación con los efectos del artículo 688 LEC y se supone que extender nota al margen de la inscripción primera donde consta la afección urbanística o deberían decretar el embargo y solicitar la anotación preventiva de embargo?

¿Se debe exigir que se haya notificado previamente a todos los titulares de cargas posteriores a la afección urbanística que resultarían afectados por la ejecución de ésta?

R: Esta cuestión ya ha sido tratada en la sección de casos prácticos del número 32 de esta revista al cual nos remitimos y del mismo resulta:

a) La afección urbanística produce los efectos de “garantía real” que le atribuye el artículo 16.2 del TRLS, tanto respecto de los titulares de cargas anteriores o posteriores a la aprobación de la reparcelación (ver trabajo citado), que quedan gravadas por la misma, produciendo la ejecución apoyada en aquella un efecto de purga de sus derechos con el sólo requisito de que se haya citado a sus titulares al procedimiento, a fin de evitar una situación de indefensión. Lo que difiere son las consecuencias respecto de los titulares de cargas anteriores o posteriores a la nota marginal de afección, según la anotación preventiva de embargo se tome durante o transcurrido su plazo de vigencia.

b) La necesidad de tomar en todo caso anotación preventiva de embargo para el cobro de los gastos de urbanización, la cual tomada durante el plazo de vigencia de la nota marginal de afección urbanística, conservará la prioridad de la misma aunque luego transcurran los 7 años de su vigencia. Por tanto, no es posible expedir certificación de dominio y cargas sin más que se pretende en esta supuesto.

Por lo demás, sí pueden reclamarse por vía de apremio los gastos de urbanización impagados aunque ésta no se hubiere terminado y no existiere un saldo definitivo porque esa es la regla general para la reclamación de las deudas vencidas y no existe ninguna norma que considere la deuda por gastos de urbanización única e indivisible, y debe exigirse la notificación del procedimiento, de conformidad con lo expuesto en el apartado a) tanto a los

titulares de cargas posteriores a la afección urbanística como de los anteriores a la misma (artículo 19-2 RD 1093/1997 y normas generales de las ejecuciones).

VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA.

1.-P: Los socios de una comunidad de bienes constituyeron en propiedad horizontal un edificio de viviendas con protección pública, declarando que cada uno de ellos había construido su piso desde el inicio conforme al sistema de comunidad valenciana. En la inscripción consta que el edificio se rige por el Decreto 11/2005 de la Comunidad de Madrid (Reglamento de Viviendas con Protección Pública) y en la extensa que se hacen las adjudicaciones a cada partícipe de la comunidad de bienes indicando su propio nombre.

Se plantea el problema de si cuando ahora van a vender los adjudicatarios miembros de esa comunidad de bienes, la venta es segunda transmisión o primera a los efectos de necesitar o no autorización administrativa.

R: Como es sabido, respecto a las Viviendas con Protección Pública, siempre que hayan recibido subvenciones oficiales o financiación cualificada, la dispersa normativa vigente (ver trabajo de Ángel Valero en el número 13 de esta revista) exige la autorización de la Conserjería competente de la Comunidad de Madrid para las segundas transmisiones de las mismas, entendiéndose que el artículo 11-1 párrafo 2º del Decreto 11/2005 de la Comunidad de Madrid, que aprueba su Reglamento considera que esa adjudicación a los comuneros es ya una primera transmisión, pues conceptúa como "adquirentes" a los compradores y a los adjudicatarios miembros o socios de las comunidades de propietarios y de las cooperativas aunque el artículo 7 titula a éstas de promotores para uso propio.

Es cierto que en otros preceptos el citado Decreto considera "autopromotor" –no adquirente- al que construye, pero sólo en el caso de tratarse de vivienda unifamiliar. La circunstancia de técnica jurídica de haberse construido el edificio bajo el régimen de comunidad valenciana que no obliga a una extinción del condominio, mayoritariamente se considera que no altera la interpretación que deba darse a los términos legales administrativos que basan su distinción en el tipo de bien afectado y en que el carácter de "autopromotor" de los miembros de la comunidad valencia es más nominal que real, circunstancia esta última que es la que debe prevalecer en la interpretación de este tipo de normas administrativas, restrictivas de la facultad de disposición como consecuencia de haber obtenido ayudas oficiales o exenciones fiscales, lo que exige un especial control del correcto destino de las mismas y del cumplimiento de todos los requisitos legales.

Algunos compañeros entiende que la clave se encuentra en si el primer adjudicatario llega a ocupar la vivienda, en cuyo caso es claro que la venta constituiría una segunda transmisión o no, en cuyo caso se podría entender como primera; pero esa cuestión de hecho normalmente no podrá ser apreciada por el registrador por lo que queda al margen de la calificación.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

TERCER TRIMESTRE DE 2012

ÍNDICE

-- [Ley 4/2012, de 4 de julio](#), de Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica

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

CANCELACIÓN DE HIPOTECA CAMBIARIA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 19ª) DE 23 DE MAYO DE 2012.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Díaz Méndez.

Antecedentes.- La propietaria de un inmueble interpuso ante el Juez de Primera Instancia un recurso en contra de la calificación negativa del Registrador (sustitutiva y confirmatoria de la anterior calificación registral), al habersele impedido la cancelación de un gravamen de hipoteca cambiaria sobre el inmueble. Alega la recurrente que las acciones cambiarias habían prescrito y que las cambiales no habían sido renovadas, e invoca un acuerdo escriturado con el titular de las mismas conforme al cual, transcurridos seis meses desde el vencimiento de las cambiales o de su renovación, el propietario de la finca podría cancelar la hipoteca si en la oficina del Registro de la propiedad no constase, hasta la fecha, la existencia de cualquier procedimiento de reclamación de la deuda.

La cancelación registral fue denegada por no haberse presentado las cambiales en el Registro de la propiedad, lo que impedía al Registrador calcular el cómputo del plazo pactado de cancelación automática, dado que era posible que se hubiera producido una renovación de las mismas. Frente a la calificación negativa del Registrador, la recurrente alega que existen indicios de que no se produjo la renovación de la cambial ya que –de haberse renovado- el tenedor habría procedido a su inscripción inmediata o a la exigencia de su cumplimiento, sin que constase en el Registro ni la inscripción de la renovación ni el inicio de ningún procedimiento por parte del mismo.

En Primera Instancia se confirmó la calificación negativa del Registrador. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la propietaria demandante.

Doctrina.- La cancelación de la hipoteca constituida en garantía de un título transmisible por endoso es un supuesto especial regulado por el artículo 156 de la Ley hipotecaria y no por el más general artículo 82 del mismo texto legal (en su párrafo IV, el artículo 82 LH se remite expresamente a las normas especiales que en materia de cancelación estén comprendidas en la Ley). En cualquiera de los casos, la Ley requiere como presupuesto para efectuar la cancelación automática (es decir, sin que se presente consentimiento del titular afectado, o exista decisión judicial al respecto) que se examine el título garantizado con hipoteca (salvo que la cancelación se derive de la propia Ley). La cancelación automática de la hipoteca cambiaria exige la presentación, en tiempo y forma, de las cambiales garantizadas.

CARMEN JEREZ DELGADO

ACCIÓN REAL REGISTRAL [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21ª) DE 12 DE JUNIO DE 2012.]

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Rosa M^a Carrasco López.

Antecedentes.- El demandante formuló acción posesoria por la vía del artículo 41 de la Ley hipotecaria (acción real registral), a fin de que se declarase que el vallado de la finca vecina por parte de la comunidad propietaria invadía la finca del demandante. En Primera Instancia se estimó la demanda: Se declaró que el vallado de la finca contigua a la del demandante había supuesto un despojo posesorio y se condenó a la parte demandada al derribo de la valla. La sentencia fue recurrida en apelación por la comunidad demandada, alegando haber vallado exclusivamente su dominio y presentando pruebas periciales al efecto. La Audiencia Provincial de Madrid, revocando la anterior, dictó nueva sentencia desestimando totalmente la demanda inicial, al no haberse acreditado ni delimitado la ubicación y extensión del terreno invadido.

Doctrina.- El proceso sumario del artículo 41 de la Ley hipotecaria se fundamenta en la presunción de exactitud registral y la presunción posesoria favorable al titular registral, que –no obstante- admiten prueba en contrario (presunciones *iuris tantum*). No puede estimarse el ejercicio de la acción cuando no se ha acreditado ni concretado la localización y extensión del terreno ocupado. No es objeto del procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley hipotecaria la delimitación de los linderos entre fincas.

CARMEN JEREZ DELGADO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DOBLE INMATRICULACIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25.ª) DE 18 DE MAYO DE 2012.]

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

Antecedentes.- Se inicia un proceso judicial para dar solución a un litigio que surge de una doble inmatriculación de fincas como consecuencia de un proyecto de reparcelación, que es anulado judicialmente con posterioridad a la presentación de la demanda que da origen a este pleito.

Concretamente, el demandante basó su pretensión en la coincidencia del espacio físico de las fincas de su propiedad identificadas con los números registrales 18, 19, 20 y 21, con el ocupado en todo o parte por una serie de fincas resultantes de la aprobación del Proyecto de reparcelación por el Ayuntamiento de Ciempozuelos, que se atribuyeron a los demandados, de modo que la finca núm. 18 se corresponde con las fincas núms. 23, 1, 2 y 3; la finca núm. 19 se corresponde con las fincas núms. 23, 4, 5, 6, 7 y 8; la finca núm. 20 se corresponde con las fincas núms. 9, 10 y 11; y la finca núm. 21 se corresponde con las fincas núms. 12, 13, 14, 15, 16 y 17.

En el momento de presentar la demanda, en marzo de 2007, el Proyecto de reparcelación había sido impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque la sentencia de primera instancia no se dictó hasta mayo de 2008, que fue confirmada después, en noviembre de 2009, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Por tanto, al tiempo de presentarse la demanda existía una cuestión prejudicial de notable incidencia en el litigio suscitado, pues las fincas inscritas a nombre de las demandadas sobre las que se plantea la controversia nacieron por la aprobación del Proyecto de reparcelación, de modo que si finalmente se declara nula la reparcelación aprobada conllevará también la nulidad de la división, distribución y adjudicación de las parcelas de reemplazo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valdemoro estima parcialmente la demanda. Interpuestos sendos recursos de apelación por la parte demandante y por una codemandada, la Audiencia Provincial de Madrid los estima parcialmente y deja sin efecto los pronunciamientos segundo y tercero de la sentencia de primera instancia.

Doctrina.- El núcleo de este litigio se centra en determinar si quien se muestra

como propietario de unas fincas doblemente inmatriculadas en el Registro de la Propiedad, pero que no inscribió su derecho, puede obtener reconocimiento judicial de su título frente al titular inscrito y si éste (el titular inscrito) puede oponer su condición de tercero hipotecario y si tal condición concurre en quien sucedió en los derechos del titular inscrito cuando la personalidad de éste se extinguió y escindió en dos sociedades distintas.

La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia que al ser aprobado el Proyecto de reparcelación e inscribirse en el Registro de la Propiedad las nuevas parcelas fue cuando se produjo la doble inmatriculación. Pero esa situación se mantuvo hasta la firmeza de la sentencia que declaró la nulidad del Proyecto de reparcelación, que al deshacer todo el proceso de formación de las nuevas parcelas obliga a rectificar la realidad material devolviéndola a la situación previa a la aprobación del citado Proyecto, de modo que al extinguirse las parcelas de reemplazo puede pedirse la cancelación de las inmatriculaciones a tenor de lo dispuesto en el artículo 79 LH (tal y como solicita en su demanda la parte demandante).

En todo caso, señala la Audiencia Provincial que en el presente caso resulta irrelevante plantearse si los demandados están o no protegidos por la buena fe registral cuando adquirieron las fincas inmatriculadas como consecuencia de la reparcelación, pues la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-Administrativa no anula o resuelve el título de adquisición del dominio sobre las fincas, sino que priva a éstas de existencia real, de modo que no se les puede mantener en la adquisición de algo inexistente. Por tanto, se ha producido la pérdida sobrevenida de una parte del objeto del proceso, pues de otro modo carecería de efectos prácticos y no proporcionaría tutela judicial efectiva de los derechos en conflicto, y por eso la determinación de si los demandantes tienen mejor derecho se convierte en innecesaria por no existir ya aquella doble inmatriculación. Pero sí es posible ordenar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 LH, la cancelación de las inscripciones relativas a esas fincas ya inexistentes.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR DE DOCUMENTOS JUDICIALES [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25.ª) DE 4 DE JULIO DE 2012.]

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

Antecedentes.- Se interpone una demanda en la que se insta, por una parte, la declaración de nulidad de la resolución presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado que por silencio administrativo había desestimado el recurso interpuesto contra la decisión del titular del Registro de la Propiedad núm. 1 de Majadahonda de no inscribir la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Lorenzo de El Escorial, y por otra parte, solicita la nulidad de la calificación del Registrador y que se declare la procedencia de la inscripción de la citada resolución judicial.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Madrid lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia.

Doctrina.- Mantiene la Audiencia Provincial de Madrid que para valorar si la calificación realizada por el Registrador se atiene a lo dispuesto en el artículo 100 RH, en relación con los artículos 18 y 100 LH, precepto que establece lo que tiene que ser objeto de calificación cuando se trata de documentos expedidos por autoridad judicial, habrá de comprobarse los que se sometieron a su consideración para emitir la calificación, no los que se presentaron con posterioridad.

Asimismo concluye la Audiencia Provincial de Madrid en esta sentencia que en la labor calificadora encomendada al Registrador de la propiedad por los artículos 18 y 99 LH, que le obliga a examinar la capacidad de los otorgantes en las inscripciones y cancelaciones, estaba justificado que ante la carencia de datos sobre aquéllos en la resolución judicial, y en especial respecto a los posibles herederos que se habían considerado ignorados cuando se demandó a las herencias yacentes, la calificación fuese negativa.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

TERCER TRIMESTRE DE 2012*

I.- PROPIEDAD

RESOLUCIÓN DE 23-04-2012 (BOE: 07-06-2012). PROPIEDAD HORIZONTAL.- SEGREGACIÓN.

Registro: CUEVAS DE ALMANZORA

Hechos: Se presenta en el registro una escritura de segregación de un local que forma parte de un edificio en propiedad horizontal.

El Registrador exigía licencia municipal de segregación, el notario recurre y la DGRN declara injustificada la petición del registrador, pues el nuevo local sigue formando parte de la propiedad horizontal como elemento independiente.

RESOLUCIÓN DE 03-05-2012 (BOE: 07-06-2012). DOCUMENTO PRIVADO.

Registro: SAN VICENTE DE RASPEIG

Hechos: se presenta instancia de un particular solicitando la suspensión de la anotación marginal de sus capitulaciones matrimoniales firmadas ante notario.

Se deniega el asiento de presentación de dicho documento privado, la DGRN ratifica lo anterior en base a los arts. 420.1 RH, en relación con el art. 3 LH y además señala que si lo que el recurrente pretendía era que se consideraran las capitulaciones como nulas o anulables, lo debe solicitar ante el Orden Jurisdiccional competente, sin que la DGRN pueda intervenir en el mismo.

RESOLUCIÓN DE 04-05-2012 (BOE: 07-06-2012). CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Registro: PLASENCIA

* Dado el gran número de resoluciones de este período, esta sección sólo contiene una selección de las más destacables.

Hechos: Se presenta un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria. El registrador deniega la inscripción, ya que, aun cuando es de fecha anterior, existe una declaración de concurso ya inscrita en el momento de la presentación del decreto de adjudicación, asimismo considera que el juez que aprueba la adjudicación no es competente para la ejecución pues no se ha acreditado si el bien está o no afecto y si es o no necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, todo ello en base a los arts. 8, 56 y 57 LC.

La DGRN explica que en este caso, la ejecución no puede verse afectada por la posterior declaración de concurso del deudor ya la adjudicación fue aprobada por auto de fecha anterior a la del auto de declaración del concurso y no procedería suspender la inscripción por la no acreditación de que los bienes ejecutados no estén afectos ni sean necesarios para la actividad del deudor, ya que en esos casos, la suspensión solo es exigible para ejecuciones iniciadas y no concluidas al declararse el concurso.

RESOLUCIÓN DE 05-05-2012 (BOE: 07-06-2012). CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.- TRACTO

Registro: MADRID 54

Hechos: Se presenta en el registro una sentencia declarativa del dominio figurando inscrita la finca a nombre de persona distinta de la demandada, el registrador suspende la inscripción.

La DG confirma la calificación conforme al principio del tracto sucesivo del art. 20 LH y de acuerdo con los principios constitucionales de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal que exigen, en el ámbito registral, que el titular afectado por un hecho inscribible haya sido parte o al menos haya tenido posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento.

RESOLUCIÓN DE 07-05-2012 (BOE: 07-06-2012). CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Registro: FELANITX 2

Hechos: se presenta un mandamiento judicial sobre una adjudicación en convenio regulador, como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria en él pactado, por el que se tiene por emitida la declaración de voluntad de la titular registral. El registrador suspende la inscripción por entender que para que pueda practicarse, se requiere sentencia firme (art. 82 LH).

La DG confirma el defecto, declarando que falta el título judicial en que se declare producida la condición resolutoria pactada, ya que en este supuesto, el contenido del convenio regulador que se pretende ejecutar es una adjudicación de un bien ganancial, con asunción por parte del adjudicatario de obligaciones garantizadas con condición resolutoria, y es necesaria una sentencia constitutiva que así lo acuerde.

RESOLUCIÓN DE 08-05-2012 (BOE: 07-06-2012). DIVORCIO: CONVENIO REGULADOR.- CESIÓN A LOS HIJOS DE LA MITAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Registro: ALGECIRAS 3

Hechos: se presenta a inscripción un convenio regulador como consecuencia de un divorcio, el registrador deniega la inscripción ya que alega que se atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y a la madre renunciando el padre a su titularidad sobre la mitad indivisa de la misma, cediendo la nuda propiedad a sus hijos y concediendo a la madre el usufructo vitalicio sobre la vivienda, con lo cual, se supone que el padre realiza una donación que requiere escritura pública y aceptación por los donatarios.

La DG revoca la nota de calificación en cuanto a la necesidad de otorgar escritura pública como requisito de la cesión, ya que del contenido del convenio regulador no resulta que el padre esté efectuando una simple donación, sino que realiza un negocio complejo de carácter familiar y oneroso, la cesión no es sin contraprestación, ya que el otro cónyuge se compromete al pago del crédito que lo grava y uno de los aspectos que por previsión legal debe abordarse en todo convenio regulador es el relativo a la vivienda familiar, y este tipo de acuerdo adoptado en convenio regulador produce plenos efectos una vez aprobados judicialmente. Sin embargo, la DG confirma la nota de calificación en cuanto al segundo de los defectos, es decir, el consentimiento de los cesionarios, ya que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad, por lo que los hijos, mayores de edad deben aceptar expresamente y en documento auténtico la cesión de la vivienda para que sea posible su inscripción (art. 3 LH).

RESOLUCIÓN DE 08-05-2012 (BOE: 07-06-2012). OBRA NUEVA.

Registro: SANLÚCAR DE BARRAMEDA

Hechos: se presenta a inscripción una escritura por la que se declara una obra nueva, ésta inscripción se solicita en base a que no pueden adoptarse medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, ya que han transcurrido los plazos de prescripción correspondientes (art. 20.4 Ley del Suelo).

El registrador deniega la inscripción en base a dos defectos:

-En un informe emitido por el Ayuntamiento se declara el suelo como no urbanizable y de especial protección, aunque señala que ha prescrito la acción para restablecer la legalidad urbanística.

- Una finca colindante consta inscrita en el registro con una licencia del ayuntamiento de carácter provisional en la que se especifica que estarán obligados a demolerla sin derecho a indemnización cuando lo requiera el ayuntamiento por ser suelo de especial protección.

La DG revoca la nota de calificación estableciendo que la administración competente para decidir ya ha resuelto el Expediente urbanístico siendo criterio del Ayuntamiento el de que no concurre en la edificación ninguna infracción urbanística, asimismo, el hecho de que la finca colindante tenga una licencia provisional sujeta a otros requisitos no debe suponer las mismas exigencias para la edificación cuya inscripción se pretende; sobre la exigencia de aportación de la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, la DG lo revoca, remitiéndose a la doctrina sentada por la resolución de 17-01-2012.

RESOLUCIÓN DE 09-05-2012 (BOE: 12-06-2012). TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Registro: PONTEVEDRA 2

Hechos: se presenta a inscripción una sentencia declarativa de dominio a favor del demandante y de sus hermanos, del registro resulta que éstos ya tienen inscrita a su favor una finca cuya descripción y título de adquisición coinciden con la de la sentencia, mientras que existe otra perteneciente a la demandada y a su marido no demandado con carácter ganancial, cuyo título mediato de adquisición y descripción física coinciden relativamente ya que la sentencia habla de menos metros de los que constan en Registro.

El registrador deniega la inscripción ya que la finca a la que se refiere la sentencia ya figura inscrita a nombre del demandante y sus hermanos, y no se ordena que se practique ninguna cancelación o rectificación de asiento registral respecto de la finca de la demandada asimismo señala que la finca cuya rectificación se pretende está inscrita a favor de un titular registral, el marido de la demandada, que no ha intervenido en el procedimiento.

La DG confirma los defectos señalados por el registrador, el primero podría subsanarse si el órgano jurisdiccional concreta el asiento que se ordena practicar

y respecto del segundo debe aplicarse la doctrina del tracto sucesivo, y no puede practicarse un asiento que pueda perjudicar los derechos del titular no demandado.

RESOLUCIÓN DE 10-05-2012 (BOE: 12-06-2012). HIPOTECA UNILATERAL

Registro: BARBATE

Hechos: se presenta a inscripción una escritura de constitución de hipoteca unilateral a favor de la AEAT.

Nos remitimos, por ser idéntica en cuanto al fondo a la R. 16 de mayo de 2012 (200 de este informe).

RESOLUCIÓN DE 11-05-2012 (BOE: 12-06-2012). TRACTO SUCESIVO.

Registro: LAS PALMAS DE GRAN CANARIA 1

Hechos: Se presenta una sentencia declarativa de dominio en la que se declara el dominio a favor del demandante que basó su pretensión en una cadena de transmisiones mediante contratos privados, instando al tiempo la prescripción adquisitiva ordinaria.

El registrador entiende que es necesario un expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo.

La DG entiende que la sentencia declarativa del dominio que motiva el presente expediente, no es título hábil para reanudar el tracto conforme a la legislación hipotecaria (arts. 200, 201 y 203 LH), ya que la sentencia se limita a declarar el dominio sin señalar expresamente ninguna de las causas de adquisición, si se aclarara que la declaración de dominio se realiza por razón de usucapión contra el titular registral, sí sería inscribible la ejecutoria.

RESOLUCIÓN DE 14-05-2012 (BOE: 12-06-2012). DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: TERRENOS COLINDANTES.

Registro: JAVEA 1

Hechos: se presenta a inscripción una escritura de dación en pago de deuda en la que se transmite una vivienda con acantilado al mar, certificándose que no invade dominio público, pero está en zona de servidumbre de protección, la vivienda consta registrada, pero el Registrador exige las autorizaciones previstas en el artículo 45 del Rg de Costas.

La DG revoca la nota por constar inscrita la vivienda, con lo que no son exigibles las autorizaciones previstas en el artículo 45 del Rg de Costas y aplica los ppios de legitimación registral (art. 38 LH) y de libertad de dominio.

RESOLUCIÓN DE 16-05-2012 (BOE: 14-06-2012). NOMBRES DE LAS CALLES LINDANTES CON LA FINCA.- IDENTIDAD DE LA MISMA.

Registro: LAS PALMAS DE GRAN CANARIA 4

Hechos: En la presente resolución se plantea si se pueden cambiar los nombres de las calles con los que linda un edificio por simple manifestación de sus titulares en una escritura de transmisión.

La Dirección confirma la calificación en sentido negativo ya que el cambio de nombre y/o número de la calle, como el de polígono y parcela, no pueden modificarse con la simple afirmación de parte interesada, ya que son datos de policía que debe acreditarse y cuya modificación depende de la autoridad administrativa competente (arts. 437 RH y 3 y 11 de la Ley del Catastro Inmobiliario), sin embargo, cuando no existe duda de cuál es la finca transmitida, podrá inscribirse la venta advirtiendo en la nota de despacho que no se ha modificado el nombre de la calle por no haberse acreditado, una vez acreditada, en cualquier momento se hará constar por nota marginal (art. 437.2 RH).

RESOLUCIÓN DE 16-05-2012 (BOE: 14-06-2012). HIPOTECA SOLIDARIA.

Registro: ILLESCAS 1

Hechos: Se deniega la inscripción de una escritura de subsanación de otra escritura de hipoteca unilateral a favor de la AEAT ya que la hipoteca recae sobre todas las fincas sin distribución de responsabilidad hipotecaria, cada una responde por el total, y alude que su decisión es una mera comunicación al interesado y no una calificación, por lo que no sería recurrible.

La DG confirma la primera decisión del registrador ya que las hipotecas solidarias de varias fincas no son posibles en nuestro derecho (art. 119 LH), sin excepciones; respecto de la alegación del registrador de que lo que se recurre no es una calificación sino una notificación de un defecto por la que se da al interesado el trámite de audiencia previa, considera que el acto del registrador es una calificación, y por ello recurrible, aunque tenga defectos formales.

RESOLUCIÓN DE 17-05-2012 (BOE: 14-06-2012). ALTERACIÓN DEL CONTENIDO DEL REGISTRO. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL O RESOLUCIÓN JUDICIAL FIRME.

Registro: ALORA

Hechos: se deniega la práctica de la cancelación de asientos de inscripción de obra nueva terminada solicitados por el alcalde-presidente de una localidad.

La DG confirma la calificación ya que cuando se practica un asiento se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

RESOLUCIÓN DE 18-05-2012 (BOE: 14-06-2012). HERENCIA: ADJUDICACIÓN: CONTADOR PARTIDOR.

Registro: CHIPIONA

Hechos: se suspende la inscripción de una escritura de operaciones particionales por manifestación y adjudicación de herencia testada, ya que en ella, al tiempo de las adjudicaciones se recogen una serie de actos de disposición y permuta llevadas a cabo entre tres de los seis herederos comparecientes, habiendo un séptimo heredero no compareciente, al que se le había asignado en el cuaderno particional su adjudicación correspondiente, el registrador considera que la partición se ha convertido en un acto contractual entre seis herederos, que exige la intervención de la totalidad de ellos, y el documento no ha sido ratificado por el séptimo heredero. Se hace costar que con anterioridad a dicha escritura, se había promovido por éste último un procedimiento solicitando la división judicial, que fue desestimado por el juzgado.

La DG acepta el recurso ya que según el 1057 c.c. las particiones hechas por el contador partidador, al reputarse hechas por el propio causante, son por sí solas inscribibles, sin necesidad de intervención de los legitimarios, siempre que del título no resulte la extralimitación de las facultades de aquel, y en ésta el contador se ha ajustado a la voluntad del testador y a las normas legales de carácter imperativo, la DG se apoya sobre todo en que el tribunal desestimó la demanda de división judicial, por un lado, y por otro que el contador se ajustó a la ley y a la voluntad del testador al hacer la división.

RESOLUCIÓN DE 19-05-2012 (BOE: 21-06-2012). OBRA NUEVA.

Registro: CHINCHILLA DE MONTE ARAGON

Hechos: se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada ya que el registrador aprecia dos defectos, por un lado la no acreditación de la licencia de edificación, que tras la entrada en vigor del Real

Decreto Ley 8/2011, no cabrá entenderse concedida por silencio positivo conforme el artículo 23 del citado texto legal, y por otro, la no acreditación de la licencia de primera ocupación, que a juicio del registrador, tampoco puede entenderse concedida por silencio positivo por las mismas razones que para el primer defecto.

La DG confirma la calificación y desestima el recurso, en primer lugar porque cuando se produjo la autorización de la escritura objeto de este expediente, la normativa aplicable era la del RDL 8/2011, lo que impide alegar, por la fecha de otorgamiento de la escritura, la irretroactividad pretendida y aunque la norma no puede ser retroactiva, sí lo es la doctrina legal sentada por la Sentencia de 28 de enero de 2009, que ya había excluido la posibilidad del silencio administrativo positivo respecto de los actos administrativos cuya producción por silencio pudiera provocar la adquisición de facultades contrarias a la ordenación urbanística, razón por la cual el legislador procede a «explicitar», en la nueva regulación, el silencio negativo. Por otro lado y en relación con el segundo defecto, por el que se exige la aportación de licencia de primera ocupaciones basa en el artículo 20 de la Ley de Suelo, según la redacción prevista por el artículo 24 del RDL 8/2011, dado que la escritura calificada fue otorgada con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

RESOLUCIÓN DE 19-05-2012 (BOE: 21-06-2012). ANOTACIONES DE EMBARGO POSTERIORES A PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

Registro: MARBELLA 3

Hechos: se deniega la cancelación de anotaciones de embargo posteriores a un procedimiento de ejecución debido a que el mandamiento cancelatorio no se presentó al mismo tiempo que el auto de adjudicación, es decir, una vez cancelada la anotación del procedimiento del que dimana el mandamiento de cancelación.

La DG revoca el defecto basándose en su doctrina, en particular la R. 28/07/89 que dispone que inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación se consuma la virtualidad de la anotación y la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación, por eso, las cargas y gravámenes posteriores sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, por lo que es indudable la eficacia cancelatoria del mandato dictado por el juez que conoció de aquél, (artículos 692 LEC, 1, 17, 40, 79, 83 y 84 LH y 175.2 y 233 del Rg.).

RESOLUCIÓN DE 19-05-2012 (BOE: 21-06-2012). RESERVA VIUDAL.

Registro: Palma nº 5- Antoni- Miquel Torrens Sánchez

Constando en el Registro la cualidad de bienes reservables, el reservatario, que no es heredero del reservista, puede por sí solo tomar posesión de los bienes de la herencia del reservista, por lo que es inscribible la instancia privada en que un reservatario solicita la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de determinados bienes sujetos a reserva viudal, sin intervención del heredero del reservista.

Mediante instancia privada se solicita por un reservatario la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad de determinados bienes sujetos a reserva viudal, sin intervención del heredero del reservista. El reservatario es el único hijo del primer causante. El reservista es el cónyuge que pasó a segundas nupcias. Consta en el Registro la cualidad de reservables de dichos bienes por sentencia judicial.

El registrador, sobre la base de que los bienes forman parte de la herencia del reservista, exige el consentimiento de los herederos del reservista y su entrega en escritura pública.

La DG estima el recurso interpuesto por entender que conviene diferenciar varios problemas distintos: uno es el relativo a cuál es la vocación o llamamiento del reservatario; otro es la determinación de los bienes objeto de la reserva y en qué herencia se encuentran; y otro es el de las relaciones entre el reservatario y el heredero del reservista.

Respecto a cuál es la vocación o llamamiento del reservatario, se observa que no tiene vocación derivada del primer causante, pues no lo llamó como reservatario ni lo pudo llamar en ese momento, dado que la reserva no sólo está sujeta a la condición de la existencia de los reservatarios en el momento de la muerte del reservista sino a un suceso totalmente indeterminado en el momento de la muerte del primer causante cual es las nuevas nupcias del cónyuge supérstite.

Distinto problema de la vocación es determinar a través de qué herencia recibe los bienes el reservatario. Los bienes los recibe el reservatario como bienes integrados en la herencia del reservista. Ahora bien, los bienes reservables forman una masa independiente de los demás bienes de la herencia del reservista como patrimonio separado, que adquiere en bloque el reservatario con exclusión de los herederos del reservista, cuya adquisición se limita a los bienes de la herencia propiamente dicha del reservista y sin mezclarse con aquéllos.

Partiendo de estas bases, no hay ningún inconveniente en un caso como el planteado en este recurso, en aplicar el párrafo último del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y permitir la inscripción de los bienes que forman parte de los

reservables dentro de la herencia del reservista por medio de instancia privada del único reservatario con firma legitimada notarialmente sin necesidad de consentimiento de la heredera del reservista, que ningún derecho tiene sobre esos bienes. Las cuestiones que puedan surgir entre reservatario y heredera se resuelven por la vía de acciones personales que son ajenas a la inscripción de los bienes.

Si se tiene en cuenta que la nota marginal que acredita la cualidad de bienes reservables se consignó en el Registro a instancia del juez competente, no existe ningún problema de determinación de los bienes reservables.

Es cierto que el reservatario no sucede al primer causante, pues el heredero fue el reservista, y que el reservatario se encuentra con los bienes que están en la herencia del reservista, por lo que, al menos formalmente, puede considerarse que es hederero del reservista. Pero estando perfectamente diferenciados dentro de la herencia del reservista dos masas patrimoniales distintas, la herencia ordinaria del mismo y la masa patrimonial de los bienes sujetos a reserva, y teniendo en cuenta que el reservista tiene una propiedad condicionada a los derechos de los reservatarios, no habiendo ninguna cuestión para diferenciar los bienes de una y otra masa patrimonial, al venir la reserva consignada en el Registro respecto a los bienes objeto de ella, basta que se acredite el fallecimiento del reservista y el carácter de reservatario único para que pueda solicitar la inscripción de los bienes a su favor mediante la instancia de heredero único del artículo 14.3.º de la Ley Hipotecaria, pues la heredera universal nombrada por el testador no lo es respecto a los bienes reservables, ni tampoco puede considerarse legitimario al reservatario respecto a los bienes reservables, sino con una vocación legal en la que el reservista sólo constituye el vehículo para la transmisión de los bienes que proceden del primer cónyuge, que es con referencia al cual se determinan los herederos conforme a las normas de la sucesión intestada.

RESOLUCIÓN DE 19-05-2012 (BOE: 21-06-2012). DIVORCIO: CONVENIO REGULADOR: VIVIENDA FAMILIAR

Registro: Pozuelo de Alarcón nº2- Marta Cavero Gómez

Procede admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos menores, tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez.

Se presenta testimonio de sentencia firme dictada en procedimiento de divorcio contencioso número 811/2009, se dispone que «En atención al interés más necesitado de protección, se atribuye el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre, llevándose el marido del mismo sus enseres y ropas de uso personal, bajo inventario».

La registradora estima como necesario que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuya a la esposa para que pueda ser inscrito a su favor como titular, sin perjuicio de que los beneficiarios sean los hijos. Subsidiariamente, han de constar sus respectivos nombres y apellidos.

La DG estima parcialmente el recurso admitiendo la posibilidad de atribuir el derecho de uso a los hijos, puesto que el Juez ha considerado procedente, en atención al interés más necesitado de protección, aprobar la medida acordada por los cónyuges y, en consecuencia, atribuir el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre».

No hay razón para excluir la posibilidad de que el Juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (Cfr. párrafo 2.º del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres.

El Código, en su artículo 96 determina la atribución del uso de la vivienda familiar sólo cuando no hay acuerdo aprobado por el Juez. En el presente supuesto, consta en la sentencia que existe ese acuerdo.

Las previsiones acordadas por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, que incidan sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar (y es indudable que el uso de la vivienda familiar es uno de tales aspectos conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil), produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (cfr. artículo 90 del Código Civil).

Procede, admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez.

Y la DG confirma la nota de calificación en cuanto a la necesidad de aportar los datos identificativos de los hijos, puesto que la naturaleza de derecho familiar que se atribuye a este derecho no excluye la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el principio de determinación, por lo que se hace necesario, conforme a los artículos 9.4.ª de la Ley Hipotecaria y 51.9.a) del Reglamento Hipotecario, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar, sin que se entren a valorar –por no haber sido señalado en la nota–, otras circunstancias.

RESOLUCIÓN DE 21-05-2012 (BOE: 27-06-2012). LAS DIFERENCIAS DE DESCRIPCIÓN DE LA FINCA MATRIZ, COMO CONSECUENCIA DE NO HABERSE TENIDO EN CUENTA UNA SEGREGACIÓN, SON IRRELEVANTES SI DICHA FINCA ESTÁ PERFECTAMENTE IDENTIFICADA Y SE PRETENDE RESPETAR LA DESCRIPCIÓN ACTUAL SEGÚN REGISTRO.

Registro: Alicante nº3- Fernando Trigo Portela

En una escritura de herencia, una de las fincas fue objeto con anterioridad de varias segregaciones. Carece de referencia catastral. En la escritura se describe la finca en los mismos términos en que lo estaba la matriz antes de las segregaciones (y en concreto sus linderos) pero restando de su superficie, la suma de las cabidas resultantes de las diversas segregaciones anteriores (en los términos y cabidas que constan en las notas marginales).

El registrador suspende su despacho, porque resulta del Registro, la existencia de segregaciones, quedando un resto sin describir que no coincide con la descripción contenida en el título, solicitando la descripción del resto de finca que, como se señalaba anteriormente, sólo recoge la primitiva descripción (sin valorar las segregaciones efectuadas).

La DG estima el recurso, indicando que las diferencias de descripción de la finca matriz, como consecuencia de no haberse tenido en cuenta una segregación, son irrelevantes si dicha finca está perfectamente identificada y se pretende respetar la descripción actual según Registro.

RESOLUCIÓN DE 21-05-2012 (BOE: 27-06-2012). AL FORMAR EXPEDIENTE PARA REMITIR LA DOCUMENTACIÓN A LOS EFECTOS DEL RECURSO GUBERNATIVO, DEBE VALORARSE LA PRESENTACIÓN DE ESCRITOS POSTERIORES A LA NOTA DE CALIFICACIÓN, Y, SI PROCEDE, RECTIFICAR EL CRITERIO INICIAL POR EL REGISTRADOR QUE CALIFICÓ.

Registro: Lora del Río-María de la Paloma Muñoz García-Liñán

Presentado testimonio de un auto judicial en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados se dispone «la cancelación de la hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad así como la nota acreditativa de la certificación de cargas». Según la nota de calificación no resulta con claridad si lo que se pretende es la cancelación de la nota marginal de expedición de certificación de cargas o la cancelación de la propia inscripción de hipoteca, pues de tratarse de cancelación de hipoteca se precisaría formalmente un testimonio del auto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas que no se ha acompañado.

En el informe emitido en el recurso contra la nota de calificación, la jueza aclara que la cancelación de la hipoteca no se produce por auto de adjudicación, sino que el proceso ha concluido por pago, conforme al artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La DGRN indica que, conforme al artículo 326 de la Hipotecaria, atendiendo a la documentación presentada inicialmente a la registradora, “procedería” confirmar la nota de calificación, dada la falta de claridad del mandamiento en orden a la expresión de la causa de la cancelación, que ha llevado a entender que se podía tratar de un decreto de adjudicación, que precisaría su presentación junto con el mandamiento de cancelación de la hipoteca, conforme al artículo 133 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, revoca el defecto “habida cuenta que en el seno de este procedimiento, en trámite de alegaciones, se ha aclarado por la autoridad judicial que la cancelación de hipoteca se ordena por pago de la cantidad adeudada”.

RESOLUCIÓN DE 22-05-2012 (BOE: 27-06-2012). REPRESENTACIÓN. JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA.

Registro: Barcelona nº 14-Raquel Serrabassa Ferrer

Se excluye el acceso al Registro de la Propiedad, y se impone al Registrador el deber de comprobar, para la admisión del documento, el previo cumplimiento de las obligaciones tributarias a que pudiera estar sometido el acto o contrato que pretenda acceder al Registro, permitiéndose únicamente, antes de que se verifique el pago, el asiento de presentación, suspendiendo en tal caso la calificación y la inscripción, con devolución del título presentado, a fin de satisfacer el impuesto correspondiente.

En el juicio de suficiencia debe hacerse referencia a la facultad de autocontratación.

Se otorga una escritura de préstamo hipotecario en la que la prestataria interviene por sí y por su hijo representado con poder, incurriendo en conflicto de intereses. El notario autorizante emite el juicio de suficiencia, aunque no menciona expresamente que el conflicto de intereses esté salvado en el poder.

La registradora deniega la inscripción porque entiende que hay conflicto de intereses y no considera bastante el juicio notarial, ya que no menciona expresamente dicho conflicto para justificarlo. Por otro lado suspende inicialmente la calificación por falta de acreditación del pago del impuesto y

posteriormente, una vez liquidado de impuesto, emite la calificación sobre el fondo del asunto.

La DG estima el recurso, señalando que aunque procedería confirmar la nota de calificación de la Registradora; sin embargo, habida cuenta que el Notario aclara en su escrito de recurso que «el poder que tuvo a la vista el Notario en el acto de otorgamiento y en el que se basa su juicio de suficiencia, se contempla expresamente la facultad para autocontratar o incurrir en conflicto de intereses», procede practicar la inscripción.

Indica la DG señala que la primera cuestión que se plantea en el presente recurso es la relativa a la comunicación por la registradora, junto a la notificación fehaciente de la práctica del asiento de presentación de una escritura de préstamo garantizado con hipoteca presentada telemáticamente, de la suspensión de la calificación hasta que se acredite la liquidación del impuesto correspondiente. Las resoluciones de la DGRN vinculan en los términos planteados y limitado al concreto caso que contempla y resuelve, es decir, tal y como sostiene el recurrente, no se puede separar del supuesto de hecho que las motiva ni de la argumentación utilizada en él, y sólo vincula al Registrador calificador y a los demás Registradores que hayan de calificar el mismo documento, por afectar a varios Registros. Del artículo 254 de la Ley Hipotecaria se desprende la exigencia para la práctica del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, de 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 o sobre el documento en virtud del cual se pretenda la inscripción. Este precepto no es sino la reproducción en el ámbito de la legislación registral de lo dispuesto con carácter general en el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre; en el mismo sentido, se pronuncia el artículo 100 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Por tanto, para el acceso a los Registros Públicos, y en especial en este caso al Registro de la Propiedad, es necesario con carácter general, y cualquiera que sea el soporte electrónico o papel en el que se presente el documento, que se acredite, mediante la aportación del correspondiente justificante bien lo sea también en soporte electrónico o papel, los siguientes extremos: que se ha producido la presentación del documento y su autoliquidación, bien lo haya sido esta última con ingreso o bien con simple alegación de exención o no sujeción. La calificación del acto como exento no dispensa de esta obligación de presentación al sujeto pasivo ni de la necesidad de la justificación de su cumplimiento por el interesado para poder practicarse la correspondiente inscripción. El mecanismo de cierre registral que resulta del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, aparece reforzado por la norma contenida en el párrafo primero del inmediato artículo 255 de la misma Ley. Ha de tenerse en cuenta que el art. 254 es explícito y terminante al

imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales, con la única excepción que establece el art. 255 lo que a su vez se reitera tanto en el art. 54 del Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en el art. 33 de la Ley 29/87, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones.

RESOLUCIÓN DE 23-05-2012 (BOE: 27-06-2012). DESHEREDACIÓN DE LOS HIJOS Y DE TODA SU DESCENDENCIA: EN LA ESCRITURA HABRÁ QUE IDENTIFICAR A LOS DESHEREDADOS, A SUS DESCENDIENTES, EXPRESAR SU EDAD, Y DEJAR CLARO QUE NO HAY OTROS POSIBLES INTERESADOS O LEGITIMADOS EN LA SUCESIÓN QUE LOS OTORGANTES.

Registro: Alberic-Guillermo José Dromant Jarque

En un testamento el testador deshereda a sus dos hijos y a toda su descendencia por una determinada causa. Ahora se otorga la escritura de herencia por la única heredera (la viuda) sin intervención de los hijos desheredados. No se especifica tampoco quienes son los descendientes de los hijos, también desheredados.

El registrador exige que se especifiquen nominativamente los descendientes de los hijos, que han sido desheredados. Se otorga entonces una escritura complementaria identificando a los descendientes de los dos hijos (que son 3 y 1, respectivamente) y a pesar de ello el registrador mantiene el defecto pues exige también que se especifique la causa de desheredación que afecta a cada uno de ellos.

La DG confirma la nota de calificación indicando que el llamamiento a la legítima que a favor de los descendientes del desheredado establece el artículo 857 del Código Civil obliga a que conste la expresión documental de si los descendientes que tenía el testador al tiempo de formalizar su voluntad testamentaria son los mismos que ha dejado al tiempo de su fallecimiento, para verificar si todos o algunos de éstos se ven afectados por la disposición privativa de la legítima.

El ámbito del poder de exclusión legitimaria del testador descansa en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código Civil –a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas– no expresa ni concreta la

capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa; en el presente supuesto el maltrato de obra o la injuria grave.

Ha de considerarse que si bien a través de la escritura complementaria se han concretado los descendientes del testador, fuera de sus hijos, que quedaron a su fallecimiento, no se han consignado los datos que permitan determinar cuáles de aquéllos habían nacido al tiempo de otorgar el testamento y reunían, por su edad, un mínimo de aptitud para ser desheredados.

Si bien los llamados en testamento pueden, por si solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes.

RESOLUCIÓN DE 23-05-2012 (BOE: 27-06-2012). PARTICIÓN DE HERENCIA: LA CONTRADICCIÓN DE INTERESES HA DE SER REAL, Y NO PUEDE FUNDARSE EN PERJUICIOS FUTUROS E HIPOTÉTICOS, NI EN SOSPECHAS DE FALSEDADES.

Registro: Santa María de Guía de Gran Canaria- María Dolores de Paz Sánchez

Madre e hijo (menor de edad) son instituidos herederos. Además la madre es legataria. La madre otorga la escritura adjudicándose su legado y después adjudica la herencia a ella misma y a su hijo pro indiviso.

La Registradora suspende la inscripción por ser preciso nombrar un defensor judicial del menor de edad don R. D. M., de conformidad con los artículos 162.2, 163 y 299 del Código Civil y, en su defecto aprobación judicial de la aceptación y partición de la herencia (art. 272 del Código Civil).

La DG estima el recurso señalando que de los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses, pues ni son conocidos, ni son concretos, ni resultan de la escritura ni del Registro, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria).

El artículo 163 del Código Civil no puede aplicarse de esta forma tan apartada de su verdadera ratio, pues, en verdad, en la formación de inventario, no tiene por qué existir interés contrapuesto. Sólo cuando el inventario lo lleva a cabo el contador-partidor.

En el caso de este expediente, puesto que no hay incompatibilidad en la forma de partir –ya que no se parte nada–, el papel del defensor judicial sería sólo el de presenciar el inventario, que se realiza en la misma escritura, o sea, recibir la declaración de la madre que ejerce la patria potestad de que no existen más créditos o deudas en favor del patrimonio respecto de los que ella es heredera. No parece que sea este motivo suficiente para cambiar la doctrina mantenida, pues esa declaración, en sí, no conlleva perjuicio actual para el menor si, como toda declaración en escritura ha de ser tenida por cierta, mientras no sea judicialmente impugnada, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurra el representante que atenta contra la verdad, lo que, ni civil ni penalmente, puede presumirse.

Conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo (Vistos), no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición, si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia. La doctrina de este Centro Directivo ha reiterado además que la contradicción de intereses entre los menores y sus representantes legales se puede deber a diferentes motivos: incluir en el inventario bienes como gananciales, o bienes de cuyo título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; no ajustarse el viudo o viuda en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto; ejercitar el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria. En este caso, no ocurre nada de esto; es más, no restan bienes para adjudicar tras la entrega de los legados ordenados por el testador, y aun existiendo un pasivo, la madre se hace cargo expresamente y de forma exclusiva sobre tal deuda.

En definitiva, conforme esa reiterada doctrina de este Centro Directivo, la contradicción de intereses ha de ser real, y no puede fundarse en perjuicios futuros e hipotéticos, ni en sospechas de falsedades.

RESOLUCIÓN DE 24-05-2012 (BOE: 29-06-2012). CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE DOMINIO ORDENADA JUDICIALMENTE: NO PROCEDE LA CANCELACIÓN DE LAS ANOTACIONES POSTERIORES, CUANDO LOS TITULARES RESPECTIVOS NO HAN SIDO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO.

Registro: Alberic-Guillermo José Dromant Jarque

Se presenta mandamiento que incorpora testimonio de sentencia por la que se anula transmisión de dominio causante de la última inscripción practicada sobre una finca, por simulación, en juicio seguido por la vendedora frente al comprador actual titular registral de la referida finca y se ordena la cancelación

de dicha última inscripción de dominio así como de los demás asientos producidos como consecuencia del contrato simulado.

El registrador cancela, según lo ordenado, la última inscripción de dominio, pero deniega la cancelación de nueve anotaciones preventivas de embargo vigentes sobre la finca y practicadas con posterioridad a la inscripción anulada pero con anterioridad a la presentación del mandamiento, porque, de procederse a practicar las cancelaciones, se perjudicaría los derechos de terceros adquirentes de derechos inscritos que no han tomado parte en el procedimiento, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Española y el principio del tracto sucesivo.

La DG confirma la nota de calificación, indicando que Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y el principio del tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria) no permiten extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él. De modo que, no habiendo sido dirigido el procedimiento, en el presente caso, contra los titulares registrales de las cargas vigentes sobre la finca a que se refiere el recurso, y sin mediar su intervención, no puede practicarse un asiento que pueda perjudicar sus derechos.

Así, la eficacia ex tunc de la nulidad declarada por la sentencia e invocada por el recurrente para proceder a las cancelaciones, puede predicarse respecto de demandantes y demandados y sus respectivos causahabientes conforme a lo dispuesto en el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que permite la cancelación de la inscripción de dominio practicada a favor de estos últimos, como efectivamente ha realizado el registrador; pero no puede sostenerse respecto de los titulares de cargas que, confiando en lo que el Registro publicaba, se adelantaron en su acceso a Registro y no han intervenido en el proceso judicial entablado.

Conviene finalmente recordar, que el demandante tenía la posibilidad, que no utilizó, de solicitar del Tribunal la anotación preventiva de demanda de la acción de nulidad por simulación, anotación que sí hubiera servido de aviso a los posteriores titulares de cargas, y que hubiera permitido la cancelación de las mismas como consecuencia de la reinscripción del dominio, pues con ello se hubiera evitado la indefensión que –por no haberse anotado la demanda– se les ha causado.

RESOLUCIÓN DE 24-05-2012 (BOE: 29-06-2012). TRANSMISIÓN DE CUOTA INDIVISA.

Registro: Puerto de Santa María nº2-César Jarabo Rivera

CONTENIDO: Venta de una participación indivisa de finca ubicada en suelo no urbanizable en Andalucía: no es necesaria licencia de parcelación cuando no se crea objeto de derecho alguno, físico o ideal, sino que únicamente se transmite la titularidad de un objeto, –la participación indivisa–, existente con anterioridad.

Los titulares de la mitad indivisa de una finca descrita como rústica, la vendieron a dos personas casadas entre sí, que la adquieren para su sociedad conyugal. En dicha escritura se pacta, sin más, la transmisión de la citada cuota indivisa, sin que conste acuerdo alguno sobre individualización o adscripción de uso a la misma.

El registrador suspende la inscripción porque considera necesaria la obtención de la correspondiente licencia urbanística de parcelación o declaración municipal de su innecesariedad, exigidas por la normativa urbanística de Andalucía para inscribir los actos que considera reveladores de una posible parcelación urbanística.

La DG estima el recurso señalando que la Resolución de este recurso debe basarse en la legislación urbanística dictada por la Comunidad Autónoma de Andalucía . En el presente caso se trata de dilucidar si la venta de una participación indivisa sobre una finca ubicada en suelo no urbanizable, en Andalucía, puede considerarse parcelación para la que se exija el otorgamiento de la correspondiente licencia o declaración de innecesariedad, teniendo en cuenta que en los pactos de la compraventa no existe una asignación formal y expresa de un uso individualizado de una parte del inmueble cuya participación indivisa es objeto de transmisión.

En el presente caso, el registrador basa únicamente su calificación negativa en la simple existencia de una transmisión de cuota indivisa.

Tal conclusión no puede compartirse. El negocio jurídico sobre el que recae la calificación recurrida no genera una división ideal del dominio que deba entenderse reveladora de un posible acto de parcelación sujeto a licencia previa. Por el contrario, dicho negocio jurídico supone la mera transmisión de la titularidad de una participación indivisa ya creada con anterioridad. No se da, por tanto, el supuesto de hecho previsto en el artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, el cual se ha de entender referido no a cualquier transmisión de participaciones indivisas, sino únicamente a aquellas transmisiones en las que se produce la división ideal del dominio mediante la creación de nuevas participaciones indivisas, y ello aun cuando no se establezca de forma expresa que la titularidad de las mismas atribuye derecho al uso exclusivo de un espacio determinado. Debe así entenderse limitada la

presunción resultante del artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía a aquellos actos dispositivos por los que se crean nuevos objetos de derecho, físicos, –porciones de terreno–, o ideales, –cuotas pro indiviso del dominio, acciones, participaciones u otros derechos societarios–. Y como ya se ha dicho, en la escritura calificada no se crea objeto de derecho alguno, físico o ideal, sino que únicamente se transmite la titularidad de un objeto, –la participación indivisa–, existente con anterioridad.

RESOLUCIÓN DE 25-05-2012 (BOE: 29-06-2012). ACREDITACIÓN DE TITULARIDAD.

Registro: Dos Hermanas nº3- María Marta Crespo Villegas

CONTENIDO: tratándose de una titularidad fiduciaria, conforme al 10.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, encaminada al cumplimiento de los fines propios de la actuación urbanística, cesa en el momento en que resulta acreditada la titularidad del Estado conforme al especial procedimiento al que se refieren los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 17 y 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Mediante certificación administrativa, se solicita la inscripción en favor del Estado de determinada participación indivisa de una parcela que ha sido inmatriculada como finca resultante de un proyecto de reparcelación a nombre del Ayuntamiento de Dos Hermanas, con carácter fiduciario y para su entrega a quien acredite mejor derecho sobre la misma, por título de adjudicación.

En la certificación se expresa que se ha tramitado expediente de investigación patrimonial, con notificación al Ayuntamiento, que ha culminado con Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado en la que se declara que se trata de inmueble vacante cuya titularidad corresponde al Estado.

Se apoya en los arts. 206 de la Ley Hipotecaria y 37 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La registradora estima necesaria la aceptación del Ayuntamiento, por aplicación del art. 20 LH.

La DG revoca la nota de calificación, señalando que aun cuando la finca de que se trata está inscrita a nombre del Ayuntamiento, deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias de dicha titularidad registral. En efecto, tratándose de una titularidad fiduciaria, conforme al 10.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, debe estimarse que dicha titularidad,

encaminada al cumplimiento de los fines propios de la actuación urbanística, cesa en el momento en que resulta acreditada la titularidad del Estado conforme al especial procedimiento al que se refieren los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 17 y 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, con las correspondientes garantías para el titular registral, que se acreditan en el expediente administrativo tramitado con anterioridad a la expedición de la certificación, al practicar las notificaciones al mismo.

RESOLUCIÓN DE 28-05-2012 (BOE: 29-06-2012). OBRA NUEVA SOBRE CASA EN RUINAS SIN QUE CONSTE REHABILITACIÓN: EXIGENCIA DE SEGURO DECENAL.

Registro: Vélez-Málaga número 2- don Santiago Aliaga Montilla

Consta en el Registro que en una finca hay "una casa en ruinas". En la escritura presentada no se aporta licencia de rehabilitación y se declara una obra nueva cuya superficie construida no coincide con la que figura en la certificación catastral.

El registrador califica negativamente el documento presentado, al considerar es exigible el seguro decenal, ya que de la escritura y de la documentación a ella incorporada se desprende, salvo prueba en contrario, que además de obras de rehabilitación, se han realizado obras de ampliación de la vivienda que han producido una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría o el conjunto del sistema estructural de dicha vivienda. Además no concurre la excepción de la D. Ad 2ª LOE (autopromoción) ni se acredita que la obra fuera anterior al 6 de mayo de 2000.

La GR confirma la nota de calificación, puesto que consta en el Registro que en una finca hay "una casa en ruinas". En la escritura presentada no se aporta licencia de rehabilitación y se declara una obra nueva cuya superficie construida no coincide con la que figura en la certificación catastral.

El registrador califica negativamente el documento presentado, al considerar es exigible el seguro decenal, ya que de la escritura y de la documentación a ella incorporada se desprende, salvo prueba en contrario, que además de obras de rehabilitación, se han realizado obras de ampliación de la vivienda que han producido una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría o el conjunto del sistema estructural de dicha vivienda. Además no concurre la excepción de la D. Ad 2ª LOE (autopromoción) ni se acredita que la obra fuera anterior al 6 de mayo de 2000.

RESOLUCIÓN DE 29-05-2012 (BOE: 29-06-2012). CONCRECIÓN DE LIMITACIONES PÚBLICAS IMPUESTAS POR ORGANISMO AUTÓNOMICO A UNAS FINCAS, LIBERANDO A LAS OTRAS: REQUIERE LA INTERVENCIÓN DE DICHO ORGANISMO

Registro: Albaida-doña María Dolores Payá y Roca de Togores

Se presenta escritura por la que los titulares registrales de varias fincas sujetas a determinada vinculación administrativa afirman que la misma no afectaba a la totalidad de las fincas sobre las que se inscribió, por lo que practican las segregaciones oportunas, con objeto de concretar dicha limitación, así como el derecho de superficie, a las fincas a las, según ellos, realmente debe afectar, dejando libres las restantes.

La Registradora suspende la inscripción por estimar que es necesario que preste su consentimiento el organismo administrativo que autorizó la explotación sujeta a vinculación.

La DG confirma la nota de calificación señalando que el único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si pueden concretarse a unas fincas, liberando a las otras, unas limitaciones públicas impuestas por el organismo autonómico correspondiente, sin intervención de dicho organismo, concurriendo solamente el dueño del suelo y el superficiario.

La solución ha de ser forzosamente negativa, pues los mismos interesados afirman que se trata de un error y tal error proviene del título en cuya virtud se practicó la inscripción, siendo, además, un error de concepto (cfr. artículos 40 «in fine» y 217 de la Ley Hipotecaria), pues consiste en dividir unas fincas, concretando unas limitaciones, que actualmente recaen sobre la totalidad de las fincas originarias a algunas de las fincas resultantes y liberando a otras. En consecuencia, es ineludible contar con el organismo público que concedió las preceptivas autorizaciones en vista de la «vinculación» que se hizo constar en el Registro. No debe olvidarse que una de las condiciones que impuso la Conselleria correspondiente fue la de inscribir la denominada vinculación, y concedió la autorización en vista de tal inscripción.

RESOLUCIÓN DE 30-05-2012 (BOE: 29-06-2012). PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD: FINCA HIPOTECADA Y DIVIDIDA HORIZONTALMENTE: LA CANCELACIÓN SOBRE UNA DE LAS FINCAS PRECISA EL CONSENTIMIENTO DE TODOS.

Registro: Madrid número 19- Rafael Arnáiz Eguren

Una finca gravada con hipoteca fue objeto de división horizontal arrastrándose la carga. Se pretende ahora una cancelación parcial por reducción

del saldo de la cuenta y además la liberación de una de las fincas resultantes de la división horizontal.

El Registrador la rechaza por dos motivos: por ser necesario el consentimiento de los terceros titulares del resto de las fincas y porque de cancelarse la hipoteca sobre el elemento señalado dejaría de estar sujeto la totalidad del edificio al gravamen hipotecario lo que no es posible incluso si mediare el consentimiento de todos los titulares propietarios.

La DG confirma la nota de calificación y señala que el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica, en caso de división o segregación realizada en la finca original, la subsistencia de la hipoteca en su integridad sobre cada una de las fincas resultantes aún cuando se reduzca la obligación garantizada (artículos 1860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria); segundo, que como consecuencia de lo anterior, si se pretende una cancelación parcial del gravamen hipotecario y, como consecuencia, la liberación de una de las fincas procedentes de la matriz será preciso no sólo el consentimiento del acreedor sino también de los que hayan adquirido el dominio u otros derechos sobre cualquiera de las fincas con posterioridad a la constitución de la hipoteca salvo sobre aquélla cuyo gravamen se trate de cancelar.

Como consecuencia de las relaciones que la llamada «unidad de gravamen» establece entre las fincas y sus respectivos dueños, si uno de ellos paga la cantidad íntegra sólo podrá reclamar de los demás lo que les corresponda proporcionalmente. De ahí que, aunque el acreedor pueda renunciar a su derecho, esta renuncia no puede tener eficacia cancelatoria sin el consentimiento de los demás afectados –excluidos los dueños de aquéllas cuyo gravamen vaya a quedar totalmente cancelado– ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad que resulta de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, podría concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular.

A diferencia del supuesto de división de una parcela o finca rústica, en que la finca matriz deja de existir como unidad y por tanto, tiene sentido que el artículo 123 de la Ley Hipotecaria contemple únicamente la ejecución contra cualquiera de las fincas formadas o contra todas a la vez, en el caso de edificio en división horizontal el edificio sigue subsistiendo como finca matriz actual, por lo que cabe la acción hipotecaria dirigida contra dicho edificio en su conjunto que sería un caso similar al del artículo 218 del Reglamento Hipotecario.

El defecto en este caso podría subsanarse con el consentimiento de los terceros adquirentes de los departamentos, bien estableciendo la distribución de la hipoteca sobre todas y cada una de las fincas como operación previa a la

liberación y cancelación de una de ellas, o bien sin distribución de la responsabilidad hipotecaria entre todas las fincas, liberando la finca en cuestión, pero en uno y otro caso, es indispensable dicho consentimiento.

También confirma la alegación del Registrador sobre la falta de claridad de la solicitud de cancelación parcial: no es lo mismo consignar en el Registro el pago parcial que solicitar la cancelación, y en este caso, no se expresa con la debida claridad si lo que se solicita respecto a la finca matriz y las procedentes de ella es una cancelación parcial por pago de parte de la deuda o la simple constancia del pago de cantidad por nota marginal del art. 240 RH.

RESOLUCIÓN DE 31-05-2012 (BOE: 29-06-2012). HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA: CONFLICTO DE INTERESES-AUTOCONTRATACIÓN: SE PRODUCE CUANDO CONCURRE EN UNA MISMA PERSONA EL DOBLE CARÁCTER DE REPRESENTANTE DEL ACREDITADO Y DEL HIPOTECANTE.

Registro: Barcelona número 22- Mónica Aurelia Santos Lloro

Una misma persona, en calidad de administrador único interviene en representación tanto de la sociedad acreditada como de la hipotecante, constituyendo, en garantía del crédito, hipoteca sobre una finca cuya propiedad exclusiva corresponde a una sola de las sociedades que, además, no resulta favorecida por el crédito abierto. Concurre en el administrador el carácter de representante de la sociedad hipotecante y de la sociedad acreditada no hipotecante.

La registradora calificó negativamente el documento presentado considerando que el juicio notarial de suficiencia era incongruente, porque dada dicha concurrencia en una misma persona del doble carácter de representante del acreditado y del hipotecante, existe un conflicto de intereses o situación asimilable a una auto-contratación que no se ha salvado mediante una referencia (por breve que sea) a la autorización del órgano competente (la junta general de accionistas).

La DG confirma la nota de calificación indicando que la auto-contratación, siempre que se dé un conflicto de intereses, a falta de una mención, por escueta o breve que sea, de las autorizaciones oportunas, excluye, en principio, la representación y contradice directamente el juicio que afirme su existencia.

No puede ignorarse que esta relación de subordinación y accesoriedad entre los negocios jurídicos celebrados, recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable tanto la repercusión de la prestación de la garantía en la apertura del crédito y en sus condiciones, como el

sacrificio actual que la hipoteca implica para el propietario gravado, aún antes de su efectividad) provoca, en el caso debatido, una situación similar a la que subyace en la figura del auto-contrato stricto sensu y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, la sola actuación del representante da lugar a la existencia de una situación de incompatibilidad de intereses entre los propios de aquél y los del representado, en la que no se asegura que en el negocio de garantía haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio gravado; se incide así en la cuestión del ámbito de las facultades representativas conferidas al apoderado y, en este sentido, tanto el criterio de interpretación estricta que ha de regir en esta materia (artículo 1713 del Código Civil) como también la aplicación analógica de las soluciones legalmente previstas para casos similares (vid. artículos 221.2 del Código Civil y 267 del Código de Comercio) imponen la necesidad, a mayores, de específica autorización para la inclusión en los poderes conferidos de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio del representado (artículos 1727 del Código Civil y 247 y 253 del Código de Comercio), sin perjuicio de la posible sanación posterior si mediase la ratificación».

RESOLUCIÓN DE 01-06-2012 (BOE: 29-06-2012). ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO PRIVADO EXISTIENDO UN INCAPACITADO: AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LA TUTORA

Registro: Adra, don Jacobo Jesús Fenech Ramos

Elevación a público de contrato privado existiendo un incapacitado: autorización judicial de la tutora: 1-no es necesaria para otorgar la Escritura; 2-es necesaria para aceptar tácitamente la herencia, salvo que acepte a beneficio de inventario. No existe conflicto de intereses entre el tutor y el incapacitado.

Se presenta Escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa suscrito en su día por los cónyuges vendedores –uno de ellos fallecido– y el comprador. Comparecen en la escritura, además del comprador, la esposa del causante y los hijos herederos del fallecido, con la particularidad de que una de las hijas interviene en su propio nombre y también en representación de su hermano incapacitado, del que es tutora.

La Registradora suspende la inscripción por tres defectos: 1-la falta de autorización judicial para el acto realizado en relación con lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 271 del Código Civil, que prevén dicha autorización judicial al tutor para los casos de enajenación de bienes inmuebles del tutelado y para la aceptación de herencia sin beneficio de inventario. 2- existencia de intereses contrapuestos entre tutor y tutelado al quedar por la enajenación sin

efecto el legado deferido a favor de éste. 3- falta de autorización judicial de conformidad con el apartado 4 del artículo 271 del Código Civil, que exige la misma a la tutora para la aceptación de herencia sin beneficio de inventario.

La DG desestima parcialmente el recurso interpuesto, confirmando el defecto señalado con el número 3, falta de autorización para la aceptación de la herencia sin beneficio de inventario, y revocando los otros defectos, estimando en cuanto a éstos el recurso.

La autorización judicial del apartado 2 del artículo 271 del Código Civil no es necesaria en este caso atendiendo a lo razonado anteriormente, pues no se trata de un acto de enajenación de inmuebles que pertenezcan al incapacitado, sino de la ratificación de un contrato privado otorgado por escrito por el causante y firmado por él, que excluye precisamente la integración del bien en la herencia y permita que se inscriba directamente a favor del comprador. En este punto es fundamental insistir en la diferenciación entre acto debido y acto de enajenación. El acto debido parte de la existencia previa de un acto de enajenación o disposición, razón por la cual él mismo, como acto debido no implica acto dispositivo, sino de mero reconocimiento conforme al artículo 1.224 del Código Civil y de obligado cumplimiento para la tutora conforme al artículo 1.279 del propio Código en relación con el artículo 20.4.º de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, lo que hace la tutora en este caso no es enajenar un bien inmueble del incapacitado sino cumplir con la obligación de elevar a público un contrato privado que consta por escrito y firmado por el causante junto con los demás interesados, para lo cual tiene facultades suficientes como tutora. La elevación a público de un contrato privado realizado por el causante podría representar un obstáculo para la inscripción cuando no intervinieran todos los interesados o del propio título sucesorio resultaran llamamientos a favor de otros interesados, pero no en el presente supuesto en que se ha aportado el título sucesorio completo y se ha cumplido con lo que establece el artículo 20.4.º de la Ley Hipotecaria.

La actuación de la tutora en representación del tutelado, al ratificar un contrato privado realizado por el causante, implica aceptación tácita conforme a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 999 del Código Civil.

En este sentido, procede confirmar la nota calificadora en cuanto al segundo defecto relacionado con la exigencia del apartado 4 del artículo 271 del Código Civil, si bien el defecto ha de considerarse subsanable mediante la correspondiente declaración de la tutora en documento público en el sentido de realizar la aceptación a beneficio de inventario en nombre del incapacitado, teniendo en cuenta que ello es posible dadas las especialidades de una

aceptación tácita y de tratarse de un acto debido, sin necesidad si se subsanase de ese modo de la autorización judicial.

Finalmente, no existe tal conflicto de intereses, pues la elevación a público del contrato privado no produce ningún incremento patrimonial a favor de la tutora, sino únicamente el cumplimiento de la obligación derivada del acto debido que implica la elevación a público de un contrato privado y por tanto, ningún interés contrapuesto con el tutelado se aprecia en este caso respecto al cumplimiento de esa obligación, que por tanto, forma parte no sólo de las facultades sino de las responsabilidades de la tutora, pero que no constituye ningún impedimento para la inscripción.

RESOLUCIÓN DE 01-06-2012 (BOE: 29-06-2012). EXTINCIÓN POR MUTUO ACUERDO DE UN DERECHO DE CONCESIÓN DERIVADO DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Registro: Álora- Antonio Gallardo Piqueras

Extinción por mutuo acuerdo de un derecho de concesión derivado de un contrato de concesión de obra pública : es título suficiente a estos efectos el documento administrativo que contenga la resolución administrativa de la que resulte la extinción por esa causa del contrato.

Se presenta una certificación expedida por el vicesecretario del Ayuntamiento que recoge un acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación por el que se resuelve de mutuo acuerdo un contrato administrativo formalizado para la ejecución y explotación en régimen de concesión de obra pública de dos aparcamientos públicos. Se incorpora testimonio de la solicitud llevada a efecto por el representante de la sociedad concesionaria.

El registrador pide que se aporte el documento negocial que, en su opinión, han de celebrar las partes (la Administración concedente y los concesionarios), a través del cual, mediante la debida intervención de las mismas, quede formalizado el consentimiento de todos ellos a la extinción de la concesión previamente otorgada.

La DG estima el recurso por considerar que en caso de resolución del contrato del sector público, extinguido el contrato, se extinguen los derechos y obligaciones en él contenidos, específicamente los del contratista que carece ya de interés protegible y por ende de necesidad de acreditar mediante un documento legitimador su posición jurídica. De otra parte, la resolución del contrato por cualquiera de las causas previstas en el ordenamiento (artículo 111 del Decreto Legislativo 2/2000) es una prerrogativa de la Administración con independencia de si actúa de oficio o a instancia de parte (así lo establece

explícitamente el artículo 51.1 del propio texto legal). A diferencia de los supuestos de contratación o de modificación no estamos ante un acto de base negocial sino ante un acto unilateral de la Administración la cual, en ejercicio de su prerrogativa, actúa de acuerdo a un procedimiento preestablecido.

La extinción del derecho real de concesión inscrito en el Registro de la Propiedad provoca la necesidad de cohonestar el contenido de los libros con la realidad jurídica (artículos 40 y 79 de la Ley Hipotecaria). El vehículo para hacer constar la cancelación del derecho inscrito es el documento administrativo de resolución emanado de la Administración contratante (artículo 265 del Decreto Legislativo 28/2000) que, como tal, goza de las presunciones de legalidad, ejecutividad y eficacia de los actos administrativos (vide artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sin perjuicio de que el registrador ejercite su competencia de calificación en los términos establecidos en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

En el expediente que ha provocado este recurso resulta que se ha presentado en el Registro de la Propiedad el documento administrativo emanado por la Administración actuante del que resulta que, a instancia del titular del derecho concesional inscrito derivado del contrato administrativo de concesión de obra pública, el órgano competente ha acordado la resolución del contrato y de los derechos y obligaciones de él derivados. Siendo dicho documento el legalmente previsto, y derivando de su contenido el título material de extinción del derecho inscrito, concurren los requisitos analizados para proceder a la cancelación en el Registro de la Propiedad sin que sea dable exigir una documentación distinta a la que ha sido objeto de presentación y calificación.

RESOLUCIÓN DE 02-06-2012 (BOE: 29-06-2012). :EXCESO DE CABIDA: LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA REFERENCIA CATASTRAL NO EXCLUYE LAS DUDAS DE IDENTIDAD EN MATERIA DE CONSTANCIA DE EXCESOS DE CABIDA EN EL REGISTRO

Registro: Peñafiel-María Luisa Herrero Mesiart

Se plantea si procede la inscripción de un exceso de cabida de gran superficie con base en certificación catastral descriptiva y gráfica alegándose que consta previamente inscrita la referencia catastral de la finca y que han comparecido dos de los tres colindantes de la finca.

El registrador califica negativamente por existir dudas sobre la identidad de la finca, ya que la superficie que se manifiesta que ahora tiene la finca es casi el doble de la que consta inscrita siendo necesaria la tramitación de un acta de

notoriedad. El certificado del técnico competente sólo es admisible para los excesos que sean inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, circunstancia que no se da en este caso.

La DG confirma la nota de calificación, y señala que una cosa es la inscripción de un exceso de cabida y otra diferente la constancia registral de la referencia catastral de la finca. Esta última sólo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todos los excesos de cabidas basados en certificación catastral descriptiva y gráfica.

Las dudas de identidad que impiden la inscripción de los excesos de cabida cuando son de gran superficie o existen discordancias descriptivas entre la descripción registral y la catastral, no se resuelven por la mera constancia en la descripción registral de una finca de la referencia catastral, pues las dudas que impiden inscribir el exceso de cabida se refieren a la identidad de la superficie del exceso respecto a la que delimitan sus contornos atendiendo a la descripción registral.

Puede no haber dudas de que una finca está situada en determinada zona del Catastro y sin embargo existir dudas acerca de que la concreta superficie que señala el Catastro dé lugar a un aumento de una porción que no figura inscrita dentro de los linderos que constan en el Registro, en cuyo caso lo procedente sería inmatricular la porción correspondiente para luego agregarla o agruparla con la finca inscrita.

La legislación catastral ya prevé que la incorporación de cualquier descripción de finca basada en certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada es sin perjuicio de las funciones que correspondan al registrador en el ejercicio de sus competencias (cfr. artículo 18.2.d).2º del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo).

En cuanto a la calificación registral de las dudas de identidad de la finca cuando el exceso de cabida que se pretende inscribir es muy desproporcionado respecto a la superficie inscrita, como aquí sucede, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo en el sentido de que hay que evitar con motivo de una pretensión de inscripción de exceso de cabida que se incorporen trozos de superficie no incluidos en el contorno de la finca inscrita por no tratarse de una mera rectificación de error en la superficie inicial, pues en tales excesos no suficientemente acreditados, lo procedente es inmatricular la porción correspondiente y agregarla o agruparla a la finca inscrita, todo ello para evitar que se eluda el procedimiento de inmatriculación o que se produzcan dobles

inmatriculaciones por falta de identidad de la superficie a que se refiere el exceso de cabida con la finca inscrita. O bien acreditar el exceso de cabida por un procedimiento más seguro dada la desproporción de la superficie que se pretende inscribir.

Respecto al consentimiento de dos de los tres colindantes de la finca, no es suficiente para la inscripción del exceso de cabida, pues aparte de que faltaría el del colindante del fondo, la citación a los colindantes en los excesos de cabida sólo está prevista en procedimientos de acreditación como el expediente de dominio o el acta de notoriedad.

RESOLUCIÓN DE 11-06-2012 (BOE: 26-07-2012). NOTIFICACIÓN DE CALIFICACIÓN NEGATIVA POR FAX.- RECONOCIMIENTO AL REGISTRADOR DE UN PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PRUEBA.

Registro: Roses 2

Sin llegar a entrar en el fondo de la cuestión planteada en el recurso, relativa a la necesidad o no de la concreción notarial del juicio de suficiencia, exigido por el art. 98 de la Ley 24/2001, en el supuesto de los representantes orgánicos de las sociedades mercantiles, la resolución se centra en la vocación de servicio público que tienen los registradores y, en consecuencia, la necesidad de evitar dilaciones en el procedimiento calificador y por tanto las derivadas “molestias para los usuarios” por lo que el Registrador debe utilizar todos los medios los que disponga (título presentado, documentos complementarios y Libros del Registro) como de los que pueda disponer “fácilmente” (como son los derivados de otros registros públicos en los que le sea fácil la consulta de su contenido, como es, en el concreto caso, la consulta telemática al registro Mercantil), pues así lo exigen –dice la DG- “ los principios de facilidad probatoria, proporcionalidad y, en particular, los constitucionales de eficacia, legalidad y tutela del interés público”. Con ello no se contradice el principio de rogación que rige en el procedimiento registral en el ámbito del Registro de la Propiedad –continúa diciendo la DG- pues aquél “es perfectamente compatible con el reconocimiento al registrador de un principio de aportación de prueba”, principio, por lo demás, que ha «recogido ejemplarmente el artículo 80.2 de la nueva Ley del Registro Civil cuando veda a administraciones y funcionarios exigir a los ciudadanos la presentación de certificados registrales siempre que los datos obren en su poder o fuere posible su obtención directamente por medios electrónicos». En conclusión: el Registrador puede prescindir del juicio notarial de suficiencia si puede “fácilmente” conocer por otros medios distintos al título y a los asientos del Registro la suficiencia de las facultades de quien actúa en el negocio que califica como representante de otro.

Por lo demás, como cuestión previa, la DG admite la validez de la notificación de la nota de calificación de la registradora al Notario autorizante por fax, señalando la fecha del acuse de recibo del fax como punto de partida para el computo del plazo para recurrir, así como la competencia de la Dirección General para la resolución del recurso gubernativo que no verse exclusivamente sobre la aplicación de normas de derecho civil foral o propio de las Comunidades Autónomas.

RESOLUCIÓN DE 11-06-2012 (BOE: 26-07-2012). CONVENIO URBANÍSTICO. PRINCIPIO DE OponIBILIDAD.

Registro: Mataro 4

De la Resolución se extrae la conclusión de que existen dos tipos de convenios urbanísticos: los típicos (los convenios de planeamiento), aquellos que están previstos directamente en la Ley y los atípicos (serían convenios de gestión) que no derivan directamente de la Ley sino del acuerdo entre la Administración y administrado. Pues bien, unos y otros cabrían dentro de la expresión «tipificados en la legislación sobre el suelo» que emplea el art 19 de la LS al hablar de los actos inscribibles en el Registro y, por lo tanto, uno y otro serían inscribibles sin necesidad de escritura pública, siempre que tales convenios produjeran alguna mutación jurídica real, pues la expresión «tipificados en la legislación sobre el suelo» tiene el sentido de «reconocidos por el ordenamiento urbanístico». Los convenios que no estarían tipificados o reconocidos son los que fuesen contrarios al ordenamiento jurídico. La causa típica tiene la ventaja de que resulta directamente de la ley, pero ello no excluye el reconocimiento de la causa atípica siempre que responda a una finalidad lícita dentro de las previsiones urbanísticas y del ordenamiento jurídico.

En la resolución se plantea una segunda cuestión relativa a la inoponibilidad de los actos no inscritos respecto a los posteriores que sí accedieron al Registro. Principio básico en nuestro sistema registral, consecuencia de los efectos jurídicos que se derivan de su condición de registro público. La Resolución parece que reconoce la existencia del principio de inoponibilidad como desligado de la fe pública lo que vendría a confirmar la tesis dualista de nuestro tercero hipotecario.

RESOLUCIÓN DE 12-06-2012 (BOE: 26-07-2012). CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES: DECLARACIÓN DE HEREDEROS.

Registro: Cogolludo

Se plantea la cuestión de si la registradora puede calificar o no el contenido del auto de declaración judicial de herederos abintestato. La DG responde en sentido afirmativo, pues, si bien, los arts. 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del

Reglamento Hipotecario, limitan la calificación de los documentos judiciales a sus formalidades extrínsecas, los obstáculos que surgen del Registro, la competencia del juzgado o tribunal y la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, entendido este último extremo, como la idoneidad o habilidad del procedimiento seguido para obtener el tipo de resolución cuya inscripción se pretende, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y el principio del tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria) no permiten extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él. De modo que, no habiendo sido dirigido un procedimiento judicial contra los titulares registrales de las fincas, o sus legales herederos, a que se refiere el mismo, y sin mediar su consentimiento, no puede practicarse un asiento que pueda perjudicar sus derechos.

Además, también distingue la Dirección General entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, siendo los respectivos principios rectores de cada uno de dichos procedimientos distintos. De este modo, el principio de igualdad de partes, esencial en el proceso contencioso, está ausente en la jurisdicción voluntaria, puesto que los terceros no están en pie de igualdad con el promovente o solicitante. Tampoco está presente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el principio contradictorio, habida cuenta que propiamente no hay partes, sino meros interesados en el procedimiento. En fin, también está ausente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el efecto de cosa juzgada de la resolución, ya que la participación o intervención del juez no tiene carácter estrictamente jurisdiccional. En consecuencia, concluye el Centro Directivo, la primera es la que queda dentro de los límites que el art. 100 impone al Registrador en su función calificadora y que le impiden, por lo tanto, entrar a valorar el fondo de la resolución judicial, mientras que la voluntaria, según la DG, el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional y por lo tanto el ámbito de calificación registral ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Concluye la DG afirmando que no hay duda de que los procedimientos de declaración de herederos abintestato participan de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. En los mismos no hay propiamente partes procesales, ni actúa el principio de contradicción, ni generan efectos de cosa juzgada. Así lo confirma la propia naturaleza de la función concreta de las resoluciones judiciales de declaración de herederos abintestato. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964 la define con claridad: «la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente «ope legis»». De tal manera que todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase de

procedimientos y podrá ser calificado por el registrador. Así lo entendieron ya la Resolución de esta Dirección General de 5 de diciembre de 1945, el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1993 y la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de 11 de julio de 2007.

RESOLUCIÓN DE 12-06-2012 (BOE: 26-07-2012). CONCURSO SOBRE BIEN HIPOTECADO.- CERTIFICACIÓN.

Registro: Manresa 4

Declarado el concurso, no procede la expedición de la certificación de cargas en un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado ante un juez distinto del juez de lo mercantil, ni, en consecuencia, la práctica de la nota marginal de expedición de aquella certificación en tanto no se declare que los bienes ejecutados no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado (declaración que, como aclara la reforma de la Ley concursal de 2011, corresponde exclusivamente al juez del concurso), pues la nota marginal que indica la expedición de aquella certificación es de mucho mayor alcance que el meramente informativo.

RESOLUCIÓN DE 18-06-2012 (BOE: 26-07-2012). ANOTACIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR.

Registro: Torrelavega 3

Se plantea la cuestión de si puede tomarse razón en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva ordenada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior que tiene por objeto la afección de determinadas fincas a los fines de garantizar la suspensión del acto administrativo impugnado. La DG rechaza la posibilidad de tomar tal anotación por no estar prevista en nuestra vigente legislación ya que no pueden admitirse figuras atípicas, de contenido confuso o indeterminado, no previstas ni concordantes con ninguno de los tipos establecidos o que no sean análogas a las previstas legalmente.

En el sentido más amplio de obstáculos del Registro, se tienen en cuenta no sólo los obstáculos derivados de los asientos del Registro sino los obstáculos derivados de la legislación del propio Registro. Sólo las afecciones legales permiten una constancia registral a través de las correspondientes notas marginales establecidas expresamente.

La afección real de las fincas como garantía puede conseguirse perfectamente no por la vía de una anotación preventiva sino por la constitución de una hipoteca, como ocurre en la práctica respecto a las garantías en pago de

fraccionamientos o aplazamientos de impuestos en que se extiende la duración de la garantía al período de reclamación económico-administrativa o contencioso-administrativa.

RESOLUCIÓN DE 18-06-2012 (BOE: 26-07-2012). INMATRICULACIÓN: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL PROMOTOR. CERTIFICACIÓN CATASTRAL Y BASE GRÁFICA DE LA FINCA.

Registro: Ortigueira

Resolución que confirma la doctrina del centro directivo respecto a la exigencia de que la certificación catastral descriptiva y gráfica que debe acompañar necesariamente al título inmatriculador sea totalmente coincidente con éste.

RESOLUCIÓN DE 19-06-2012 (BOE: 26-07-2012). PROPIEDAD HORIZONTAL: AGREGACIÓN DE UNIDAD PRIVATIVA COLINDANTE PERTENECIENTE A OTRA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

Registro: Palencia 1

Partiendo de la doctrina de la DG que permite las cláusulas estatutarias que prevén la modificación de entidades hipotecarias integrantes en una propiedad horizontal sin necesidad de autorización de la junta de propietarios en base al carácter dispositivo del art. 8 de la LPH se plantean 2 cuestiones: si es posible la agrupación o agregación en sentido vertical y si es posible esa agrupación o agregación con otra finca colindante no integrada en la misma propiedad horizontal.

Respecto a la primera cuestión la DG admite que la modificación de los pisos pueda ser no sólo horizontal sino también vertical, pues la Ley de Propiedad Horizontal únicamente exige para la agrupación o agregación dentro de un mismo edificio que se trate de unidades privativas «colindantes», lo que gramaticalmente significa «contiguas», dándose dicha situación tanto en el plano horizontal como en el vertical, sin que la calificación del Registrador pueda extenderse a la viabilidad técnico-arquitectónica de la modificación, sino sólo a la existencia del informe del técnico que se somete a examen para la obtención de la pertinente licencia.

Respecto a la segunda cuestión, también señala el Centro Directivo que es posible la agrupación de pisos o locales colindantes sometidos a distintos regímenes de propiedad horizontal, formando una de las llamadas fincas especiales, lo que supondría que cada elemento agrupado conservaría su cuota quedando sujeto a su respectivo régimen jurídico.

Finaliza la DG señalando que las cláusulas que autorizan previamente la agrupación o agregación pueden autorizar, inclusive, a que se altere la estructura general del edificio siempre que no se menoscabe su seguridad, pues si puede la junta autorizarlo no constando en estatutos, también podrá haber quedado plasmada anticipadamente la voluntad de los propietarios en este sentido en el título constitutivo y dicha autorización conllevará todos los elementos necesarios para su ejecución, entendiéndose incluido, en su caso, el que se afecten elementos comunes no esenciales para la edificación, quedando conformada, tras la agrupación, la finca resultante como una unidad, si no arquitectónica, sí de destino. Y es que en todo lo que no es normativa imperativa, debe regir la voluntad de los interesados como resulta del último párrafo del artículo 396 del Código Civil.

RESOLUCIÓN DE 20-06-2012 (BOE: 26-07-2012). HIPOTECA DE OBLIGACIÓN FUTURA. CLÁUSULA DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL.

Registro: El Ejido 1

La Dirección distingue, entre otras, tres tipos de hipotecas de máximo en garantía de una obligación futura: La hipoteca en garantía de obligación futura de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, las hipotecas en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

La diferencia entre la hipoteca del artículo 142 y la del artículo 153 de la Ley Hipotecaria es que en esta última se garantiza el saldo de la apertura de crédito de una cuenta corriente que tiene alcance novatorio, de modo que las obligaciones pierden su individualidad al convertirse en partidas de la cuenta corriente, siendo exigible únicamente el saldo final acreditado, mientras en el caso del artículo 142 de la Ley Hipotecaria las obligaciones, aunque desconocidas en el momento de constituirse, mantienen su individualidad. Para que se pueda constituir la hipoteca en garantía de obligación futura de estos preceptos tiene que estar perfectamente determinado y configurado el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones que se garantizan.

En cuanto a las diferencias entre la hipoteca del artículo 153 bis y la del 142 de la Ley Hipotecaria, se encuentran en que en las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria son hipotecas especiales introducidas por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre que por sus características singulares, sólo se admiten en la legislación vigente a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley de regulación del mercado hipotecario o a favor de las administraciones públicas titulares de créditos

tributarios o de la Seguridad Social, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras sin necesidad de pacto novatorio de las mismas. Puede, pues, referirse a una pluralidad de obligaciones derivadas de distintos actos o contratos básicos y con una indeterminación mucho mayor que la que exige la hipoteca en garantía de obligación futura de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, en la que no sólo se prevé que la hipoteca se constituya y tenga rango aunque no haya nacido todavía la obligación garantizada, sino que se establece la posibilidad de que quede concretada dicha obligación cuando nazca a través de la nota marginal de los artículos 143 de la propia Ley y 238 de su Reglamento, esta nota marginal, que completa el ciclo de la efectividad de la hipoteca, pues la convierte en obligación presente y permite determinar en el Registro la existencia y cuantía de la misma, no está prevista para hipoteca en garantía de cuenta corriente del art. 153, ni para la hipoteca global y flotante del artículo 153 bis, en las que existe el mecanismo de fijación del saldo que prevén dichos preceptos.

Por último, la resolución permite pactar el procedimiento de ejecución extrajudicial en las hipotecas en garantía de obligaciones futuras siempre que se prevea expresamente en la escritura que su efectividad depende de la constancia en el Registro de la referida nota marginal.

RESOLUCIÓN DE 21-06-2012 (BOE: 26-07-2012). CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Registro: VILANOVA Y LA GELTRU 2

No es posible cancelar los asientos posteriores por el ejercicio de una condición resolutoria expresa sin que los titulares de tales derechos no han intervenido en el procedimiento porque: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; d) que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda; y, e) que los titulares de tales asientos no sólo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores –cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución– es necesario que éstos al menos hayan sido citados en el procedimiento.

RESOLUCIÓN DE 22-06-2012 (BOE: 26-07-2012). COMPRAVENTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

Registro: Palma de Mallorca 8

La resolución distingue tres figuras por las que se resuelven los contratos, distintas por su naturaleza y efectos: el retracto convencional, la resolución por causas establecidas en los mismos –ya sean condiciones, pactos previamente establecidos de resolución ante determinadas circunstancias o incumplimientos– y la resolución por mutuo disenso o acuerdo nuevo entre las partes.

El retracto convencional, denominado de forma más correcta como pacto de retro porque el retracto propiamente dicho implica tres sujetos –vendedor, comprador y retrayente– y en el retracto convencional sólo intervienen el comprador y el vendedor que se había reservado el derecho de recuperar la cosa vendida, requiere que en la misma escritura de compraventa, el vendedor se haya reservado el derecho a recuperar la cosa vendida con la obligación de cumplir con lo exigido por el artículo 1518.

La resolución por causas establecidas en los contratos mediante pactos específicos o condiciones, dimanar de las mismas cláusulas del contrato, por lo que no ofrecen duda en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes y con respeto del artículo 1255 del Código Civil.

El mutuo disenso entre las partes, lo que supone un nuevo acuerdo de resolución, con la entrega al antiguo vendedor de la cosa objeto del contrato y traditio, así como devolución al comprador de las cantidades satisfechas con ocasión de la compraventa.

Concluye el Centro Directivo que siendo el consentimiento que se documenta en la escritura resolutorio no causal, porque no es consecuencia de un incumplimiento previo; ni viene del ejercicio de un derecho establecido por un pacto de retro, porque no se había estipulado así en la escritura originaria; ni tampoco se trata de una resolución por incumplimiento de una de las obligaciones esenciales del contrato, que daría lugar a los efectos de los artículos 1503 y siguientes del Código Civil, no bastan las facultades de retraer, vender o comprar que se mencionan en los apoderamientos empleados, sino que se hace necesaria la específica de resolver el contrato anteriormente celebrado.

RESOLUCIÓN DE 23-06-2012 (BOE: 26-07-2012). ALTERACIÓN DEL CONTENIDO DEL REGISTRO: CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL O RESOLUCIÓN JUDICIAL FIRME.

Registro: Álora

La notificación por el registrador al Ayuntamiento de haberse inscrito una obra nueva prescrita, practicada de conformidad con lo previsto en el artículo 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, tiene como única función poner en conocimiento del Ayuntamiento la práctica de dicho asiento, sin que en ningún caso suponga delegar en la institución local la posibilidad suspender o denegar la práctica del asiento solicitado (artículos 19 bis, 66, 325 y 326 de la Ley Hipotecaria). De igual modo, concluye la Dirección General recordando lo que es su doctrina reiterada: una vez practicado un asiento en los libros el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos, de modo que no cabe alteración del contenido del Registro sino con consentimiento del titular registral o por medio de resolución judicial firme o por los trámites previstos para la rectificación de errores en su caso.

RESOLUCIÓN DE 25-06-2012 (BOE: 18-09-2012). INMATRICULACIÓN MEDIANTE DOS TÍTULOS OTORGADOS EL MISMO DÍA: APORTACIÓN A LA SOCIEDAD CONYUGAL Y APORTACIÓN A SOCIEDAD CIVIL

Registro: LUGO 2

Resolución de 25 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Lugo n.º 2 a inscribir una escritura pública de aportación inmobiliaria a una sociedad civil.

Hechos: Se otorga una escritura de aportación a la sociedad conyugal de dos fincas por el esposo, y acto seguido se constituye ante el mismo notario una sociedad civil (cuyo objeto es la actividad agrícola) por los dos esposos y un tercero (un hijo) a la que se aportan dichas fincas. Se presentan dichos títulos en el Registro de la Propiedad, junto con los certificados catastrales coincidentes, solicitando la inmatriculación de las fincas.

La registradora deniega la inscripción porque argumenta que dichos títulos han sido creados “ad hoc” para lograr la inmatriculación, y que son títulos instrumentales otorgados, en los dos casos, por las mismas personas.

En cuanto a la inmatriculación, la DGRN reitera la doctrina de la R. 21.05.2007, y entiende que los dos documentos presentados a inscripción han sido creados para conseguir la inmatriculación.

Dado que el recurrente alega que no se ha producido «circularidad», puesto que la titularidad inicial y la final corresponden a personas completamente distintas, la Dirección entra en el problema de la personalidad jurídica de la sociedad civil. Señala a este respecto, que “fue voluntad del legislador –que debe tener valor preferente para el intérprete– que sólo tuviesen 'personalidad jurídica las sociedades civiles que cumpliesen un plus de requisitos y que son los mismos que se exigen en el Código de comercio para que las sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica' [...] El art. 1669 C.c. ya anticipó, en efecto, cumpliendo escrupulosamente con el mandato de la Ley de Bases, que carecían de personalidad las sociedades civiles cuyos pactos no tengan la publicidad adecuada para que sus pactos dejaran de ser secretos o reservados [...] no prevé el Código otra publicidad oficial que la que puedan obtener si revisten una de las formas prevenidas en el Código de Comercio (art. 1670 C.c.), por lo que adecuada publicidad para que los pactos de las sociedades civiles dejen de considerarse secretos y adquieran personalidad jurídica, que es una cualidad oficial y 'erga omnes', es solo la misma publicidad oficial y 'erga omnes' que se exige para las sociedades mercantiles [...] En el art. 1669 C.c. se determinaron las consecuencias que, para las sociedades civiles que no tengan personalidad jurídica, comportaba el hecho de no tenerla, tanto respecto a la titularidad de sus bienes como a la gestión de la contratación; en cambio, en el art. 1670 C.c., se definió cuándo la tenían [...] Doctrina que fue acogida ya en la R. 31.03.1997, cuando estableció que las sociedades civiles cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios (y por tanto carecen de personalidad) son precisamente las que no se inscriben en el Registro Mercantil”. De manera que existe la «circularidad», «por cuanto el titular inicial no desaparece nunca del todo a lo largo del proceso negocial documentado».

Esta resolución ha sido muy criticada ya que la tesis central, negando personalidad jurídica a las sociedades civiles no inscritas, es la contraria a la que ha mantenido la propia DGRN (R. 14 de febrero de 2001), la doctrina y la jurisprudencia, especialmente la STS de 7 de marzo de 2012.

RESOLUCIÓN DE 26-06-2012 (BOE: 28-09-2012). HERENCIA CONFORME AL TÍTULO SUCESORIO OTORGADO CONFORME A LA LEY PERSONAL DEL CAUSANTE.

Registro: MADRID 45

Resolución de 26 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 45 por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de herencia.

Hechos: se presenta en el Registro una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: el título de sucesión es un testamento otorgado en Australia por el causante conforme a su ley personal, esto es la de su nacionalidad, si bien como se trata de inmuebles situados en España, la registradora exige para su inscripción, que se acredite la validez de ese título sucesorio de forma que cumpla los requisitos exigidos por la legislación australiana, ley personal del causante (el art. 36 RH exige acreditación de observancia de las formas y solemnidades extranjeras).

Con el fin de probar el derecho extranjero «se presenta una declaración o 'statement' del abogado notario (solicitor y notario público) en la que hace constar que el 'Grant of Legal Probate' es el documento legal emitido por la división correspondiente del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur» y «afirma que los tribunales de Nueva Gales del Sur 'otorgaran [sic] validez a las disposiciones testamentarias del testador tal y como aparecen en el testamento' [...] Ni hay prueba del texto literal del derecho extranjero ni tampoco una determinación del alcance de éste basada en las decisiones de los tribunales [...] No ha quedado acreditado el carácter oficial del que emite el 'statement' –el art. 36 RH se refiere a los diplomáticos, cónsules o funcionarios competentes del país de la legislación que sea aplicable–»; y en cuanto a «la declaración del notario de conocer el derecho extranjero sin que éste sea probado, no cumple con lo establecido en el art. 36 RH, como ha declarado la R. 02.03.2012 [...]

En la hipótesis de que se hubiera probado el derecho extranjero se podría exigir que si el registrador disiente tuviese, en los fundamentos de derecho de su calificación, que desvirtuar los hechos y motivar la discrepancia en cuanto la interpretación del derecho, [...pero] no puede sostenerse que la simple afirmación del notario de conocer el derecho extranjero pueda vincular al registrador». Además de que, como para el ámbito judicial establece el art. 281.2 LEC, no sólo sería necesario acreditar el contenido del derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, las S. 11.05.1989, S. 07.09.1990 y S. 25.01.1999). Ahora bien, el art. 36 RH, al establecer el sistema de acreditación del Derecho extranjero por aseveración o informe notario o cónsul español o del país de que se trate, dice entre otros medios, admitiendo, pues, otros, entre los cuales «una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo ha exigido el testimonio conforme de dos jurisperitos del país extranjero en cuestión (S. 12.03.1973, S. 12.11.1976 y S. 23.10.1992)».

Pese a apreciar la insuficiencia de la acreditación del Derecho extranjero, la Dirección entra en el estudio del Derecho australiano y llega a la conclusión de que, en virtud de reenvío a la «lex rei sitae», el asunto pudiera estar sujeto al Derecho español.

RESOLUCIÓN DE 27-06-2012 (BOE: 18-09-2012). CADUCIDAD DE UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA

Registro: Valladolid nº 6

Se presenta una escritura pública en la que, entre otras cosas, se solicita la cancelación de una condición resolutoria explícita por haber transcurrido el plazo de caducidad de la acción personal correspondiente.

La Registradora no admite esta inscripción y la deniega considerando que no ha transcurrido el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción derivada del derecho cuya cancelación se solicita. Considera que se trata de una acción real sobre bien inmueble, que prescribe a los treinta años conforme a lo dispuesto en el artículo 1963 del Código Civil, y no de una acción personal que prescribiría a los quince años.

La DGRN revoca la nota calificadora y admite el recurso por entender que el plazo de prescripción de la acción derivada de la condición resolutoria explícita en la compraventa de bienes inmuebles en el ámbito del Derecho común (artículos 11 y 82.5 de la Ley Hipotecaria, 59 de su Reglamento y 1.504 del Código Civil) debe entenderse que es el de quince años.. Así lo señalo ya una Resolución de 23 de enero de 2008.

Además recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 ya señalaba que «La justificación de la cancelación por caducidad de los asientos relativos a condiciones resolutorias explícitas en garantía de precio aplazado, a que se refiere el artículo 11 de la Ley, y respecto de las hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, está en que se puede pedir sólo cuando hayan transcurrido los plazos de prescripción extintiva de ambos derechos conforme a lo dispuesto en el Código Civil, es decir quince años para la condición resolutoria, como acción personal que es, y veinte para la hipotecaria (artículo 1.964 del Código Civil), contado en ambos casos desde el día en que la prestación, cuyo cumplimiento se garantiza, debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro».

RESOLUCIÓN DE 02-07-2012 (BOE: 18-09-2012). INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO DE VUELO DE UN CONSORCIO FORESTAL

Registro: Briviesca

Se presenta un documento judicial que contiene expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo de una finca y la inmatriculación de otras, el auto que lo concluye declara justificado el dominio en ambos casos ordenando la inscripción, la cual se practica. Pero además, el auto hace referencia a la existencia sobre algunas de dichas fincas de un consorcio forestal

en el que el suelo pertenece a los declarados dueños y el vuelo al Patrimonio Forestal del Estado.

El Registrador inmatricula las fincas y reanuda el tracto de la inscrita, pero no inscribe el derecho de vuelo que suponen los consorcios considerando que el título pertinente para ello es la correspondiente escritura pública.

La DGRN confirma la calificación registral señalando que “la reanudación del tracto tiene por objeto la concatenación del dominio interrumpido; pero el auto que declara el dominio no es título suficiente para la inscripción del derecho de vuelo como consecuencia de un consorcio forestal. Precisamente por ello, el juez no ordena tal inscripción. Para la misma, según el artículo 11.5 de la Ley de Montes de 1957, declarado vigente a este efecto por la disposición adicional primera de la Ley de Montes de 2003, es necesario el título que, sin duda debe existir, y es la escritura pública en la que se constituyó el consorcio forestal.”

RESOLUCIÓN DE 04-07-2012 (BOE: 18-09-2012). EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INSCRIBIR EXCESO DE CABIDA. AGREGACION DE FINCA

Registro: SANTA FE 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INSCRIBIR EXCESO DE CABIDA. AGREGACION DE FINCA (hago un resumen muy breve porque no implica cambio de criterio pero resulta interesante ya que confirma la necesidad de calificar la congruencia respecto a los documentos judiciales).

En el presente caso, se plantea si puede inscribirse un auto recaído en expediente de dominio para inscribir un exceso de cabida, cuando lo que se pretende en realidad es la segregación de una franja de terreno procedente de otra finca colindante y su agregación a la que es objeto del expediente, con lo que resulta un exceso de cabida de esta finca equivalente a la superficie de la franja segregada de aquella y agregada a ésta última.

La DG señala que el art. 100 RH extiende la calificación de los documentos judiciales a la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y a los obstáculos que surjan del Registro. En este caso, se ha seguido un expediente de exceso de cabida -que no es más que la rectificación de la cabida de una finca erróneamente realizada- para llevar a cabo operaciones de segregación y agregación (es decir, para la modificación de entidades hipotecarias) por lo que no resulta congruente. En consecuencia, el registrador puede calificar si el documento presentado, aunque sea judicial, es el cauce adecuado para la inscripción que se solicita (calificación de la congruencia del

mandato con la operación registral solicitada) de manera que, si el exceso de cabida es la consecuencia de una agregación de fincas, es el documento que produjo tal agregación el que debe causar la inscripción registral.

RESOLUCIÓN DE 05-07-2012 (BOE: 18-09-2012). CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES A ANOTACION CADUCADA PERO FIGURANDO INSCRITA LA ADJUDICACION DURANTE SU VIGENCIA

Registro: ELCHE 1

En este recurso se debate si es posible cancelar las cargas posteriores a una anotación de embargo cuando en el momento de la presentación del mandamiento de cancelación la anotación está cancelada por haber transcurrido su plazo de vigencia de cuatro años, pero teniendo en cuenta que consta inscrita en el Registro la adjudicación derivada del procedimiento de ejecución en el que se ordenó practicar la anotación de embargo. Es decir, la inscripción de la adjudicación se practicó durante la vigencia de la referida anotación, pero el mandamiento cancelatorio no se presentó al mismo tiempo sino años después, cuando ya había sido cancelada la anotación por caducidad.

El registrador deniega la cancelación porque entiende que debe aplicarse la doctrina que unánimemente se sigue cuando la anotación incurre en caducidad, sin tener en cuenta que la adjudicación derivada del procedimiento en el que se ordenó la anotación fue inscrita durante la vigencia de ésta.

Sin embargo, la DG entiende que, inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva de embargo, se consuma su virtualidad. De ahí que el artículo 206.2 del Reglamento Hipotecario disponga su cancelación; la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores que habían sido registrados sin perjuicio de los derechos del anotante (artículo 71 de la Ley Hipotecaria) no sólo no se liberan de aquella restricción sino que sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, esto es, la subordinación respecto de la enajenación judicial alcanzada, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad de los asientos respectivos, si se observaron en el proceso de ejecución todos los trámites legalmente previstos en garantía de las mismas.

Así pues, con la inscripción de la enajenación judicial subsiste registralmente la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre esas cargas posteriores, y por ello es indudable la eficacia cancelatoria del mandamiento dictado por el juez que conoció de aquél, conforme a los artículos 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1, 17, 40, 79, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria y 175.2 y 233 de su Reglamento.

Este miso criterio ha sido defendido por la DG en otras resoluciones, como la de 28 de Julio de 1989 o, más recientemente, la de 19 de Mayo de 2012.

RESOLUCIÓN DE 07-07-2012 (BOE: 20-09-2012). MANDAMIENTOS DE EMBARGO POSTERIORES AL AUTO QUE DECLARÓ EL CONCURSO.

Registro: Luarca

Hechos: Se deniega la práctica de varias anotaciones de embargo de la Seguridad Social debido a que la finca tiene anotada una declaración de concurso y a que la diligencia de embargo que consta en los mandamientos es posterior al auto por el que se declaró el concurso. Por el recurrente se alega que son créditos posteriores a la declaración de concurso y por tanto créditos no concursales sino contra la masa del art. 84 LC.

La DGRN desestima el recurso, y declara que la circunstancia de tratarse de créditos contra la masa no constaba en el mandamiento, asimismo, la consideración de que un crédito es contra la masa no corresponde realizarla al propio titular del crédito sino que deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación (art. 84.4 LC).

RESOLUCIÓN DE 07-07-2012 (BOE: 20-09-2012). CONVENIO REGULADOR. ADJUDICACION DE VIVIENDA ADQUIRIDA EN PROINDIVISO ANTES DEL MATRIMONIO

Registro: TOLEDO 1

Hechos: En este recurso se discute si es inscribible testimonio de sentencia dictada en procedimiento judicial de divorcio que aprueba el convenio regulador propuesto por las partes en el que en la cláusula relativa a la liquidación de los bienes comunes se adjudica a la esposa la vivienda familiar, que fue adquirida por ambos cónyuges por mitad antes del matrimonio.

La registradora entiende que no existe “una causa familiar o matrimonial” en esta adjudicación que justifique su inclusión en el convenio regulado, sino que se trata de una transmisión ordinaria en la que el título hábil para inscribir es la escritura pública.

Por tanto, la cuestión se centra en determinar si la vivienda perteneciente, según el Registro, a ambos cónyuges privativamente y no como bien ganancial, puede inscribirse mediante la adjudicación realizada en el convenio regulador o si, por el contrario, es necesaria la escritura pública por tratarse de una extinción

de comunidad ordinaria entre dos copropietarios ajena a la liquidación de la sociedad conyugal.

La DGRN revoca la calificación del registrador al entender que el bien objeto de adjudicación tiene la especial característica de tratarse de la vivienda familiar, lo que permite considerar que existe una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial, que es el objeto o contenido típico del convenio regulador.

Conforme al artículo 90 c) del Código Civil «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar». Dispone también este precepto, en su párrafo segundo que «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.»

Pues bien, no cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común.

Con mayor razón en el caso que nos ocupa, por tratarse de la vivienda familiar. Como ha recordado recientemente este centro directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es el relativo a la vivienda familiar (resoluciones de 11 de abril y 19 de mayo de 2012), y esta exigencia legal obedece a la protección, básicamente, del interés de los hijos. Así, no hay razón para excluir la posibilidad de que el convenio regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar, que es uno de los aspectos que afecta al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada, y no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2 CC).

Resulta también que los preceptos citados, que regulan los efectos del divorcio, se incardinan en el capítulo IX del título IV del Libro I del Código Civil, y exigen abordar la regulación de la vivienda familiar, con independencia del régimen económico matrimonial que hubiera estado vigente durante el matrimonio, y del carácter privativo o común de la titularidad que los cónyuges pudieran ostentar sobre la misma.

(Sobre este mismo tema, ver también la resolución de 8 de Mayo de 2012)

RESOLUCIÓN DE 09-07-2012 (BOE: 20-09-2012). SOCIEDAD DE GANANCIALES. DISOLUCIÓN.

Registro: SAN SEBASTIÁN DE LA GOMERA

Hechos: Se presenta una escritura de liquidación parcial de sociedad conyugal. El Registrador deniega la inscripción ya que los cónyuges, casados en régimen de gananciales, sin haber disuelto la sociedad, la liquidan parcialmente, adjudicando una finca hipotecada a la esposa; el Registrador determina que es necesaria la previa disolución para practicar la liquidación.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación argumentando, por un lado, que cabe el trasvase de un bien ganancial concreto al patrimonio de uno de los esposos, empleando tanto un negocio típico, como la atribución de privatividad, pero en esos casos, la exigencia de previa disolución de la sociedad, aunque no declarada en el Código Civil de forma expresa, resulta de la interpretación sistemática de los artículos 1334, 1392, 1393 y 1396 del Código Civil; por otro lado, no aprecia que se haya producido tácitamente ninguna disolución de la sociedad ganancial por el hecho de haberse otorgado una liquidación parcial ya que toda disolución exige legalmente una publicidad en el Registro Civil, aparte de que en tal caso el matrimonio estaría bajo el régimen de separación de bienes, siendo necesaria una manifestación en favor del régimen de gananciales para que éste rigiese en el matrimonio.

RESOLUCIÓN DE 10-07-2012 (BOE: 28-09-2012). COMPRAVENTA. PAGO APLAZADO.

Registro: ALBACETE 4

Hechos: Se presenta en el registro una escritura de compraventa en la que se indica que el precio “se pagará mediante transferencia bancaria, que se formalizará el día de hoy (el día de la venta), después del otorgamiento de la escritura, con la conformidad de la parte vendedora, sin devengo de intereses ni estipulación de garantía respecto del precio aplazado”. El Registrador suspende la inscripción porque, “no constan los códigos de cuenta de cargo y abono, ni en su defecto el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiarla de la transferencia utilizada como medio de pago (artículo 177 del Reg. Notarial).

La DGRN estima el recurso ya que conforme a los arts. 21 y 254 de la LH y 24 de la LN y 177 del RN, las manifestaciones y constancia documental de los medios de pago empleados, se refieren sólo a los pagos realizados al tiempo del otorgamiento de la escritura, pero en ningún caso a los que en base a un pacto contractual se hayan de realizar en un momento posterior, y sin perjuicio de que se indique tal y como prevé el art 10 LH, “la forma en que se haya hecho o convenido el pago”. Por otro lado, parece que, en caso de que se quieran reflejar

en el Registro de la Propiedad los pagos posteriores, sí que habrá que acreditar los medios de pago empleados a tal fin.

RESOLUCIÓN DE 10-07-2012 (BOE: 28-09-2012). DESCRIPCIÓN DE LA FINCA.

Registro: TARRAGONA 1

Hechos: Se presenta Sentencia de condena en que se reconoce al actor la propiedad de determinados m² sobre una finca colindante, y un exceso de cabida sobre la propia finca, en virtud de “acesión invertida” derivada de una extralimitación en el constructor demandado; en la sentencia no se determinan las fincas registrales afectadas ni sus titulares y el presentante trata de aclarar estos hechos mediante una instancia por él suscrita que acompaña con la sentencia a inscribir.

El registrador califica negativamente ya que la sentencia no especifica las fincas registrales ni sus titulares, y porque la instancia privada, no es título auténtico suficiente (art 3 LH) para especificar tales circunstancias, y es un mero documento para justificar el Ppio de Rogación (art 6 LH) del procedimiento registral.

La DGRN confirma la calificación por estos mismos motivos, es decir, la instancia privada solicitando la inscripción no es título para aclarar ni interpretar la sentencia y la sentencia carece de circunstancias que permitan la más mínima conexión entre las fincas en ella referida y las descritas en dicha instancia. Todo ello en base al Ppio de Especialidad y de folio Real, recogidos en los arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 LH.

RESOLUCIÓN DE 11-07-2012 (BOE: 28-09-2012). CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA.

Registro: MADRID 24

Hechos: se presenta una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa y de varias herencias para posibilitar el tracto sucesivo de la finca vendida; al estar fallecidos los compradores, comparece la legataria del bien adquirido y los herederos nombrados por los compradores, excepto una heredera.

El registrador suspende la inscripción porque falta el consentimiento de una heredera para la entrega del legado.

Se pide calificación sustitutoria y se aporta un documento notarial adicional en el que la heredera que faltaba presta su consentimiento.

La registradora sustituta confirma la calificación, alegando que, aunque dicho segundo documento no fue tenido en cuenta la calificación inicial, no obstante lo cual y por razones de agilidad procedimental entra en el fondo del asunto, califica el segundo documento y lo considera insuficiente para acreditar dicho consentimiento.

La DGRN confirma la calificación porque el segundo documento no consta que fuera presentado con anterioridad a la calificación inicial y por ello no pudo ni puede ser tenido en cuenta.

En cuanto al fondo del asunto determina que en el segundo documento sí se contiene un consentimiento a la entrega a la legataria por la heredera, por lo que considera que dicho documento ha de bastar para lograr la inscripción del primer documento, una vez se presenten ambos nuevamente.

RESOLUCIÓN DE 11-07-2012 (BOE: 28-09-2012). PROPIEDAD HORIZONTAL

Registro: BURGOS 4

Hechos: Se presenta a inscripción una escritura de compraventa en la que se expresa que la finca objeto de compraventa no está inmatriculada aunque sí el edificio del que forma parte. El registrador se opone a la inscripción solicitada ya que al no figurar dicho departamento inscrito en la obra nueva y propiedad horizontal, es necesario que los titulares del edificio rectifiquen la descripción de la obra nueva y propiedad horizontal para crear como elemento independiente el departamento vendido, siendo preciso además que, previamente a la inscripción de la escritura calificada, tengan inscrito su derecho los vendedores.

La DGRN confirma el defecto y desestima el recurso ya que se necesita la previa inscripción del elemento independiente y esa inscripción previa de un nuevo departamento en el edificio supone una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal existente, por lo que debe adoptarse con todos los requisitos que exige la Ley, es decir, unanimidad para crear nuevos elementos independientes y forma adecuada para el reflejo registral del nuevo elemento independiente que debe ser la escritura pública, o en su defecto, un procedimiento declarativo en el que se haya demandado a todos los afectados (arts. 8.5 y 8.4, 20 y 40 de la Ley hipotecaria y 5, 12 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal).

II.- MERCANTIL

RESOLUCIÓN DE 11-05-2012 (BOE: 12-06-2012). RENUNCIA Y NOMBRAMIENTO DE SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

Registro: MERCANTIL Rº ZAMORA

Hechos: se presenta una escritura de renuncia y aceptación de cargos, en ella comparece el Secretario de un Ayuntamiento que también es Secretario del Consejo y a su vez, comparece otra persona que es el Secretario vigente por delegación, renunciando a su cargo.

El registrador deniega la inscripción ya que se ha de notificar fehacientemente a la sociedad de la renuncia del Secretario del Consejo, ex art. 147 del RRM.

La DG confirma la nota de calificación, ya que cualquier renuncia debe notificarse a quién realizó el nombramiento, y el Secretario de la Corporación no ejerce funciones de representación de la sociedad. Lo conveniente para evitar confusiones es rechazar, al constituirse la sociedad, la inscripción de artículos estatutarios contrarios al ordenamiento jurídico privado (art. 85 ter de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local)

RESOLUCIÓN DE 12-05-2012 (BOE: 12-06-2012). SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL: NOMBRAMIENTOS.

Registro: MERCANTIL Rº ZAMORA

Hechos: se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad municipal ya que no consta el nombre de la Secretaria que eleva a público los acuerdos sociales (art. 111 RRM) y diferir los nombres de los Presidentes.

La DG revoca el primer defecto ya que la resolución de la expedición de la certificación la hace una persona en su doble carácter de secretaria de la sociedad y secretaria del Ayuntamiento con el Vto. Bueno del Alcalde, en definitiva se trata de documento público administrativo, que hace “que no sea exigible la notificación a la Secretaria del Consejo inscrita, como exige, como regla general, el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil”; respecto del segundo de los defectos, lo confirma, dando prioridad a las normas mercantiles sobre las normas de régimen local, dispone asimismo, que no es necesario notificar a los efectos del art. 111 del RRRM, al anterior cargo con facultad certificante si la certificación es expedida por la secretario de la corporación con el Vto. Bº. Del Alcalde por considerar que se trata de un

documento administrativo que tiene fehaciencia por sí mismo y suple a la notificación del art. 111 del RRM.

RESOLUCIÓN DE 16-05-2012 (BOE: 14-06-2012). S.R.L.: OBJETO SOCIAL.

Registro: MERCANTIL Rº CADIZ

Hechos: se deniega la inscripción de una constitución de una sociedad limitada, ya que se plantea la duda de si una escritura que utilice los estatutos modelo de la Orden MJ de 3 de Diciembre de 2010, pero cuyo objeto no sea alguno de los objetos o actividades configurados en la misma, se puede considerar que es una sociedad de siete horas, es decir del art. 5.2 del RDL 13/2010, o es una sociedad de tres días, es decir del art. 5.1 del RDL antes citado.

El Registrador alega que no se ajusta a la orden citada.

La DG confirma la calificación; la utilización de la Orden la MJ de 3 de Diciembre de 2010, debe ser íntegra y si en alguno de sus artículos se aparta del modelo ya no estaremos ante una auténtica sociedad Express.

RESOLUCIÓN DE 18-05-2012 (BOE: 14-06-2012). ACUERDOS SOCIALES: REPRESENTACIÓN POR PERSONA JURÍDICA DISTINTA DE LA QUE CONSTA INSCRITA.

Registro: MERCANTIL Rº CADIZ

Hechos: se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad anónima de gestión de estibadores portuarios, ya que en la certificación figura como representante físico de uno de los consejeros persona jurídica, una persona natural distinta de la que figura como representante suya en el Registro.

La DG confirma la nota de calificación ya que explica que el registrador califica la regularidad de los acuerdos y dentro de esa regularidad entran todos los elementos que lo configuran y la irregularidad de uno de ellos debe tener como consecuencia la existencia de un defecto que impide la inscripción.

RESOLUCIÓN DE 19-05-2012 (BOE: 14-06-2012). OBJETO SOCIAL.

Registro: MERCANTIL Rº HUESCA

Hechos: se deniega la inscripción de una escritura de modificación de estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada por la modificación del

objeto social, que al ser tan amplio, el registrador considera que supone una indeterminación del mismo.

La DG revoca la calificación remitiéndose a la R. 15 de noviembre de 2011.

RESOLUCIÓN DE 13-06-2012 (BOE: 26-07-2012). CERTIFICACIÓN POR PARTE DEL ADMINISTRADOR DE LA NO APROBACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES DE CIERTOS EJERCICIOS.

Registro: Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid

De la resolución resulta que la certificación del administrador bajo su responsabilidad que las cuentas no han sido aprobadas es suficiente para cumplir con la exigencia reglamentaria del artículo 378.7 del Reglamento del Registro Mercantil que permite el levantamiento del cierre registral por falta de depósito de cuentas cuando «en cualquier momento» se acredite la falta de aprobación de las cuentas «en la forma prevista en el apartado 5» del mismo artículo; no exige, por el contrario, un acuerdo expreso de no aprobación de las cuentas. Como ya ha señalado la Resolución de 8 de febrero de 2012, es irrelevante, a efectos de su constancia en el folio registral, cuál sea la causa de la falta de aprobación.

RESOLUCIÓN DE 18-06-2012 (BOE: 26-07-2012). JUNTA GENERAL: ACUERDO SOCIAL DE PRESTACIÓN ACESORIA.

Registro: Mercantil Cadiz

Resolución de 18 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora mercantil de Cádiz, por la que se deniega la inscripción de una escritura de modificación de estatutos referente a prestaciones accesorias.

Resolución que aclara los requisitos que deben observarse en el establecimiento de prestaciones accesorias, distintas de las aportaciones de capital, al amparo del artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, que exige que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, y, en primer lugar, que se exprese su «contenido concreto y determinado».

Señala la Dirección se trata de prestaciones que se configuran como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario. Del artículo 86 citado se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación su contenido, del que son elementos esenciales el tiempo y cuantía de las prestaciones a realizar. Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad

y seguridad a las relaciones entre los interesados, pues, aunque las prestaciones accesorias tienen naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez y, en concreto, a los artículos 1088, 1271 y siguientes, especialmente el artículo 1273 que exige la determinación o determinabilidad del objeto de la obligación, como resulta también de las reglas generales de los artículos 1.115, 1.256, 1447, 1690 del mismo Código Civil, artículos excluyen expresamente que la determinación se haga por una de las partes.

Por otro lado, aclara el Centro Directivo que la Ley de Sociedades de Capital al regular en el artículo 88, la transmisión de participaciones sujetas a prestaciones accesorias, sujetando dicha transmisión a la autorización de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, salvo que los estatutos atribuyan dicha competencia al órgano de administración, no incluye obligación alguna a la sociedad de explicitar las causas que permiten a la sociedad denegar dicha autorización, pero, como es principio general de nuestro ordenamiento, la negativa no puede ser abusiva, lo que exige que la negativa de la sociedad a la transmisión, debe estar suficientemente motivada.

RESOLUCIÓN DE 20-06-2012 (BOE: 26-07-2012). CESE DE ADMINISTRADOR ÚNICO DE SOCIEDAD EN BAJA PROVISIONAL.

Registro: Mercantil Madrid 9

A diferencia del cierre de la hoja abierta en el RM a una sociedad causado por la falta de depósito de cuentas, el ocasionado por la baja de la misma en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del Ministerio de Hacienda practicada de conformidad con el 131.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, se extiende también a la inscripción del cese de un administrador único de una sociedad dado que en el segundo caso, afirma la DG, se produce por un incumplimiento de obligaciones fiscales por parte de la compañía mercantil, acreditado por certificación de la Administración Tributaria, de las que puede responder el administrador cesado, alcanzando incluso a fechas en que era todavía administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

Por otro lado el cierre registral se refiere a los actos documentados en la escritura que se presenta con independencia de si éstos son anteriores o posteriores a la constancia en el Registro del cierre porque la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación.

RESOLUCIÓN DE 02-07-2012 (BOE: 28-09-2012). LIQUIDACION Y EXTINCION DE SOCIEDAD EXISTIENDO UN SOLO ACREEDOR: NO ES POSIBLE SU INSCRIPCIÓN SIN UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Registro: MERCANTIL ZARAGOZA 2

Resolución de 2 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Zaragoza a la inscripción de una escritura por la que se elevan a público acuerdos sociales relativos a la liquidación y extinción de una entidad.

Hechos: El único problema que plantea esta resolución se centra en determinar si es posible la inscripción de una liquidación, extinción y cierre de hoja de una sociedad en la que existe un único acreedor al que no se le puede satisfacer su crédito por inexistencia de bienes.

El registrador mercantil no practica la cancelación «por entender que el pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad, y porque considera que el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad, cuando no hay haber social con el que satisfacer a los acreedores, es el concurso de acreedores».

La DGRN, apartándose de la doctrina establecida en las resoluciones de R. 13 de abril de 2000 y R. 29 de abril de 2011, confirma el acuerdo de calificación estableciendo que “debe rechazarse la extinción y cancelación de una sociedad en el Registro Mercantil, cuando tanto la inexistencia de más acreedores, como la inexistencia de bienes, sólo resultan de las meras manifestaciones de un liquidador nombrado dentro de los acuerdos de una junta general de una sociedad, sin intervención pública o jurisdiccional ninguna y sin ninguna prueba que garantice la veracidad de lo acordado y manifestado y, sobre todo, sin el conocimiento ni la intervención de la persona que va a resultar perjudicada por las manifestaciones realizadas en la escritura y por la extinción de la sociedad como consecuencia de la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil”.

Su cambio de criterio lo fundamenta profusamente en los siguientes argumentos:

1º. Las normas mercantiles aplicables a la liquidación y extinción de la sociedad, rectamente interpretadas, conducen a la confirmación de la calificación.

2º. La primera obligación de los liquidadores es la formación de un balance y de un inventario con referencia al día en que se hubiera disuelto la sociedad (cfr. artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital).

3º. Una vez realizado el inventario y balance deberán proceder, de conformidad con el artículo 385 de la Ley de Sociedades de Capital, al pago de las deudas sociales.

4º. Es deber del liquidador hacer llegar a los acreedores «el estado de la liquidación por los medios que resulten más eficaces» para que el acreedor pueda reaccionar en defensa de sus derechos.

5º. Entre los Principios Generales del Derecho, aplicables en defecto de ley o de costumbre (cfr. artículo 1 del Código Civil), se encuentran los que rechazan el enriquecimiento injusto o los que proscriben la indefensión de los acreedores frente a actuaciones unilaterales de sus deudores.

6º. El balance final de liquidación según el art. 390 de la reiterada LSC debe ser objeto de aprobación, por medio del cual se pondrá de manifiesto la situación patrimonial de la sociedad.

7º El balance final debe ser también comunicado a los acreedores, pero no podrá someterse por los liquidadores a la aprobación de la junta general hasta que se encuentren «concluidas las operaciones de liquidación» entre las que se encuentra la del pago a los acreedores.

8º Por ello para la extinción definitiva de la sociedad en la escritura pública de extinción de la sociedad los liquidadores deberán manifestar que se ha procedido «al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos»

9º. Si bien la generalidad de la doctrina estima que para que exista concurso es necesaria la pluralidad de acreedores, existen otra serie de normas en nuestra Ley Concursal, fundamentalmente las relativas al concurso necesario, en que no se parte de la existencia de una pluralidad de acreedores, sino que un único acreedor dispone de legitimación activa para solicitar, como alternativa a la ejecución singular del patrimonio de su deudor, la declaración de concurso necesario para poder así gozar de las garantías que proporciona la ejecución jurisdiccional de los bienes del concursado.

10º. El nuevo artículo 48 ter, introducido en la Ley Concursal por la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, posterior a la Resolución antes citada, establece la previsión de unas medidas cautelares a favor del acreedor del concurso, cuya adopción puede producirse incluso de oficio, concretadas en la posibilidad de embargar los bienes y derechos de los administradores o

liquidadores de hecho o de derecho, apoderados generales o de quienes hubieren tenido dicha condición en los dos años anteriores «cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley».

11º. No puede privarse al acreedor de la obtención de dichas medidas, provocándole una indefensión patente, por medio del proceso seguido en la escritura calificada de constatar de forma privada la inexistencia de bienes y la existencia de un único acreedor.

12º. Resultaría jurídicamente injusto para el acreedor de la sociedad privarle de las medidas establecidas en su beneficio en la Ley Concursal ante la laguna legal existente en las leyes mercantiles y concursales acerca de la liquidación de la sociedad con un único acreedor y sin haber social para su pago.

13º. El nuevo artículo 176 bis de la Ley Concursal, procedente también de la reforma tantas veces citada, establece claramente que es el juez del concurso el que debe decretar la conclusión del mismo por falta o insuficiencia de bienes.

14º. Esa declaración de conclusión del concurso le exige que no sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, ni la calificación del concurso como culpable. Es más, no puede dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros.

15ª. Finalmente avala todo lo dicho los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil contenidos en los artículos 20 y 21 del Código de Comercio, según los cuales el contenido del Registro se presume exacto y válido lo que lleva a que no se puede inscribir una extinción de sociedad quedando vivas relaciones jurídicas de la misma.

RESOLUCIÓN DE 06-07-2012 (BOE: 20-09-2012). TRANSFORMACIÓN DE S.A. EN S.L. EN JUNTA UNIVERSAL Y POR UNANIMIDAD. LA PUBLICIDAD ES NECESARIA PARA LA INSCRIPCIÓN

Registro: MERCANTIL Rº LAS PALMAS DE GRAN CANARIA 1

(en esta resolución la DG cambia el criterio sostenido hasta ahora en esta materia)

En este caso, se trata de la transformación de una S.A. en S.L. acordada en junta universal y por unanimidad. El registrador suspende la inscripción alegando que no se ha acreditado la publicación del acuerdo de transformación en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tiene su domicilio, o en su caso, que el acuerdo ha sido comunicado individualmente y por escrito a todos los acreedores y, de haberlos, a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones, conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles (LMESM).

Se recurre en base al art. 220.1.1º del R.R.M. que exceptúa de publicidad las transformaciones acordadas en junta universal y por unanimidad.

Criterio tradicional de la DGRN: Hasta el momento, la DG (entre otras, resoluciones de 2 y 3 de Marzo de 1993) vino a establecer la no necesidad de publicaciones para inscribir las transformaciones de una S.A. en S.L. (publicaciones que exigía el art. 224 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951) siempre que se tratara de acuerdos adoptados en junta universal y por unanimidad, afirmando que la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad transformada mantiene intactos los derechos de los acreedores sociales y de los titulares de derechos especiales tras la transformación.

Así, las exigencias desproporcionadas del citado art. 224 de la L.S.A. de 1951, que pasaron a la versión de 1989, fueron eliminadas por la DG siempre que la transformación se acordara en junta universal y por unanimidad. Esta doctrina pasó, en la reforma de 1996, al art. 220.1.1º del R.R.M., pero no fue recogida en la nueva LMESM.

Criterio sostenido en esta resolución: La DGRN confirma la calificación del registrador basándose en el art. 14 de la LMESM; cambio de criterio que está debidamente fundamentado al ajustarse a la literalidad de este precepto, dando seguridad jurídica y aumentando la publicidad. No obstante, no deja de ser criticable que, para prescindir de la publicación en el BORME y en el diario de la provincia, se exija la comunicación individual a todos y cada uno de los acreedores sociales y, si los hubiera, a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones. Difícilmente se podrán acreditar al registrador estas comunicaciones, entre otras razones porque difícilmente se le podrá acreditar la identidad de todos los posibles acreedores de la sociedad.

Por tanto, esta exigencia deberá interpretarse en el sentido de que bastará la manifestación del administrador o de la persona con facultad certificante, como sucede en otros casos similares.