

## Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

### ÍNDICE

- LA NOVACIÓN MODIFICATIVA DE LA HIPOTECA 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, Jesús Juez Álvarez, Esther Rada Pelegrí y Javier Martínez Colmenarejo.

Editada Decanato de Registradores de Madrid  
Alcalá 540. 28037 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

Depósito legal

Secretaria Marta Congosto Fernández

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores

**COMENTARIOS****LA NOVACIÓN MODIFICATIVA DE LA HIPOTECA\***

**SUMARIO:** 1.-Introducción. 2.-La novación de las obligaciones en el Código Civil. 3.-Repercusión de la novación del préstamo hipotecario en la hipoteca: 3.1.-Posiciones doctrinales. 3.2.-la postura de la DGRN. 4.- Posturas doctrinales acerca de la interpretación del artículo 4 párrafo 3º de la ley 2/1994 en su redacción de la ley 41/2007: 4.1.- Tesis negacionista de la recarga. 4.2.- Tesis literalista que no vincula la excepción con la existencia de una ampliación del capital. 4.3.- Tesis finalista o monista. 4.4.- Tesis circular que vincula la excepción con la existencia de una ampliación del capital. 5.- Análisis de la tesis que se defiende: 5.1.- Naturaleza de la recarga de la hipoteca o de la hipoteca recargable. 5.2.- Los supuestos legales de alteración o pérdida del rango registral de la hipoteca inscrita. 5.3.- Efectos de la recarga de la hipoteca. 5.4.- La aceptación de los titulares de derechos inscritos posteriores. 5.5.- Otras cuestiones jurídicas asociadas a la recarga de la hipoteca. 5.5.1.- Otros supuestos de pérdida del rango. 5.5.2.- El aumento y disminución de la posible recarga. 5.5.3.- La transformación de las hipotecas anteriores a la reforma. 5.5.4.- La renuncia del deudor-hipotecante. 5.5.5.- La posible subrogación por el deudor a un tercero. 6.- Conclusiones.

**1.- Introducción.**

El objeto de esta ponencia es exponer, brevemente, las distintas posturas existentes acerca de la interpretación de uno de los artículos más oscuros, por su deficiente y confusa redacción, que hoy existen en materia de hipotecas, cual es el párrafo 3º del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su redacción dada por la Ley 41/2007, párrafo encuadrado dentro de la regulación de la novación modificativa de los préstamos hipotecarios y que ha llevado a un sector doctrinal a considerar que con el mismo se ha introducido en el derecho español la denominada hipoteca recargable.

Son tales las dificultades que suscita su dicción que, pasados casi tres años desde su vigencia, todavía no ha sido utilizado en su aspecto principal de aumento del capital, por el temor de las entidades de crédito a que los tribunales consideren

---

\* Este trabajo es una revisión y puesta al día de otro anterior del autor titulado “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable” elaborado para las Jornadas sobre la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario y otras normas sistema hipotecario y financiero y publicado por el Colegio de Registradores de España 2008 en un libro bajo el mismo título que las jornadas.

que las nuevas concesiones de capital implican, existiendo terceros titulares registrales, una pérdida de rango de la hipoteca inscrita.

Es indudable que la Ley 41/2007 tiene como una de sus finalidades fundamentales, según se manifiesta en el propio preámbulo, “*en avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras que acojan las nuevas demandas*”, para solucionar, en lo que aquí nos interesa, los problemas de refinanciación con que se enfrentan los ciudadanos y las entidades financieras, facilitando la reestructuración de las deudas, ajustándolas a las necesidades de las familias, sin necesidad de cancelar la hipoteca y de constituir otra nueva. Y en aras a la consecución de ese objetivo, se da nueva redacción al citado artículo 4 de la Ley 2/1994, que pasa a regular en su párrafo 2º el aspecto sustantivo o civil de la modificación de los préstamos hipotecarios y, en su párrafo 3º, el aspecto registral o rango derivado de dicha novación.

Pero el alcance real de esa flexibilización es lo que no ha quedado claro. Así, en primer lugar, se establece, en la nueva redacción del párrafo 2º del artículo 4 de la Ley 2/1994, que “*Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales*”, lo que no añade nada respecto de la situación anterior, pues sin dicha manifestación legal, desde siempre y cualquiera que sea su titular activo, las modificaciones de préstamos hipotecarios se han podido referir a esas y a otras circunstancias. ¿Quiere ello decir que los préstamos hipotecarios otorgados por particulares o por otras entidades no pueden ser objeto de ese tipo de modificación?, indudablemente no.

Y, a continuación, en el párrafo 3º del indicado artículo, establece, a efectos registrales, una regla general: “*Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita*”; para a continuación disponer que “*excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*”, no dejando claro cuáles son los supuesto de novación de los préstamos hipotecarios en que no se aplica la regla general del mantenimiento del rango de la hipoteca y cuáles son los exactos efectos respecto de la relación jurídica anterior.

El Preámbulo de la Ley 41/2007 no nos ayuda nada en esta labor interpretativa, pues al tratar de la reforma que se acomete en este ámbito incurre, a mi juicio, en un doble error. Así, en lo que nos interesa dice el indicado preámbulo que “*la*

*novación del préstamo hipotecario en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la Ley 2 /1994 de 30 de marzo de subrogación y novación de préstamos hipotecarios” y que “Lo que ahora se adopta es una interpretación más amplia de cuando existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: ampliación o reducción de capital, la prestación o modificación de garantías personales, alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo”.*

Pues bien, en primer lugar, la Ley 2/1994 ni tenía ni dejaba de tener “una interpretación restrictiva acerca del concepto de novación modificativa”, el cual era regulado por el Código Civil y por la Ley Hipotecaria, sino que se limitaba a establecer aquellos supuestos en que la novación modificativa gozaba de beneficios fiscales y arancelarios.

Y, en segundo lugar, el preámbulo parte de la creencia de que en la situación anterior a su entrada en vigor de la Ley, al menos la ampliación del capital de la obligación garantizada, implicaba “la extinción de la relación jurídica y la constitución de una nueva”, cuando, como se verá, la DGRN venía considerando, al contrario, a todos esos supuestos de modificación del préstamo hipotecario como productores de novación meramente modificativa y únicamente en el supuesto de ampliación del capital consideraba que el efecto propio, existiendo terceros, consistía “en el mantenimiento de la hipoteca primitiva –no su extinción- y la constitución de una segunda por el importe ampliado”.

Se hace necesario, por tanto, antes de estudiar el alcance de la reforma y sus posibles interpretaciones, analizar brevemente cuál es la naturaleza civil de la novación del préstamo garantizado con hipoteca, así como los efectos que la misma producía, antes de la reforma de 2007, en la hipoteca que lo garantiza.

## **2.- La novación de las obligaciones en el Código Civil.**

Es evidente que las partes poseen el poder de modificar la relación obligatoria en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), pero la cuestión consiste en precisar si esa novación constituye una extinción de la relación jurídica preexistente y la constitución de una nueva o una mera modificación de la misma.

El Código Civil en su artículo 1156 considera la novación como causa de extinción de la relación obligatoria y, además, la regula dentro del capítulo dedicado a la extinción de las obligaciones, lo que parecería indicar que recoge la definición clásica de la novación como la extinción de una obligación mediante la creación de una nueva destinada a reemplazarla.

Sin embargo, el artículo 1203 señala que la obligación puede modificarse, además de por la sustitución de la persona del deudor o del acreedor, por “*la variación de su objeto o condiciones principales*”, lo que implicaría una mera modificación; posibilidad que ratifica el artículo 1207 del que se deduce por la utilización de la expresión “cuando”, que la novación puede producir o no la extinción de la obligación principal.

Para saber cuando existe una novación extintiva hay que acudir al artículo 1204 que dice “*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declara expresamente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”, en otras palabras, es la autonomía de la voluntad la que, como regla general, determina cuando la novación es extintiva o meramente modificativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina, ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa en los casos de “la alteración del plazo, la rebaja en los tipos de interés o la reforma de las formas de pago” (STS 29 de abril de 1947, 26 de enero de 1961, 5 de marzo de 1978, 29 de enero de 1982, 23 de julio de 1991 y 10 de junio de 2003, entre otras).

Respecto de la alteración del plazo, existen, sin embargo, algunos autores que ponen en duda que tenga lugar una mera modificación, apoyándose en el artículo 1851 CC según el cual “*la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador – o del hipotecante no deudor añadimos- extingue la fianza –o la hipoteca-*”. Luego volveremos sobre esta cuestión, baste aquí decir que, en todo caso, la falta de este consentimiento no afecta en nada a la obligación ni a la modificación efectuada.

En cuanto al aumento o reducción del capital, es también postura general de los civilistas que, las meras alteraciones en el *quantum*, no suponen una extinción sino una mera modificación de la obligación preexistente, a pesar de que aparentemente se trataría de una nueva obligación que se fusiona o yuxtapone con la anterior.

Sólo el cambio del objeto –finca- en el ámbito de los derechos reales (resolución DGRN de 20 de octubre de 1983) o la sustitución de una obligación por otra de

distinta naturaleza (STS de 11 de abril de 1961), constituyen *per se* novación extintiva.

Pues bien, en la novación modificativa, como se infiere a *sensu contrario* del artículo 1207, subsistirán las obligaciones accesorias, entre ellas la hipoteca, fianza, etc; ahora bien, cuando la modificación amplia el contenido de la obligación, haciéndola más gravosa, tal modificación, según la doctrina mayoritaria, no afectará al fiador o al hipotecante de deuda ajena, mas que cuando preste su consentimiento, porque en virtud de un pacto en que no participó, no se pueden crear a su cargo nuevas obligaciones, ampliando el contenido de las que recaían sobre él.

Llegados a este punto, la cuestión que nos interesa es saber qué efectos tiene la novación meramente modificativa del préstamo garantizado con hipoteca sobre los terceros que hayan inscritos sus derechos antes de la modificación del mismo, y la repercusión que tengan esos efectos en el derecho real de hipoteca; para lo cuyo estudio distinguiremos entre la situación existente antes de la Ley 41/2007 y la surgida tras la misma.

### **3.- Repercusión de la novación del préstamo hipotecario en la hipoteca antes de la ley 41/2007. La postura de la DGRN.**

**3.1.-Posiciones doctrinales.** Para comprender cuáles pueden ser las repercusiones de la novación, ya sea extintiva o modificativa, del préstamo hipotecario sobre el derecho real de hipoteca, debe partirse de que la configuración del sistema español de derechos reales se asienta sobre los principios de causalidad y accesoriedad o relación de dependencia entre la hipoteca y la obligación garantizada.

La accesoriedad y causalidad de la hipoteca significa que la misma debe constituirse en garantía de una obligación –hoy incluso varias según el artículo 153 bis LH- determinada más o menos precisamente, presente o futura, a fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (artículo 1857-1 del Código Civil), y que no puede, en consecuencia, configurarse como la afección de todo o parte del valor de cambio del bien gravado en favor de un determinado sujeto que de este modo obtendría una cobertura genérica que podría aplicar a cualesquiera créditos que ostente ó pueda ostentar en el futuro contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida (reserva de rango o hipoteca de propietario).

Pues bien, como consecuencia de esta accesoriedad, en principio, la hipoteca debe seguir el mismo régimen que el préstamo garantizado y, por tanto, si éste experimenta una novación modificativa por ampliación del capital, alteración

del plazo, tipo de interés, etc; también debería la hipoteca experimentar una novación meramente modificativa.

Y ello, de hecho, es así en el caso de no existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y anteriores a la escritura de la ampliación, en cuyo caso, es perfectamente admisible que las partes modifiquen un crédito mediante la ampliación de su importe, siendo el resultado de la operación el mismo y único crédito, siempre que su voluntad sea manifiesta en el sentido de no pretender el nacimiento de un crédito nuevo, y también que el derecho real de hipoteca se conserve sin alteración del rango, modificando su contenido al pasar a garantizar el importe ampliado del préstamo. El principio de accesoriedad, como bien se ve, no es para ello un obstáculo sino, al contrario, su fuente generatriz.

Pero dada la eficacia *erga omnes* de los asientos registrales, en caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva, no es posible la novación meramente modificativa del derecho real de hipoteca porque la ampliación de la hipoteca, como todos los derechos reales no inscritos en general, no perjudican, en ningún caso, a los derechos inscritos con anterioridad por terceros (artículos 32, 115 y 144 de la Ley Hipotecaria ).

Significará esto que la hipoteca inscrita primitiva sufre una novación extintiva por efecto de esa protección de los terceros, extinguiéndose la misma y constituyéndose una nueva por la acumulación del antiguo préstamo y del nuevo, con pérdida del rango por el total, ganándolo la inscripción del tercero que se antepone; o cabe otra solución jurídica.

Algunos autores <sup>1</sup> consideran que la novación de la hipoteca será también meramente modificativa, siempre que el importe del nuevo préstamo no exceda de la cantidad amortizada porque entienden que la hipoteca supone, frente a terceros, la reserva de un derecho de realización de valor por un importe y plazos determinados, que seguirá garantizando, hasta la misma suma que lo hacía, la relación de préstamo después de su ampliación modificativa.

Para otros autores <sup>2</sup> , sin embargo, lo que existe es una novación extintiva de la hipoteca, por entender que el contrato llamado de ampliación no estructura las obligaciones existentes –antigua y nueva- como dos obligaciones distintas que puedan y deban ser objeto de dos hipotecas independientes, sino que pretende

---

<sup>1</sup> Roberto BLANQUER UBEROS en el informe en defensa de la escritura en los recursos ante la DGRN de las resoluciones de 26 de mayo de 2001 y 3 de abril de 2002, e Ignacio MARTÍNEZ-GIL VICH en su informe en defensa de la escritura en el recurso ante la DGRN de la resolución de 8 de junio de 2002.

<sup>2</sup> Fernando CANALS BRAGE en " *la ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la DGRN*" (RCDI nº 678) y Juan SARMIENTO RAMOS en el informe en defensa de la nota que motivo la resolución de 8 de junio de 2002 y Juan Manuel Llopis Giner en el informe en defensa de la nota que motivo la resolución de 17 de enero de 2002..

subsumir la nueva entrega de capital dentro de la primera relación obligatoria que estaba perfectamente constituida, lo que implicaría, según los mismos, una novación extintiva porque, primero, dicho nuevo crédito único y uniforme no se puede imponer a terceros y, segundo, en el sistema registral español ni puede tolerarse una hipoteca con dos rangos, ni puede tolerarse que un mismo crédito quede garantizado con dos hipotecas. La conclusión es que, una vez pactada la ampliación del préstamo hipotecario, debe cancelarse la hipoteca primitiva y constituirse una nueva hipoteca por el importe total del nuevo crédito resultante de la acumulación del nuevo al preexistente que tendría peor rango que la del tercero intermedio, o, alternativamente la constitución de una hipoteca independiente en garantía de la nueva obligación si esa fuera la rectificación efectuada por las partes.

**3.2.-La postura de la DGRN.** Por su parte la DGRN, en diversas resoluciones de 26 de mayo de 2001, 17 de enero de 2002, 30 de abril de 2002 y 8 de junio de 2002 bastante criticadas, aun admitiendo la posibilidad de concesión de nuevo capital que se garantice con la misma hipoteca, ha venido negando que esta situación pueda perjudicar a terceros y, en consecuencia, ha rechazado la tesis de la novación meramente modificativa del derecho real de hipoteca. Pero tampoco se ha adherido a las tesis de la novación extintiva y, al menos en cuanto al rango registral, realiza una equiparación de la ampliación de capital a la constitución de una nueva hipoteca. Es decir, adopta una solución intermedia entre la mera novación modificativa de la hipoteca y la radical novación extintiva de la misma.

Concretamente, la primera y la tercera de las citadas resoluciones señalan que, existiendo terceros, no cabe extender una hipoteca a posibles ampliaciones del capital originario, ni aunque por haberse reducido el importe de aquél quepa la ampliación dentro del límite de su responsabilidad, mediante una compensación de créditos.

Las dos restantes, no admiten la figura de la ampliación de hipoteca con adopción del mismo rango de la hipoteca inscrita, cualquiera que sea la cifra del capital ampliado, aunque señalan que se puede inscribir la ampliación siempre que se determine con precisión cuáles son las nuevas responsabilidades objeto de la garantía, siendo los efectos de tal inscripción los que se deriven legalmente de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria y no por la voluntad de las partes. Es decir, que según la DGRN, frente a terceros, la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones, una, la preexistente, con el rango que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada.

Las conclusiones de la DGRN, que nos pueden servir para entender debidamente el alcance de la reforma, dado que marcan la interpretación de las normas civiles e hipotecarias en lo que no hayan sido expresamente modificadas, pueden resumirse del modo siguiente: a) En el Derecho español no está permitida la hipoteca de propietario ni la reserva de rango ni la compensación de créditos. b) La ampliación del capital del préstamo, en el ámbito civil, no supone una extinción novatoria del mismo. c) Los terceros registrales posteriores a la hipoteca inscrita no pueden verse afectados por la ampliación del capital (artículos 144, 115 y 163 de la Ley Hipotecaria, así como el 219.2.º de su Reglamento). d) No es posible la existencia de una hipoteca con dos rangos: porque es conceptualmente imposible distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas. e) Existiendo terceros, se puede constituir una nueva hipoteca por el nuevo capital entregado, sin extinción ni pérdida de rango de la hipoteca primitiva pues la ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva y por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación como hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial.

Como se ve, la solución de la DGRN no es la de la existencia de “una extinción de la relación jurídica previa y la constitución de una nueva” ni de “la alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita” –novación extintiva-, sino el mantenimiento del rango de dicha hipoteca inscrita por la cifra de responsabilidad hipotecaria que conserva, y la constitución de una nueva hipoteca por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria experimentado.

Las entidades financieras no debían tener clara esta solución de la DGRN por lo que, dadas las enormes dudas jurídicas que flotarían sobre la operación resultante, incluida la propia conservación del rango de la hipoteca inscrita respecto del acreedor intermedio, solían condicionar suspensivamente –y lo siguen haciendo- la concesión de la ampliación del préstamo garantizado con hipoteca a la circunstancia de que en el Registro de la Propiedad no consten cargas inscritas con posterioridad a su primera hipoteca, solicitando expresamente, de concurrir dicho supuesto, la no inscripción de la ampliación, ante el riesgo de que la misma pueda implicar la extinción de la hipoteca primitiva.

#### **4.- Posturas doctrinales acerca de la interpretación del artículo 4 párrafo 3° de la ley 2/1994 en su redacción de la ley 41/2007.**

Como ya hemos indicado anteriormente, el párrafo 3° del artículo 4 de la Ley 2/1994, establece, a efectos registrales, la regla general de que las modificaciones de los préstamos hipotecarios recogidas en el párrafo anterior – fundamentalmente la alteración del interés, del plazo o del capital-, no suponen, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

Pero dicho párrafo recoge igualmente una excepción a esa regla al disponer que *“excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos se hará constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”*.

El problema consiste en determinar cuáles son los supuestos de novación de los préstamos hipotecarios en que no se aplica la regla general e implican, en consecuencia, una pérdida o alteración del rango de la hipoteca inscrita en caso de existir terceros titulares registrales de derechos inscritos y cuáles son los exactos efectos de la modificación respecto de la hipoteca preexistente.

Asociado con ese problema se discute si el citado artículo consagra “la recarga de las hipotecas”, entendida como la posibilidad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de éstos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios y con el mantenimiento del rango de la hipoteca.

Las posturas existentes se pueden agrupar fundamentalmente en cuatro, y son las siguientes: a) La postura negacionista de la recarga que considera que la reforma sólo ha venido a confirmar legalmente las soluciones de la DGRN. b) La postura que no vincula la excepción con la existencia de una ampliación del capital y, en consecuencia, considera la existencia de dos supuestos de excepción, el del incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y el de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario, en todo caso. c) La postura que considera que sólo existe una excepción que es la que implica un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria. d) La postura que considera la existencia de dos

supuestos <sup>3</sup> de excepción, el de ampliación de capital con incremento de la cifra de la responsabilidad hipotecaria y el de ampliación del capital con simultánea o sucesiva ampliación del plazo del préstamo hipotecaria; aunque, como luego veremos, sus seguidores difieren en la determinación de los efectos que se derivan en la hipoteca inscrita.

**4.1.- La tesis negacionista de recarga.** Los partidarios de esta tesis –destacadamente Manuel Parga, Pedro Ávila, José Manuel García e inicialmente Fernando Canals y yo mismo-, entienden que el artículo citado no introduce la “recarga hipotecaria” en el derecho español, porque ésta, al ir contra las normas civiles e hipotecarias vigentes, hubiere requerido de una afirmación expresa e incuestionable que ni se contiene en el articulado ni en su exposición de motivos.

De admitirse la posibilidad de recarga de las hipotecas, dicen estos autores, por la Ley 41/2007 no se habría creado realmente una figura especial de hipoteca como se ha llevado a cabo con las denominadas hipotecas flotantes o inversas, sino que esta Ley habría aprovechado la modificación de la regulación de la novación de los “préstamos hipotecarios”, para alterar radicalmente la naturaleza de la “hipoteca” en el derecho español, transformándola de una hipoteca accesoria en una hipoteca de máximo.

Este carácter absoluto de la reforma, que implica la desaparición de la hipoteca de tráfico tal y como aparece configurada en el Código Civil, hubiera exigido el empleo de otra técnica legislativa, es decir, que debería haberse llevado a cabo no en una ley adjetiva como la Ley 2/1994, que sólo era una ley fiscal y desarrolladora del artículo 1211 del Código Civil, sino mediante modificación directa de la Ley Hipotecaria o en el Código Civil.

Llegan estos autores a la conclusión que la reforma lo único que ha pretendido es la mera elevación a la categoría de Ley de la comentada doctrina de la DGRN sobre las ampliaciones de préstamos hipotecarios, es decir, que frente a terceros, la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones, una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada.

Y ello es así, dicen, porque la ampliación de capital implica siempre un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria por ese mismo importe, pues la determinación de cuándo tiene lugar una ampliación de la

---

<sup>3</sup> Para un estudio más detallado ver Jesús SIEIRA GIL: “La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007”. Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica. Colegio de Registradores de España, Madrid 2009.

responsabilidad hipotecaria, a falta de su señalamiento en la reforma legal, ha de resolverse por las normas generales del Código Civil y la Ley Hipotecaria, las cuales, según ya tiene declarado la DGRN, conducen a esta interpretación porque en un sistema de accesoriedad, respecto de las hipotecas de tráfico, la cifra de responsabilidad hipotecaria se reduce por sí sola si se reduce el capital del préstamo.

De acuerdo con esta interpretación, para este sector doctrinal, el artículo 4-3 se refiere siempre al supuesto de ampliación del capital, la expresión “ampliación del plazo” sobra porque nada aporta y la expresión “por ese incremento o ampliación” es redundante y se está refiriendo al incremento o ampliación del capital o de la responsabilidad que será idéntico siempre según esta tesis. Por tanto, la lectura del artículo sólo exigiría suprimir referencia al plazo y quedaría del siguiente tenor: *“Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria por este incremento o ampliación del capital”*.

Puede que esta interpretación sea excesivamente forzada y poca ajustada con la letra de la Ley, pero no es menos cierto que, en cualquier caso, la realidad es que es la interpretación que se está siguiendo en la práctica por las entidades bancarias y es objeto de inscripción en los Registros de la Propiedad sin ningún problema.

**4.2.- La tesis denominada indebidamente literalista, que no vincula la excepción con la existencia de una ampliación del capital.** Para esta tesis, - defendida entre otros por Ernesto Calmarza- existen dos supuestos de excepción de la regla general, el del aumento del capital con incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y el de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario, en todo caso.

Así, el texto estaría correctamente redactado con el añadido de una coma al final del primer párrafo y de la palabras “responsabilidad” y “plazo” en el lugar que se indica; de tal manera que el texto debería leerse: *“Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo, por este incremento de responsabilidad o ampliación de plazo”*. Es decir, que la palabra incremento se refiere a la exclusivamente a la responsabilidad hipotecaria y la expresión ampliación se refiere exclusivamente a los supuestos de plazo.

Respecto del primer supuesto, se admite la posibilidad de la recarga, es decir, se considera que en caso de aumento de capital se produce el mantenimiento del

rango de la hipoteca inscrita por la cifra de responsabilidad hipotecaria en cuanto a la ampliación del capital que quepa dentro de la posible recarga, y la constitución de una nueva por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria experimentado por el nuevo capital que excede de la posible recarga.

En cuanto al efecto de pérdida del rango de la hipoteca por la ampliación del plazo del préstamo, se ha dicho que tiene su fundamento en el artículo 1851 del Código Civil según el cual “*la prórroga del plazo concedida por el acreedor sin consentimiento del fiador, extingue la fianza*”, del que se extraería la conclusión de que la ampliación del plazo perjudica a los garantes y, por consiguiente, también a los terceros, lo que implicaría la pérdida del rango de la hipoteca en todo supuesto de ampliación del plazo; pero, en realidad, no existe la identidad de razón entre ambos supuestos que haga posible esa aplicación analógica, pues el lugar del fiador correspondería al hipotecante no deudor, y el consentimiento de éste es necesario siempre.

Pero, en realidad, creo que dicho fundamento se encuentra en la concepción errónea de la hipoteca, como “la reserva a favor del acreedor de un derecho de realización de valor por un importe y plazos determinados, frente a los terceros”, concepción en la que se apoya, en parte, la posibilidad de la recarga y que implicaría que la misma sólo es posible si no su supera el plazo de la reserva de rango.

Respecto del estudio más detallado de la significación de la referencia a la ampliación del plazo del préstamo hipotecario en relación con el rango registral, nos remitimos a un epígrafe posterior.

**4.3.- La tesis denominada indebidamente finalista o monista.** Esta tesis, como la primera, considera que hay un único supuesto en que la modificación del préstamo hipotecario pierde rango registral, que es el supuesto de ampliación de capital y simultáneo incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

Pero a diferencia de la primera tesis, sí admite la existencia de la recarga, de tal manera que como en el primer supuesto de la tesis anterior, se produce el mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita por la cifra de responsabilidad hipotecaria inscrita en cuanto a la ampliación del capital que quepa dentro de la posible recarga, y la constitución de una nueva por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria experimentado por el nuevo capital que excede de la posible recarga. Es decir, si el capital ampliado no excede de la parte del principal primitivo amortizado, no se produce una pérdida del rango registral de la hipoteca inscrita, al contrario que la primera tesis en que en todo caso la ampliación de capital provoca la constitución de una segunda hipoteca.

Así, el inciso inicial del apartado tercero del artículo 4 debería leerse así: “*Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria por este incremento o ampliación de responsabilidad*”. Es decir, se suprime la referencia a “la ampliación del plazo del préstamo”, que nada aporta y lleva a confusión, y se incluye al final del párrafo la expresión “de responsabilidad” después de las palabras incremento y ampliación que se consideran sinónimas.

Para esta tesis el simple aumento del plazo no implicará, por sí solo, una pérdida del rango registral hipoteca, sino únicamente cuando vaya acompañada de un incremento de la responsabilidad hipotecaria; pero ello, en realidad no aporta nada nuevo al supuesto anterior, pues ya se encuentra incluido en el mismo, por lo que, como en la primera tesis, es criticable que se prescinda del tenor literal del precepto y no busque conciliar sus términos.

**4.4.- Tesis que vincula la excepción con la existencia de una ampliación del capital.** Es la tesis mayoritaria –Jesús Sieira, Basilio Aguirre, Fernando Canals– que alguno de sus defensores denomina circular, y considera que son dos los supuestos en los que la modificación del préstamo hipotecario implica una pérdida del rango registral, primero el de incremento de la cifra de la responsabilidad hipotecaria por ampliación del capital por encima de la posible recarga, y el segundo, el de ampliación del plazo del préstamo hipotecario y simultánea o sucesiva ampliación del capital sin incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

Para esta tesis, el inciso inicial del apartado tercero del artículo 4 debería leerse así: “*Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento de responsabilidad o ampliación del capital*”. Es decir, se incluye al final del párrafo la expresión “de responsabilidad” y “de capital” después de las palabras incremento y ampliación por las razones que se expondrán en el apartado siguiente.

Esta es la tesis que considero acertada, ahora bien, donde discrepan sus distintos defensores es a la hora de determinar la naturaleza de la nueva hipoteca y los efectos concretos de esa “alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita”, lo que nos lleva a la necesidad de estudiar los fundamentos de la admisión de estos dos supuestos de excepción y las posibles interpretaciones de sus efectos.

## 5.- Análisis de la tesis que se defiende.

El mejor y más completo estudio sobre esta materia es el llevado a cabo por Fernando Canals <sup>4</sup>, con el que estoy básicamente de acuerdo, por lo que lo tomaré de modelo en esta exposición.

### 5.1.- Naturaleza de la recarga de la hipoteca o de la hipoteca recargable.

Como acertadamente señala Fernando Canals, la recarga de la hipoteca, se configura legalmente como un supuesto de novación modificativa del préstamo hipotecario, que permite el mantenimiento del rango de la hipoteca en los supuestos de ampliación del capital, siempre que, existiendo terceros registrales, se respeten los límites legales.

De esa realidad extrae el autor, como resultado lógico, las siguientes conclusiones: que la hipoteca recargable es una hipoteca ordinaria y de tráfico, puesto que se constituye en garantía de un préstamo hipotecario perfectamente determinado, al que se ha modificado el régimen legal de las modificaciones, respecto del anteriormente vigente y que se ha expuesto al resumir la posición de la DGRN antes de la reforma de 2007.

Que la hipoteca recargable no es una hipoteca en garantía de obligación futura, porque la recarga no se encuentra garantizada *ab initio* por la hipoteca y, además, al contrario de lo que ocurre con éstas, las posibles ampliaciones del capital necesitan de estar inscritas para gozar de la garantía hipotecaria.

Que no existe una reserva de rango porque éste no se obtiene hasta la inscripción de la ampliación del capital, y que no es una hipoteca de máximo porque la obligación garantizada debe constar registralmente determinada en su existencia y cuantía, no procediendo respecto de ella una determinación extrarregistral.

Pero estas afirmaciones, o al menos en el carácter absoluto de las mismas, son ciertamente discutibles porque, en primer lugar, una cierta reserva de rango existe, en cuanto el rango de la garantía de la ampliación de capital, si se cumplen los requisitos de la recarga, no va a ser, existiendo terceros registrales, como en la tradicional hipoteca de tráfico, el resultante de la aplicación del principio de prioridad, sino el correspondiente a esa hipoteca anterior recargable que no lo pierde. Es decir, que al modo de las hipotecas de máximo en garantía de la apertura de una cuenta corriente de crédito, la hipoteca inscrita no pierde su rango por el hecho de asegurar obligaciones no existentes en el momento de su constitución, siquiera en este caso no exista inicialmente un derecho al nuevo capital por parte del prestatario.

---

<sup>4</sup> CANALS BRAGE, Fernando: "La recarga de la hipoteca". Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de España, Madrid 2010.

Precisamente la consideración de que en estos supuestos existe una reserva de rango es lo que motivó que la DGRN rechazara en las resoluciones antes citadas la posibilidad de esta figura en la legislación anterior, y su falta de proclamación expresa por la Ley 41/2007 es el argumento en que se basan muchos autores para rechazar la recarga hipotecaria.

Igualmente, la nueva hipoteca se acerca a las consecuencias de las hipotecas de máximo, pues sus efectos se asemejan más a los de éstas, en que la responsabilidad hipotecaria actúa como una cifra máxima que posibilita la garantía de diversas obligaciones, según los requisitos de cada tipo de las mismas –en este caso sucesivas ampliaciones de capital o recargas-; que a los de la tradicional hipoteca de tráfico, que todavía es posible pactar por las partes, y que es la que garantiza una obligación ya existente y de cuantía determinada desde el principio y en que la responsabilidad hipotecaria no es un concepto jurídico distinto de la obligación garantizada, sino meramente la cuantificación de ésta y, en consecuencia, la misma se reduce por sí sola si se reduce el capital del préstamo.

En definitiva, hablar de una hipoteca de tráfico con un régimen diferente y en que la responsabilidad hipotecaria es un concepto distinto del préstamo inicialmente garantizado, de una nueva hipoteca de máximo en que es necesaria la constancia registral del nacimiento del crédito y de los criterios de su determinación, o de una categoría nueva de hipoteca de naturaleza mixta –que es por la que me inclino-, es una cuestión importante, en principio, a efectos de determinar qué normas de ejecución o de otro tipo son aplicables y cuáles no, pero, en último término, contraproducente, pues la integración de las normas registrales exige, en mi modesta opinión, la aplicación de aquellas que se ajusten mejor a las especiales características o régimen de esta nueva hipoteca, sin la rigidez derivada de su encuadre en una u otra categoría hipotecaria.

**5.2.- Los supuestos legales de alteración o pérdida del rango registral de la hipoteca inscrita.** Según la tesis que defiendo, ya sostenida y defendida en diversos foros desde la publicación de la Ley, es necesario para que exista alteración de rango de la hipoteca –con el alcance que luego veremos-, que exista una ampliación de capital que implique o bien un incremento de la responsabilidad hipotecaria o bien la ampliación del plazo del préstamo hipotecario.

El primer supuesto, a salvo las consecuencias, no plantea problemas de interpretación, no obstante la primera de las teorías expuestas de rechazo de la recarga, pues si la ampliación de capital produjera siempre el incremento de la responsabilidad hipotecaria sobraría la referencia a la excepción; pero el segundo supuesto sí plantea más dudas, como se observa del conjunto de las

interpretaciones expuestas, dudas derivadas de la confusa y deficiente redacción del párrafo de referencia.

Pero, considero que esta interpretación que defendemos es incuestionable, pues a la misma nos conducen, en realidad, a mi juicio, todos los criterios de interpretación normativa –literal, teleológico, sistemático, del contexto social y de los antecedentes y consecuencias legislativas-, ya consideremos los mismos individual o conjuntamente.

Así, del tenor literal de la norma se infiere que la simple ampliación del plazo del préstamo no produce la alteración del rango de la hipoteca inscrita porque ello supondría una tautología pues equivaldría hacer decir a la norma que *“la alteración del plazo del préstamo produce la alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita cuando implique la ampliación del plazo del préstamo por esa ampliación del plazo”*, lo que parece poco probable dada su grave incorrección semántica.

Además, si acudimos a la interpretación sistemática, la única modificación de los préstamos hipotecarios a que se refiere la Disposición transitoria única, es la ampliación del capital, que al establecer que *“la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”*, distingue dos modelos o regímenes hipotecarios distintos, el anterior y el posterior a la reforma, con base en esa ampliación de capital como elemento determinante.

En el mismo sentido, en las escrituras de subrogación en la hipoteca por otra entidad crediticia, tanto antes de la reforma como ahora, el nuevo acreedor pasa a ocupar el lugar del antiguo sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita y, como es sabido, en las subrogaciones según el párrafo 1º del mismo artículo 4, sólo se permite modificar *“las condiciones del tipo de interés, la alteración del plazo del préstamo, o ambas”*, y ello, aunque existieran otras hipotecas o cargas posteriores, incluso a favor de la misma entidad de crédito agredida, lo que prueba que la ampliación del plazo del préstamo por sí misma no altera el rango hipotecario, pues si dicha ampliación es posible vía subrogación o enervación, con más razón lo será por la vía de la mera novación modificativa, que es precisamente el tratamiento civil de la ampliación del plazo del préstamo.

La reforma introducida en el artículo 2 de la Ley 2/1994, por la propia Ley 41/2007, al imponer la obligación de la entidad agresora de subrogarse en todas los préstamos hipotecarios de la misma entidad titular de aquél en que existe real interés, demuestra, sin lugar a dudas, que la subrogación tiene lugar sin pérdida

de rango de la hipoteca objeto de la misma, pues en caso contrario, esta obligación sería superflua. Es decir, que esta obligación se impone por razones de rango hipotecario, para evitar que los cargas posteriores de la entidad agredida sean objeto de purga por la ejecución de la hipoteca anterior en que se haya subrogado otra entidad.

Por último, la prohibición contenida en el último del artículo 4-3 de la Ley 2/1994, de no ser posible la ampliación del capital con mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita –recarga legal- “*cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente –de la deuda garantizada- en la ejecución de cargas posteriores*”, pone de manifiesto la vinculación de esa ampliación de capital a los posibles supuestos de excepción, pues es a esa ampliación a la que se atribuye virtualidad para perjudicar a terceros y se ve afectados por dicha nota que la impide.

Desde el punto de vista teleológico, también es difícil entender que la ampliación del plazo, por sí sola, produzca la pérdida de rango de la hipoteca, pues no parece defendible que el legislador, en el contexto social de la reforma que pretendía facilitar la concesión de la refinanciación y especialmente de la ampliación del plazo de pago de los préstamos, tuviere por finalidad empeorar las condiciones de los deudores para obtener la satisfacción de esas necesidades.

Este criterio, por lo demás, viene avalado tanto por sus antecedentes legislativos, pues el texto de uno de los borradores de anteproyecto, que se intentó rescatar en la reforma final, utilizaba la expresión : “*y cuando, aun sin haber excedido el importe inicial, se amplíe o se haya ampliado también el vencimiento de la deuda*”; como por la normativa posterior, señaladamente por la disposición adicional 2ª del Real Decreto-ley 2/2008 de medidas de impulso a la actividad económica, que al establecer la exención fiscal y arancelaria durante dos años de las escrituras públicas que documentan únicamente la ampliación del plazo de los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, parte necesariamente de la hipótesis de la no alteración del rango de la hipoteca inscrita en ese momento pues, en caso contrario, no habría entidad que se prestara a secundar ese propósito gubernamental de interés social.

Además, si el supuesto de mera ampliación del capital, que sí incrementa el riesgo de incumplimiento y, en consecuencia, de ejecución de la hipoteca preferente, parece claro, en la reforma de 2007, que no determina la necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores posteriores, salvo cuando vaya acompañada de un aumento de la responsabilidad hipotecaria, tanto más absurdo es exigirlo cuando sólo se aumenta el plazo de pago que, como regla general, lejos de perjudicar a los titulares de derechos inscritos posteriores a la hipoteca modificada, realmente les beneficia –si no va asociado a una ampliación del

capital-, en la medida que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago y se purguen sus inscripciones.

Y es que, a efectos de la Ley, es indiferente si la ampliación del plazo del préstamo beneficia o perjudica a los terceros registrales, simplemente se considera que el plazo es el período de tiempo en que es susceptible de admitirse la recarga. El plazo en la hipoteca recargable cumple así una función similar a la que desempeña en las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito y, respecto a las mismas el artículo 153 de la Ley Hipotecaria exige la determinación de su plazo de duración y de la prórroga o prórrogas posibles.

Así, no es lo mismo, la simple ampliación del plazo de una cuenta corriente en que se ha suprimido la posibilidad de nuevas *disposiciones*, que indudablemente no perjudica a los terceros porque sólo tiene como finalidad facilitar el pago de una deuda anterior; y la misma ampliación del plazo que vaya acompañada de la posibilidad de disponer hasta la totalidad del crédito convenido, que perjudica a terceros porque, en realidad, se trata de la concesión de un nuevo préstamo, a cuya garantía le sería de aplicación la inoponibilidad y eficacia *erga omnes* recogida en los artículos 32, 114 y 144 de la LH. Por ello la pérdida de rango de la hipoteca recargable se produce tanto si la ampliación del capital y del plazo son simultáneas o sucesivas, siempre que los mismos titulares registrales de derechos posteriores existan en ambos momentos.

Por último, la admisión del criterio de que la excepción tiene lugar con la simple ampliación del plazo, produciría unos efectos respecto de la responsabilidad hipotecaria incompatibles con el sistema registral, porque es insostenible que una misma hipoteca pueda tener un rango hasta una fecha y otro a partir de la misma, ni se entiende qué parte de la responsabilidad garantizaría la hipoteca en cada plazo. Tampoco se puede interpretar que la misma hipoteca garantizará toda la cifra de la responsabilidad hipotecaria con mantenimiento del rango si el incumplimiento y ejecución se producen durante la vigencia del antiguo plazo, u otra cifra distinta con distinto rango si dichos hechos acaecen durante el período de la ampliación del plazo.

Es cierto que el hecho de que, en la práctica, lo habitual sea que la ampliación del capital lleve consigo la simultánea ampliación del plazo, limita la eficacia de la reforma legal, si se sigue este criterio; pero no debe olvidarse que con la recarga se está perjudicando los derechos de los terceros cuyo rango se va a ver pospuesto, por lo que la interpretación de las normas que derogan el fundamental principio de prioridad registral debe ser restrictiva.

**5.3.- Efectos de la recarga de la hipoteca.** El artículo 4-3 de la Ley 2/1994 sanciona con “la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”, a la ampliación del capital que exceda de los límites legales, pero en este ámbito se

plantea la cuestión del alcance de esa expresión de la norma, y más concretamente si la misma implica que la propia hipoteca inscrita pierde el rango o si es la ampliación del capital –en todo o en parte- la que no gana el rango que la hipoteca ya tenía.

Existe la opinión generalizada, trasladando el anterior criterio de la DGRN – resoluciones de 26 de mayo de 2001, 17 de enero, 30 de abril y 8 de junio de 2002- y el régimen del artículo 115 de la Ley Hipotecaria la nueva regulación legal de la hipoteca, de que esa pérdida del rango no se produce respecto de la hipoteca inscrita, sino respecto de la modificación en ella realizada que exceda del límite legal, que ostentará un rango posterior al de los terceros titulares registrales de derechos, posteriores a la hipoteca inscrita de que se trate.

Este criterio se fundamenta en la expresión legal “*por este incremento o ampliación*”, es decir, que la pérdida de rango de la hipoteca inscrita se produciría en cuanto al incremento de la cifra de responsabilidad o la ampliación total del capital, operaciones que podrían ser inscritas si bien con rango posterior al de la carga intermedia existente.

Pero, como acertadamente señala Fernando Canals, el mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita, existiendo terceros y si se sobrepasan los límites legales, requiere que las obligaciones antigua y nueva queden perfectamente definidas y diferenciadas y separadas sus respectivas garantías. Y ello es así, porque como consecuencia de la fusión de las obligaciones, no es posible la distinción entre las dos obligaciones y así, por ejemplo, las amortizaciones periódicas corresponderán normalmente a la única obligación resultante sin que se pueda distinguir la parte de cuota gravada por la hipoteca preexistente o por la nueva, o la ejecución será única respecto de la única deuda existente y por la totalidad de su importe y no procederán dos ejecuciones independientes una por cada hipoteca.

Parece ser, aunque una confusa redacción lo encubra que, la Ley 41/2007 ha venido a recoger el supuesto de hecho –la recarga- que las citadas resoluciones no admitieron, pero la solución legal dada, como indica Fernando Canals, no parece que sea la misma que aquéllas resoluciones diseñaron, porque la repetida frase “*alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita*” implica literalmente, no la constitución de una nueva hipoteca por la ampliación del capital –o exceso de la recarga- y el mantenimiento de la preexistente por las cantidades ya garantizadas –o aumentadas con la recarga posible-; sino más bien la posposición de la hipoteca inscrita que pierde o ve alterado su rango, y la constitución –más bien mera inscripción- de la misma hipoteca modificada, por el total importe de las obligaciones fusionadas y con rango posterior a los derecho inscritos intermedios.

Esta conclusión se infiere no sólo del texto del citado artículo 4-3, sino también de la disposición transitoria única que utiliza, como ya hemos señalado, la misma expresión y también del preámbulo de la Ley que, abundando en ese efecto, señala que las modificaciones de los préstamos hipotecarios, que no se ajustan a los límites legales señalados producen “*la extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva*”, no la mera modificación de la primitiva hipoteca; aunque luego en realidad, como se ha expuesto, el efecto legal sea propiamente la pérdida de rango y no la extinción de la misma. Y es que la existencia de dos hipotecas que garantizan la misma obligación, aunque sea hasta una cuantía determinada cada una de ellas, implica la garantía por ambas de la misma obligación por entero, lo que es contrario a los principios hipotecarios de especialidad y de no solidaridad.

En otras palabras, las partes pueden optar, existiendo terceros y si se sobrepasan los límites legales, por fusionar las obligaciones nueva y antigua configurando una sola obligación, en cuyo caso la hipoteca inscrita perderá el rango registral; o diferenciar claramente el objeto de ambas garantías reales desdoblado las obligaciones, en cuyo caso sí se produciría el mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita y la constitución de una nueva por el exceso de recarga o la ampliación del capital, y cada una de las hipotecas garantizará una obligación independiente y perfectamente identificada.

**5.4.- La aceptación de los titulares de derechos inscritos posteriores.** El párrafo 2º del número 3 del artículo 4 establece que “*En estos casos –cuando se produce pérdida del rango- necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango*”, lo que parece lógico pues supone la aplicación de los principios generales del sistema registral sobre negociación del rango hipotecario y cuyo consentimiento la práctica demuestra que es más normal de lo que pudiera pensarse, pues el nuevo capital o la ampliación del plazo, como ya se ha manifestado, en ocasiones, lejos de perjudicar, favorece a dichos terceros, en cuanto permite pagarles o bien evitar la ejecución de la hipoteca anterior y, por tanto, la purga de sus derechos.

Cabe apuntar, en primer lugar, la cuestión de si será necesario un consentimiento expreso si el titular registral de la carga posterior es la misma entidad que efectúa la ampliación. En cuanto a este interrogante, entiendo, en contra del criterio de la DGRN –ver resolución de 11 de diciembre de 2008-, que no es necesario dicho consentimiento, pues al establecerse por la reforma –artículo 2 de la Ley 2/1994- la obligación de la entidad interesada de subrogación en todos los préstamos y créditos de la antigua entidad acreedora, nunca se dará el supuesto (salvo cesión expresa en que se pondrían de acuerdo) que pueda otra entidad ocupar por subrogación el lugar de otra entidad en la carga intermedia y, por tanto, nunca existirá perjuicio para ese titular registral.

Ahora bien, la cuestión principal, en este ámbito, es la de qué debe entenderse por *titular de derechos inscritos con rango posterior*. Pues bien, precisamente por la aplicación al supuesto concreto de esa normativa general hipotecaria, la ampliación de capital o la recarga no surtirán efecto respecto de terceros, en tanto no consten publicadas en el Registro de la Propiedad (artículos 32 y 144 de la LH).

Es decir, que no tendrán nunca la consideración de terceros, a estos efectos, los titulares de dominio posteriores a la hipoteca, porque su consentimiento será siempre necesario para la recarga, pero no por la aplicación del artículo 4-3 que estudiamos sino del principio de legitimación registral que exige el consentimiento del titular de la finca gravada para toda constitución o modificación de derechos reales sobre la misma, que pretenda acceder al Registro con posterioridad al momento en que lo haya hecho la adquisición dominical.

La exclusión en el último inciso del artículo 4-3 de la posibilidad de la recarga, al decir que *“en ningún caso será posible cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”*, se puede interpretar -de hecho yo así me lo planteé en un principio- en el sentido de que sólo los adquirentes en subasta están protegidos legalmente frente a la recarga; pero, en realidad, entiendo, como se infiere de lo expuesto más arriba, que ello sólo podría ir referido al supuesto de que el acceso registral de la adquisición dominical del rematante tenga lugar con posterioridad a la inscripción de la recarga –en el improbable caso que ello pudiese tener lugar-, entendiéndose la misma como no inscrita, alterándose las consecuencias de la prioridad. Es decir, que la prohibición no desaparecería, una vez terminado el proceso ejecutivo, con la aparición del adjudicatario, aunque éste no inscribiera.

Pero esta solución no es admisible pues del análisis conjunto de los artículos 613 y 657 de la LEC resulta lo contrario, al señalar el primer artículo que la limitación de la responsabilidad por principal, intereses y costas reflejada en las anotaciones de embargo sólo opera, respecto de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, *en relación con las que aparecieran consignadas en la fecha que aquéllos hubieran inscrito su adquisición*, no en la fecha del remate. Por tanto, la citada nota marginal tiene el efecto de prohibir al Registrador la inscripción de la recarga, en tanto la misma se encuentre vigente, para asegurar el resultado de la ejecución, pero una vez celebrada la subasta, al rematante o adjudicatario le son aplicables las mismas normas que a cualquier adquirente, es decir, que es necesario su consentimiento si inscribe antes de la recarga o, en su defecto, si actúa negligentemente, deberá asumir las consecuencias.

Supuesto semejante a esta limitación de la recarga, es aquél en que consta registralmente la nota de expedición de la certificación de cargas a los efectos de la ejecución de la propia hipoteca modificada, el cual considero que también excluye la posibilidad de la ampliación de hipoteca o plazo, porque las partes han perdido la libre disponibilidad de la hipoteca. Así, por aplicación analógica de los artículos 688- 3 y 640-3 de la LEC, para poder efectuar cancelaciones u otros actos relativos al préstamo hipotecario, piénsese en que se pretenden una refinanciación para evitar la subasta o ejercitar el derecho del artículo 693-3 LEC, será necesario autorización judicial y, en su caso, el consentimiento de los titulares de cargas posteriores.

Por el contrario, sí tendrán, en mi opinión, la consideración de terceros, los titulares de derechos reales limitados inscritos con posterioridad a la hipoteca objeto de la recarga y con anterioridad a la presentación de ésta, y ello porque en la normativa general hipotecaria las cuestiones de rango se refieren a la ordenación jerárquica de los derechos reales limitados y, dentro del concepto de éstos se encuentran comprendidos tanto los derechos reales propiamente dichos de constitución voluntaria –derechos inscritos con rango posterior *strictu sensu*- como las cargas forzosas -embargos, etc-.

Fernando Canals, sin embargo, rechaza que los titulares de hipotecas y en general de derechos reales de segundo rango tengan la consideración de terceros posibles perjudicados de la recarga, porque la constitución voluntaria de los mismos “excluye de suyo”, según el citado autor, que el deudor-dueño pueda ampliar en su perjuicio el contenido de la hipoteca preferente.

Pero, a mi juicio, esa exclusión no es acertada, en primer término, porque la expresión legal de *derechos inscritos* incluye en pura técnica jurídica precisamente a los derechos reales limitativos voluntarios más que a las cargas forzosas anotadas; en segundo lugar, porque la existencia de una responsabilidad hipotecaria máxima que marca el límite posible de la recarga que puede perjudicar a los terceros, les previene de las posibles consecuencias derivadas del nuevo régimen de las hipotecas –salvo que tenga lugar una renuncia a la recarga por parte del deudor titular dominical, en los términos que veremos- e impide que éstos puedan alegar ignorancia; y, por último, porque en la normativa general hipotecaria, la constitución de derechos reales ya lo sean de garantía o de otro tipo no limitan, en modo alguno, las facultades dispositivas del titular registral y, por tanto, el mismo conserva tanto la facultad de transmitir la finca, como la de constituir nuevos derechos reales de garantía o de modificar los existentes en los términos y con extensión permitidos por la Ley.

**5.5.- Otras cuestiones jurídicas asociadas a la recarga de la hipoteca.** Se pueden señalar como más importantes las siguientes: la posible existencia de otros supuestos de pérdida del rango de la hipoteca, la posibilidad de aumento o disminución del margen de la posible recarga, la transformación de las hipotecas anteriores a la reforma al nuevo régimen legal, la posibilidad de renuncia del deudor hipotecante a la recarga, y la posible subrogación por el deudor a un tercero en la misma.

**5.5.1.- Otros supuestos de pérdida del rango de la hipoteca inscrita.** Respecto de los supuestos de modificación de los préstamos hipotecarios, distintos del incremento del capital o de la ampliación del plazo, cuyo régimen ya hemos examinado, se considera por la Ley que, cualquiera que sea su contenido, no perjudican a tercero y que, por tanto, no producen alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita.

Pero, a mi juicio, para que pueda operar la recarga e inscribirse la modificación en general, es necesario también, que ninguna cifra de responsabilidad hipotecaria por ningún concepto (intereses ordinarios, moratorios, costas, gastos, etc) aumente, lo que habrá de vigilarse especialmente, pues, por ejemplo, en la actualidad a veces reduciéndose el tipo de interés, sin embargo, se aumenta el número de años de la garantía hipotecaria de los mismos, o incluso reduciéndose el diferencial, se amplía del tipo máximo a efectos hipotecarios.

Igualmente se producirá alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita si se garantizan, vía novación, nuevas obligaciones del deudor por intereses, gastos, etc, que antes no lo estaban, aunque no tenga lugar la ampliación de capital, y aunque no se modifique la responsabilidad hipotecaria, sino por aplicación de las normas sustantivas ya vistas al supuesto concreto y por el hecho mismo de la inclusión en la garantía hipotecaria de una nueva obligación que antes no lo estaba.

**5.5.2.- El aumento o disminución de la posible recarga.** Si se admite esta figura de la hipoteca recargable, otras alteraciones en la cifra de la responsabilidad hipotecaria, bien por aumento de la misma bien por cancelación parcial –único supuesto de reducción de dicha cifra en estas hipotecas-, implicarán paralelamente un aumento o reducción de la cuantía máxima posible de la recarga.

Inversamente, la mera indicación de una amortización del capital o el no uso de toda la posible recarga en una escritura de ampliación de préstamo, dada la configuración de la responsabilidad hipotecaria como un concepto abstracto aunque no autónomo, es decir, distinto de la cifra de la real deuda debida aunque accesorio de la misma por cuanto que sólo se garantizará lo que se inscriba, no produce la reducción de la cifra de garantía. Este efecto, tradicionalmente ha

sido admisible en las hipotecas de máximo o de seguridad, pero no en las de tráfico, lo que pone de manifiesto la naturaleza mixta del nuevo régimen legal.

**5.5.3.- La transformación de las hipotecas anteriores a la reforma.** En relación a la cuestión de si los préstamos hipotecarios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 41/2007 pueden ser susceptibles de recarga, mediante pacto expreso de modificación de las partes que se acojan al nuevo régimen legal, aunque aparentemente la finalidad de la disposición transitoria única es impedir esta posibilidad, al no existir una prohibición expresa me inclino por su posibilidad siempre que no existan terceros registrales a los que la alteración del régimen de la hipoteca o su transformación en una nueva, según se considere, pueda perjudicar.

Asimismo, entiendo con Fernando Canals que en estos casos habrá de determinarse con claridad el capital pendiente en el momento del pacto de acogimiento a la nueva regulación legal, pues dado que en el régimen anterior la cifra de la responsabilidad hipotecaria se reducía automáticamente en el mismo instante en que se producía la del crédito, no puede admitirse como cifra de responsabilidad, a estos efectos, la inicial del préstamo, si el mismo hubiere sido objeto de alguna amortización, sino que dicha cifra sería la del citado capital pendiente

**5.5.4.- La renuncia del deudor hipotecante.** En cuanto a la posibilidad de la renuncia por parte del deudor-hipotecante al carácter recargable de la hipoteca, tanto en el momento de su constitución como posteriormente –venta sin subrogación, constitución de otras hipotecas- y de forma unilateral, la misma es rechazada por Fernando Canals sobre la base de entender que la Ley no ha atribuido ningún derecho nuevo al deudor, que no tiene la facultad de exigir al acreedor ampliaciones del capital. Además, dicho autor, al excluir del concepto de tercero perjudicado a los titulares de derechos reales limitados posteriores a la hipoteca en cuestión, entiende que esa renuncia carece de sentido.

Pero, en mi opinión, la Ley sí ha cambiado la extensión objetiva de las facultades del deudor respecto de los préstamos hipotecarios y así, del mismo modo que tiene la facultad de subrogar a un tercero en los mismos, también ha adquirido la facultad de poder optar por recargar la hipoteca primitiva o constituir una nueva hipoteca de segundo rango, sin que el acreedor tenga un especial derecho a imponer una de las soluciones.

Esa facultad de recargar la hipoteca previamente amortizada parcialmente, debe entenderse incluida dentro del objetivo de mejorar los mecanismos de refinanciación del deudor que es una de las razones de la reforma, y el hecho de que el acreedor no se encuentre vinculado a la concesión de la ampliación del capital, no implica que el deudor no goce de una facultad, cuya utilización tiene

indudable trascendencia jurídica para los titulares de derechos reales posteriores, cuyo concepto ajustado a la letra del artículo ya he expuesto con anterioridad.

Esta renuncia se sujetará a las reglas generales del Código civil y su constancia registral sería posible por aplicación del artículo 144 de la Ley Hipotecaria, como ocurre, por ejemplo, con la “promesa de no pedir” y, en consecuencia, desde su constancia tabular afectará a terceros y, también, al titular de la hipoteca el cual, antes de otorgar la escritura de ampliación del capital, deberá consultar el Registro, según la normativa general hipotecaria de coordinación entre las Notarias y los Registros de la Propiedad, para comprobar si el dueño y el deudor –si por cualquier circunstancia fueran distintas personas- están legitimados para otorgar dicha ampliación.

En este sentido, conviene recordar que según la doctrina tradicional y dominante -Morell, Chico, Roca Sastre, etc- este artículo 144 de la Ley Hipotecaria contiene una mera enumeración de supuestos, y habilita para la constancia registral de todo convenio o acto que afecta al préstamo hipotecario y pueda perjudicar a los terceros registrales. Para la constancia registral de la renuncia, serán aplicables analógicamente los artículos 232 y 240 del Reglamento Hipotecario, de los cuales se infiere que basta con la presentación del documento –escritura o acta notarial- acreditativo de que la posible recarga u obligación garantizada no podrá contraerse por la ineficacia parcial del contrato inscrito motivada por el hecho de la renuncia a esa facultad, que es uno de sus presupuestos, por parte del deudor.

**5.5.5.- La posible subrogación por el deudor a un tercero.** En cuanto a la posibilidad de subrogación por el deudor a un tercero no en el préstamo garantizado sino en todo o parte de la recarga al amparo del artículo 1211 del Código civil y de la Ley de subrogaciones; entiendo que no es posible por la introducción en el artículo 2 de la Ley 2/1994 de la obligación de subrogación del nuevo acreedor en todos los préstamos o créditos hipotecarios del antiguo.

Tampoco creo que sea posible la cesión unilateral -ex artículo 149 reformado de la Ley Hipotecaria- de la facultad de recarga separada del préstamo por parte del acreedor a favor de otro nuevo, pues esa facultad como queda dicho corresponde al deudor, el acreedor no ha adquirido ningún derecho ni reserva real de rango en el nuevo régimen legal.

Sí entiendo, sin embargo, factible esa posibilidad mediante el acuerdo del deudor y de los acreedores –antiguo y nuevo- mediante la modificación de la hipoteca precisando los términos de esa relación, es decir, si la titularidad del derecho real de hipoteca será solidaria o mancomunada, si se divide la hipoteca en dos hipotecas del mismo rango, etc. Ese acuerdo, considero que, a efectos de

la inscripción, debe ser simultáneo a la ampliación del capital o al menos presentarse al Registro al mismo tiempo.

## **6.- Conclusiones.**

De todo lo expuesto podemos señalar las siguientes conclusiones acerca de la naturaleza, régimen y efectos de la denominada hipoteca recargable recogida en el artículo 4-3 de la Ley 2/1994:

La recarga de la hipoteca, se configura legalmente como un supuesto de novación modificativa del préstamo hipotecario, que permite el mantenimiento del rango de la hipoteca en los supuestos de ampliación del capital, siempre que, existiendo terceros registrales, se respeten los límites legales; lo que implica la existencia de una hipoteca nueva con el régimen mixto entre los tradicionales de las hipotecas de tráfico y de seguridad.

Para que exista alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, es necesario que exista siempre una ampliación de capital que implique un incremento de la responsabilidad hipotecaria o que vaya acompañada de una ampliación del plazo del préstamo hipotecario.

El efecto de esa alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita es la posposición de la hipoteca inscrita que pierde o ve alterado su rango, y la constitución –más bien mera inscripción- de la misma hipoteca modificada, por el total importe de las obligaciones fusionadas y con rango posterior a los derechos inscritos intermedios. El mantenimiento del rango de la hipoteca inscrita, existiendo terceros y si se sobrepasan los límites legales, requiere que las obligaciones antigua y nueva queden perfectamente definidas y diferenciadas y separadas sus respectivas garantías.

Como “titulares de derechos inscritos con rango posterior” deben entenderse sólo a los titulares de derechos reales limitados de constitución voluntaria y a los de cargas forzosas, pero no a los terceros adquirentes de la finca gravada porque su consentimiento será siempre necesario para la recarga en virtud del principio de legitimación registral.

Termino manifestando, una vez más, mi postura abiertamente favorable a la figura de la hipoteca recargable que entiendo puede resultar de enorme utilidad al sistema hipotecario español, facilitando su convergencia con Europa en la línea del Libro Blanco del Crédito Hipotecario en la UE y la refinanciación de los préstamos hipotecarios de una forma rápida, segura y de bajo coste.

Pero dicho esto, no puedo dejar de reiterar mi desacuerdo con la técnica legislativa seguida y con la regulación aprobada carente de toda claridad y a todas luces insuficiente, como se infiere de todo lo expuesto; regulación que obliga a labores de integración interpretativa de difícil encaje; lo que hace imprescindible una reforma legislativa que clarifique el texto, complete las lagunas y haga posible su utilización en la práctica bancaria.

23 de septiembre de 2010  
Ángel Valero Fernández-Reyes.

## BIBLIOGRAFÍA

AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: realidad o mito”. La Ley nº 7162, año 2009.

AZOFRA VEGAS, Fernando: “La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación de rango en la recarga”. La Ley nº 7167, año 2009.

CANALS BRAGE, Fernando: “la ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la DGRN” (RCDI nº 678, año 2003)

CANALS BRAGE, Fernando: “La accesoriadad de la hipoteca en la Ley 41/2007”. Jornadas sobre la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario y otras normas sistema hipotecario y financiero. Colegio de Registradores de España, Madrid 2008

CANALS BRAGE, Fernando: “La recarga de la hipoteca”. Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de España, Madrid 2010.

CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel: “Tratado de los derechos de garantía”. Thomson Aranzadi, Pamplona 2008.

DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria”. La Ley nº 6727, año 2007.

GÓMEZ GALLIGO, Javier: “Principios generales de la Ley 41/2007 de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecarios y otras normas del sistema financiero”. Jornadas sobre la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario y otras normas sistema hipotecario y financiero. Colegio de Registradores de España, Madrid 2008

OLIVA BRAÑAS, María del Pilar: “La ampliación del capital del préstamo según que la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga”. Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica. Colegio de Registradores de España, Madrid 2009.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, Luis: “La novación del préstamo hipotecario. La hipoteca recargable”. Hacia un nuevo Derecho Hipotecario, estudio sobre la Ley 41/2007 de reforma del Mercado Hipotecario. Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid 2008.

SIEIRA GIL, Jesús: “La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007”. Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica. Colegio de Registradores de España, Madrid 2009.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel: “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”. Jornadas sobre la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario y otras normas sistema hipotecario y financiero. Colegio de Registradores de España, Madrid 2008.

# CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

CUARTO TRIMESTRE DEL AÑO 2010

## ÍNDICE ANALÍTICO

COMPRAVENTA.....	
CONCURSO.....	
DOCUMENTOS JUDICIALES .....	
EMANCIPADOS.....	
EMBARGOS.....	
HERENCIAS.....	
HIPOTECAS.....	
INMATRICULACIÓN.....	
PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	
PROCEDIMIENTO REGISTRAL.....	
PROPIEDAD HORIZONTAL.....	
REPRESENTACIÓN.....	
URBANISMO.....	
VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL.....	

**COMPRAVENTA.**

**1.-P:** En una compraventa en que no existe ningún pago del precio, el comprador se subroga en el préstamo hipotecario que grava la vivienda por una cantidad superior al importe del precio de la misma. ¿Existe algún inconveniente para la inscripción?

**R:** Según el artículo 1445 del Código civil el precio de la compraventa debe ser cierto, circunstancia que tiene lugar en este caso por lo que mayoritariamente se considera inscribible la venta, alegándose que esa diferencia de más del importe de la subrogación puede ser debido a que ese dinero se va a destinar al pago del impuesto –IVA o transmisiones patrimoniales- o a pagar reformas en la vivienda. Existen, sin embargo, algunos compañeros que esa causa de las diferencias de cifras debe explicitarse en la escritura para que sea posible la inscripción.

**2.-P:** Se presentan en el Registro unas escrituras por las que una entidad crediticia vende algunas de sus oficinas a una sociedad mercantil, que después las hipoteca. Se incluyen fincas de cinco Registros de Madrid. Son dos las cuestiones que se plantean:

1) En la cláusula 5ª de la venta se establecen unas limitaciones a la libre transmisión de los inmuebles vendidos que entiendo que no son inscribibles.

2) La sociedad compradora e hipotecante actúa mediante apoderado sin que conste la inscripción del poder en el RM. El notario da juicio de suficiencia, pero no consta que sea poder especial y, consultado el FLEI, el jueves de la semana y salvo que se haya inscrito estos últimos días, el poder reseñado no está inscrito. Sí está inscrito otro poder más antiguo a favor del mismo apoderado pero no es del que el notario hace el juicio de suficiencia.

3.- En la escritura de hipoteca la cantidad en euros que se señala para intereses de demora no coincide con los 18 meses al 11,891% pactado y, por lo tanto, tampoco coincide la cifra total de responsabilidad hipotecaria. Además, hipotecándose varias fincas se dice que el domicilio a efectos de notificaciones para subasta es el de la finca hipotecada.

**R:** Respecto de la primera cuestión ser recordó que las limitaciones de disponer, al derivar de un negocio a título oneroso, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad (cfr. artículo 27 Ley Hipotecaria), no constando tampoco que se haya asegurado su cumplimiento mediante algún tipo de garantía inscribible. Siendo esta norma prohibitiva de carácter imperativo es posible denegar su acceso al Registro, en base a la solicitud de inscripción parcial de la cláusula 10ª, e inscribir la transmisión del dominio derivada del contrato de compraventa.

En relación con el punto segundo, del examen de la escritura de poder aportada resulta que se trata de un poder especial concedido por la representación orgánica de la sociedad y con facultades suficientes por lo que, con la aportación de la copia auténtica, se entiende subsanado el defecto de la incompleta reseña.

Según los criterios de la Comisión de Calificación en materia de hipotecas, en relación con los poderes especiales y, por consiguiente, no inscritos en el Registro Mercantil, es necesario que se indique la persona o personas que otorgaron el poder con reseña, a su vez, del documento en que tenga su origen la representación tomado de la propia escritura de poder especial. Así resulta de las resoluciones de la DGRN de 12 de abril de 1996 y 11 de junio de 2004 que señalan que la reseña de la representación habrá de comprender los datos esenciales que quién y en virtud de qué representación suficiente de dicha sociedad, orgánica o voluntaria, otorgó dicho poder. *(En la primera de dichas resoluciones la DGR y N resuelve que la preceptiva "reseña del documento auténtico que se la haya aportado para acreditar la representación alegada" que le imponen los artículos 47 LN y 164 RN, no puede limitarse a indicar el nombre del notario autorizante del poder alegado y su fecha, sino también la persona que otorga el poder y su relación con el órgano de administración de la sociedad, para que se entienda cumplida en todo la legislación notarial, presupuesto que el artículo 1217 Cc impone como necesario para que la escritura goce de los efectos que le atribuye el art. 1218 Cc. En la segunda de dichas resoluciones en un supuesto de sustitución de poder la DGR y N resuelve la necesidad de reseñar no solo la fecha y notario autorizante de la escritura de sustitución sino también los particulares del poder originario relativos a la justificación documental de la existencia y suficiencia de la representación alegada tomados de la propia escritura de sustitución aportada).*

Es también criterio de esa Comisión que es incompleta la reseña cuando el juicio de suficiencia se realiza de modo genérico “para el acto que en esta escritura se realiza”, cuando debe ir referido al concreto acto –en este caso préstamo hipotecario- que se documenta o bien reseñarse brevemente las concretas facultades de los poderdantes, pues, en caso contrario, el Registrador no puede valorar como exigen los artículos 18 LH y 98-2 de la Ley 24/2001 la congruencia de dicho juicio con el contenido del título presentado (resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 2002, entre otras, que señala que la exigencia legal del juicio de suficiencia notarial de la representación, no queda cumplida con esas expresiones genéricas, sino que dicho juicio debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura que otorgan las partes).

Esta doctrina resulta asimismo de la Circular Instrucción DGR y N de 12 de abril de 2002, doctrina de la DGR y N entre otras en resoluciones de 17 de enero

de 2005, y 29 de mayo de 2006, y ha sido confirmada confirmada por la más reciente jurisprudencia entre otras en sentencia de 14 de marzo de 2007 del Juzgado de 1ª Instancia 53 de Barcelona, y sentencia de 19 de enero de 2007 del Juzgado de 1ª Instancia 44 de los de Madrid, y de las Audiencias provinciales, entre otras, las de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 2006, de la Audiencia Provincial de Murcia de 3 de noviembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de febrero de 2009, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2009 que expresamente establece que *"el artículo 98 de la ley 24/2005 ha de interpretarse desde una perspectiva constitucional y de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico y respetuosa con el artículo 18,1 de la Ley Hipotecaria, por lo que afirma que el Notario debe hacer un juicio de suficiencia motivado o fundamentado a través de la reseña -aunque sea sucinta- de las facultades representativas tal como resulten del poder, para que el Registrador pueda calificar este juicio, en cuanto que éste, como todo juicio de valor, no es vinculante y puede ser desvirtuado en el procedimiento registral."*

Respecto a la última cuestión relativa a la fijación de domicilio para notificaciones como "el de la finca hipotecada" cuando se hipotecan varias, la mayoría entendió que debe interpretarse como el de la finca donde se lleve a cabo la ejecución y, por lo tanto, inscribirse. No se considera necesario ninguna aclaración en el sentido de que sea cada una de las fincas hipotecadas puesto que no cabe otra interpretación posible, aunque no faltó alguna opinión en contrario. Debe tenerse en cuenta que la fijación del domicilio en la escritura impide la utilización del procedimiento especial de ejecución sobre bienes hipotecados (cfr. art. 682 2º LEC), pero su omisión no es defecto para la inscripción de la hipoteca, aunque luego tenga que acudir al ejecutivo ordinario para su ejecución. La finalidad de este requisito es asegurar al deudor el conocimiento de las actuaciones ejecutivas, pero cabe la fijación de varios domicilios (uno para el acreedor y otro para el deudor, o uno para cada deudor), y según RDGRN de 9 de julio de 2001 la expresión legal "un domicilio" no significa una solo, sino uno cierto y determinado, pero pueden ser varios los fijados, como ocurrirá en el caso en que se señalan domicilios para cada una de las fincas hipotecadas (como debe interpretarse la cláusula en cuestión) y además la expresión de distintos domicilios puede facilitar el desarrollo del procedimiento.

Finalmente se señala que el defecto de la responsabilidad hipotecaria por intereses debe subsanarse pues el error padecido vulnera las exigencias de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, que exige que no quepa ninguna duda sobre cual es la extensión objetiva de la hipoteca respecto del crédito garantizado.

**CONCURSO.**

**1.-P:** Se presenta un grupo de escrituras de compraventa de una promoción. El promotor ha sido declarado en concurso voluntario, con intervención de sus facultades de administración y disposición. En las escrituras comparece un apoderado con poder especial otorgado por el administrador de la sociedad y dos de los tres administradores concursales, indicando que se trata de operaciones del giro ordinario de la empresa y en que el notario da fe de suficiencia. ¿Es necesaria la ratificación del otro administrador concursal?

**R:** Siendo el concurso voluntario, la Ley Concursal parte del principio de que el concursado conserva sus facultades de administración y disposición, sin perjuicio de que el ejercicio de éstas quede sometido a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad (Art. 40 1º). Es también regla general que, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización judicial (Art. 43). Ahora bien, de tal limitación, el párrafo tercero del mismo artículo exceptúa los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor en los concretos términos fijados por el artículo 44 de la misma Ley, el cual tiende a facilitar la continuación de dicha actividad permitiendo que la administración concursal pueda determinar «los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general».

Admitida la posibilidad de actos de enajenación inherentes a la actividad empresarial o profesional del deudor, que tal determinación corresponde a la administración concursal y que ésta puede conceder la autorización con carácter general, resta por analizar la forma de acreditar la prestación de consentimiento por los administradores concursales. En concreto, respecto al caso analizado, se plantea el problema si se puede prescindir de un administrador concursal, sin decir nada sobre cómo se han adoptado los acuerdos que permiten esa autorización general.

Según el artículo 35 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma colegiada. Por lo tanto, la comparecencia y aprobación del acto por dos de los tres administradores, prescindiendo del tercero, no es válida, salvo que, por cualquier circunstancia, sólo estuvieran en el ejercicio del cargo temporalmente dos administradores, lo cual deberá acreditarse. Al no tratarse de una decisión de trámite o gestión ordinaria, la autorización de los administradores concursales deberá acreditarse con la existencia de un acuerdo mayoritario entre ellos reflejado en el libro de actas legalizado por el Secretario del Juzgado (artículo 35.4 Ley Concursal). De

la redacción de la nueva ley se resalta por la doctrina que debe entenderse sin efecto la que resulta de la resolución DGRN de 28 de julio de 1988 que permitía, a la vista de la legislación anterior, la actuación por comparecencia ante notario de dos de los tres administradores, sin acuerdo previo, pues han de formalizar el acuerdo por mayoría en un libro de actas legalizado por el Juzgado. La actuación en forma de órgano exige que intervengan en el acuerdo los tres administradores concursales, pues se exige formar la mayoría, no bastando la intervención en escritura pública de dos de ellos, obviando al tercero.

Por lo tanto, en este caso se entendió que era necesario el consentimiento del tercer administrador concursal, bien por comparecencia personal, bien porque así resulte de la certificación expedida por uno de ellos relativa al acuerdo adoptado por mayoría pero en reunión conjunta de todos (art. 75-2 LC).

Sin embargo por algunos se apuntó que esta exigencia debe aplicarse con alguna flexibilidad sobre todo si se tienen en cuenta que no existen en la Ley Concursal reglas de funcionamiento de este órgano colegiado, de forma que serán los propios administradores los que las determinen en sus reuniones, designando quién tendrá facultad certificante y la facultad de actuar frente a terceros. Por eso, en caso de que no concurren al acto todos los administradores personalmente, se podrían entender válidas expresiones como “la presente operación ha sido aprobada colegiadamente por unanimidad por las administraciones judiciales nombradas judicialmente”, aunque no existiera certificación del acuerdo.

Asimismo, algunos compañeros entendieron que dado que los tres administradores concursales han concurrido a otorgar las escrituras de obra nueva, propiedad horizontal y distribución de hipoteca, actos necesarios para las ventas de las viviendas de la promoción, existe un consentimiento tácito de todos ellos a dichas ventas.

**2.-P:** Se encuentra inscrita una finca a favor de B con una condición resolutoria a favor de A en garantía del precio aplazado. También consta una anotación de concurso de A sobre la condición resolutoria.

Ahora se presenta un embargo del dominio de B. ¿Es anotable?

**R:** Unánimemente se considera que sí porque el titular del dominio embargado no se encuentra en situación de concurso y porque, en todo caso, el rematante se vera afectado en caso de una posible resolución de la venta, por lo que los efectos del concurso no se ven afectados.

**3.-P:** Se presenta una venta de una finca perteneciente a una persona física concursada con el consentimiento de todos los administradores concursales.

Examinado el historial de la finca resulta que constituye su vivienda habitual ¿es necesaria la autorización judicial?

**R:** Como se expuso ya en un caso planteado en el pasado Seminario, siendo el concurso voluntario, la Ley Concursal parte del principio de que el concursado conserva sus facultades de administración y disposición, sin perjuicio de que el ejercicio de éstas quede sometido a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad (Art. 40 1º). Es también regla general que, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización judicial (Art. 43). Ahora bien, de tal limitación, el párrafo tercero del mismo artículo exceptúa los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor en los concretos términos fijados por el artículo 44 de la misma Ley, el cual tiende a facilitar la continuación de dicha actividad permitiendo que la administración concursal pueda determinar «los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general».

Corresponde pues a la administración concursal la determinación de los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial que se exceptúan de la regla general de la autorización judicial. Sin embargo, en el caso planteado, tal determinación, que deberá ser expresa en todas las escrituras de enajenación, es contradicha por los antecedentes que resultan del Registro donde figura el carácter de vivienda habitual de la finca transmitida, por lo que se entendió que sería necesaria en todo caso la autorización del Juez del concurso. Además, conforme al artículo 1.320 CC, será necesario el consentimiento del cónyuge del deudor concursado o, en su caso, autorización judicial. Precisamente por este motivo se ha entendido que la notificación al cónyuge debe exigirse en el momento de practicar la anotación del concurso, por existir identidad de razón con el artículo 144 5º R.H.

Para el caso de bienes gananciales nos remitimos al número 24 de estos Cuadernos (octubre-diciembre 2009, apartado Concurso), donde se concluía lo siguiente: “Según Fernando Curiel (“Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad”), se aplica en este caso -bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado-, un régimen análogo al establecido para el embargo de los bienes gananciales por deudas de uno sólo de los cónyuges en el artículo 1.373 Código Civil. Según el mismo autor en todo caso, y en lo que a la publicidad registral se refiere, la anotación del concurso deberá extenderse, cuando el deudor se encuentre casado bajo el régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad, además de sobre los bienes propios del deudor, sobre los bienes comunes, dado que éstos quedan indirectamente afectados por el concurso, y que la intervención o suspensión de las facultades

del deudor se extiende también a las que le correspondan en la sociedad o comunidad conyugal (art. 40 Ley Concursal).

Siendo una situación análoga a la prevista por el artículo 1.373 CC, parece lógico que sea de aplicación lo previsto en el artículo 541 LECiv, que no es más que el desarrollo procesal de aquel precepto. Y así entender que, para practicar el asiento solicitado por el Juez del concurso sobre bienes comunes o gananciales, es necesaria la notificación al cónyuge del concursado. Esta notificación al cónyuge del concursado es también exigencia del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 24 de la Constitución, ya que sólo de este modo podrá éste último tomar su libre decisión de solicitar o no la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, o, en su caso, la de impugnar la inclusión del bien común en la masa activa del concurso por considerar que no debe responder de las obligaciones del concursado. “

**4.-P:** Se presenta mandamiento ordenando la anotación de la apertura de la fase de liquidación tras la declaración del concurso de acreedores del esposo sobre una finca ganancial (la declaración del concurso no se anotó por falta de notificación a la esposa dada la naturaleza del bien). Se dice que no es precisa la notificación a la esposa porque contra la misma y en el mismo Juzgado y con idéntica representación procesal se sigue también procedimiento concursal. Parece, por tanto, que la misma tiene conocimiento del procedimiento y que se puede practicar la anotación.

Sin embargo, se plantea qué ocurrirá cuando se presente mandamiento análogo en relación a ella (que consta que va a llegar) y, por ejemplo, la posterior enajenación del bien según el plan de liquidación del primer concurso.

**R:** A efectos registrales no es suficiente la presunción de que el cónyuge ha debido tener conocimiento de un procedimiento, cuando la notificación de éste sea necesaria para extender el asiento que corresponda. Si se acepta que, en caso de concurso de uno de los cónyuges, es necesaria la notificación al otro de la existencia del procedimiento para poder practicar cualquier asiento sobre bienes que figuran inscritos con carácter ganancial (artículos 24 CE y 20 LH), debe constar, bajo fe judicial, que aquél trámite ha sido efectivamente practicado.

Como ya se ha discutido en este Seminario (Vid número 24 de estos Cuadernos –octubre diciembre 2009. Apartado Concurso) se entiende que en caso de concurso de un cónyuge, para practicar la anotación sobre bienes gananciales es necesario que conste que se ha notificado al otro cónyuge el procedimiento, puesto que, siendo una situación análoga a la prevista por el artículo 1.373 CC, parece lógico que sea de aplicación lo previsto en el artículo 541 LECiv, que no es más que el desarrollo procesal de aquel precepto. Y así entender que, para

practicar el asiento solicitado por el Juez del concurso sobre bienes comunes o gananciales, **es necesaria la notificación al cónyuge del concursado.**

Esta notificación al cónyuge del concursado es también es exigencia del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 24 de la Constitución, ya que sólo de este modo podrá éste último tomar su libre decisión de solicitar o no la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, o, en su caso, la de impugnar la inclusión del bien común en la masa activa del concurso por considerar que no debe responder de las obligaciones del concursado.”

Pero es que, además, **la declaración de concurso de ambos cónyuges no confunde los concursos aunque se unifique la administración concursal.** Según la reciente RDGRN de 24 de septiembre de 2010 (BOE 15 de noviembre de 2010) no teniendo en nuestro derecho la sociedad de gananciales personalidad jurídica, no puede instarse su declaración de concurso. El artículo 23 Ley Concursal contempla expresamente la posibilidad de que, una vez declarados en concurso ambos cónyuges, la administración concursal de cualquiera de ellos pueda solicitar al Juez la acumulación al procedimiento del concurso del otro cónyuge. Incluso se ha venido admitiendo por la práctica judicial la posibilidad de una declaración conjunta del concurso de ambos cónyuges, es decir, desde el inicio del procedimiento y no sólo en los supuestos de concurso necesario sino también voluntario, decidiendo el Juez competente. Sigue diciendo la DG que esta declaración conjunta del concurso de los cónyuges implica su tramitación conjunta y acumulada desde su solicitud, pero no confunde los concursos, sino que unifica su administración concursal. Tampoco hay identidad de masas activas y pasivas, debiendo determinarse para cada uno de los concursados, aun cuando sustancialmente coincidan, tanto los bienes y derechos que deban conformar el activo, como las deudas a incluir en el pasivo, pudiendo condicionarse, conforme al artículo 101.2 de la Ley Concursal la propuesta de convenio que presente uno de los concursados a la aprobación judicial de otro u otros. En todo caso, la declaración conjunta de concurso sólo procederá cuando el Juez estime la existencia de una verdadera confusión de patrimonios (cfr. artículo 3.5 Ley Concursal).

Por todo ello se concluyó entendiéndose por unanimidad que era necesario que constara expresamente la notificación del procedimiento al otro cónyuge.

## DOCUMENTOS JUDICIALES.

**1.-P:** ¿Cómo debe interpretarse el artículo 133 de la LH cuando dice que el mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del auto de adjudicación podrán constar en un solo documento? ¿Es suficiente para inscribir la adjudicación y la cancelación el mandamiento expedido por el Secretario en el

que se inserta literalmente el auto aprobando la cesión de la adjudicación y ordenando la cancelación?

En este caso, después de una primera nota de calificación suspendiendo por no acompañarse testimonio del auto de adjudicación se presenta una adición al mandamiento en la que el Secretario hace constar que “el auto de adjudicación es propiamente el dictado con fecha 15 de junio de 2010 en el presente mandamiento”.

**R:** Mayoritariamente se considera que sí es suficiente la citada adición, aunque se estima que lo correcto es indicar que el documento presentado cumple las funciones de testimonio y mandamiento que es lo que parece exigir el citado artículo 133.

Se señala como causa o razón de la antigua duplicidad de documentos, la necesaria determinación de las costas del procedimiento que exige la cancelación de la carga ejecutada, pues es imprescindible para ello que se sepa si existe o no sobrante del precio de remate. Hoy en día al exigirse el despacho conjunto de venta y cancelación, no tiene ya sentido la expresada duplicidad.

**2.-P:** ¿Qué eficacia tiene en España una sentencia de divorcio dictada por un Tribunal francés?

**R:** Según el artículo 523 de la LEC al que se remite el artículo 107-2 del Código Civil dispone con carácter general que “*para que las sentencias firmes extranjeras lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional*”.

En cuanto a las sentencias judiciales de nulidad, separación o divorcio entre Estados de la Unión Europea rige el Reglamento de la CE nº 2201/2003 del Consejo 27 de noviembre, según el cual –arts. 21 y 22-, las resoluciones dictadas por un Estado miembro serán reconocidas por los demás Estados miembros –e inscritas en su caso en el Registro civil- sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno –supresión del exequátur-, salvo que sean contrarias al orden público, hayan sido dictadas en rebeldía o sin garantizar su derecho de defensa, o sea inconciliable con otra dictada en otro Estado miembro; sin que pueda ser objeto de revisión en cuanto al fondo. La doctrina añade, con base en la sentencia del TS de 28 de abril de 1998, como requisito la inexistencia de previa resolución española sobre la materia o de procedimiento pendiente en España.

En cuanto al documento que debe aportarse será, según los artículos 144 y 323 de la LEC de 2000 y el artículo 954 de la LEC de 1881 –vigente-, el testimonio

de la sentencia en la forma que según el país en que se haya dictado haga prueba plena en juicio, que contenga la correspondiente apostilla que da autenticidad a la resolución, y que contengan traducción oficial del mismo. El Registrador deberá comprobar estos requisitos de forma y también los señalados como de exclusión de la ejecutividad, en especial la constancia registral de otra sentencia o iniciación de procedimiento sobre la materia.

Por otra parte, en el Reglamento se distingue entre el reconocimiento de una resolución (sección 1 del capítulo III), con efectos meramente declarativos; y la ejecución de la misma (sección 2 del capítulo III) que hace posible que una sentencia extranjera despliegue en nuestro país sus efectos. La solicitud de ejecución ha de presentarse en España ante el Juez de Primera Instancia según indica el anexo I del Reglamento 1347/2001 y *"la competencia territorial se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicite la ejecución o por el lugar de residencia habitual del hijo/s a quien se refiera la solicitud"*. El modo en que ha de presentarse la solicitud de reconocimiento está regulado por el Derecho del Estado requerido, por ejemplo, si se solicita la ejecución de un derecho de alimentos en España resultante de una sentencia de divorcio obtenida en el extranjero, se debe presentar la solicitud en España y con las formalidades requeridas por el Derecho español.

Fuera del ámbito de la Unión Europea, el reconocimiento y/o ejecución de una resolución procedente de un país no comunitario se regirá, en primer lugar, por lo pactado con ese país. Si entre ese Estado y España existe un Tratado Internacional, habrá que atender a éste, generalmente los Tratados suelen establecer un sistema de reconocimiento automático. En caso de no existir Tratado Internacional, habrá que acudir a nuestro régimen interno, solicitando la ejecución de la Sentencia extranjera ante el Tribunal Supremo, procedimiento conocido como exequatur. Este procedimiento se encuentra regulado en los artículos 951 a 958 de la antigua LEC de 1881, vigente en este punto en virtud de la Disposición Derogatoria única de la actual LEC de 2000 hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil que aún no ha sido aprobada.

**3.-P:** Revisión de la doctrina DGRN sobre la inscripción de las sentencias en que los demandados hayan sido “la herencia yacente” o “los ignorados herederos” del titular registral.

**R:** Tres recientes resoluciones DGRN (27 de julio de 2010, 19 y 20 de agosto de 2010) han venido a matizar, suavizándola, la anterior doctrina relativa a la exigencia de nombramiento judicial de administrador de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo (Cf. Artículo 20 LH y 166.1 RH por analogía).

Señalan que esta doctrina no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que debe limitarse a aquéllos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Y en su apoyo cita cierta doctrina jurisprudencial (STS sala 1ª de 7 de abril de 1992, 7 de julio de 2005 y 12 de junio de 2008) que admiten el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni, por supuesto, su aceptación; y el artículo 795 CC según el cual, *“Se nombrará administrador al viudo o viuda y, en su defecto, al heredero o legatario de parte alícuota que tuviere mayor parte en la herencia. A falta de éstos, o si no tuvieren, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñen el cargo, podrá el tribunal nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o a un tercero”*. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derecho a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial.

Y, con base en este nuevo enfoque, no considera defecto, por ejemplo:

-- Si la demanda se ha dirigido contra la herencia yacente y herederos desconocidos del titular registral, y además en concreto como posibles herederas a sus dos hermanas, aunque posteriormente renuncien (RDGRN 20/09/2010).

-- Si la demanda se ha dirigido contra herederos del titular registral y su cónyuge (RDGRN 19/08/2010).

-- Si la demanda se ha dirigido contra herederos determinados del titular registral, existiendo incluso allanamiento de alguno de ellos, aunque ello no pruebe la aceptación (RDGRN 20/08/2010).

Es loable el interés de la DGRN por facilitar la inscripción de estos documentos debido a las innegables complicaciones que implica el nombramiento de administrador judicial de la herencia, pero en su intento de matizar su anterior doctrina se ha pasado de frenada y parece que la admite siempre que exista cualquier persona demandada. Incluso en el caso de que tales personas hayan renunciado la herencia, lo cual no se entiende puesto que si se ha renunciado a la herencia, se es ajeno completamente al proceso sucesorio y a los bienes y obligaciones deferidos en la misma y, por consiguiente, tampoco gozarán de legitimación procesal. Y parece basarse en la presunción de que en tales casos el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Y aquí se produce un salto en el vacío difícil de asumir desde el punto de vista registral puesto que, por las características del proceso civil y su carácter rogado, si ambas partes demandado y demandante aceptan su situación procesal el Juez las dará por buenas y no entrará en este punto, se producirá, en caso de dictarse sentencia, respecto de esta situación una mera declaración de hechos aceptados por las partes, que solo produce efectos entre los litigantes. Por eso se entendió que debe exigirse algo más, no basta con presumir que el Juez ha debido considerar suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente, sino que tal afirmación debe recogerse en el documento, bajo responsabilidad del Juez o Secretario. Es decir, deber resultar del documento que por el Juez, o el Secretario, se estiman suficientemente protegidos los intereses de la herencia yacente, bien por estar interviniendo en la misma los herederos del causante, o el administrador nombrado por el Juez, o bien por no tratarse de herencia yacente al estar la herencia ya aceptada.

Y ello en base a los siguientes argumentos:

-- El principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución Española) y los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (Art. 38 y 20 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes), exigen que el procedimiento se dirija contra el titular registral de la finca o derecho. Así lo ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, (entre otras, Resoluciones de 3 de marzo de 1999, 17 de noviembre de 1999, 19 de febrero de 2000 y 6 de junio de 2000).

-- La Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce a la herencia yacente capacidad para ser parte en el proceso, al referirse en su artículo 6 a las masas patrimoniales que carezcan transitoriamente de titular; más con ello se resuelve sólo una parte del problema. Queda en pie el de quién representa los intereses de los llamados a ese patrimonio. Téngase en cuenta que, en todo caso, deberá acreditarse el fallecimiento del titular registral mediante el certificado de su defunción, salvo que del documento resulte, bajo la responsabilidad del juez o secretario, que consta en autos tal circunstancia.

Con la finalidad de que los intereses de los llamados a la masa patrimonial que la herencia yacente representa resulten protegidos, la Ley de Enjuiciamiento Civil impone una serie de medidas de averiguación encaminadas a conocer si el causante falleció testado, o intestado; en este caso, si existen o no herederos llamados a la sucesión legítima. Asimismo si se da o no una verdadera situación de herencia yacente.

La sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 202 de 2009, de 20 de abril, la de la Sección Segunda de dicha

Audiencia número 484 de 2009, de 28 de julio y reiteradas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (entre otras las de 27 de julio de 2010, 20 de noviembre de 2007 y 17 de marzo de 2009) insisten en la necesidad de que se agoten las diligencias de averiguación citadas, exigiendo nombramiento de administrador judicial cuando, fallecida una persona intestada, se desconozca quienes sean sus herederos legales.

Sólo cuando por las circunstancias del supuesto de hecho concreto, el Juez considere expresamente que es suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente y están los intereses de los a ella llamados debidamente protegidos, podrá accederse a la practica del asiento en el Registro de la Propiedad sin necesidad de nombramiento de un administrador al efecto.

Se aconseja la relectura del trabajo del compañero Juan Sarmiento Ramos que, sobre esta materia, se publicó en el número 20 de estos cuadernos “Diversas cuestiones relativas a juicios declarativos y su repercusión en el Registro de la Propiedad.”

**4.-P:** Se presenta sentencia firme del Tribunal Supremo, confirmando otra de la Audiencia Territorial, en las que se declaran nulas dos escrituras que ya constaban inscritas en el Registro. En la primera de ellas, un promotor, después de haber vendido varios elementos de la división horizontal, otorga por sí solo escrituras en las que modifica la Propiedad Horizontal y redacta nuevamente los Estatutos. En la segunda, tras vender nuevos elementos (pisos, garajes y trasteros), vuelve a modificar por sí solo la obra nueva y división horizontal, redactando nuevos Estatutos, en especial, regula la llamada comunidad de intento del sótano 1 y establece nuevas reglas de uso.

Las ventas, no habían accedido al Registro cuando se inscriben las modificaciones. La STS ordena cancelar todas las inscripciones practicadas en virtud de las escrituras declaradas nulas.

Hay inscritas más de 120 ventas de pisos, garajes y trasteros. La demanda nunca se anotó en el Registro, por lo que los adquirentes lo fueron de buena fe amparándose en los pronunciamientos del registro.

**R:** Se plantea de nuevo un problema de ejecución de una sentencia derivado de la falta de previsión del demandante al no haber solicitado al tiempo de interponer la demanda la correspondiente anotación preventiva. Precisamente esta anotación tiene como utilidad fundamental impedir que pueda verse frustrada la ejecución de la resolución que eventualmente pudiera llegar a dictarse por haberse inscrito con posterioridad su derecho otros terceros. Es evidente que, en el caso planteado, no se cumple con el principio de tracto sucesivo y todos los presentes estuvieron de acuerdo en que no podían

practicarse las cancelaciones sin consentimiento de todos los titulares posteriores.

Como resumen de toda la doctrina que, al efecto, ha expuesto durante muchos años la DGRN se trajo a colación la RDGRN de 29 de diciembre de 1999, que literalmente señalaba *“Es evidente, en el caso debatido, que esos asientos posteriores que traen causa de una inscripción cuyo título determinante ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de un procedimiento en el que no han intervenido los titulares respectivos y cuya existencia no fue reflejada en el Registro por medio de la oportuna anotación de demanda. Así se infiere claramente: Del principio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 CE); de la eficacia «inter partes» de la sentencia (1.252 CC); del principio registral de salvaguardia judicial de los asientos del Registro (cfr. art. 1 LH), que exige para su rectificación el consentimiento de los titulares respectivos o la oportuna resolución judicial en juicio declarativo contra ellos entablado (cfr. artículo, 40 párr. 2º LH), y así lo confirma también el propio párrafo final de este artículo últimamente citado, cuando señala que la rectificación de un asiento en ningún caso puede perjudicar a los que durante su vigencia adquirieron derechos a título oneroso y de buena fe.”*

En la discusión de esta pregunta se aludió por algunos al problema de la doctrina de la Sala 3ª del TS relativa a los efectos frente a terceros de buena fe de las sentencias que declaran ilegalidades urbanísticas, por ejemplo en proyectos de equidistribución inscritos que luego son anulados por los Tribunales, o a las obras nuevas edificadas al amparo de una licencia ilegal en las que se solicita su demolición sin que el adquirente de buena fe resulte estar protegido. Según esta corriente doctrinal, en estos casos no hay tercero protegido por la fe pública, en base al principio de subrogación real que establece el artículo 19 TR Ley del Suelo: *“La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real”*.

Sobre esta cuestión se ha publicado un trabajo crítico en RCDI número 720, Julio-Agosto 2010, titulado “Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de las licencias”. En él, sin perjuicio de aconsejar su atenta lectura, se analiza, desde una perspectiva crítica, la jurisprudencia del TS que establece, como regla general, la demolición de la edificación, aunque existan terceros adquirentes de buena fe, sobre la base de entender que la existencia de tales terceros no es causa

de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos y la defensa del derecho de propiedad se remite a otras vías alternativas, como la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta demoledora doctrina es rebatida por los autores, Inmaculada Revuelta Pérez y Edilberto Carbón Lainez, magistrado suplente y magistrado del TSJ de Valencia, respectivamente, en base los siguientes argumentos:

-- Esta interpretación del principio de fe pública registral no es acorde con la función actual del Registro de la Propiedad en el urbanismo y vulnera el principio de protección de la confianza legítima, ya que la edificación disponía de licencia administrativa, que goza de presunción de legalidad y fue inscrita en el Registro de la Propiedad en el que, hoy en día deben constar todas las afecciones urbanísticas con eficacia real.

-- El principio de subrogación real no justifica que los terceros adquirentes deban soportar la demolición de la vivienda, en la medida que, en este caso, no existe ningún deber urbanístico pendiente, como lo acredita el otorgamiento de la licencia.

-- Esta doctrina vulnera el derecho de propiedad que reconoce el artículo 33 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH, ya que no se respeta la vertiente procedimental de este derecho.

-- También se pone de manifiesto la ineficacia de las vías alternativas de tutela que propone el TS, en particular la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que no cumple los mínimos requisitos para dar satisfacción al derecho de propiedad y de tutela judicial efectiva de los terceros adquirentes.

-- Otros argumentos que se exponen son el tratamiento legal y jurisprudencial más favorable que reciben las actuaciones urbanísticas ilegales que no cuentan con licencia urbanística y la constatación de que en los órdenes jurisdiccionales civil y penal la presencia de terceros adquirentes de buena fe constituye causa de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias en sus términos.

Como solución los autores proponen que la existencia de terceros adquirentes de buena fe constituya, como regla general, causa de imposibilidad legal de ejecutar estas sentencias en sus propios términos, sin perjuicio, en los casos que proceda, de la ejecución por sustitución mediante la correspondiente indemnización al sujeto que haya obtenido la sentencia a su favor. Se exceptuarían de esta regla los supuestos de ilegalidad urbanística más graves y en los que entren en juego otros intereses públicos, como, por ejemplo, la protección medioambiental, el dominio público o el patrimonio histórico-

artístico. En estos casos, procederá la demolición, indemnizando simultáneamente a los terceros adquirentes de buena fe.

## EMANCIPADOS.

**1.-P:** Se presenta una escritura en que un emancipado con el consentimiento de sus padres constituye una hipoteca sobre una finca privativa suya en garantía de una deuda exclusiva de sus padres. ¿Se puede inscribir?

**R:** Algunos compañeros entendieron que como el emancipado actúa por sí mismo, aunque exista un complemento de capacidad por los padres –artículo 323-1 Código Civil-, y, por tanto, los padres no representan en realidad al emancipado y no tienen conflicto de intereses con él.

Pero, lo cierto es que el artículo 163 del Código Civil señala que el nombramiento de defensor judicial en caso de conflicto de intereses entre el hijo y los padres, procederá también cuando se trate de menores emancipados cuya capacidad deban completar. Así se manifiesta también indirectamente la DGRN en resolución de 14 de mayo de 2010, relativa a la actuación del mayor de 16 años no emancipado y el alcance del artículo 166 del Código Civil que es semejante al citado 323 del mismo cuerpo legal.

Según la citada resolución existe conflicto de intereses cuando la satisfacción por los padres de sus propios intereses iría en detrimento de los de los hijos, lo cual es evidente que ocurre en el caso de hipoteca de bienes del menor en garantía de una deuda ajena que pertenece a los padres.

## EMBARGOS.

**1.-** Se plantea si es aplicable a la TGSS la doctrina de la RDGRN de 1/10/2005 sobre los embargos preventivos decretados por la AEAT como medida cautelar por inicio de procedimiento de derivación de responsabilidad conforme a la cual no es necesario notificar al deudor.

En el presente caso se trata de un embargo preventivo dictado por la TGSS como medida cautelar en expediente instruido por derivación de responsabilidad contra el titular registral, dándose las siguientes circunstancias: 1) en la diligencia de embargo preventivo se prevé la notificación al cónyuge, terceros poseedores, acreedores hipotecarios, etc, igual que en los embargos ejecutivos; 2) según el mandamiento dicha diligencia ha sido notificada al deudor y a los demás interesados en el procedimiento recaudatorio.

Los problemas que surgen para la anotación son:

- 1) que la finca es ganancial y no se dice expresamente que se haya notificado al cónyuge (en la diligencia se ordenó su notificación pero no se dice que haya sido notificada, sólo hay una referencia genérica a que han sido notificados todos los interesados según lo previsto en el RGR).
- 2) si la referencia a la notificación al deudor que se hace en el mandamiento es suficiente ya que se trata de un supuesto de derivación de responsabilidad y cabe la duda de si el deudor notificado es el inicial o es el titular registral contra el que se ha derivado la responsabilidad.

**R:** A favor de no exigir la notificación y aplicar la doctrina de la DGRN para la AEAT, se señala la analogía de la finalidad y normas general de ambos procedimientos que se suelen copiar el uno al otro.

Pero mayoritariamente se considera que debe exigirse la indicada notificación por las siguientes razones: 1) que el artículo 54 del RGRSS al tratar del embargo preventivo como medida cautelar se remite a las normas de los embargos ordinarios a diferencia del artículo 81 de la LGT que no hace ninguna remisión, y 2) que la propia diligencia de embargo preventivo prevé la notificación al cónyuge y demás interesados (artículo 93 RRSS), entre los cuales, por supuesto, debe aclararse si la notificación se ha efectuado también al titular registral al que se deriva la responsabilidad

**2.-P:** Se presenta un mandamiento de anotación de embargo sobre los derechos sucesorios que A tenga en la herencia de C. Las fincas embargadas son gananciales de C y su mujer. ¿Se puede anotar el embargo?

**R:** Se considera que por la aplicación conjunta de los artículos 144-4 y 166-1 del Reglamento Hipotecario es posible la anotación del embargo si éste recae sobre “los derechos que a A le correspondan en la herencia de C”, los cuales no podrán ser enajenados –resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2002, entre otras-, y cuya efectividad dependerá de que las fincas sobre las que recaiga la anotación se adjudiquen, en la disolución de la sociedad de gananciales a C, y luego en la partición de la herencia a A.

**3.-P:** Posibilidad de practicar anotación preventiva de embargo sobre un embargo. ¿Y si se trata del embargo de un crédito garantizado con hipoteca o condición resolutoria? Requisitos en su caso.

**R:** No cabe duda, ex artículo 592 2º LEC, que los créditos pueden ser embargados. Y tampoco que si el crédito está garantizado con hipoteca u otra clase de garantía real, el acreedor dispone a su favor de un derecho real por lo

que no hay duda de que el embargo del crédito hipotecario será anotable en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, si el crédito no está garantizado con hipoteca u otra garantía real es más dudosa la posibilidad de esta anotación preventiva de embargo. Hay que tener en cuenta que el embargo es, ante todo, una medida procesal pues afecta con carácter real a un determinado bien a las resultas del procedimiento. Es una afección real, en virtud de la cual, el bien trabado queda vinculado “erga omnes” al proceso en el que se decreta, y no al crédito que lo motiva, al efecto de facilitar efectividad de la ejecución. Lo que accede al Registro no es el crédito que motivó el embargo, sino el embargo mismo, como medida cautelar adoptada por el Juez que entiende del procedimiento ejecutivo, con el fin de preservar el buen fin de la ejecución, impidiendo que adquirentes posteriores al embargo puedan hallarse protegidos por la fe pública registral cuando la adjudicación se realice.

El crédito del acreedor embargante sólo sería embargable por otro acreedor, si estuviera garantizado con hipoteca u otra clase de garantía real (condición resolutoria). Lo que procedería, en su caso, sería notificar al Juez que ordenó la anotación de embargo que se pretende embargar la existencia del procedimiento contra el crédito de su ejecutante, y la retención del importe que en su caso le correspondiese.

También Rafael Rivas Torralba (Anotaciones de Embargo, Tomo I) se inclina por la respuesta negativa puesto que ni el embargo ni la anotación dan lugar al nacimiento a favor del ejecutante de un derecho subjetivo de carácter real, cuya transmisión pudiera ser objeto de reflejo registral. No obstante, el cambio de acreedor por transferencia del crédito, podría reflejarse por nota al margen de la anotación preventiva de embargo, en la que habría de constar necesariamente un domicilio para notificaciones, al que el Registrador tendría que remitir la comunicación en el supuesto de ejecución de un gravamen de rango registral preferente. Se practicaría en virtud de mandamiento judicial del órgano en que se tramita la ejecución que dio lugar a la anotación de embargo.

Otros compañeros, por el contrario, mantuvieron la postura afirmativa pues lo cierto es que si un crédito tiene a su favor una anotación preventiva de embargo se convierte en privilegiado por aplicación del artículo 1923.4 del Código Civil, y su transmisión comprendería tal privilegio (artículo 1.528 CC). Si en la segunda ejecución se adjudica el crédito al acreedor, se hará constar la sucesión procesal al margen de la primitiva anotación preventiva de embargo. La cancelación, en su caso, de la segunda anotación de embargo no planteará problemas. El problema se planteará cuando lo que se pretenda sea cancelar la anotación de embargo primitiva, a su vez embargada, que requerirá también el mandato del Juez que ordenó la segunda anotación.

En todo caso, cualquiera que sea la postura adoptada, una vez admitido el embargo de un crédito debe exigirse que se notifique el embargo trabado al deudor para que se abstenga de pagar a su acreedor (ahora también deudor) y que retenga el importe debido a disposición del Juzgado (artículos 592 y 621 y ss LEC). De otro modo, esto es, sin notificar al deudor el embargo trabado, el pago realizado por éste al acreedor sería válido (cfr. artículo 1.165 CC) y quedaría burlado el derecho del embargante.

**4.-P:** ¿Cabe practicar una anotación de embargo a favor de una comunidad de bienes? (no es una comunidad de propietarios).

**R:** Mayoritariamente se considera que sí, en primer lugar, porque la posibilidad de tomar anotación preventiva de embargo a favor de un ente sin personalidad jurídica propia como es la “Comunidad de vecinos en régimen de propiedad horizontal” admitida en el artículo 21 de la LPH, no excluye *per se* su posibilidad en otros supuestos similares en que la anotación la solicite otra entidad sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, siempre que se encuentre identificada a efectos procesales –ej. con NIF- y se conozca o pueda conocer por el juez su composición –ej. número de miembros y participación-.

Así, en caso de adjudicación de la finca al acreedor ejecutante, igual que ocurre en los anteriores ejemplos, el juez o secretario deberán indicar en la forma exigida por la legislación hipoteca los nombres concretos de las personas físicas adjudicatarias y la proporción y carácter privativo o ganancial del derecho de cada uno, siendo entre tanto irrelevante su constancia en la anotación, tanto más, si como se ha indicado en el caso anterior, sus créditos anotados no pueden ser susceptibles de anotación preventiva de embargo.

Además y fundamentalmente se admite porque, como se ha expuesto en el caso anterior, el embargo es, ante todo, una medida de garantía procesal que no atribuye a su titular derecho real alguno –es la afección de una finca a las resultas de un procedimiento- y, en consecuencia, igual que si los demandantes son cónyuges no es necesario precisar si la titularidad es ganancial y si son varios no es de aplicación la obligatoriedad de fijación de cuotas del artículo 54 del RH; tampoco es necesario que tenga personalidad jurídica independiente si gozan procesalmente de legitimación activa.

A este respecto, el artículo 6 de la LEC reconoce, con carácter general, capacidad para ser parte en los procesos a las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley se lo reconozca y, a efectos de ejecución, el artículo 538 de la misma LEC dispone que son parte en el proceso de ejecución “las personas que obtiene el despacho de ejecución por aparecer como acreedores en el título

ejecutivo” y el artículo 544 admite su legitimación pasiva, lo que deja la cuestión en una materia de carácter procesal no calificable por el registrador.

**5.-P:** Está inscrita una finca por herencia a favor del padre en cuanto al usufructo vitalicio y a favor de los hijos la nuda propiedad. Existe un embargo sobre el usufructo del padre anotado en 1989 y prorrogado en 1992 (antes LEC). Entre la anotación y su prórroga el padre vendió a los hijos, nudos propietarios, su usufructo vitalicio.

Ahora una de las hijas, nudo propietario, solicita mediante instancia privada la cancelación de la anotación preventiva por fallecimiento del padre en el 2008, acreditándolo con el correspondiente certificado de defunción. ¿Se puede cancelar?

**R:** Dado que el objeto del embargo era exclusivamente el usufructo vitalicio referenciado a la vida del padre demandado (ya no usufructuario), y que efectivamente éste ha muerto y, por tanto, se ha extinguido el derecho embargado, debe entenderse extinguida, también, la anotación de embargo en su día practicada incluso aunque haya sido objeto de prórroga, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 107-1 de la Ley Hipotecaria, según el cual la hipoteca sobre un usufructo se extinguirá cuando concluya el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario.

Como título hábil se considera suficiente la instancia acompañada del certificado de defunción, si bien deberá efectuarse la correspondiente notificación al juzgado que ordenó la anotación.

## HERENCIAS.

**1.-P:** Se presenta una escritura de partición de herencia otorgada sólo por el cónyuge del causante y por una hija, alegando que el fallecido es de vecindad civil común, porque aunque nacido en Navarra, lleva viviendo en Madrid más de 40 años sin hacer manifestación en contrario.

Pero se acompaña el testamento de hace 3 años en que el causante declara expresamente que es de vecindad navarra y testa de acuerdo con la misma. La adjudicación hereditaria es de acuerdo con el Código Civil. ¿Existe algún inconveniente para la inscripción?

**R:** Según el artículo 14-5 del Código Civil la vecindad civil común o foral se adquiere por la residencia continuada de diez años sin declaración en contrario durante ese plazo, la que se hará constar en el Registro civil.

Por tanto, es discutible que el causante haya adquirido la vecindad civil común, por cuanto aunque la voluntad de mantener la navarra no se ha hecho constar en el Registro Civil, su voluntad expresa manifestada en un documento tan trascendente a efectos sucesorios como es el testamento, se considera suficiente para enervar la adquisición por residencia.

No obstante, como la posible perjudicada, la cónyuge supérstite comparece y consiente, se considera inscribible la partición. Pero si el supuesto fuera el contrario se considera que no podría inscribirse.

**2.-P:** Se presenta una partición de herencia en que se acompaña un acta de herederos autorizada en Tarragona y en que se nombra heredera a la mujer del causante –que es la única que comparece- no obstante vivir los padres de éste, porque se considera aplicable la legislación sucesoria catalana en que es llamada a la herencia intestada antes el cónyuge que los ascendientes, al contrario que en la legislación común.

El causante era nacido en Oviedo y empezaron a vivir en Tarragona en el año 2000 y se casó. En el mismo año 2000 se compró un piso en Móstoles, en estado de soltero, es decir, antes de la boda. El fallecimiento tuvo lugar en el año 2002. ¿Se puede inscribir?

**R:** Como es sabido, según el artículo 9-1 del Código Civil, la ley personal correspondiente a las personas físicas es la que determina la sucesión por causa de muerte, y según el artículo 9-8, la sucesión por causa de muerte se regirá por su ley nacional –en este caso de vecindad civil- del causante en el momento de su fallecimiento cualesquiera que sea el lugar que se encuentren las fincas.

Por su parte, según el artículo 14-5 del Código Civil, la vecindad civil común o foral se adquiere, entre otros casos, por la residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad la que se hará constar en el Registro Civil correspondiente.

Por tanto, debe acreditarse mediante la oportuna certificación del Registro Civil que el causante ha adquirido la vecindad civil catalana, pues esa circunstancia no se acredita en el acta de declaración de herederos.

**3.-P:** Se presenta en el Registro dos documentos: a) la escritura de partición de un hombre que se encontraba en trámite de separación de su mujer, otorgada por sus dos hijos y en que su cónyuge renuncia a sus posibles derechos legitimarios y en que se inventaría la mitad del piso vivienda habitual; y b) la escritura de disolución de la sociedad conyugal previa en que se adjudica dicho piso por mitades partes a marido y mujer, a la que a su vez se atribuye el uso de la

misma, aunque no consta la aprobación judicial. ¿Es inscribible dicho derecho uso familiar?

**R:** Se estima que no, porque dicho uso de la vivienda familiar corresponde, en realidad, a los hijos, es decir, que tiene por finalidad proteger sus derechos frente a uno de los cónyuges adjudicatarios, según resulta del artículo 96 del Código Civil. Por ello, en este caso, al no poder disponerse de dicha vivienda por sí solo el cónyuge sobreviviente, tras la partición, sin consentimiento de los hijos o sin autorización judicial y al no existir otro titular al que hacer de contrapeso pues la inscripción gravada pertenece ya a los hijos, la inscripción de dicho derecho de uso pierde su sentido jurídico.

**4.-P:** En una herencia testada el causante, que tuvo once hijos, nombre herederos a nueve de ellos y a los dos restantes les lega la legítima estricta. Se practica escritura de partición de herencia en la que comparecen los once descendientes, hacen el inventario y avalúo de los bienes, se fijan los haberes, se adjudican los bienes, y todos ellos se dan por pagados en sus respectivos derechos sin que tengan nada más que reclama por razón de la herencia. Se presenta a inscripción una escritura de adición de esta herencia donde se incluyen otros bienes pero en la que comparecen sólo los nueve herederos y no los legitimarios.

**R:** En principio, dado el principio de unanimidad de la partición (ex artículo 1051 y ss CC) y la naturaleza de la legítima en el derecho común como “pars bonorum” (ex artículo 806 CC) es imprescindible el concurso de los dos legitimarios en la escritura de adición de herencia. La cláusula contenida en la escritura de herencia principal, adicionada por la ahora presentada, donde se dice que se dan por pagados en sus respectivos derechos sin que tengan nada más que reclamar por razón de la herencia no supone una renuncia de aquellos (que tampoco podría ser parcial) a los futuros bienes que pudieran aparecer. Por el contrario, el alcance de esta cláusula (de estilo en la mayoría de las particiones que se presentan) debe limitarse a que, respecto de los bienes ya inventariados y, sobre todo, respecto de la valoración de ellos realizada, todos los comparecientes se han puesto de acuerdo y no pueden reclamarse nada respecto de ese concreto negocio jurídico realizado. En definitiva, la escritura de adición requiere el consentimiento de todos los que otorgaron la partición inicial (vid. RDGRN 13/12/1999).

## HIPOTECAS.

**1.-P:** Se trata de una hipoteca sobre diversas fincas en garantía de un préstamo concedido por diversos acreedores en distinta proporción. La responsabilidad hipotecaria establecida no suma la totalidad de la deuda, y se establece expresamente que dicha cifra máxima, que es única, engloba el principal y los

intereses ordinarios, pactándose que en ningún caso estos intereses excederán de cinco años. ¿Se puede inscribir?

**R:** En primer lugar, se considera que en las hipotecas del artículo del 153 bis de la LH y asimiladas, es innecesario fijar cifras máximas de responsabilidad hipotecaria separadas para cada una de las obligaciones accesorias garantizadas –del tipo que sean e incluso se pueden incluir más de 5 años de intereses ordinarios-, pues lo que realmente se garantiza es el saldo de la cuenta liquidatoria; salvo para los intereses moratorios devengados después del cierre de la cuenta y las costas de ejecución pues son conceptos que no pueden generar deudas incluíbles en el saldo final que determine el importe inicial a reclamar.

Lo que debe quedar claro es si la voluntad de la partes es configurar una hipoteca ordinaria o realmente nos encontramos ante una hipoteca del artículo 153 bis de la LH mal constituida, cosa que, a veces, ocurre; pues el citado artículo se refiere a la posibilidad de constitución de las hipotecas que regula en garantía de “una o diversas obligaciones .....”, es decir, que en su regulación incluye no sólo hipotecas que garantizan una pluralidad de obligaciones, sino que también debería entenderse aplicable al caso de que exista una sola obligación –préstamo, crédito o de otro tipo-, presente o futura, y bastando que se determine el máximo de responsabilidad hipotecaria, la forma de determinación del saldo garantizado, y la duración de la hipoteca. Así, por ejemplo, si no se ha fijado el plazo de la hipoteca y no se hace alusión alguna a que se trata de una hipoteca del artículo 153 bis, debe considerarse que se trata de una hipoteca ordinaria.

También se estima que el artículo 12 de la LH contempla dos tipos distintos de hipoteca, la ordinaria o de tráfico por un lado, en que debe expresarse la responsabilidad hipotecaria propia y separada de cada obligación accesorias garantizada por aplicación del principio de especialidad –aunque en el concepto gastos extrajudiciales quepan todos los previstos en el contrato incluso según muchos las comisiones- y la hipoteca de máximo, en las distintas modalidades en que se ajuste a su naturaleza, en que se permite que sólo se fije una responsabilidad hipotecaria máxima, si bien con la precisión antes indicada respecto de las deudas posteriores al cierre de la cuenta.

Se opina, por último, que la posibilidad de la recarga en las hipotecas ordinarias no las transforma en hipotecas de máximo, al menos a estos efectos, antes al contrario, la necesidad de saber cuál es el concreto capital amortizado respecto de la responsabilidad hipotecaria por principal, corrobora la tesis expuesta, sin perjuicio de que ese nuevo importe concedido pueda englobar realmente gastos u obligaciones accesorias y no sólo una nueva aportación de dinero efectivo, pues su inclusión en la "recarga" transformaría su naturaleza a capital.

**2.-P:** Se pregunta por la posibilidad de inscribir el pacto de utilización del procedimiento de ejecución directo hipotecario en caso de fijación de un valor de tasación a efectos de subasta sin incorporar una tasación emitida por entidad homologada, cuando, además, el precio que se fija por remisión al principal de la hipoteca, es notablemente inferior al precio de la finca que consta en el Registro, tanto en una compra anterior, como el fijado a los mismos efectos de subasta en otra hipoteca también anterior.

**R:** Esta cuestión ha sido recientemente tratada por la Comisión Técnica de Hipotecas, cuyo informe se reproduce:

“En primer lugar, se considera que dada la costumbre de la entidad crediticia del supuesto concreto, de señalar como precio a efectos de subasta la cifra del principal del préstamo y tratarse éste de un préstamo complementario de sólo 6000 euros, garantizado por una finca que ya había sido tasada por la misma parte acreedora en 174.300 euros en el año 2004; la tasación señalada quizá pueda tratarse de un error motivado por el citado formulario que convendría aclarar mediante una consulta al acreedor.

Pero, desde el punto de vista sustantivo, se entiende que no existe inconveniente para la inscripción de la hipoteca ni del pacto relativo al procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados, por las siguientes razones:

1ª.- La fijación del "*precio en que los interesados tasan la finca*" es exigencia del procedimiento ejecutivo especial hipotecario (artículo 682.2.1º de la LEC), sin que esta norma establezca requisito objetivo alguno para su fijación, por lo que, en principio, la pueden efectuar libremente los interesados.

2ª.- La tesis clásica sobre la naturaleza de esta tasación recogida en la resolución de la DGRN de 4 diciembre 1929 según la cual "*el precio debe entenderse, no como valor real de la finca determinado por los medios técnicos y en atención a las características económicas del inmueble, sino como cantidad que ha de servir en su día de base a las posturas de los licitadores, habida cuenta de la obligación que los mismos contraen de aceptar las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor y subrogarse en las responsabilidades correspondientes*", excluye toda calificación registral sobre su cuantía, que, además, como es sabido, no puede entrar en enjuiciar las cláusulas abusivas salvo que exista una sentencia firme inscrita en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación que declare su nulidad.

3ª.- Los artículos 7 y 5 de la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario y el artículo 28-2 de su Reglamento, que establecen que los bienes hipotecados deben ser tasados por una entidad homologada y que el precio de tasación a efectos de subasta no puede ser inferior al valor de la tasación fijado por dicha

entidad correspondiente; sólo son exigibles para que “*el crédito hipotecario pueda ser movilizadado mediante la emisión de títulos*”, no para imponer una condición sustantiva para la inscripción de las hipotecas o del procedimiento ejecutivo directo de las mismas. Lo más que cabe es hacer constar en la inscripción y en la nota de despacho si la tasación cumple los citados requisitos impuestos por la Ley 2/1981.

4ª.- Tampoco son aplicables a la ejecución hipotecaria los artículos 637 a 639, 657 y 666 LEC, según los cuales en el procedimiento ejecutivo ordinario los bienes inmuebles se tasarán, a falta de acuerdo entre ejecutante y ejecutado, por el perito designado por el secretario judicial, a cuyo valor se deducirán por éste el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se despache ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas; porque esta norma es razonable cuando la tasación se efectúa en el momento inmediatamente anterior a la subasta y se sabe cuál es el saldo líquido de esas cargas preferentes, pero no en el momento lejano de la constitución de la hipoteca.

5ª.- En definitiva, la citada consideración del precio de subasta de no ser un reflejo del valor real de la finca sino una mera cantidad que ha de servir en su día de base a las posturas de los licitadores, determina, según señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1993, que ese valor real será el que tenga –subjetiva u objetivamente- el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el propio licitador el que al efectuar su puja deberá tener en cuenta tanto las mejoras o el estado de conservación de la finca como ese saldo líquido exigible de las cargas preferentes.

**3.-P:** Se pregunta por la posibilidad de inscribir la cancelación de unas hipotecas de refinanciación, ordenadas por sentencia judicial firme, en procedimiento de rescisión de actos efectuadas contra la masa del concurso, en que la demanda únicamente se dirigió contra algunas de las entidades acreedoras titulares registrales de la hipoteca, dado que, según se indica, el resto de las entidades financieras renunciaron a las garantías de referencia unas en el procedimiento judicial del concurso y otras extrajudicialmente.

En dicha sentencia se declara la ineficacia de la integridad de las escrituras de constitución de hipoteca y se ordena la cancelación registral de las cargas declaradas ineficaces, señalándose en resolución complementaria que la cancelación afecta a las inscripciones de todos y cada uno de los acreedores hipotecarios, incluso las relativas a los no demandados.

**R:** Es norma básica del derecho español que la falta de demanda o intervención del titular registral del crédito hipotecario, igual que el del dominio o cualquier otro derecho real, en el procedimiento tendente a declarar nulo un título inscrito,

impiden la inscripción de la cancelación del correspondiente asiento registral por aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva –artículo 24 de la Constitución Española- y de los principios hipotecarios de salvaguarda judicial de los derechos inscritos - artículo 1 de la Ley Hipotecaria-, de legitimación –artículos 38 y 40-d de la Ley Hipotecaria- y de tracto sucesivo - artículo 20 de la Ley Hipotecaria- (resoluciones de la DGRN de 23 de agosto de 1983, 15 de marzo de 2001 y 3 de julio de 2001, entre otras).

En el presente supuesto, no consta que todos los titulares registrales de las hipotecas hayan tomado parte en la pieza separada de rescisión de la misma, por lo que no es inscribible la cancelación del asiento registral de la hipoteca ordenada por el juez respecto de los titulares no demandados, por razón de la existencia de obstáculos que surgen del Registro, que son calificables según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

La solución sería la cancelación en escritura pública de la hipoteca por parte de esos titulares registrales no demandados o, alternativamente, dado que la rescisión de las hipotecas se ha declarado en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, que se certifique por el secretario judicial que en la lista de acreedores del concurso figuran los titulares de todas las hipotecas rescindidas, que todos han firmado o no se han opuesto al Convenio concursal y que del mismo resulta la renuncia o extinción de las repetidas garantías reales, bien porque así se señala expresamente, bien porque así se infiere de la clasificación de los créditos contenidas en el mismo.

Con posterioridad a la reunión del seminario se ha hablado en el último sentido indicado con el juez mercantil y parece que está dispuesto a expedir el correspondiente mandamiento complementario, por lo que se ruega que, salvo opinión más fundada, se inscriba la cancelación si se aporta el referido documento.

**4.-P:** Se presenta una escritura de constitución de hipotecas en garantía de acuerdos de refinanciación en que, como es habitual, se garantizan distintos tramos de titularidad cada uno de distintas entidades. En vez de constituir una sola hipoteca flotante o varias garantizando los distintos tramos y con igualdad de rango; se constituyen tantas hipotecas como acreedores existen, y cada una flotante en garantiza de los distintos créditos de cada acreedor en cada tramo y con igualdad de rango. ¿Es inscribible?

**R:** Indudablemente sí pues ningún artículo lo prohíbe y, en consecuencia, las partes podrán, entre otras posibilidades derivadas del principio de autonomía de la voluntad, pactar bien el establecimiento de una comunidad romana sobre la hipoteca –que garantiza todas las obligaciones- y determinar la cuota de cada acreedor en la garantía, cuota que determinará la medida en que cada uno podrá

servirse aisladamente de la hipoteca; o bien constituir tantas hipotecas flotantes independientes y con igualdad de rango como acreedores haya, pactando que cada una de las mismas garantice los créditos o *quantum* de cada acreedor en los mismos.

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

**5.-P:** Se trata de una escritura de hipoteca sobre diversas fincas en garantía de un préstamo simple concedido por diversos acreedores en distinta proporción. La responsabilidad hipotecaria establecida no suma la totalidad de la deuda, y se establece expresamente que dicha cifra máxima, que es única, engloba el principal y los intereses ordinarios, pactándose que en ningún caso estos intereses excederán de cinco años. ¿Se puede inscribir?

**R:** En primer lugar, se estima que para resolver la pregunta se debe partir de considerar que el artículo 12 de la LH comprende dos tipos de distintos de hipoteca, la ordinaria o de tráfico en que en la responsabilidad hipotecaria debe señalarse “el principal de la deuda y los intereses si se hubieren estipulado” (y otros conceptos que se quisieran garantizar) y la de máximo, en que es suficiente que se señale una “responsabilidad máxima”, y cada una tiene su propio régimen. No existen dos opciones para configurar la hipoteca a elección de las partes, sino que la obligación garantizada y el tipo de garantía que se quiera establecer determinan la elección posible.

Como argumentos a favor de esta dualidad se alude a la reconducción al absurdo de la posible opción, pues los defensores de la libertad de configuración de la hipoteca por las partes, aun en el caso de un simple préstamo, parecen ver normal que el mismo pueda ser garantizado sin más por una hipoteca de máximo, pero, ¿sería posible lo contrario?; a juicio general no, por lo que existen dos tipos de hipoteca no una facultad de las partes.

Además, a las hipotecas ordinarias les es aplicable el artículo 4 de la Ley 2/1994, que es la clave de la distinción, e implica, tenga el alcance el artículo, y se otorgue la naturaleza que se otorgue a la hipoteca a que se refiere -y aunque lo fuere de máximo, que a estos efectos da igual pues, en todo caso, sería una hipoteca de máximo especial con un régimen propio-, que la hipoteca que recoge tiene un régimen concreto que es el referido a garantizar un único préstamo inicial cuyo importe, por su propia redacción -ampliación de capital- o,

en su caso, el de las sucesivas recargas, es el único que se puede incluir en la responsabilidad hipotecaria principal. Y si en el nuevo importe de capital se han incorporado gastos o intereses anteriores no garantizados -lo que es probable que ocurra-, ello no importa y no cambia el régimen, porque se diga o no en la escritura, se incorporará como capital y esa naturaleza tendrá.

Por su parte a las hipotecas de máximo les es aplicable el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, cuyo régimen implica que su cifra de responsabilidad máxima permite incluir en la garantía, aunque sólo garantice, siguiendo la dicción legal, un único préstamo y de presente, todas las obligaciones accesorias derivadas del mismo -incluidos todos los intereses ordinarios-, y ello porque ese es su régimen (o así se entiende mayoritariamente pues no se encuentra otra razón de ser a esa posibilidad legal de garantizar un único préstamo con una hipoteca de máximo), y para que así ocurra basta que se diga que se garantizan con esa única cifra los conceptos que se quieran. No es aplicable el artículo 4 de la L 2/1994 porque ese efecto se consigue en esta hipoteca expresando simplemente que se garantizan todos los préstamos que se puedan conceder y sin problemas de aumento de responsabilidad hipotecaria. La excepción son las cantidades devengadas después del cierre de la cuenta que al poder ser incluidas en el saldo líquido exigible, deben ser objeto de garantía independiente.

Por tanto, en los casos como el que se plantea debemos, en primer lugar, calificar qué tipo de hipoteca han querido pactar las partes y exigir, en su caso, los requisitos propios del régimen respectivo -ej. plazo de duración de la hipoteca en la hipoteca del 153 bis LH-, y en caso de duda, se debe pedir aclaración, porque no se puede inscribir una hipoteca sin saber cuál es el régimen aplicable, pues se faltaría al principio de determinación.

**6.-P:** En una hipoteca “*apud acta*”, sólo viene en el mandamiento que se constituye hipoteca para garantizar una fianza en procedimiento criminal. ¿Es necesario que consten los requisitos de plazo, tasación para subasta, etc.? ¿Cuál es el título inscribible?

**R:** Se entiende que basta para la inscripción de esta hipoteca el mandamiento, si en el mismo se inserta la resolución judicial por la cual queda constituida la hipoteca. Según el artículo 595 LECrim, “la fianza hipotecaria podrá otorgarse por escritura pública o *apud acta*, librándose en este último caso el correspondiente mandamiento para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Devuelto el mandamiento por el Registrador, se unirá a la causa.”

No es necesario que conste tasación para la subasta ya que este requisito es exigible únicamente para la ejecución de la hipoteca por el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados (Cf. Art. 682 LEC), pero no para el procedimiento de ejecución ordinario. Cuando el artículo 594 LECrim señala

que “los bienes de las fianzas hipotecaria y pignoraticia serán tasados por dos peritos nombrados por el Juez instructor o Tribunal que conozca de la causa, y los títulos de propiedad relativos a las fincas ofrecidas en hipoteca se examinarán por el Ministerio Fiscal, debiendo declararse suficientes por el mismo Juez o Tribunal cuando así proceda”, debe entenderse como requisitos para que el Tribunal pueda comprobar que la garantía ofrecida puede cubrir las eventualidades responsabilidades pecuniarias que puedan declararse procedentes en el procedimiento.

Tampoco se consideró necesario fijar un plazo, puesto que si la hipoteca garantiza las responsabilidades pecuniarias que puedan exigirse en el procedimiento, se entiende que aquella se extenderá hasta la conclusión de éste. Así lo ha reconocido la DGRN para un supuesto de hipoteca unilateral a favor del Estado por deudas tributarias impugnadas, cuyo ingreso había sido suspendido hasta la resolución definitiva por el TEAR, pudiendo prorrogarse, si así lo permite el órgano jurisdiccional, hasta la decisión firme del TS, en su caso (vid. RDGRN 30/09/2003). Señala la DGRN que se trata de una obligación sujeta a término incierto de exigibilidad, pero que necesariamente ha de llegar y que será aquél en que se produzca una resolución firme en el procedimiento iniciado o en los posteriores posibles.

Lo que sí se considera exigible es la distribución de la responsabilidad hipotecaria si la hipoteca *apud acta* recae sobre varias fincas –artículo 119 de la LH-.

**7.-P:** Acta haciendo constar el pago de unas letras de cambio y cancelación de hipoteca cambiaría. En su día se constituyó la hipoteca en garantía de 10 letras de cambio perfectamente identificadas a favor del tenedor o tenedores de las mismas. Se acompañan 7 de las letras y 2 certificados en los que una entidad de crédito certifica que en la cuenta del deudor se efectuó en fecha "x" un cargo en concepto de adeudo efecto n° xxxxxxxxxxxxxx (no reflejándose el número de la letra como señala el propio Notario) librado por don Y (librador según el Registro), letra aceptada y con gastos. Comparece en el acta el citado don Y que manifiesta que los únicos efectos librados y aceptados por el deudor de los que él era librador son las 10 letras de cambio que figuran reseñadas en la escritura de hipoteca cambiaria, por lo que el Notario considera notorio el pago de las 3 letras de cambio que no se acompañan. Se calificó negativamente por entender que no basta con acreditar el pago de la letra, pues ello no impide la circulación del efecto, y sólo su destrucción física o inutilización es el procedimiento por el que se retira de la circulación los títulos referidos. El notario autorizante del acta insiste ahora con el argumento de que, dado que la última letra tenía un vencimiento el día 30 diciembre de 2003, la acción cambiaria habría prescrito y ya no podría ejecutarse la hipoteca por otro tenedor

puesto que carecería de acción causal al haberse acreditado el pago. ¿Se puede cancelar?

**R:** Este caso es continuación del examinado por el Seminario en recientes sesiones y publicado en el número anterior de esta Revista. En aquella reunión se concluyó en la insuficiencia del acta para cancelar la hipoteca respecto de las 3 letras de cambio que no se habían inutilizado con base en que: a) el certificado aportado no es al que se refiere el artículo 45 Ley Cambiaria, esto es, el expedido por la entidad tomadora cuando ésta, portadora de la letra, sea una entidad de crédito, sino que es el expedido por la entidad simplemente pagadora y no la tenedora de las letras, lo cual es insuficiente; y b) tampoco es suficiente la declaración de notoriedad para la cancelación, pues no se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho inscrito, no pudiendo deducirse del acta de notoriedad presentada una prueba suficiente a efectos registrales (vid los argumentos de RDGRN 23/01/2008 en un supuesto similar).

Y los argumentos ahora esgrimidos no alteran la calificación efectuada en su día. En primer lugar, porque el instituto de la prescripción, por su propia naturaleza que admite interrupciones, no puede ser apreciado por el Registrador; en segundo lugar, porque el pago de la letra no impide que siga circulando; y, fundamentalmente, porque lo que se cancela en el Registro no es el crédito sino la hipoteca que lo garantiza, y la acción hipotecaria para hacer efectivo el importe de la letra tiene un plazo de prescripción de 20 años (Cf. Art. 128 LH), por lo que se deberá atender, en su caso, al plazo señalado en el artículo 82 5º LH, esto es, veinte años más uno desde el vencimiento de la letra; siendo el procedimiento correspondiente para lograr su cancelación registral, el expediente de liberación de cargas y gravámenes.

**8.-P:** ¿Es posible la cancelación de una hipoteca de la AEAT por certificado administrativo, cuando todavía no consta la aceptación en el Registro?

**R:** Del artículo 66 del Reglamento General de Recaudación de 2005 resulta que la aceptación de la hipoteca unilateral a favor de la Hacienda Pública, así como el consentimiento para su cancelación, se hará constar en el Registro correspondiente en virtud de documento administrativo expedido por el órgano competente. En igual sentido se pronuncia el artículo 28 in fine del Reglamento del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social de 2004 para las constituidas a favor de la TGSS.

Respecto de una hipoteca a favor de la Seguridad Social la RDGRN de 26 de noviembre de 2003 ya había admitido su cancelación por certificación administrativa, argumentando que si la cancelación precisa una declaración de voluntad unilateral y no necesariamente recepticia, cuando ésta procede de una administración pública, requerirá, como cualquier otro acto administrativo, la

regularidad en su producción, tanto por razón de su origen (cfr. art. 53 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del PAC) como de su forma (art. 55 de la misma Ley). Lo cual supone una aplicación concreta de la regla más general del artículo 3 LH que habilita como títulos formales a efectos registrales las escrituras públicas, las ejecutorias y los documentos auténticos expedidos por el Gobierno o sus Agentes en la forma que prescriban los reglamentos.

Respecto de la pregunta en cuestión, no se aprecia obstáculo para la cancelación en el hecho de que no conste registralmente la aceptación, pues no se trata de un derecho sujeto a condición - la hipoteca existe desde el momento en que se constituye, según entiende la jurisprudencia y la mejor doctrina- y la única especialidad de estas hipotecas unilaterales reside en el artículo 141 párrafo 2º LH y 237 RH que prevén una cancelación a instancias exclusivamente del dueño de la finca. Según estos preceptos puede cancelarse la hipoteca unilateral, a petición del dueño de la finca y expresando su consentimiento en escritura pública, sin necesidad de consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó (y por tanto sin seguir la regla general de consentimiento del titular registral del derecho, que se establece en el artículo 82 de la misma Ley), cuando transcurran dos meses desde el requerimiento que le hayan realizado los deudores para que realice la aceptación sin que ésta haya tenido lugar. Pero esta especialidad no impide que se apliquen, en su caso, las reglas generales, por lo que constando el consentimiento en documento auténtico procederá la cancelación.

Además, se entiende que la propia cancelación implica una aceptación previa, porque la accesoriedad de la hipoteca implica que cancelada la obligación no debe mantenerse la misma y porque, además, no existe perjuicio para nadie.

**9.-P:** Se presenta una escritura de hipoteca que recae sobre dos fincas, no existe una constitución global de la responsabilidad hipotecaria sino que se pasa directamente a la responsabilidad individual de cada finca y en ella se establece para el piso responsabilidad por intereses ordinarios de un año al tope del 5%, moratorios de 2 años al tope del 11% y por costas y gastos el 15%, mientras que para el garaje se establece responsabilidad por intereses ordinarios de 2 años al tope del 3,3%, moratorios de 3 años al tope del 9,3% y por costas y gastos el 30%. ¿Es posible?

**R:** En principio se señala que el principio de determinación hipotecaria y artículo 114 de la Ley Hipotecaria, según los cuales las cifras garantizadas por intereses no podrán exceder de los máximos establecidos, imponen que fijado en la responsabilidad global un plazo de intereses garantizados y un tipo máximo de éstos, los intereses garantizados deben cuadrar con la responsabilidad numérica señalada, así como que la responsabilidad hipotecaria por los mismos

debe coincidir, en caso de la distribución impuesta por el artículo 119 de la LH y 216 del RH, entre la responsabilidad global y la de cada finca, es decir, que la distribución por el concepto debe ajustarse a los términos –número de años y tope de interés- de la responsabilidad hipotecaria global.

Pero como en este caso no existe esa responsabilidad hipotecaria global, es admisible que esos factores sean distintos respecto de cada finca si esa es la voluntad de las partes, que en ese caso estarían constituyendo dos hipotecas parciales, con sus correspondientes consecuencias en cuanto al reparto de precio del remate, etc –artículo 120 y concordante de la Ley Hipotecaria-.

En todo caso, debe quedar clara cuál es la verdadera voluntad de las partes, por lo que si existe contradicción en la escritura, como ocurre en este caso, en que por un lado se habla de un solo préstamo con una única cuota y una sola hipoteca, pero luego no se fija responsabilidad global y se establece unos distintos factores para calcular la responsabilidad hipotecaria de ambas, debe pedirse la correspondiente aclaración, la cual sería admisible por instancia.

**10.-P:** Se solicita juicio sobre la inscribibilidad de una nueva cláusula de constitución de hipoteca de Caja Madrid que dice en la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios “de dieciocho meses de intereses remuneratorios al tipo pactado del 13% nominal anual, salvo modificación pactada de acuerdo con los términos del contrato”

**R:** Se considera que no se trata de un modelo nuevo de responsabilidad hipotecaria sino de un error en que, al contrario que en el modelo normal de dicha entidad, en vez de indicarse el interés inicial, se ha señalado el tipo máximo hipotecario en dicha parte de la cláusula, así como también al final de la responsabilidad hipotecaria; por lo que, dado que dicho tipo máximo es el importante a efectos de responsabilidad hipotecaria y que el resultado matemático es el mismo si se rectificara, se considera inscribible la hipoteca sin necesidad de la corrección del citado error material.

**11.-** Examen de la doctrina dimanante de la resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010 respecto a la calificación registral de las cláusulas de las hipotecas.

**R:** Se pone de manifiesto que esta resolución viene a ratificar la doctrina dimanante de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, que a su vez venía a coincidir en la fundamental con el informe de la Comisión Colegial de Calificación de Hipotecas. Las conclusiones que se sientan son las siguientes:

-- Que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado deben inscribirse – “no transcribirse”- en los términos que resulten de la escritura de hipoteca siempre que la calificación de las mismas sea favorable para que produzcan plenos efectos reales, si bien el alcance o extensión de esta calificación se ha limitado o modalizado para facilitar una cierta uniformidad en su publicidad registral.

-- Que ese ámbito de calificación se extiende a que no serán inscribibles dichas cláusulas si son contrarias a una norma imperativa o prohibitiva “redactada en términos claros y concretos”, es decir, objetivizada; o hubieren sido declaradas nulas por abusivas mediante sentencia judicial firme; pero las demás deberán inscribirse en los términos expuestos.

-- Que esa calificación es necesaria para que la inscripción surta sus propios efectos y las cláusulas de la hipoteca puedan beneficiarse de ellos –la exposición de motivos de la Ley 41/2007 dice “para que queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva”-, es decir, para lograr la oponibilidad frente a terceros de esas cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y, en consecuencia, para la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas –artículo 130 de la Ley Hipotecaria-, que, en consecuencia tendrán trascendencia real.

-- Que esa calificación también es necesaria por aplicación de los principios que inspiran la normativa de protección de consumidores y usuarios –artículo 18 de la Ley 2/2009 y 258-1 de la LH-; y especialmente por la normativa comunitaria sobre esa materia de consumidores que dispone que una “cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor sin que, a este respecto, sea necesario que aquél haya impugnado con éxito tal cláusula” (sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009) “lo que hace de la calificación registral una cuestión de orden público como instrumento que garantiza la efectividad del ejercicio de los derechos conferidos a los usuarios por el ordenamiento jurídico comunitario“.

-- Que asimismo se distingue entre la no inscribibilidad y la nulidad de las cláusulas como conceptos jurídicos diferenciados; y se consideran no inscribibles: a) Las prohibiciones de vender, hipotecar o arrendar en general la finca hipoteca y la previsión del vencimiento anticipado en esos casos por ser contrarios a los artículos 27 y 107-3 de la Ley Hipotecaria y confirmada por la disposición adicional primera número 5 de la Ley 41/2007. b) Las cláusulas de vencimiento por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura por no poder producir el mismo, según las STS de 16 de diciembre de 2009 y 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, el incumplimiento de obligaciones meramente accesorias o irrelevantes pues en estos casos no concurre justa causa para ello.

-- Que, por el contrario, se consideran inscribibles: a) el pacto de anatocismo porque el TS ha declarado su validez en sentencias de 8 de noviembre de 1994 y 4 de junio de 2009 con base fundamentalmente en la posibilidad recogida en el artículo 317 del Código de Comercio. b) La de vencimiento del préstamo hipotecario por arrendamiento de vivienda por plazo inferior a 5 años ya que no se ven afectados por el principio de purga de la hipoteca. c) Las cláusulas relativas a comisiones, gastos, impuestos y primas del seguro, aunque no estén garantizadas con hipoteca (pueden serlo con sólo la indicación de una cifra de responsabilidad hipotecaria genérica para costas y gastos), porque son válidas –salvo extralimitación de los límites legales- y constituyen parte del contenido de la obligación garantizada –artículo 12 de la LH-.

Además, en cuanto a estas cláusulas, se señala en el seminario que las mismas tienen un efecto en la ejecución pues según establece el artículo 692 p2º de la LEC “cuando el propietario del bien hipoteca es el mismo deudor -y no existan titulares registrales posteriores-, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución”, por lo que si dichas estipulaciones no constan en la inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 130 de la LH, no podría aplicarse ese párrafo respecto de dichos conceptos accesorios del crédito.

**12.-** Examen de la doctrina dimanante de la resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010 respecto a la inscripción de la hipoteca inversa y de sus concretos pactos.

**R:** Respecto de este tipo de hipotecas, la citada resolución establece las siguientes conclusiones:

a) Parece partir, en primer lugar, de la existencia de un tipo único de hipoteca inversa, que es la que se ajusta a los requisitos de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 de acreedor, deudor y objeto garantizado, no siendo inscribible la hipoteca que no se ajuste a los mismos; lo que condiciona en parte las posteriores conclusiones respecto a su clausulado.

Pero a este respecto se estima que, en realidad, del texto legal se infiere la admisión de, al menos, dos tipos de hipoteca inversa, una –que llamaremos especial- con exención fiscal y reducciones arancelarias, que debe ajustarse a los requisitos estrictos de la citada disposición adicional, y otra –que llamaremos común-, que no goza de dichos beneficios y a la cual no son aplicables todos los requisitos de las anteriores –salvo quizás los relativos al acreedor-, aunque sí los estructurales, como son el no vencimiento de la deuda hasta el fallecimiento del acreditado y el plazo de pago por los herederos.

Así el número 10 de la citada disposición adicional primera señala que “podrán instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos a la vivienda habitual del solicitante, a las que no les sería de aplicación los apartados anteriores”, lo que se entiende referido a los apartados inmediatamente anteriores –beneficios fiscales y arancelarios- pues sino se hablaría de no aplicación del artículo no de sus apartados anteriores. Se estima, además, que la excepción puede referirse también a las condiciones del deudor –ej. edad-, del objeto –ej. pertenencia del bien a un hijo- o a otro tipo de circunstancias distintas de los requisitos estructurales de la hipoteca –vencimiento- o de orden público –clase de acreedor-, porque no existe causa jurídica ni económica que lo impida fuera de la interpretación estricta del artículo, y porque ya se otorgaban antes y se siguen otorgando todavía.

La admisión de estos dos tipos hace que se maticen las demás conclusiones de la resolución en la medida que nos encontremos ante un tipo u otro de hipoteca inversa.

b) No es necesario para que sea inscribible la hipoteca inversa que previamente se apruebe su desarrollo reglamentario por aplicación de la jurisprudencia de las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 y 14 de octubre de 1994.

Sobre este punto se está totalmente de acuerdo pues, entre tanto se produzca ese desarrollo, serán aplicables las normas generales que regulan las hipotecas, en cuanto se adapten a esta especial figura, como así señala su apartado 11º según el cual “en lo no previsto en esta disposición –y su normativa de desarrollo cuando exista-, la hipoteca inversa se registrará por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable”, como por ejemplo el artículo 153 de la LH si se instrumenta a través de una cuenta corriente de crédito.

c) No es aplicable a la hipoteca inversa la limitación en cuanto a la cobertura por intereses ordinarios establecida en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria”, bien porque se articule la operación como un crédito en cuenta corriente, en cuyo caso formarían parte sin limitación del saldo como partidas del mismo; bien porque aunque se articule como un préstamo, las especiales características y naturaleza de la hipoteca inversa (¿se entiende en la resolución que existe un sólo tipo?), concretadas en que no existe la obligación de pago de intereses hasta el fallecimiento del deudor y la incertidumbre sobre el momento del vencimiento del préstamo, hacen que se puedan garantizar más intereses que los correspondientes a cinco años, pues la norma del artículo 114 LH se refiere sólo a los intereses ordinarios vencidos y exigibles.

Este criterio se comparte si la hipoteca inversa se ha instrumentalizado a través de una cuenta corriente de crédito, pero se plantean dudas en el del préstamo,

pues no parece –hemos de considerar que la DGRN lo excluye- que no pueda pactarse el vencimiento periódico de los intereses y su pago antes del fallecimiento del acreditado retrasando al fallecimiento el pago sólo del principal.

El apartado 1º de la disposición adicional primera habla de que “la deuda sólo será exigible por el acreedor cuando fallezca el prestatario”, lo cual permite incluir en el requisito tanto el principal como los intereses; pero, en todo caso, sería posible dicho pacto de pago periódico de intereses en la denominada hipoteca inversa común, como así ocurre en la práctica y entonces sí operaría la limitación del artículo 114 de la LH, pues no operaría la causa de exclusión de la resolución. Además, ese pacto favorecería la concesión de estos préstamos al reducir los riesgos financieros de las entidades de crédito y favorecer su cálculo, igual que se suele pactar un plazo a partir del cual ya no se entregan nuevas cantidades.

En todo caso, en la determinación del derecho real de hipoteca deberá fijarse una cifra máxima por intereses ordinarios y, si no se ha dejado claro que la exigibilidad de los intereses se ha aplazado al fallecimiento del deudor, con la limitación del artículo 114 de la LH. Las razones de esto último las ha resumido Jesús María Martínez Rojo de la siguiente manera:

“Conviene recordar el contenido de los apartados 5 y 6 de la DA 1ª de la Ley 41/2007: 5.- Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente. 6.- Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo (sic) del artículo 114 de la Ley Hipotecaria». Los argumentos que se oponen a la conclusión a que llega la Resolución –al menos en el supuesto indicado- son, de manera resumida, los siguientes:

1.- La regulación de la hipoteca inversa no se ha apartado de la regla general según la cual la hipoteca, como derecho real de garantía constituida sobre una finca, no limita la libre disponibilidad de la misma. Prueba de ello es la propia redacción del párrafo segundo del apartado quinto de la citada Disposición.

En efecto, por un lado permite al acreedor declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado en caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario: como dice la propia Resolución, esta causa de vencimiento se prevé por el legislador como supuesto de excepción a la regla general.

Y por otro lado, al contemplar la salvedad de la “sustitución de la garantía de manera suficiente”, implícitamente admite la posibilidad que tiene el deudor titular de la finca hipotecada de disponer de ella. Establece, en realidad, un régimen idéntico al que resulta del artículo 27 de la LH y 1129-3 del Código Civil.

De este modo, en caso de transmisión de la finca hipotecada por el deudor hipotecario, si el acreedor no se reservó esa facultad resolutoria o no declara vencido el crédito una vez enajenada la finca a un tercero, los límites del artículo 114 de la Ley Hipotecaria tendrían plena aplicación respecto de éste.

2.- La Resolución limita esa posibilidad de vencimiento anticipado excepcional sólo para el caso de transmisión –sin extenderse a la constitución de gravámenes o derechos reales limitados–, por lo que pueden constituirse gravámenes voluntarios (p.ej. hipoteca) posteriores a la hipoteca inversa, en cuya ejecución puedan aparecer terceros, que deberían quedar protegidos por los límites del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

3.- Además, pueden aparecer cargas posteriores no voluntarias (p.ej. embargos) que hagan aparecer terceros, éstos totalmente ajenos a la voluntad del deudor, y que, con mayor motivo, deberían ver limitada la responsabilidad por intereses en la hipoteca inversa anterior conforme al repetido artículo 114.

Es decir, en los casos de enajenación forzosa derivada de la ejecución de una carga posterior a la hipoteca, con no resultar posible al acreedor declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, será indudable la aparición de un tercero al que, fuera del improbable supuesto de subrogación en la posición del deudor, dado el carácter personalísimo de estas hipotecas, le será plenamente aplicable lo dispuesto por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

4.- La excepción del inciso último del apartado sexto (“A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo (sic) del [artículo 114 de la Ley Hipotecaria](#)”) se refiere sólo a los herederos. Es decir, una vez producido el vencimiento del crédito garantido con el fallecimiento del deudor hipotecario, queda fuera de discusión el hecho de que los herederos del deudor no pueden ser considerados terceros, en tanto continuadores de la posición jurídica del causante, deudor hipotecario. Por ello, lo dispuesto en el inciso primero del apartado sexto de la citada Disposición viene a funcionar, en realidad, como una

especie de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, de carácter legal y para el concreto supuesto de una deuda hipotecaria de esta naturaleza. De no existir ese inciso los herederos del deudor tendrían que responder de la totalidad de la deuda del causante (cfr. artículo 692.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil) más allá de los bienes de la herencia (cfr. artículo 105 de la Ley Hipotecaria)”.

d) No son inscribibles por contrarios al requisito estructural de la hipoteca de no vencimiento de la deuda hasta el fallecimiento del acreditado –en realidad hasta el final del plazo de pago por los herederos-, las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias, salvo la venta de la vivienda gravada sin sustitución suficiente de la garantía.

Este criterio es compartido, si bien se estima que deben admitirse otros supuestos de vencimiento anticipado bien por ser similares al señalado, como, por ejemplo, la destrucción de la vivienda gravada, o porque exista causa justificada por su relación con la finca, como por ejemplo el impago de los impuestos que la gravan, lo que, al final, conduce, unido a lo dispuesto con carácter general por la STS de 16 de diciembre de 2009, a una calificación de estas cláusulas casi idéntica a las de las hipotecas ordinarias.

**13.-P:** En una división horizontal los distintos pisos gozan de distintos anejos vinculados. Dichos distintos pisos se encuentran hipotecados con tres hipotecas diferentes.

Ahora se presenta una rectificación de la división horizontal en que se modifican los anejos de cada piso, dándose la circunstancia que tras ello, anejos de pisos que estaban gravados con una hipoteca, pasan a ser anejos de pisos que se encuentran gravados con otra y así cruzadamente.

Simultáneamente se presentan sendas instancias privadas de redistribución de las hipotecas. ¿Se puede inscribir la redistribución?

**R:** La mayoría de los presentes entendió que basta la instancia privada para la redistribución de la hipoteca. La distribución de hipoteca mediante instancia privada está admitida desde hace tiempo por la DGRN, al amparo de lo dispuesto en el artículo 216 RH. El problema que se plantea es si tal documentación es suficiente para inscribir una posterior redistribución de la hipoteca inicialmente distribuida. Como se ha dicho, la mayoría entendió que sí es posible realizar la redistribución mediante instancia privada ya que el supuesto estaría amparado en el artículo 216 RH. Además, si inscrita una distribución mediante instancia privada y, advertido después un error, es posible rectificarlo mediante otra instancia, debe aceptarse que de la misma manera pueda inscribirse la redistribución. Sin embargo, algunos objetaron que una vez

distribuida la hipoteca inicial la posterior redistribución supondría una novación de hipoteca sujeta a la regla general de documentación pública.

Sin embargo, en el concreto caso planteado, dado que como consecuencia de la desaparición y creación de nuevas entidades registrales independientes, el objeto de la tercera hipoteca cambia –se gravan fincas distintas de las antiguas-, será necesaria la correspondiente escritura pública para la cancelación de la hipoteca respecto de las antiguas fincas y la constitución sobre las nuevas. Además, respecto de las otras dos hipotecas bastaría, al mantenerse la responsabilidad hipotecaria respecto de cada finca gravada –que sólo ve alterada su descripción por cambio del trastero-, lo que hace absurda la redistribución y encarece los costes registrales, que se cancelen ambas hipotecas en cuanto graven cada trastero –arrastrarían su hipoteca a la nueva vivienda a la que se adscriben- y se declare que pasarán a estar gravadas con la hipoteca que grave la vivienda de la que son anejo respectivo, lo que exigirá escritura pública.

Al hilo de esta discusión se comentó que se había planteado algún problema puntual al tiempo de la ejecución de estas hipotecas sobre la base de entender que el documento privado no da satisfacción al requisito del artículo 682 1ª LEC, por cuanto que exige que se fije el valor de tasación en la misma escritura de constitución de hipoteca.

El artículo 682 LEC exige, para aplicar las normas del procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, dos requisitos: 1º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta. 2º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

Este artículo no exige que la tasación para subasta conste “en escritura pública” sino que tal dato conste “en la escritura de constitución”, puesto que ésta será el título en que normalmente se formalizan estos derechos reales. En ningún caso dice que deba constar necesariamente en escritura pública. Por ello, si la hipoteca se formaliza por otro título formal, por ejemplo hipoteca “apud acta”, es perfectamente posible, además de aconsejable, que en la resolución en que se constituya se fije un domicilio para notificaciones y un tipo para que sirva de tipo para la subasta, sin que nadie se plantee que no pueda acudir al procedimiento especial de ejecución sobre bienes hipotecados por no haberse pactado en escritura pública. La expresión que conste “en la escritura de constitución” debe entenderse como que es requisito que conste el acuerdo de las partes, acreedor y deudor, en el título por el que se formalice la hipoteca, sea cuál sea éste siempre que pueda acceder al Registro. Adviértase también que el mismo artículo habla de “un domicilio” sin que ello signifique que sea uno sólo, sino uno cierto y determinado, y que pueden ser varios los fijados.

En esta misma línea el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de septiembre de 2009, auto número 459, R. 292/09 señala que *“para resolver la cuestión que se plantea acaso sea conveniente tener presente la finalidad de la norma que exige que se fije el valor del bien hipotecado a efectos de subasta. Porque la razón de esta exigencia ha de encontrarse en la voluntad del legislador de conseguir con ello un procedimiento de realización de la garantía ágil y rápido: fijado de mutuo acuerdo por acreedor y deudor el valor del bien a efectos de subasta resulta innecesario todo el trámite de determinación pericial del mismo, lo que abrevia los trámites y los abrevia con plenas garantías y absoluta contradicción al resultar del acuerdo de las partes. Si esto es así, si por el cauce registral que representa el art. 216 del Reglamento Hipotecario, prevenido para la distribución de responsabilidades, se ha terminado distribuyendo el valor del total inmueble en cada uno de los departamentos que se mantienen hipotecados, si esa fijación del precio resulta de la voluntad concorde de acreedor y deudor, constatada con la suficiente fehaciencia para acceder al Registro, que así lo publica, no se ve razón para que un procedimiento tan esencialmente registral no pueda actuarse cuando el Registro publica esos valores diferenciados de cada uno de los departamentos. Razonamientos que inclinan a esta Sala por entender que se reúnen los requisitos para acceder al procedimiento especial de ejecución hipotecaria.”*

**14.-P:** Certificación prevista en el artículo 688 LEC para el procedimiento de ejecución hipotecaria. ¿Debe ser literal del contenido de la hipoteca, en todo caso? ¿Puede expedirse por medio de fotocopia?

**R:** El artículo 688 LEC dispone que cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro. Del relacionado artículo 656 resulta que tal certificación debe comprender: 1º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado. 2º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas.

En nota al pie de página de este artículo 656 LEC, José Manuel García García, Código de Legislación Hipotecaria, dice, con relación al apartado de titularidad, que no se exige que la certificación sea literal de la inscripción respectiva, por lo que bastará relacionar en el apartado correspondiente de la certificación la titularidad o titularidades correspondientes. Y, con relación al apartado de cargas, señala que no se alude a la certificación literal de los derechos y cargas, sino especialmente a la “relación completa de las cargas inscritas”, por lo que las

mismas han de relacionarse en la certificación en extracto, pero con expresión de titulares, cuantías, fechas y pactos, en su caso, que fueran relevantes para la ejecución. Todo ello sin perjuicio de que, además, si lo estima conveniente el Registrador, pueda insertar literalmente la inscripción correspondiente de determinadas cargas.

Y el mismo autor, en nota al pie del artículo 688 LEC, para el caso de procedimiento sobre bienes especialmente hipotecados, aclara que ya no se exige, como en la legislación anterior (antigua regla 4ª del artículo 131 LH), que la certificación registral sea literal en la inserción de la titularidad del dominio y cargas, ni tampoco literalidad respecto a la inscripción hipoteca. Esta antigua regla 4ª hablaba de inserción literal de la última inscripción de dominio que se haya practicado y se halle vigente.

No obstante, se entiende que debe tenerse en cuenta el artículo 130 LH, según el cual *“El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”*, por lo que, si el procedimiento tiene su base en los extremos que figuren en el Registro, ha de reflejarse la hipoteca tal como resulta del mismo y expedirse por tanto certificación literal de la hipoteca pues no existen datos que puedan ser objeto de especial protección, máximo si la misma va dirigida a un juzgado.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid las prácticas de los Juzgados y Registros son diversas, exigiéndose en algunos certificación literal del asiento de hipoteca y en otros no. Desde luego que si el Juzgado solicita la inscripción literal debe el registrador proporcionársela, siendo además muy aconsejable hacerlo siempre así para facilitar la labor al Juzgado -el Juez es el que debe dictar el auto despachando la ejecución- y que se pueda dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 130 LH, no admitiendo la ejecución fuera de los extremos que figuren en el asiento de hipoteca.

Otra cosa es que se exija que tal certificación literal sea por fotocopia, pues aunque no se ve inconveniente en facilitar la misma por las razones expuestas, se considera conveniente que el cumplimiento del traslado literal del asiento registral se haga copiándolo literalmente en los folios de papel especial del Colegio para certificaciones, que hoy es una tarea fácil y rápida gracias a que en los programas informáticos queda archivada en formato electrónico cada inscripción.

**INMATRICULACIÓN.**

**1.-P:** DOBLE INMATRICULACIÓN. Se presenta una escritura de venta antigua del resto de una finca que se encuentra inscrita en el Registro con la descripción que consta en la escritura y a favor de la Sociedad vendedora.

No obstante dicha circunstancia, existe inscrita otra finca colindante con la anterior y procedente por segregación de ella, que fue aportada al Proyecto de Compensación de Sector 8....., según consta en la correspondiente nota marginal. Del análisis de los planos archivados en el Registro de la fincas aportadas y resultantes del indicado Proyecto de Compensación, del plano Catastral de la zona que se acompaña a la escritura, y de la indicación en la citada escritura de venta de que la finca vendida se corresponde en parte con la finca catastral 8881705VK5788S0001IA, hacen sospechar lo siguiente:

a) Que la finca registral objeto de la venta, en realidad, quedó afectada y debió ser aportada al indicado Proyecto de Compensación y por error no se hizo así, sin que su adquirente acudiera al Ayuntamiento para hacer valer su derecho en el oportuno expediente al ser la escritura de compra anterior al inicio del mismo según la indicada nota marginal, y sin que el vendedor lo indicara en el mismo.

b) Que si ello es así, debió adjudicarse a la ahora sociedad compradora una finca de resultado proporcional a la finca que había adquirido.

c) Que, como consecuencia de lo expuesto, no es posible ubicar físicamente en el plano de la zona la finca registral que se vende, como una finca autónoma, por lo que del cotejo de los indicados planos, parece deducirse que ocuparía parte de los terrenos de las fincas resultantes del Proyecto de Compensación de referencia CP-2, EQ-8, EQ-C1 y V-2, tratándose, en ese caso, de un supuesto de doble inmatriculación.

Expuesto esto a los compradores, manifiestan que, en realidad, lo que quieren no es inscribir sino que se les ponga nota de denegación de la venta para poder resolver la misma. ¿Se puede ello hacer?

**R:** No, porque en virtud de la aplicación de los principios registrales de tracto sucesivo, legitimación y fe pública registral (artículos 20, 38 y 34 de la Ley Hipotecaria), al constar la finca inscrita a favor del vendedor y con la descripción que consta en la compra, no existe impedimento alguno para practicar su inscripción.

Y ello es así porque en tales supuestos de doble inmatriculación, el Registrador debe inscribir el documento y, en su caso, advertir al interesado de la posibilidad de la existencia de tal circunstancia, para que éste si lo estima oportuno, de

conformidad con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, llegue a un acuerdo con los otros titulares registrales o acuda al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique la finca para que ordene la constancia registral de la posible doble inmatriculación, así como pueda acudir también a dicho juzgado para que decida sobre la propiedad de la finca en el juicio declarativo correspondiente.

## **PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

**1.-P:** Se pregunta por el documento hábil, requisitos y honorarios de la cancelación de las condiciones resolutorias a favor del Ayuntamiento, que garantizaban la construcción de los edificios afectados por el Plan 18.000 en un plazo determinado, bajo ciertas características constructivas, para VPO, etc.

**R:** En cuanto al documento hábil para la inscripción de la cancelación de la citada condición resolutoria, se estima que es el propio documento administrativo en que se constate de forma genérica el cumplimiento de las condiciones y se consienta su cancelación por los siguientes argumentos:

a) El párrafo 4º del artículo 37 de la LPAP de 2003 que permite la cancelación por certificación administrativa del dominio de finca de las Administraciones Públicas por reconocimiento, pues quién puede lo más –reconocer el dominio de otro y cancelar la su inscripción-, puede lo menos –reconocer el cumplimiento de las condiciones impuestas a una transmisión y cancelar la garantía que aseguraba su cumplimiento-.

b) Aplicación analógica del artículo 66 del RGR (RD 939/2005), que permite cancelar mediante simple “documento administrativo” las hipotecas constituidas a favor de la Hacienda Pública en garantía de aplazamientos o fraccionamientos del pago de impuestos, y en el artículo 31-1 del RGR del SSS (RD 1637/1995) respecto de los préstamos hipotecarios en general que figuren inscritos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social.

c) El artículo 82 de la Ley Hipotecaria que establece que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia firme o por otra escritura o “documento auténtico” en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción; y el documento administrativo expedido por empleado público competente, al que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria ha situado en el mismo rango formal a efectos de la inscripción a la escritura pública, tiene la consideración de documento auténtico conforme dispone el artículo 1216 del Código Civil y el citado artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

Esta es, por otra parte, la doctrina de la DGRN en resolución, entre otras de 27 de noviembre de 2002, que indica que el artículo 179 del Reglamento Hipotecario, que sólo se refiere a las escrituras públicas y sentencias como documentos susceptibles de producir una cancelación registral, decae ante el artículo 82 de la Ley Hipotecaria que admite también, como se ha expuesto, otros documentos auténticos.

Respecto a si pueden considerarse obstáculos que surgen del propio Registro e impositivos de la cancelación de referencia la no constancia registral del cumplimiento de determinadas condiciones que es obligatorio reflejar tabularmente, como por ejemplo la calificación definitiva de vivienda protegida o la terminación de la edificación, mayoritariamente se considera que aunque relacionados son actos independientes y que, por tanto, no impiden la cancelación; sin perjuicio de que la práctica de la misma no produzca el efecto de que pueda darse publicidad registral de la calificación de VPO o de la terminación de la obra nueva.

Por último, en relación con la minutación de estas cancelaciones de condición resolutoria se estima por unanimidad que existe una sola inscripción minutable – la de la cancelación en el edificio matriz-, al número arancelario 2.1 al no garantizarse un precio aplazado, y reducido al 50% al tratarse de una Administración Pública –el ayuntamiento-. No se cobraría nada, por tanto, por las notas marginales de referencia, y la base sería la del total valor del edificio u obra nueva, considerándose por algunos compañeros que se podría actualizar por el valor actual del módulo de VPO.

**2.-P:** Por acta del año 1972 el rector de una universidad y el embajador de una república sudamericana protocolizan y ratifican un acta de entrega a la república citada de una parcela de terreno para la construcción de un colegio mayor. Este acta de 1962, está firmada por el ministro de educación español, el ministro de relaciones exteriores de la república sudamericana, el rector, el subsecretario y más personas en la que se cede la parcela a la república y en ella se dice que la cesión se hace con carácter gratuito y por tiempo indefinido y será revocable y revertirá el terreno y las edificaciones construidas si no se destina a la construcción de un colegio mayor. Se dice que el gobierno español recibirá a su vez y en su momento en régimen de reciprocidad un terreno para fines análogos en la república hermana.

Se dice que es en base a un Decreto Ley de 1955 en el cual se autoriza a la junta universitaria para ceder incluso por tiempo indefinido a las repúblicas hispanoamericanas para construir colegios mayores.

Y para seguir su tesis traen un convenio de aspectos educativos de 31 de enero de 1980 en el que con carácter preliminar se habla de propiedad del colegio de la

república. Una ley de su república de 1969 en la que se dice que el gobierno español procederá a otorgar el título traslativo del solar (que por cierto no identifica). Unos acuerdos entre los dos gobiernos de reciprocidad de cederse los terrenos de un país a otro. Incluso una escritura hecha en el país sudamericano en que dos ministros de su país y el embajador español en que el gobierno hispano americano cede una parcela de su país para construir un colegio por España y se dice en su preámbulo en las mismas condiciones que se cedió al país americano la parcela de España y en su otorgamiento cede el dominio. ¿Qué se puede hacer?

**R:** Lo cierto es que en ningún caso se habla de propiedad, sólo cesión por plazo indefinido, por lo que, como se quiere que se inscriba la propiedad y el “uso” de la finca, la documentación presentada no se estima suficiente, pues todos esos documentos complementarios que se aportan no tiene virtualidad para determinar el verdadero contenido del acta de entrega.

Como solución se alude al artículo 37 número 4 de la LPAP de 2003, según el cual la certificación administrativa expedida por órgano competente de las Administraciones públicas será título suficiente para proceder a la cancelación o rectificación de las inscripciones a favor de la Administración pública, entre otros, cuando ésta reconozca la titularidad, mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre una finca que aparezca inscrita a favor de las Administraciones públicas, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano asesor correspondiente de la Administración actuante.

Se trata, como puede verse, de reconocimientos o renunciaciones de la Administración al dominio de bienes que tiene inscritos, por considerar, previo el asesoramiento jurídico pertinente, que el particular reclamante es el verdadero dueño y evitar así pleitos inútiles.

En realidad este párrafo constituye una aplicación del principio general de necesidad del consentimiento del titular registral para poder rectificar los asientos que figuran a su nombre, que está recogido en los artículos 40 letra c y 82 párrafo 1º de la Ley Hipotecaria, considerando que si por documento administrativo los Entes Públicos pueden inscribir a su favor, por documento administrativo podrán desinscribir.

Por tanto, si ese documento administrativo, por sí solo, es suficiente para inscribir las fincas a favor de un tercero, con más razón será suficiente para aclarar –indicado que lo que se transmitió fue la propiedad- el contenido de un título inscribible impreciso en términos jurídicos. En el caso contrario, es decir, de no reconocimiento por parte de la universidad de que lo transmitido es la propiedad, la contraparte deberá acudir a la vía judicial civil o a una reclamación

administrativa previa a la vía judicial civil, para poder obtener la satisfacción de sus intereses.

**3.-P:** Se encuentra un solar inscrito a favor de una Junta Universitaria, en año 1965. Por la inscripción segunda la universidad cede por plazo de cincuenta años la parcela de terreno para la construcción sobre la misma de un colegio mayor, a una Congregación religiosa y se dice que la Congregación esta construyendo el colegio y se establecen unas condiciones, entre otras "que la autorización concedida ha de entenderse que no constituye ni podrá constituir nunca derecho real alguno sobre los terrenos que se ceden", "que los inmuebles serán considerados como construcciones en terreno ajeno sobre el supuesto de buena fe", "que la autorización permita el pleno disfrute del inmueble durante un plazo de cincuenta años, prorrogable a voluntad de la administración si así lo desea ". Y por la inscripción 3ª se inscribe la obra nueva que se esta construyendo a favor de la Congregación. Luego hay una hipoteca sobre el edificio, una modificación de la misma y una cancelación de ellas.

Ahora traen escritura en que se constituye una fundación y se dice que el derecho de superficie que tiene la Congregación lo adscribe a la fundación. ¿Qué hacer?

**R:** En principio se considera que es aplicable lo señalado en el caso anterior, en cuanto el reconocimiento de la entidad jurídica titular registral acerca de la determinación concreta del derecho real transmitido y a la necesidad de acudir a falta de una respuesta afirmativa a la vía judicial civil.

No obstante, se estima que de la situación registral –inscripción de la obra nueva a la congregación y del suelo a la universidad-, se infiere que el derecho transmitido sí es el derecho de superficie, a pesar de ciertas determinaciones de la cesión, como la que el derecho concedido no puede ser un derecho real, pues del conjunto de lo inscrito se infiere lo contrario y todo se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales.

## PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

**1.-P:** Una presentación por fax se consolida telemáticamente y luego se presenta otra copia telemática en que se acompaña diligencias de las cartas de pago del impuesto y del plusvalía y de la presentación en la oficina liquidadora competente. Concretamente en la carta de pago del “plus valía” dice “ejemplar para el Registro de la Propiedad”, pero queda archivado en la Notaria. ¿Se puede inscribir?

**R:** Mayoritariamente se considera que sí, y que el procedimiento a seguir es el de la presentación telemática porque el interesado puede en cualquier momento

retirar el título, desistir del despacho o cambiar el sistema de despacho y comunicación con el Registro (artículos 97 y 433 del Reglamento Hipotecario y 27-1 de la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos).

No se considera impedimento para ello el que las copias de las cartas de pago de los impuestos deban, en principio, archivarse en el Registro de la Propiedad, porque el testimonio notarial de los mismos tiene carácter fehaciente, y podrá ser archivado en el Registro en sustitución de la mencionada copia.

**2.-P:** Se pregunta si se puede anotar preventivamente embargos a favor de la AEAT en los supuestos en que el mandamiento, aun presentado en el Registro de la Propiedad en soporte papel, no contiene firma manuscrita del recaudador sino que la firma puesta en el mandamiento por la jefa de la unidad de recaudación es una firma escaneada u electrónica.

Al pie del mandamiento, en letra pequeña, suele aparecer la indicación de que “el documento ha sido firmado electrónicamente (R.D. 1671/2009. Art. 21.c). Autenticidad verificable mediante Código Seguro Verificación E..... (siguen varios números y letras)... en la web de la AEAT”. Y se ha comprobado que entrando en esa página web, se puede, tecleando el NIF del obligado al pago, ver en pantalla el mismo mandamiento presentado en soporte papel.

**R:** En primer lugar, se considera que dada la importancia de la cuestión, la misma debería ser objeto de consulta, a la Comisión de “Procedimiento Registral” o a la de “Sistemas de la Información”, que debería elaborar un informe sobre la base no sólo de criterios técnico jurídicos sino también los “políticos” que deban tenerse en cuenta en las relaciones con la AEAT.

No obstante, casi unánimemente se considera admisible esta práctica con base en el artículo 45 de la LRJ-PAC según el cual “*las administraciones públicas impulsarán la utilización de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias*” y en el artículo 30 de la Ley 11/2007 según el cual “*las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora*”.

**3.-P:** Examen del artículo 425 RH. Actuación del Registrador en el caso de que se omita alguna finca en el asiento de presentación. ¿Cabe rectificar de oficio

mediante nota marginal el asiento de presentación incluyendo la finca omitida, o lo procedente es extender un nuevo asiento con su fecha, respecto de la misma?

**R:** Se expusieron en el Seminario dos posturas contrapuestas:

Según la primera, si al extender el asiento de presentación se omite por error alguna finca, la responsabilidad es del Registrador. Para poder practicar la inscripción, respecto de estas fincas omitidas, es necesario que se practique un nuevo asiento de presentación, que tendrá la prioridad que le corresponde de acuerdo con su fecha. En caso de que, en tanto se practica el nuevo asiento de presentación se presente un título intermedio contradictorio, éste no se verá afectado por el nuevo practicado.

Esta postura rechaza la posibilidad de que, estando el título en el Registro, se permita reconstruir el asiento de presentación por nota al margen incluyendo las fincas excluidas, siempre que existan títulos presentados en el ínterin. El Diario forma parte del historial registral de las fincas, y si en el asiento de presentación extendido no se hizo constar la finca, no se podrá certificar del mismo y nunca va a poder afectar a terceros que consulten el Registro. El Registro de la Propiedad es un conjunto de libros, sólo existe lo que está en los libros, incluido naturalmente el Diario. Lo que no está en los libros, no puede ser objeto de publicidad registral, no existe para el Registro, aunque esté físicamente en la oficina (v.gr. un título no presentado). Si se ha dado publicidad de una finca sobre la que no existía presentado ningún título, al tercero que ha negociado en base a esa publicidad y adquiere algún derecho, una vez presentado su título en el Registro, no podrá oponérsele lo que no figuraba en el historial de la finca, aún cuando el título estuviere físicamente en la oficina.

Como argumento que refuerza esta postura se citan además que en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por terceros a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto (vid. artículo 40 LH) y que, según el artículo 220 LH, la rectificación no surte efecto sino desde la fecha de la rectificación.

La segunda postura se apoya en una dicción literal del artículo 425 RH y 108-2° RH, y admite esa rectificación por nota marginal, incluso en el caso de que existieran terceros que hubieran accedido al Registro entre la extensión del asiento erróneo y su rectificación. Pero se olvidan de que este precepto reglamentario no resuelve el problema cuando existen estos terceros y que su rango reglamentario le impide desconocer las reglas generales de imposible rectificación en perjuicio de tercero que se deriva de los preceptos legales citados.

**4.-P:** Se presenta una solicitud de calificación sustitutoria en que, tanto en el oficio remitido con el Colegio como en el aportado por el interesado, se señala como recurrida una determinada escritura.

Presentada la escritura recurrida con su nota, ésta se corresponden con el número de protocolo anterior, la escritura a que se refirieren los oficios –al menos la copia aportada- no contiene la nota de despacho. ¿Qué hacer?

**R:** La escritura que se acompaña a la que es objeto de la calificación sustitutoria referida, no puede ser objeto de calificación por el Registro sustituto, dado que el expediente de calificación sustitutoria no se refiere a la misma.

Por tanto, lo procedente es solicitar la nota de calificación de la escritura de referencia a que se refiere la sustitución o, en su caso, la rectificación del expediente en el Departamento colegial encargado -en el plazo de 10 días que establece el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-; no asumiéndose e inadmitiendo, entre tanto, la práctica de la calificación sustitutoria respecto del documento que se acompaña por las razones expuestas y con base a los términos del artículo 19 bis Ley Hipotecaria.

## PROPIEDAD HORIZONTAL.

**1.-P:** Un edificio se encuentra inscrito desde el año 1958. Ahora se otorga escritura de aclaración de la obra nueva y se indican las superficies construidas de cada planta. Se dice, también, que se declara el edificio como complejo inmobiliario distribuido en tres bloques o comunidades distintas, destinados a locales comerciales, usos multifuncionales y viviendas respectivamente. Hacen división horizontal de todas las fincas del edificio de los tres bloques.

Se otorgan estatutos generales para el complejo urbanístico y estatutos para cada uno de los bloques y en el bloque tres se habla, a su vez, de dos subcomunidades. ¿Se puede inscribir, dado que no queda clara la forma de asistencia a las juntas del complejo urbanístico?

**R:** En principio, existen dos formas de organizar la asistencia de los distintos propietarios a las juntas del complejo urbanístico, bien mediante asistencia personal en que cada uno tendría una cuota igual a las que se hubiere fijado en el citado complejo, o bien una asistencia mediante los presidente de cada bloque, pero en que acudirían con tantos votos como tuviere en el complejo su respectiva comunidad horizontal, no un voto por cada una de ellas porque ello sería contrario al principio general de que todos los votos deben tener el mismo valor –el artículo 17-3 de la LPH habla de mayoría de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación- y al artículo 24 de la Ley

de Propiedad Horizontal que establece que *“la adopción de acuerdos para los que la ley requiera mayorías cualificadas –y por lógica cualquier otro en que baste la mayoría simple-, exigirá, en todo caso, la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las Juntas de propietarios de las comunidades que integran la agrupación”*.

La determinación del régimen de la agrupación de comunidades del complejo inmobiliario privado deberá, en consecuencia, estar perfectamente determinado, bien expresamente, bien por remisión al régimen legal como se infiere de los números 3 y 4 del indicado artículo 24, y si del contenido de los estatutos resultan dudas, en aplicación del principio de determinación registral, las mismas deben ser aclaradas antes de practicar la inscripción para evitar conflictos futuros.

**2.-P:** Se encuentra inscrita una propiedad horizontal única –una sola cuota-compuesta por distintos edificios, con estatutos que exigen el consentimiento de la Junta de propietarios para la agrupación o división de pisos y locales. Consta la apertura de distintos libros a los diferentes portales.

Ahora se presenta una escritura de división de los locales de un portal, sólo con autorización de los propietarios de dicho portal. ¿Se puede inscribir?

**R:** Se considera que, en cuanto de la inscripción de constitución del régimen de la propiedad horizontal, sólo consta la constitución de una división para el conjunto inmobiliario formado por diez portales, sin que se prevea la constitución de subcomunidades horizontales para cada uno de los distintos portales ni, en consecuencia, las competencias o facultades de cada una de éstas; deben aplicarse las normas propias de la única comunidad existente registralmente, sin que para ello sea óbice la constancia registral de la legalización de los libros de las mismas, pues ello sólo permite reflejar en los mismos los acuerdos que legalmente cada comunidad pueda aprobar con validez jurídica.

En consecuencia, conforme establecen los artículos 17-1 y 12 de la LPH, para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, como ocurre con la división de los locales y asignación de cuotas en la propiedad horizontal, a falta de norma estatutaria, será necesario el consentimiento de todos los propietarios de la única propiedad horizontal existente, sin que sea suficiente el consentimiento de los propietarios del portal en que encuentra el local dividido, que sólo pueden adoptar acuerdos válidos en el estricto marco de la mera administración del mismo, de la cual excede el negocio escriturado a que nos referimos.

**3.-P:** Un promotor, titular de dos parcelas colindantes, las agrupó en su día con el propósito de construir dos bloques que compartirían el aparcamiento en el

subsuelo. Por razones constructivas, aprovechando la excavación del terreno, construyó por entero el aparcamiento, pero, como consecuencia de la crisis, sólo uno de los bloques.

Ahora desea dividir horizontalmente el bloque construido, pero se encuentra con el problema de que el resto del solar sería elemento común de la división horizontal, cuando lo que desea es reservarlo para, en el futuro, construir el segundo bloque; y, además, ya ha construido parte del garaje en esa porción “sobrante”.

Propone hacer una división horizontal ordinaria con un elemento independiente al que se atribuya el 50% del suelo y el 50% del subsuelo (estas cuotas no queda claro que sean de la división horizontal). Pero la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Madrid de 03/10/2008 (B.O.E. 10/08/2010) que anula la RDGRN de 14/06/2004 considera necesaria la licencia en caso de división horizontal cuando se atribuye el uso exclusivo de trozo de terreno susceptible de constituir físicamente finca independiente. Lógicamente él quiere evitar la división del terreno.

**R:** Uno de los muchos alicientes de los Seminarios de Madrid es el lujo que representa compartir un rato de discusión científica con los compañeros y, entre ellos, uno de bandera como es Rafal Arnáiz Eguren, que enseguida recondujo el tema exponiendo con su claridad habitual que la solución pasa por constituir un complejo inmobiliario.

Precisamente este autor, al que desde aquí se le rinde un modesto pero merecidísimo homenaje, ha escrito en su último libro “Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad”, páginas 606 y 607, que el supuesto de que sobre una única finca se construyan diferentes edificios bien simultánea, bien sucesivamente, es uno de los precedentes característicos del complejo inmobiliario. En esta situación confluyen diferentes elementos, como son, las construcciones independientes, en régimen de edificación abierta, la existencia de una superficie sobre la rasante, que se constituye en elemento común de las diferentes construcciones, la constitución sobre estas últimas de regímenes específicos de propiedad horizontal, que funcionan como subcomunidades o como comunidades propias integradas en otra de mayor entidad, la existencia de servicios comunes, como instalaciones deportivas y la organización de una vigilancia común para todas las edificaciones. También suele ser frecuente que el espacio bajo la rasante de la superficie total se organice como una finca especial más del complejo, destino normal a aparcamiento subterráneo, como ocurre en el caso planteado.

Sigue diciendo que estos supuestos se ajustan perfectamente al contemplado en el artículo 24.2 LPH, y que se pueden organizar como un único régimen de

propiedad horizontal o en sistema de complejo inmobiliario. Critica el primer caso, aun cuando ha sido bastante frecuente, considerándolo un dislate desde el punto de vista jurídico y que da lugar a múltiples inconvenientes, puesto que al aplicarse en muchas ocasiones las normas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal, la delimitación de elementos comunes o cuotas y el gobierno del sistema da lugar a variados conflictos. Propone la configuración del conjunto como complejo inmobiliario que no exigiría licencia alguna de segregación por aplicación del artículo 17.3 del TR Ley del Suelo, según el cual, la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal de entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.

**4.-P:** Se presenta una escritura en que se efectúa la segregación de una vivienda de otra mayor, que se describe como resto, indicándose en la escritura que a ambas viviendas se accede por un hall común que les es anejo por partes iguales a las misma de 4 metros cuadrados, de lo que 2 se suman a la superficie de cada vivienda.

Se pregunta si es posible esa operación o si es necesario una división de pisos figurando como resto el vestíbulo que sería finca independiente o mejor, la creación de una subcomunidad horizontal de dos viviendas independientes con un vestíbulo común a los mismos de 4 m<sup>2</sup>; que debería pertenecer a las viviendas como elemento común de la subcomunidad, dado que ni las viviendas tienen acceso independiente a un elemento común ni el vestíbulo es susceptible de aprovechamiento independiente.

**R:** Si los Estatutos de la Comunidad autorizan a realizar divisiones o segregaciones de los pisos redistribuyendo la cuota del departamento modificado entre los resultantes de la división o segregación, sin alteración de las cuotas de los demás copropietarios, se puede realizar la operación describiendo perfectamente y con todas las circunstancias previstas, además de los pisos, el anejo-hall que deberá vincularse ob rem por mitades partes indivisas a los dos pisos resultantes. Esta vinculación será permanente mientras se mantengan los pisos divididos y no será posible que luego sus propietarios pacten entre ellos una desvinculación y su anexión a uno sólo de los pisos, pues el otro quedaría inservible para el uso al que se destina al no tener salida a un elemento común del edificio.

No es posible configurar la operación como una división de pisos figurando como resto el vestíbulo que sería finca independiente, pues no tendrían aprovechamiento independiente al no tener salida a un elemento común del edificio o a la vía pública.

Pero se estima que lo más correcto es la creación de una subcomunidad entre los pisos siendo elemento común el hall y fijando una cuota de participación de cada uno de ellos sobre este último. Esta solución no exige autorización por los Estatutos, ni el consentimiento de la Junta de Propietarios en defecto de aquella, puesto que frente a la Comunidad seguirá existiendo un solo departamento independiente con una única cuota de participación y un solo voto computable para la adopción de acuerdos. A diferencia del primer supuesto en que, si bien no sufren alteración las cuotas de los demás copropietarios, sí se ve alterada la mayoría personal al aumentar el número de votos computables. Se recuerda que en las comunidades de propietarios rige una doble mayoría para la adopción de acuerdos, de votos y de cuotas de participación, y que, si bien una división del departamento redistribuyendo su cuota entre los resultantes no altera la mayoría de cuotas, sí se produce esta alteración cuando, como consecuencia de esta división/segregación se aumentan el número de propietarios.

Como argumentos jurídicos se indican los siguientes: los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario, que excluyen de una división material la existencia de elementos comunes pues la misma debe afectar a la totalidad de la finca; no pudiendo tampoco configurarse como una segregación de fincas porque, en este caso, el resto sería una finca independiente que debería describirse íntegramente y, bien tendría su propio propietario o bien habría que constituir una comunidad "ob rem" a favor de las viviendas; como ya se ha expuesto.

Además, de los artículos 396 del Código Civil y 8-4 y 5 de la Ley Hipotecaria, resulta que en el supuesto de existir zonas comunes entre fincas susceptibles de aprovechamiento independiente, es necesaria la constitución del régimen de propiedad horizontal, complejo inmobiliario o de subcomunidad horizontal, según proceda.

**5.-P:** En el Registro figura inscrita una finca como “Piso sótano centro izquierda destinado a taller de niquelado”. Se presenta escritura de compraventa donde desaparece la expresión “destinada a taller de niquelado” que solicitan se elimine del Registro. Se acompaña escritura de complemento donde se dice expresamente que hoy es vivienda y se aporta cédula de habitabilidad.

**R:** La expresión “destinada a taller de niquelado” es un mero dato descriptivo que no altera la naturaleza de la finca y que puede cancelarse en la inscripción que ahora se practique. Se entiende además que, en este caso no sería necesario

la licencia de cambio de uso, por cuanto ya figura en el Registro inscrito como “piso” y se aporta cédula de habitabilidad.

Sí sería necesario tal licencia de cambio de uso en cualquier otro supuesto de transformación de local a vivienda, no sólo porque supondría una alteración de dos de los parámetros principales que fija cualquier Plan General, intensidad edificatoria y número de viviendas, sino porque así lo exige específicamente la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, en su artículo 151 letra G para el cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones.

## REPRESENTACIÓN.

**1.-P:** Pueden considerarse, a los efectos del Ordenamiento jurídico español, escrituras de poder y ratificación, respectivamente, los documentos que se acompañan, que consisten un mero papel mecanografiado en que los datos de los interesados están introducidos a mano, y en que, aunque se da fe de la identificación por la exhibición del DNI, falta todo juicio de capacidad para el negocio que se autoriza o ratifica. Existe apostilla y fe del notario español de suficiencia, aunque dichos documentos se incorporan a las escrituras de venta.

**R:** Se trata de un supuesto reiterado en este seminario, y como en los otros supuestos planteados, la falta de la fe de conocimiento y el juicio de capacidad del notario extranjero, impide que dichos poder y ratificación puedan tener eficacia en España, pues nuestro ordenamiento jurídico exige, cuando menos, que se cumplan esos requisitos básicos para admitir la denominada equivalencia de formas, como señala la resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 *in fine* y se estudia más detalladamente en el número 6 de esta revista, en el apartado “documento notarial” de la sección de “casos prácticos”; y ello sin perjuicio de la existencia de apostilla o de juicio notarial español de suficiencia de la representación.

**2.-P:** Se vuelve a preguntar cuál es la postura colectiva respecto de la calificación de los poderes especiales.

**R:** Como respuesta a la cuestión se confecciona la siguiente nota de calificación:

### “FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- Competencia registral en la calificación de la representación. Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador debe calificar bajo su responsabilidad, a los efectos de practicar la inscripción, los documentos presentados, extendiéndose la calificación –entre otros extremos– tratándose de escrituras notariales a “*la capacidad de los otorgantes*”, lo que

incluye la suficiencia de las facultades de los apoderados en caso de representación, y a la *“expresión de todas las circunstancias que según la Ley deba contener la inscripción”*, lo que incluye una relación en las escrituras, ajustada a derecho, de las circunstancias de la representación en todos sus aspectos.

Este principio legal de calificación por el Registrador se reconoce expresamente, en cuanto a los *“documentos públicos autorizados o intervenidos por notario”*, también, por el nuevo artículo 143 del Reglamento Notarial, redactado por Real Decreto 45/2007, de 19 de Enero, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye *“podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”*.

Por su parte, el artículo 98 de la Ley 24/2001, dispone que *“en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que se refiera”*. Los términos imperativos del precepto dejan claro que imponen al Notario autorizante la obligación de hacer tal *“reseña de la escritura de apoderamiento tomada de documento auténtico”* y *“juicio motivado de suficiencia de la representación”*, a los que debe añadirse, según su párrafo tercero, *“los documentos complementarios de la representación”*, entre los que se encontraría, en su caso, la ratificación o los complementos de los poderes; siendo competencia del Registrador según el mismo artículo la comprobación *“de la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio de suficiencia y de la congruencia de éste con el contenido del título presentado”*.

2.- Esa comprobación de la congruencia del juicio notarial implica que el Registrador de la Propiedad debe seguir calificando la suficiencia de la representación, como han puesto de manifiesto numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, que se pueden resumir en las siguientes:

- La sentencia de la **Audiencia Provincial de Valencia** de 25 de octubre de 2006 anula la RDGRN de 1 de agosto de 2005 y declara que *el artículo 98 de la Ley 24/2001 “es suficientemente claro y que efectivamente faculta al notario para juzgar y evaluar las capacidades de representación que se le someten, pero permite al registrador, posteriormente, calificar el juicio notarial de suficiencia y por tanto disentir de la previa opinión del notario y hacerla valer con sus funciones calificadoras”*, y que *en base al artículo 18 LH, “el registrador no sólo podía sino que debía (y debe) calificar la capacidad de los otorgantes de la escritura que se le presentó a inscripción”* (los subrayados son

de la propia sentencia). Esta sentencia ha sido declarada firme por auto del **Tribunal Supremo** de 21 de abril de 2009.

- La sentencia de la **Audiencia Provincial de Murcia** de 3 de noviembre de 2008 confirma la del Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Murcia, que había anulado la RDGRN de 21 de septiembre de 2005 y declara que “la acreditación o cumplida demostración de las facultades representativas de un cargo societario orgánico no puede derivar tan sólo de un juicio de suficiencia formulado tras insertarse una reseña identificativa del documento público”, pues “ello no colma la letra y el espíritu del art. 18 LH que impone, como exigencia normativa indeclinable, una complementaria e insustituible calificación, tanto de la validez de los actos dispositivos como de la capacidad de los otorgantes”.

- La sentencia de la **Audiencia Provincial de Málaga** de 4 de febrero de 2009 anula la RDGRN de 4 de octubre de 2005 y aún existiendo juicio notarial de suficiencia confirma la nota registral de suspensión por no acreditarse facultades suficientes del apoderado para comprar participaciones indivisas cuando lo tenía concedido para comprar todo tipo de inmuebles,

- La sentencia de la **Audiencia Provincial de Alicante** de 20 de marzo de 2009, que en apelación 598/2008 decreta la nulidad de la sentencia de un Juzgado de Instancia que negaba legitimación activa al Registrador de la Propiedad para recurrir contra la RDGRN de 3 de enero de 2008, se remite a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, asumiéndola como propia, y añadiendo que “el Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su principal y esencial función calificador de los títulos o documentos de toda clase en virtud de los cuales se solicite la inscripción en los libros registrales, y en los términos y aspectos a los que aluden los arts. 18, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria, no sólo puede sino que debe actuar, cual se desprende claramente de lo que dispone el artículo 273 de la misma Ley, con autonomía y por ello con la consiguiente responsabilidad, sin que en el ejercicio de la misma deba seguir genéricas directrices de la DGRN puesto que tal órgano no puede emitirlas en tal materia”. El **Tribunal Constitucional** en la citada sentencia 207/1999, de 11 de noviembre de 1999 ha declarado que “la función calificador que realiza el Registrador de la Propiedad comporta, asimismo, un juicio de legalidad, atinente no sólo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible sino también, como establece el art. 18 de la Ley Hipotecaria, a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

- **La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2009** –firme y publicada en el BOE- parte de la base de que el artículo 98 ha de interpretarse desde una perspectiva constitucional y de manera coherente con el

resto del ordenamiento jurídico y respetuosa con el artículo 18,1 de la Ley Hipotecaria, por lo que afirma que el Notario debe hacer un juicio de suficiencia motivado o fundamentado a través de la reseña –aunque sea sucinta- de las facultades representativas tal como resulten del poder, para que el Registrador pueda calificar este juicio, en cuanto que éste, como todo juicio de valor, no es vinculante y puede ser desvirtuado en el procedimiento registral.

De todas estas sentencias resulta que el Notario debe hacer una reseña del documento auténtico que se le exhibe y hacer constar en la escritura su juicio de ser suficientes las facultades que derivan del mismo para el acto concreto que autoriza, junto con una reseña si quiera mínima de facultades o si se prefiere concretada al acto que se escritura, y que el Registrador debe calificar no sólo la concurrencia de los dos requisitos –reseña identificativa y juicio de suficiencia- sino también la congruencia del juicio con la relación entre las facultades señaladas y ese acto que se le pide inscribir, lo cual, es inviable si el juicio se formula de manera genérica con expresiones como “facultades suficientes para este acto” o “para el otorgamiento de la presente escritura”, que deben ser rechazados.

3.- Por tanto, la existencia de sentencias contrarias a una línea de argumentación de resoluciones de la DGRN, sentencias que son firmes y están publicadas en el BOE, hace que el presunto valor vinculante de éstas –las no derogadas- decaiga al existir ya dos líneas interpretativas y, en consecuencia, que recobre vigencia, como única resolución vigente y vinculante, tanto para Registradores como para Notarios, la de superior rango formal resolución-consulta de la DGRN de 12 de abril de 2002 (el artículo 103 de la Ley 24/2001 configura la resolución-consulta como una disposición administrativa de carácter general y vinculante para todos los Notarios y Registradores, frente a las resoluciones resultantes del recurso gubernativo que regulan los artículos 322 a 328 de la Ley Hipotecaria que son actos administrativos singulares que sólo vinculan a los Registradores) que expresamente exige la inclusión en el juicio notarial de la representación una reseña, relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas en que el Notario haya fundamentado su juicio de la representación, en línea con lo que dispone el artículo 54-1 de la Ley 30/1992 de LRJAPYAC respecto de la actuación de todo funcionario público.

Así la citada resolución-consulta de 12 de abril de 2002 literalmente establece como obligación del Notario autorizante: ***“la reseña identificativa del documento mediante el cual se acredita la representación que habrá de consistir en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se haya exhibido y en una relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas”*** y, de otro, ***“el juicio de suficiencia que, habida cuenta de la trascendencia que se atribuye a la valoración de la suficiencia de las facultades representativas, deberá ser expresado, no de forma***

*genérica o abstracta, sino necesariamente concretado al acto o contrato a que el instrumento se refiera, atendiendo en cada caso a la naturaleza del acto o negocio formalizado en el documento notarial, con expresión de cual sea ese negocio” (FD 8°).*

Y, por si eso fuera poco, la resolución-consulta señala, además, que *“la doble exigencia al Notario de reseñar el documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y la de expresar que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto de que se trate,..... no excluye la necesidad de expresión, en los términos que se dirá seguidamente -relación de facultades en la reseña como se expresa en el párrafo anterior-, de los elementos necesarios para que el Registrador ejerza su función calificadora y pueda comprobar la adecuación de las facultades representativas al negocio otorgado cuya inscripción se pretende” (FD 8°), y que para que esa calificación pueda producirse “de la escritura deben resultar los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante” (FD 5°),*

Por otra parte, tratándose de un poder especial y, por tanto, no inscrito en un Registro Público que permita al Registrador acceder a su contenido, acceso que no sólo es una facultad sino una obligación del Registrador por imposición de la normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos - artículo 6-2-b) de la Ley 11/2007-, no es posible excluir su reflejo por el Notario en la escritura en los términos antes expresados.

4.- Partiendo de este criterio, el problema adicional que plantea la calificación en este supuesto, consiste en dilucidar si el requisito de la "reseña identificativa" en los supuestos de representación en virtud de “poder especial” y no inscrito, por tanto, en el Registro Mercantil, se cumple con la simple indicación de los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas del compareciente o, en este caso, deben también indicarse los datos identificativos (nombre y apellidos del otorgante, fecha de la escritura de nombramiento o poder y Notario autorizante e incluso datos de inscripción en el Registro Mercantil) de la persona de la que deriva la representación del compareciente.

Para el supuesto de sustitución de poder, la resolución de 11 de junio de 2004 señala en relación con la figura del subpoderdante que *"de suerte que no puede considerarse suficiente una indicación como la ahora debatida que ni siquiera contiene el nombre del Notario autorizante y fecha de la escritura originaria del poder,....., y el Notario debe recoger, tomándolos de la escritura de sustitución, los particulares del poder originario relativos a la justificación documental de la existencia de la representación",* solución que entendemos también aplicable al supuesto de representación orgánica.

Y es que como viene reiterando la DGRN ya desde la resolución de 30 de septiembre de 2002, *"la necesaria calidad técnica de los documentos públicos y la trascendencia que la Ley atribuye hoy a la valoración notarial de la suficiencia de la representación, imponen que las mismas sean redactadas con el máximo rigor. Por ello, ha de entenderse que la exigencia legal no queda cumplida con esas expresiones genéricas, sino que al juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas, exigido por la ley, debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura que otorgan las partes"*.

De todo lo expuesto resulta, en conclusión, que supuestos especiales de representación, exigirán, normalmente, una reseña identificativa especial, y respecto de todas las personas que prestan el consentimiento o ejercen un cargo indispensable para la conclusión del negocio.

No debe olvidarse, en este contexto, que de los artículos 1259, 1714, 1727 y 1892 del Código civil, se infiere que nadie puede hacer aquello para lo que no está facultado por el poderdante, por lo que se hace necesario que el Notario de juicio de la capacidad del representante que otorga el poder especial, al no estar éste último amparado, en este caso, por la presunción de exactitud del Registro Mercantil.

5.- A este último respecto de los efectos del Registro Mercantil, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 2006, declara expresamente la presunción de exactitud y legitimadora de los asientos del Registro Mercantil, los cuales deben prevalecer sobre el juicio notarial o las manifestaciones de la partes sobre la vigencia del cargo social o sobre sus facultades, si se cumplen los requisitos establecidos legalmente para afectar a terceros.

No debe olvidarse, en este aspecto, que el nombramiento y la revocación de la representación social en el Registro Mercantil y su publicación en el BORME producen efectos de legitimación y frente a terceros que no pueden alegar su ignorancia (artículos 20-1, 21-1, 21-4 y 291-2 del Código de Comercio y 7 y 9 del Reglamento del Registro Mercantil).

La buena fe del tercero a que se refiere el artículo 1738 del Código Civil, presupone, según la generalidad de la doctrina, "un desconocimiento que no sea imputable al propio tercero", y que debe tenerse por imputable aquél desconocimiento que habría podido ser eliminado si se hubiera empleado un mínimo de diligencia en comprobar la vigencia y facultades de la representación que se invoca, como ocurriría si hubiera consultado el Registro Mercantil o el BORME, pues el desconocimiento del contenido del mismo es inexcusable dados sus efectos y su fácil consulta.

En este contexto debe tenerse en cuenta que el artículo 3 párrafo 209 de los Principios de Derecho Contractual Europeo, señala que la representación subsiste hasta que el tercero tenga noticia o “hubiera debido saber” de su extinción, y añade que “se entiende que el tercero tiene noticia de la extinción de la representación cuando se comunicó o hizo público por las mismas vías por las que se comunicó o hizo público su otorgamiento”, siendo el Registro Mercantil el sistema legalmente establecido para facilitar el general conocimiento de su existencia y vicisitudes posteriores.

Como en el supuesto de poder especial, éste no se encuentra inscrito en el Registro Mercantil y, por tanto, no existe la presunción legal de su correcto otorgamiento, se hace necesario la señalada reseña identificativa del poder o nombramiento del que ha otorgado el poder especial, que permita comprobar la indicada corrección.

6.- Por último, el artículo 7 de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de Noviembre, ha introducido un 2º párrafo en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria en los siguientes términos: *"no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros de trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de la identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen"*, y un último párrafo al artículo 23 de la Ley del Notariado que exige, en los mismos supuestos, que dichos documentos se acrediten al Notario autorizante.

Por tanto, la constancia del NIF, es exigible en cualesquier acto con trascendencia tributaria -prácticamente todo acto o contrato inscribible-, respecto de todos los comparecientes, así como respecto a las personas o entidades en cuya representación actúen, entre cuyas personas se encuentra, también, la del representante intermedio que sustituye o subapodera, en cuanto que precisamente es el conocimiento de su personalidad la que buscan conocer las autoridades de la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales.

En el caso de extranjeros residentes será necesario reflejar el NIE que figura en la tarjeta de residencia y que es el número de la misma que empieza por X, no siendo válido el otro número que figura en las mismas y que es el número de permiso de residencia”.

**3.-P:** En una escritura otorgada ante notario español comparece una persona en representación de un nacional de Colombia. Para acreditar la representación se

le exhibe al notario un poder autorizado en Colombia ante notario colombiano. El notario emite juicio de suficiencia a la vista de la “copia auténtica” que se le exhibe. Además incorpora el poder a la matriz y lo reproduce en la copia presentada. El poder es un documento suscrito en primera persona por el poderdante por el que confiere al apoderado facultades suficientes para el negocio documentado. Al pie del escrito, además de la firma del poderdante, consta un sello puesto y firmado por el notario colombiano del que resulta que ha identificado al firmante y que ha firmado en el documento. El poder se acompaña de la estampilla prevista en el Convenio de la Haya.

**R:** Según la clásica doctrina DGRN (RDGRN 11/06/1999) la calificación de si un poder extranjero es o no título público debe hacerse conforme a la ley española (cfr. artículo 12.1 CC) de modo que sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español podrá sostenerse que es apropiado para provocar una inscripción registral. Los dos requisitos que ha de cumplir un documento para ser calificado como público, conforme al artículo 1.216 CC, son dos: que haya sido autorizado por notario o funcionario público competente; y que se hayan observado las solemnidades requeridas por la Ley, lo que, tratándose de documentación extrajudicial, se concreta en la necesidad de identificación suficiente del otorgante (fe de conocimiento) y la apreciación de capacidad de éste (juicio de capacidad).

El cargo de notario del autorizante colombiano, su identidad y firma queda garantizado con la apostilla de la Convención de la Haya, y en cuanto a la identificación del otorgante queda cumplido el requisito con el sello y firma de aquél funcionario. En cuanto a la apreciación de la capacidad del firmante, su falta de constancia documental expresa no significa que no haya existido, pues puede que la ley del lugar del otorgamiento lo considerarse implícito en la autorización del documento. Por ello la mayoría entendió que el documento sería inscribible si se demostrase (vg. por medio del certificado previsto en el artículo 36 RH, salvo que el Registrador conociese la legislación) que, con arreglo a la legislación colombiana la identificación del firmante por el notario lleva implícito un juicio de capacidad del mismo. Otros entendieron que el documento sería directamente inscribible puesto que el notario reseña del documento auténtico que se le ha exhibido, emite un juicio de suficiencia en base al mismo y se puede calificar la congruencia de tal juicio con el negocio realizado, al constar en el propio documento las facultades conferidas. Pero a esto se objeta que, en todo caso, el documento que acredite la representación y se exhiba al autorizante debe ser público y que el juicio de suficiencia no salvaría un defecto de formalización (la DGRN ha entendido que no cabe emitir tal juicio en base a una copia simple).

**URBANISMO.**

**1.-P:** Un único propietario es dueño de 10 parcelas colindantes, sobre las que está construyendo un edificio en base a licencia de obra única para todo el edificio (pese a los distintos usos) sobre una única parcela de 8.000 m<sup>2</sup> identificada como parcela edificable mediante previo plan especial ya aprobado, que sin embargo no exigió expresamente la agrupación de las 10 parcelas independientes que jurídicamente constituyen dicha parcela edificable única. La superficie sobre la que se realiza la obra no comprende la superficie integra de la suma de las 10 parcelas, sino que deben cederse unos metros cuadrados para ensanche de las aceras y, además, otra superficie queda como independiente de la obra para una servidumbre de luces y vistas.

El propietario, para evitar la necesaria agrupación de las diez parcelas y tener que pagar el impuesto, pretende la constitución sobre las diez parcelas de un complejo urbanístico, identificando como fincas independientes los distintos usos asignados (oficinas, parking, comercial). ¿Es posible?

**R:** En principio, la idea no parece correcta ya que tanto jurídica como constructivamente se trata de un único edificio que no es susceptible de individualización estructural, sin perjuicio de que en la división horizontal del mismo se puedan constituir tantas subcomunidades como se estime pertinente en atención a dichos usos diferenciados; no recayendo cada una de esas partes de edificio sobre fincas registrales concretas.

Así se señala que el artículo 24-1 de la LPH exige para poder constituir un complejo inmobiliario que existan o este integrado por “*por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre si....*”. y que exista “*una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios*”, lo que no tiene lugar en el presente supuesto, pues al existir un solo edificio, las parcelas no son independientes sino que constituyen una unidad que se pretende obviar mediante esta fórmula.

Para evitar la escritura de agrupación de las fincas registrales, la solución que se propone es la de acudir a un proyecto de normalización urbanística de las diez parcelas de la que resulte la parcela edificable definida por el plan especial aprobado, las parcelas de cesiones de viales, y la zona de servidumbre de vistas en la parte trasera sirviendo de varios edificios ya construidos como predios dominantes, y todo ello mediante certificación administrativa como permite el artículo 6 del RD 1093/1997.

Se plantea la duda de si esta reparcelación en suelo urbano consolidado (como normalización de fincas) se puede defender que es preceptiva y, por lo tanto, puede inscribirse mediante certificación administrativa, o si por el contrario

debe entenderse que es voluntaria y, por lo tanto, por remisión de lo dispuesto en el artículo 86 ley del Suelo de la Comunidad de Madrid y 88 de la misma apartado 2, es necesaria la escritura pública como parece ser la opinión del Ayuntamiento. Dicho artículo establece que *"en las reparcelaciones voluntarias, recaída la aprobación municipal o producida por silencio administrativo, para la inscripción de la reparcelación en el Registro de la propiedad bastará con la presentación en éste de la escritura pública en unión del certificado del acuerdo municipal aprobatorio o en su caso, de la acreditación del acto presunto en los términos dispuestos por la legislación de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas"*. A este respecto se considera que se trata de una reparcelación preceptiva en cuanto que la existencia de una sola parcela edificable deriva de las prescripciones de un plan especial y, además, deben delimitarse fincas de cesión obligatoria y una zona de servidumbre obligatoria impuesta por aquél.

**2.-P:** Se presenta una escritura de parcelación (una finca se divide en cuatro) y declaración de obra nueva, en la que se afirma haber construido cuatro viviendas unifamiliares.

No se aporta licencia para la parcelación, pero:

- Se aporta un certificado de silencio administrativo, en el que la propia Administración afirma que conforme al artículo 43 de la ley 30/1992, el silencio es estimatorio.
- Se aporta licencia de las construcciones realizadas, describiendo cada una de las viviendas, y constando que cada una de ellas se encuentra en una parcela, estableciendo su superficie (que es la misma que la que consta en la escritura al describir las fincas resultantes de la división).

¿Se puede inscribir?

**R:** Unánimemente se considera que sí se puede inscribir, puesto que existe la certificación administrativa del silencio positivo administrativo, no su obtención por otro medio de prueba.

No se considera, en consecuencia, aplicable a este supuesto la sentencia del TS, Sala 5ª de lo Contencioso Administrativo, de 28 de enero de 2.009, (RJ 2009/1471), establece como doctrina legal *que no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.*

La reciente resolución de la DGRN de 17 de junio de 2010, consecuencia directa de la Sentencia anterior, establece la doctrina de negar que la licencia pueda

obtenerse por silencio en tales supuestos, pero con un importante matiz: el Registrador tiene razón porque las circunstancias del caso ofrecen indicios de que la licencia presunta infringe el planeamiento. ¿Y si no existen esos indicios? ¿En ese caso se entiende que el silencio concede la licencia?

En esencia, como señala Manuel Parga, la situación es la siguiente.

1.- La ley del procedimiento administrativo común en su artículo 43.2 establece con carácter general el significado positivo del silencio a menos que una disposición legal diga lo contrario. En consecuencia solicitada una licencia (para segregar una finca o para construir un edificio), el transcurso del plazo para resolver sin emitir resolución expresa, debidamente acreditado, significa que la licencia está presuntamente concedida. Este era el criterio anterior de la DGRN.

2.- Ahora bien, la ley del Suelo (actual artículo 8.1) dice que nunca se pueden entender adquiridas por silencio derechos o facultades contrarias al planeamiento urbanístico.

La interpretación conjunta de ambas disposiciones dio lugar a soluciones jurisprudenciales distintas, entre ellas la sentencia del TS de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de mayo de 2007 (RJCA 2007/479), que precisamente fue recurrida en casación y revocada por la sentencia del TS antes citada.

El asunto resuelto en la instancia era el siguiente. Solicitada una licencia y transcurrido el plazo sin resolución expresa, con posterioridad el Ayuntamiento resuelve denegando la licencia y esta resolución denegatoria fuera de plazo es la que es objeto del pleito. La sentencia del TSJA declara que una vez producido el silencio positivo decae la facultad de la Administración para resolver en sentido contrario. Se entiende que se ha producido una resolución y por lo tanto el único camino que tiene el Ayuntamiento para anular la licencia es el expediente de revisión. No puede dictar una resolución denegando la licencia una vez que el silencio positivo ha producido su efecto. Necesariamente tiene que iniciar un expediente de revisión porque la licencia presunta ha producido su efecto y ha otorgado las facultades pertinentes al interesado.

El TSJA tiene en cuenta el artículo 8,1 de la ley del Suelo, pero lo interpreta en el sentido de que una cosa es el aspecto procedimental, concesión de la licencia, y otro el sustancial, legalidad de la licencia. La licencia puede adquirirse de modo expreso o presunto, y en ambos casos la licencia puede adecuarse a la legalidad o no. Este artículo simplemente dice que una licencia presunta no puede dar lugar a adquirir facultades en contra del planeamiento, pero eso mismo sucede en una licencia expresa. Una licencia expresa, contraria a la ley también puede ser objeto de revisión.

El TS revoca este criterio, pero nos deja en una situación de total inseguridad. Por una parte en sus considerandos parece inclinarse claramente por interpretar la situación como de silencio negativo. Dice que el artículo 43.2 de la ley de procedimiento prevé la excepción legal y que en tal sentido el artículo 8,1 de la ley del suelo es una excepción legal. Pero luego en el fallo (que es lo que cuenta en la realidad) en vez de expresar como conclusión lógica que el silencio en materia de licencias urbanísticas es negativo se limita a decir lo que dice y no dice lo que debiera decir. Es fundamental que *el TS no dice que el silencio es negativo en materia de licencias urbanísticas*, (que hubiera sido lo mas sencillo y claro) sino que lo único que dice es que el silencio no puede amparar licencias en contra del planeamiento. ¿Cómo podemos interpretar esta sentencia? ¿Puede el silencio amparar licencias si son conformes con el planeamiento?

Quizás el quid de la cuestión se encuentre precisamente en esa sutil diferencia entre lo que dice la ley del Suelo y lo que dice el fallo de la sentencia. La ley del Suelo habla de adquisición de derechos o facultades, mientras que la sentencia habla de adquisición de licencias.

Una primera interpretación, tajante, el silencio es negativo. El interesado tiene que recurrir para obtener licencia. Pero es difícil aceptar que esto es lo que quiso decir el TS cuando era tan sencillo decirlo y no lo ha dicho ni tampoco lo dice expresamente la ley del Suelo.

La segunda y lógica. La sentencia del TS se mueve en el aspecto sustancial, no en el formal. Formalmente ha operado el mecanismo de concesión de licencia, pero la Administración conserva su competencia para, bien directamente emitiendo resolución fuera de plazo, o bien previo expediente de revisión, declarar en cualquier momento la ilegalidad de la licencia. No olvidemos que el objeto propio del recurso de casación era la validez de la resolución denegatoria dictada fuera de plazo.

La DGRN afirma que el Registrador tiene que calificar, en caso de que el interesado alegue la concesión de licencia por silencio, si el contenido de esa pretendida licencia infringe o no el planeamiento urbanístico. Si no lo infringe entenderá que se ha concedido licencia, pero si hay indicios de que lo infringe debe entender que no se ha adquirido licencia. El Registrador tiene que examinar las circunstancias del caso para apreciar si hay indicios de que el contenido de la licencia es ilegal. El silencio será eficaz o no según las circunstancias del caso. Por tanto, la interpretación de la DGRN sobre la STS no considera que el silencio sea negativo.

La solución coloca al Registrador como sustituto de la administración municipal. Es él quien tiene que decidir si el contenido de la licencia se adecúa

al planeamiento urbanístico. Pero la función del Registrador según los artículos 18 de la LH y 98 a 100 del RH no consiste, en estos casos, en pronunciarse sobre si ese permiso o licencia es correcto, sólo puede examinar los aspectos externos (si formalmente se ha concedido la licencia) pero no los internos (si la licencia esta bien o mal concedida). ***Si la licencia concedida infringe el planeamiento no puede por ello el Registrador denegar la inscripción.*** Podrá, si acaso, comunicarlo al Ayuntamiento (y quizás ni siquiera eso) pero tiene que despachar el documento.

El Registrador ***no tiene competencia jurídica*** para calificar si la licencia está bien o mal concedida. Es una función que la ley atribuye exclusivamente a los Ayuntamientos, y a los Tribunales en sede contenciosa, por lo tanto sería una usurpación de funciones. Pero además ***no tiene tampoco, normalmente, competencia técnica.*** En los Ayuntamientos, previa la resolución del órgano municipal, es preceptivo el informe de los servicios técnicos. El Registrador carece de un servicio técnico que le facilite un informe en el que basar su resolución.

Por eso la solución de la DGRN se considera errónea. El Registrador no puede de ningún modo sustituir al Ayuntamiento emitiendo un juicio sobre los aspectos sustantivos (adecuación al planeamiento) de la licencia, ni puede en consecuencia asumir las responsabilidades que de ello podrían derivarse.

En cuanto a los efectos de la inscripción respecto de la licencia, señala nuevamente Manuel Parga, que la inscripción no sana en absoluto los defectos que puedan afectar a la licencia ni produce en beneficio del tercer adquirente ningún efecto de presunción de exactitud y veracidad respecto de dicha licencia y los actos derivados de la misma.

En primer lugar porque como hemos dicho antes el Registrador no se pronuncia sobre los aspectos sustantivos de la licencia, sino solo sobre su existencia y los requisitos formales extrínsecos de la misma, por lo que la calificación registral, con su secuela de responsabilidad, que es el fundamento de los efectos de la fe pública en beneficio de terceros, no opera en esta materia.

Además el artículo 19 de la ley del Suelo establece el principio general de que el adquirente se subroga frente a la administración en la situación del transmitente, por lo tanto todas las acciones derivadas de la licencia presunta que la administración pudiera ejercitar contra el transmitente también las podrá ejercitar contra el adquirente. Este último nunca podrá alegar la fe pública registral para protegerse de acciones derivadas de la validez o nulidad de la licencia. Si en el Registro consta que la licencia se ha obtenido vía silencio, los efectos serán los que establece la ley y ha confirmado el TS, y esos efectos (posible nulidad) afectarán lo mismo al que la ha solicitado que a los adquirentes

posteriores. Otra cosa distinta es que en su caso el expediente o las acciones administrativas tengan que entenderse con el titular registral, pero esto es sólo una cuestión de tracto.

Entendido el expediente con el tercer adquirente titular registral no podrá este alegar el artículo 34 de la ley Hipotecaria pues en el Registro consta que la licencia se obtuvo por silencio y los efectos de este silencio están afectados por lo que establece la ley del Suelo en su artículo 8.1.

En conclusión, la duda sobre si el silencio ha de interpretarse en sentido positivo o negativo debe resolverse en el primer sentido, ya que si se solicita una licencia, y posteriormente se presenta una nueva instancia en la administración para que certifique que no ha recaído resolución en plazo, existe una grave negligencia por parte de la administración que infringe su primera y fundamental obligación, servir a los administrados. Este es además el criterio de la ley ya que otorga con carácter general sentido positivo al silencio, a menos que una ley disponga lo contrario, y toda excepción ha de interpretarse en sentido restrictivo.

La administración no se ve perjudicada por la inscripción porque esta no convalida la validez de la licencia que podrá quedar sin eficacia por medio del oportuno expediente de revisión en perjuicio del titular registral y con el consiguiente reflejo registral del inicio del mismo.

Sin embargo algún compañero, siguiendo el criterio manifestado por Antonio Gallardo en lista libre, estimó que el verdadero efecto de la sentencia y de la resolución es la necesidad de que el Registrador, en su calificación, realice la aplicación del propio Planeamiento urbanístico y no de por bueno sin más el silencio administrativo positivo.

Una aplicación del planeamiento a la que, en este ámbito se indica, no se opone la limitación impuesta a la calificación registral, en relación con los actos administrativos, por el artículo 99 del Reglamento hipotecario; puesto que la verdadera razón de aquella exclusión sólo puede encontrarse en la presunción de validez del propio acto, declarada hoy, de modo expreso, por el artículo 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Una presunción de validez que se impone, por razones de orden público, como presupuesto de la eficacia social ordenadora que la Constitución atribuye a la actividad de la Administración y que tan sólo puede ceder, de modo tasado, ante la falta de competencia del órgano, la inadecuación del procedimiento seguido o la afectación de terceros, ajenos a la tramitación del procedimiento en que el acto ha sido dictado.

Esa presunción de validez, qué duda cabe, concurre en el acto

administrativo expreso. Y también, con carácter general, en el acto presunto, pues la ficción de resolución que en este caso establece el ordenamiento jurídico equivale, de modo pleno, en favor del interesado, a la propia resolución expresa. Pero no sucede lo mismo en relación con los actos presuntos producidos en el ámbito urbanístico. Pues en ellos la presunción de legitimidad del acto, su carácter inicialmente válido, aparece inmediatamente negado por aquella regla de protección de la legalidad urbanística; cuyo objeto es, cabalmente, la negación de esa misma legitimidad: la exclusión de la validez del acto presunto en relación con el contenido de facultades reconocidas por el mismo, que a la postre resulten contrarias a la ordenación urbanística.

Se crea pues con ello situaciones de evidente desprotección para todos aquellos que resulten vinculados por el acto presunto: el propio interesado y los terceros subadquirentes, frente a los que podrá la Administración dictar en cualquier momento un acto contrario al sentido del silencio y que, también en cualquier momento, se verán sometidos al correspondiente expediente de disciplina, sin necesidad de previa revisión del acto (que es, exactamente, lo que dice expresamente la sentencia); e, indefectiblemente, el registrador que ha de calificar las situaciones jurídicas basadas en el acto presunto, no inicialmente válido, cuya responsabilidad podrá ser exigida, si, por error en la calificación del mismo, permite la ejecución de un acto contrario al ordenamiento jurídico; pues la validez de dicho acto, que no se presume, dada aquella regla legal de protección, habrá de ser cumplidamente acreditada, como ocurre con los actos de la esfera privada, dentro del correspondiente procedimiento registral (y de conformidad con todo el conjunto del ordenamiento aplicable, incluidos, por su carácter normativo, los Planes de Ordenación).

Bien es cierto que estamos en presencia de una calificación extraordinariamente compleja, llena de conceptos jurídicos, en ocasiones, indeterminados, y cuestiones de carácter técnico, inaprensible para el registrador. Pero, hasta donde alcance la racionalidad, se dice por Antonio Gallardo, hemos de tratar de llevarla a cabo, valiéndonos, para ello, de los procedimientos que la propia legislación hipotecaria pone a nuestro alcance. Entre otros, la notificación del artículo 79 del Reglamento de Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística, que si bien no ha de eximir al Registrador de su obligación de calificar, sin relevarle por tanto de la responsabilidad de la decisión que finalmente adopte (especialmente en caso de falta de respuesta de la Administración), sí que permitirá dotar al mismo de elementos de juicio adicionales.

**3.-P:** Se presenta borrador de proyecto de compensación. Una de las fincas aportadas procede de segregación de otro inscrita con las siguientes

características: la finca matriz de 2.900 m<sup>2</sup> se encuentra registralmente vinculada “ob rem” a una propiedad horizontal, en la proporción de un 72% a un local comercial, y el 28% restante a catorce viviendas, a razón de un 2% cada una de ellas. En unos ESTATUTOS que no se inscribieron se estableció que ese 72% correspondía a una porción de la matriz de 2.000 m<sup>2</sup> (con su descripción completa) que no podía segregarse por no haberse obtenido todavía licencia, y el 28% restante correspondía a otra porción de 900 m<sup>2</sup> que se describía igualmente. Se decía que dicho pacto se reiteraría en escritura cada vez que se uno de los piso o el local se transmitiera. Ahora se aporta al proyecto la porción de 2.000 m<sup>2</sup> por los dueños del local, que tiene vinculado el 72% y, en consecuencia, desaparece la vinculación “ob rem”. Ante la dificultad de obtener el consentimiento ante notario de cada uno de los titulares de las viviendas, pretenden los representantes de la Junta de Compensación que su falta se subsane por la notificación a los condueños y no oposición de los mismos a la tramitación del proyecto. Estos quedarían como dueños de 1/14 parte indivisa cada uno de la finca resto no aportada al proyecto de 900 m<sup>2</sup>.

**R:** Puesto que registralmente existe una única finca de 2.900 m<sup>2</sup>, que pertenece pro indiviso a diversos propietarios, es evidente que, aún cuando se aporte al Proyecto sólo parte de ella, todos los titulares registrales han de ser notificados en el expediente urbanístico, requisito fundamental a efectos de la inscripción del proyecto por aplicación de los artículos 20 y 38-1 LH y 99 RH. Así lo recoge igualmente el artículo 7.12 del RD 1093/1997 de normas complementarias sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística. Si estas notificaciones no se hubieren efectuado, se produce causa de nulidad del expediente, con necesidad de reponer el trámite al momento en que se omitió, si bien puede subsanarse mediante la conformidad de los interesados respecto del expediente manifestada a posteriori, y siempre acreditada fehacientemente.

El acuerdo que se estableció en los Estatutos, de asignación de una porción determinada de terreno a cada uno de los comuneros, al no constar inscrito, carece de trascendencia real y, por lo tanto, no afecta a los que con posterioridad adquirieron alguna vivienda. Esta claro que tal pacto obedecía a la imposibilidad de obtener en ese instante la licencia de segregación –exigencia hoy innecesaria desde el momento en que se apruebe definitivamente el proyecto al que se aporta parte de finca-, pero lo cierto es que debe partirse de la situación tabular existente al iniciarse el proyecto, que habrá quedado reflejada en la certificación registral que, a instancia de la Junta, debe solicitarse en ese momento. Por consiguiente la notificación a todos los titulares de la finca matriz –local y viviendas- es requisito imprescindible para la inscripción del proyecto. Lo que se aporta al proyecto no es una porción delimitada de 2.000 m<sup>2</sup> perteneciente al titular del local, sino una porción delimitada que pertenece pro indiviso, como cada metro cuadrado de la finca matriz, a los titulares del local y a los de las 14 viviendas.

Otra cuestión es que por la vía de la notificación a los titulares registrales y su falta de oposición al proyecto, se permita inscribir las parcelas de resultado a nombre de personas distintas de la parcela inicialmente aportada. Tal solución se rechazó por unanimidad por aplicación del principio de subrogación real (Cf. Art. 18 TR Ley del Suelo 2008), puesto que es regla básica que el acuerdo aprobatorio de los instrumentos de distribución de beneficios y cargas produce el efecto de subrogación de las fincas de origen por las de resultado. Así resulta también del art. 13 RD 1093/1997 de normas complementarias, según el cual, la inscripción de las fincas de resultado debe practicarse a favor del titular registral. Por lo tanto, salvo que se tratare de un supuesto de reanudación de tracto –que no es el caso- o de los previstos en el artículo 14 siguiente –que tampoco amparan este supuesto-, no sería posible la inscripción del proyecto sin que se corrigiese el error de titularidad, que bien podría hacerse por vía de operación jurídica complementaria.

De esta manera el obstáculo que se suscita con esta finca aportada no afectará a los demás propietarios interesados en el proyecto, evitando una paralización en la tramitación del mismo. Y si todos los titulares de la parte de finca aportada (local y 14 viviendas) están de acuerdo y aceptan como válido el convenio de división pactado en su día, podrán formalizarlo sin problemas para adecuar al mismo la situación registral, ya superado el obstáculo de la segregación de la finca; y, en caso de desacuerdo, siempre tendrán la posibilidad de acudir a los Tribunales para que se declare la eficacia o no de lo pactado en los Estatutos.

NOTA: Respecto a la posibilidad de inscripción en el Registro de un pacto similar relativo la forma de efectuar en el futuro las adjudicaciones en una extinción de comunidad, susceptible de inscripción como pacto que afecta en lo futuro a las facultades del dominio y con efectos frente a tercero, vid. RDGR de 1 de abril de 1981, citada en el número 18 de los Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo. Casos Prácticos. Urbanismo.

**4.-P:** Se consulta respecto de los “Suelos Contaminados”, si se tienen que liquidar del impuesto los mandamientos de expedición de certificación de cargas y nota marginal de iniciación de un procedimiento de declaración de suelos contaminados y si, liquidado (o no) el anterior mandamiento, debe liquidar la certificación de declaración de suelo contaminado, si resulta del mismo expediente, o su archivo y cancelación de la nota en caso contrario.

**R:** Como argumento en favor de la liquidación se señala que esas notas marginales sustituyen a una anotación preventiva.

En contra, sin embargo, se indica que se trata de un hecho no sujeto - distinto de exento- y que no cabe aplicar la analogía en la creación del hecho imponible y

que, en este caso no estamos ante un documento notarial ni ante una anotación preventiva de embargo, ni ante una declaración sustitutiva de un derecho, por lo que no es necesario liquidar ni el uno –mandamiento- ni la otra –certificación-.

**5.-P:** Se presentan dos escrituras de división horizontal:

a) En la primera, varios elementos tienen una superficie **útil** de 25,75 m<sup>2</sup>, pero en la descripción se limita a señalar que consta de diversas dependencias y servicios. Se trata de viviendas calificadas de Protección Pública y la cédula de calificación definitiva refleja dichas superficies. El titular registral y quien hace la división horizontal es la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid.

b) En la segunda, el edificio pertenece a una sociedad y no tiene ningún régimen de protección pública, también hay elementos con superficie **construida** entre los 25 y los 38 metros y cuya descripción es la misma: consta de diversas dependencias y servicios. En este caso no se ha realizado ninguna declaración de obra nueva, se trata de un edificio antiguo que estaba sin dividir horizontalmente.

¿Es necesario exigir que concreten cuáles son las dependencias o se puede inscribir sin más?

**R:** De acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, en su art. 7.3.4: *“se considera como vivienda mínima aquélla que cuenta con, estancia-comedor, cocina, dormitorio y aseo, y cuya superficie útil sea superior a treinta y ocho (38) metros cuadrados, no incluyéndose en el cómputo de la misma las terrazas, balcones, balconadas, miradores, tendedores, ni espacios con altura libre de piso inferior a doscientos veinte (220) centímetros. Podrá admitirse reducir la superficie útil hasta veinticinco (25) metros cuadrados, en el caso de que únicamente disponga de una estancia-comedor-cocina, que puede servir de dormitorio y un cuarto de aseo”*.

No obstante, de manera mayoritaria se considera que no es exigible la descripción de las distintas dependencias de los pisos cuando la superficie útil oscile entre los 25 y los 38 metros cuadrados, porque no existe ningún artículo que así lo exija y porque la constitución del régimen de propiedad horizontal de obras nuevas ya inscritas no exige la aportación de ninguna licencia salvo el supuesto de formarse más elementos independientes de los señalados en la declaración de obra nueva –artículo 53 del RD 1093/1999-, si ello puede resultar del registro.

Además, esa descripción, si no va acompañada de un certificado de técnico competente, que tampoco es exigible en estos casos, carece de eficacia jurídica y

es fácilmente modificable por la vía de hecho. Ahora bien, si la superficie útil de alguno de los pisos fuera inferior a los 25 metros cuadrados, se considera necesario para inscribir la división horizontal la licencia municipal que autorice motivadamente dichas superficies.

Por lo demás, respecto de la concesión de la cédula de calificación definitiva, la misma tiene un alcance distinto de la licencia municipal de obras, por lo que no añadiría nada acerca de la legalidad urbanística de la obra nueva y sólo, a todo lo mas, como acreditación del fin de la obra en los términos del artículo 52 del RD 1093/1997.

**6.-P:** Un promotor segrega 6 parcelas y queda una finca resto que se destina a “uso comunitario restringido”. En la descripción registral de cada parcela consta, aparte de la cuota general, que “tiene un coeficiente en la zona común de uso restringido de.....”.

Se han ido vendiendo parcelas y cuotas de la finca registral resto “zona común”, pero con la venta de una parcela no se ha vendido la respectiva cuota.

Ahora sobre esa parcela se sigue un embargo de la TGSS y como operación previa para practicar la anotación, se solicita certificación de la finca embargada. ¿Se debe expedir certificación sólo de la finca o también de la cuota vinculada?.

**R:** Como punto de partida se señala que la configuración jurídica de la relación entre las distintas parcelas y la finca resto, pudo haberse constituido expresamente como una “vinculación *ob rem*” que no hubiere representado las ventas de las distintas cuotas y que incluso esa configuración parece latir en los párrafos expuestos. Pero, constando inscrita la finca resto inicialmente a favor del promotor y no de “los que en cada momento sean dueños de las parcelas....., en la siguiente proporción...”, y habiéndose vendido por cuotas la misma a los distintos compradores de parcelas –lo que confirma su carácter dominical independiente-, mayoritariamente se llega a la conclusión de que se trata de una mención de un tipo de titularidad carente de la necesaria determinación jurídica correcta y que podría cancelarse, como se cancelarían las cuotas de los pisos que figurarán únicamente en una obra nueva de un edificio, luego no constituido en propiedad horizontal.

En consecuencia, se considera que, como las asientos registrales se encuentran bajo la salvaguarda judicial, habrá que certificar estrictamente de la situación inscrita y, en consecuencia, sólo se debe certificar de la finca objeto del embargo, en cuanto que es la única que se encuentra inscrita a favor del deudor y cancelar la mención de la cuota que a la parcela pertenece en la finca resto.

Hubo no obstante una minoría que consideró que debía certificarse de ambas fincas y tomarse anotación de embargo de las dos, aunque el mandamiento en su día no lo ordenara, por entender que sí está constituida correctamente la titularidad “*ob rem*” y que, en consecuencia, las ventas de cuotas de la finca resto son superfluas, no pudiendo efectuarse a personas distintas de los compradores de parcelas y meramente instrumental o errónea pero sin valor jurídico, la inscripción inicial a favor del promotor.

### **VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL.**

**1.-P:** Se pregunta si en un edificio calificado como con protección pública en su integridad, la administración tiene derecho de tanteo y retracto sobre los locales comerciales y los garajes independientes.

**R:** Unánimemente se considera que sí, porque esa calificación de protegidos los asimila a las viviendas cuyo régimen jurídico compartirán.

# LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

CUARTO TRIMESTRE DE 2010

## ÍNDICE

-- Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado. **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid – Núm. 255.**

-- Orden de 5 de noviembre de 2010, por la que se modifica la Orden de 27 de abril de 2007, de la Consejería de Hacienda, por la que se establece el procedimiento para la presentación y pago telemático de las autoliquidaciones correspondientes a los impuestos gestionados por la Comunidad de Madrid. **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm. 276.**

-- Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2011. **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm. 310.**

-- Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público. **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm. 310.**

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

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL REGISTRADOR: INEXISTENCIA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 9ª) DE 30 DE JUNIO DE 2010.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés.

**Antecedentes.-** Estando inscrita una hipoteca inmobiliaria en el Registro de la propiedad, e iniciado el procedimiento ejecutivo del bien, se inscribió una dación en pago del inmueble en virtud de escritura pública de fecha anterior a la constitución de la hipoteca. La actora favorecida por el embargo solicitó que se declarase la responsabilidad civil del Registrador de la propiedad, alegando para ello que, en una de las cláusulas de la constitución de hipoteca, la parte prestataria se obligaba a requerir previa conformidad de la prestamista para la transmisión de la finca hipotecada. En ambas instancias se desestimó la pretensión.

**Doctrina.-** Es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la que niega trascendencia real a la obligación de no enajenar ni gravar sin permiso del acreedor hipotecario.

No puede apreciarse la responsabilidad civil extracontractual del Registrador que inscribió la dación en pago cuando ni antes ni a la vez se haya impugnado la inscripción. Aún cuando existiera una resolución judicial dejando sin efecto la dación en pago, no sería automático considerar la responsabilidad del Registrador. Es más, aunque se hubiera apreciado un actuar culposo en el demandado, no puede imputársele responsabilidad civil al no existir un resultado dañoso derivado de su actuación: El hecho de que la dación en pago sea de fecha anterior a la fecha de constitución de la hipoteca impide en todo caso afirmar que con aquélla haya podido infringirse una cláusula contractual introducida en el acto de constitución de esta última.

CARMEN JEREZ DELGADO

**EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES. ACCIÓN CAMBIARIA Y ACCIÓN HIPOTECARIA: PRESCRIPCIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21ª) DE 22 DE JUNIO DE 2010.]**

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

**Antecedentes.-** Los propietarios actuales de un inmueble iniciaron un expediente de liberación de cargas y gravámenes a fin de que se cancelase la hipoteca inscrita como gravamen sobre el mismo. Constituían la obligación garantizada cinco letras de cambio emitidas por el anterior titular, que declaraba haberlas pagado aunque sólo tenía en su poder dos de ellas por haber extraviado las tres restantes. Los propietarios actuales alegaron a su favor el hecho de que habían transcurrido ya los tres años del plazo de prescripción de las acciones cambiarias. El Juzgado de Primera Instancia desestimó el expediente de liberación de cargas y gravámenes. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia anterior.

**Doctrina.-** El crédito garantizado con hipoteca no prescribe ya por el plazo de prescripción de las acciones personales sino que es de aplicación el plazo más extenso de la acción hipotecaria que es de veinte años conforme a lo dispuesto en el artículo 1964 del Código Civil. Por consiguiente, no procede cancelar la hipoteca constituida en garantía de unas letras de cambio por el transcurso del periodo de prescripción de tres años asociado a la acción cambiaria sino que debe aplicarse el plazo superior de la acción hipotecaria.

CARMEN JEREZ DELGADO

**RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL REGISTRADOR [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 11ª) DE 29 DE JUNIO DE 2010.]**

Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> José Alfaro Hoys.

**Antecedentes.-** Un Registrador de la propiedad denegó la inscripción de una escritura pública de venta en que no coincidía la persona del vendedor con la persona del titular registral. El demandante solicitó calificación sustitutoria, que vino a confirmar la anterior. Recurrida la calificación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, volvió a confirmarse la calificación negativa del Registrador, como sucedió de nuevo al recurrirse después ante el Juez de Primera Instancia. Alega el recurrente la existencia de un error en la descripción del inmueble, como acreditaría una escritura de rectificación o subsanación de obra nueva y división horizontal que, sin embargo, no presenta como prueba. Denuncia además la falta de legitimación pasiva del Registrador de la propiedad, que se presenta como parte en el procedimiento junto a la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso.

**Doctrina.-** La cuestión de la legitimación del Registrador de la propiedad para intervenir como parte demandada en el proceso, junto a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos presentados frente a la calificación emitida por él es cuestión discutida: Mientras la Audiencia Provincial de Valladolid, por ejemplo, tiende a denegarla, las Audiencias Provinciales de Alicante y Navarra, por ejemplo, tienden a admitirla. La Audiencia Provincial de Madrid se inclina por esta última línea de actuación, e interpreta que el argumento decisivo lo constituye el artículo 13.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito». Es evidente que el Registrador ostenta dicho interés, ya que de la denegación de la inscripción pueden derivarse para él responsabilidades en los ámbitos civil y disciplinario. Esta interpretación no resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria.

El error padecido en la descripción del inmueble no puede apreciarse por el Registrador de la propiedad en tanto no exista documento público en que conste el consentimiento del titular afectado o una resolución judicial en este sentido, pues el Registrador de la propiedad ha de calificar teniendo en cuenta solamente los títulos públicos presentados y los asientos que constan en el propio Registro, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

CARMEN JEREZ DELGADO

**ACCIÓN REIVINDICATORIA Y REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES LOCALES [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 9.ª) DE 10 DE JUNIO DE 2010.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Pereda Laredo.

**Antecedentes.-** Don C., don G. y don O. ejercitan una acción reivindicatoria sobre determinadas parcelas, al amparo del artículo 220 R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, en interés del Ayuntamiento de Madrid y solicitan, entre otras cuestiones, que dichas parcelas se inscriban en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Madrid. En su demanda alegan que la citada Corporación local es la propietaria de las parcelas 0 y 1 y que éstas han sido ocupadas sin título ninguno por la entidad UCE, S.A., que gestiona un colegio privado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Madrid estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, revoca en parte la sentencia de primera instancia y estima la acción reivindicatoria, ordenando a la demandada que restituya las parcelas al Ayuntamiento de Madrid.

**Doctrina.-** La Audiencia Provincial de Madrid recuerda, en primer lugar, en esta sentencia cuales son los requisitos para que se estime la acción reivindicatoria: *a)* título de dominio que acredite la propiedad del actor; *b)* identificación suficiente de la cosa reivindicada; y *c)* posesión actual de la misma por el tercero demandado.

Por otra parte, la Audiencia Provincial señala que el artículo 220 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales establece en sus apartados 2 y 3 que «cualquier vecino que se hallare en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles» y que «si en el plazo de esos treinta días, la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la entidad local, facilitándoles ésta los antecedentes, documentos y elementos de prueba necesarios y que al efecto soliciten». Afirma la Audiencia Provincial que tales requisitos se cumplen en este caso, ya que el Ayuntamiento fue requerido por los demandantes, transcurrió el plazo de treinta días hábiles fijado legalmente y conociendo la

ocupación de su parcela por la entidad UCE, S.A., ni ha autorizado su uso ni lo ha denegado y no ha realizado ninguna actuación para recuperar la posesión del terreno de su propiedad, siendo esta mera inactividad (tras el requerimiento de los actores y el transcurso del plazo de treinta días hábiles) la que da lugar a la legitimación de los demandantes para el ejercicio de la acción reivindicatoria, acción que no precisa más requisitos que los generales, estando implícita en ella que se ejercita en interés del Ayuntamiento de Madrid.

**MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA**

**PRIORIDAD REGISTRAL Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES SOBRE BIENES DEL CONCURSADO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25.ª) DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2010.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco.

**Antecedentes.-** La entidad financiera, B. P., S.A. interpone una demanda por la que impugna la calificación del Registrador de la Propiedad núm. 6 de Madrid que denegó la inscripción de un auto judicial de adjudicación de abril de 2007 y del mandamiento de cancelación de las inscripciones 9.ª y 10.ª y de la anotación letra C de mayo de 2007, dictados en un procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, confirmando la sentencia de primera instancia.

**Doctrina.-** La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia que conforme a los artículos 24 y 25 LH, a los efectos de determinar la prioridad registral, debe «atenderse, no a la fecha del título, sino a la fecha del correspondiente asiento de presentación -que es la fecha de la inscripción para todos los efectos- y a la hora de presentación en el Registro del título respectivo».

Por otra parte, la Audiencia Provincial afirma que la calificación de un bien como afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado y como necesario para la continuidad de dicha actividad, corresponde al Juzgado Mercantil que conoce del concurso. Asimismo señala que la competencia para acordar la suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado corresponde al Juez Civil que conoce del correspondiente proceso de ejecución.

Por último, la Audiencia Provincial recuerda en esta resolución judicial que la suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho real o haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación es imperativa (conforme a lo dispuesto en los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal), salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del

deudor. Por tanto, la falta de suspensión de la ejecución singular cuando tal suspensión resultare legalmente procedente determina la nulidad de pleno derecho de los actos de ejecución realizados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55.3 de la Ley Concursal.

**MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA**

**DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL JUICIO VERBAL CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 9.ª) DE 19 DE JULIO DE 2010.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Durán Berrocal.

**Antecedentes.-** Don V. interpone una demanda contra la resolución presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado del recurso interpuesto el 15 de marzo de 2006 ante dicha Dirección General contra la calificación negativa efectuada por el Registro de la Propiedad núm. 23 de Madrid el 3 de marzo de 2006 de la escritura pública otorgada ante el notario de Torrejón de Ardoz don J. M. P. G., siendo parte demandada doña C., la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Patronato Farmacéutico Nacional.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Madrid estima en parte la demanda y revoca el segundo de los defectos apreciados por el Registrador en dicha calificación negativa, manteniéndose la calificación negativa respecto del primero de los defectos apreciados. La Audiencia Provincial de Madrid desestima los recursos de apelación interpuestos por don V. y doña C., respectivamente, confirmando la sentencia de primera instancia.

**Doctrina.-** La Audiencia Provincial de Madrid afirma en esta sentencia que el objeto del juicio verbal contra la calificación registral, según lo dispuesto en el artículo 328 LH en relación con los artículos 326 y 66 LH, se limita a la determinación de si es o conforme a Derecho la calificación registral cuestionada, excluyéndose cualesquiera otras pretensiones que habrán de ventilarse en un juicio declarativo diferente. Así pues, no es posible en este procedimiento dilucidar la posible nulidad de una prohibición de disponer, por vulnerar el artículo 785.2º CC, ni puede exigirse al Registrador «una nueva "recalificación" y "reconsideración" del anterior asiento tabular vigente que contiene la prohibición de disponer en cuestión».

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

# RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

CUARTO TRIMESTRE DE 2010

## I.- PROPIEDAD

### **RESOLUCIÓN DE 17-08-2010 (BOE: 08-11-2010). ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE GANANCIALES: PLEITO ENTRE CÓNYUGES**

Registro: Mostoles nº 4

Se presenta un mandamiento en cuya virtud se solicita que se tome anotación preventiva de embargo sobre una finca ganancial siendo el demandante uno de los cónyuges de esa sociedad ganancial

El Registrador deniega la práctica de la anotación porque no se hace constar la disolución y liquidación de tal comunidad, fácil de conseguir pues quien puede hacerlo es, precisamente, la parte interesada en que se proceda al embargo,

Considera la DGRN que la anotación puede practicarse ya que al no constar que la sociedad de gananciales esté en liquidación, lo que se precisa en base al 144.1 del RH es notificar al otro cónyuge que en el presente supuesto es el demandante

### **RESOLUCIÓN DE 18-08-2010 (BOE: 15-11-2010). NECESIDAD DEL CERTIFICADO DE COSTAS PARA FINCAS LINDANTES CON LA RIBERA DEL MAR**

Registro: Corralejo

Se presenta una escritura de dación en pago como consecuencia de una ejecución de Sentencia judicial

La Registradora suspende la inscripción porque el edificio en que se encuentra la finca ejecutada es colindante con la ribera del mar y no se aporta el Certificado de Costas que exige el art 35 del Reglamento de Costas

La DGRN confirma la calificación considerando que no supone ninguna excepción a la exigencia legal el que los documentos sean judiciales

Nota: Anteriormente el Centro directivo consideraba que el citado art 35 del Reglamento de Costas constituía una extralimitación a la señalado en la Ley y era en consecuencia exigible, pero no fue este el criterio seguido por el Tribunal Supremo en esta materia y por ello ahora modifica su doctrina en este punto

**RESOLUCIÓN DE 20-09-2010 (BOE: 08-11-2010). ASIENTO DE PRESENTACIÓN: INSTANCIA PRIVADA**

Registro: Cáceres nº 2

Se pretende presentar en el Diario una instancia privada por la que se solicita la anulación de una anotación preventiva vigente

La Registradora deniega la práctica del asiento de presentación

La DGRN confirma la calificación registral y considera que no procede extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral tal y como establece el art 420 del RH

**RESOLUCIÓN DE 21-09-2010 (BOE). NUEVA ANOTACIÓN DE UN EMBARGO YA PRACTICADO CON ANTERIORIDAD**

Registro: Mazarrón

Se presenta un mandamiento de embargo y se anota el mismo respecto de una mitad de la finca, denegándose por falta de previa inscripción a favor del demandado de la otra mitad.

Ahora el recurrente pretende la anotación respecto de la mitad ya anotada

La DGRN muestra su extrañeza y rechaza el recurso porque su pretensión ya ha sido realizada

**RESOLUCIÓN DE 27-09-2010 (BOE: 15-11-2010). PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE COMUNIDAD CONYUGAL**

Registro: Lorca nº 3

Se presenta una providencia judicial de aprobación de acuerdo entre los cónyuges de liquidación de una comunidad de gananciales

El Registrador suspende la inscripción por : La providencia no es título inscribible, y la resolución judicial concede recurso luego no es firme, aunque se indique que es firme a efectos registrales

La DGRN revoca el primer defecto considerando que el título presentado es un documento público, previsto expresamente por el artículo 810 LEC, que recoge un acto que se perfecciona enteramente en la esfera judicial, por lo que estima que debe ser admitido como título inscribible al amparo del artículo 3 de la Ley Hipotecaria sin necesidad de aportar otra documentación,

Confirma por el contrario el segundo defecto indicado, entendiendo que la firmeza constituye un concepto unitario, sin que pueda mantenerse la existencia de una suerte de firmeza con un ámbito exclusivamente registral. Por el contrario, la Ley de Enjuiciamiento Civil parte de un principio general de necesidad de firmeza a todos los efectos para poder practicar inscripciones en los Registros Públicos

**RESOLUCIÓN DE 29-09-2010 (BOE: 15-11-2010). NO ES NECESARIO ACREDITAR QUE NO EXISTEN DESCENDIENTES DE LOS HIJOS DESHEREDADOS. NOTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN POR FAX.**

Registro: Vila-real N° 2

Recurso interpuesto por la notaria de Betxí, doña María Elena Sánchez Calvo, contra la negativa de la registradora de la propiedad n.º 2 de Vila-real, a la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Dos son los problemas que se plantean:

- 1º. la notificación de la calificación realizada por «fax»,
- 2º. el de fondo, consistente en determinar si, una vez desheredados los hijos del testador, resulta necesario algún tipo de prueba sobre la inexistencia de ulteriores descendientes, conservando estos su derecho a legitima (art 985Cc) o basta con la afirmación de que no consta su existencia.

En cuanto a la notificación de la calificación por «fax», la DG reitera su doctrina, (cfr. Resoluciones de 29 de julio de 2009 y 12 de enero de 2010) indicando que es cierto que el propio artículo 322 de la Ley Hipotecaria establece que será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado. Se trata ésta de una disposición, redactada por la citada Ley 24/2001, concordante con el texto que entonces tenía el apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992. Pero es también cierto que este apartado fue derogado por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Asimismo el referido artículo 322 de

la Ley Hipotecaria debe ser interpretada atendiendo no sólo a su tenor literal sino también a su espíritu, al marco normativo resultante de reformas recientes y a la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores, en un ámbito en el que se ha venido impulsando el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad. Pero es que, además, el hecho de que se haya presentado el recurso en los términos referidos, y de que no se plantee problema alguno de plazo de presentación del recurso, pone de manifiesto que el contenido de la calificación ha llegado a su conocimiento, según admite expresamente, por lo que el posible defecto formal en que eventualmente se hubiera podido incurrir habría quedado sanado, conforme al artículo 58.3 de la Ley 30/1992.

En cuanto al problema de fondo, hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Esta doctrina de la innecesiedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General durante más de un siglo de antigüedad (en concreto a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos.

En cuanto a la exigencia del artículo 82 del Reglamento Hipotecario establece que, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos podrán determinarse por acta de notoriedad. Esta exigencia deriva del reflejo en el Registro de la cláusula fideicomisaria, lo que no significa que deba extenderse a casos distintos de los contemplados en tal precepto.

**RESOLUCIÓN DE 30-09-2010 (BOE: 15-11-2010). HERENCIA, LEGADOS EN METÁLICO; PARTICIÓN PARCIAL SIN SATISFACER PREVIAMENTE LOS LEGADOS EN METÁLICO.**

Registro: Madrid N° 2

Recurso interpuesto por la notaria de Oviedo, doña María Isabel Valdés-Solís Cecchini, contra la negativa de la registradora de la propiedad n.º 2 de Madrid, a la inscripción de una escritura de adjudicación parcial de herencia.

El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si es posible que unos herederos puros y simples hagan adjudicación parcial de herencia sin haber satisfecho previamente un legado en metálico ordenado por el testador.

Indica la DG que la conclusión es forzosamente afirmativa. La garantía que prevé nuestro Derecho para el legado de cantidad es la anotación preventiva sobre todos los bienes hereditarios –para lo que establece una reserva de rango durante ciento ochenta días– o sobre los que subsistan en poder del heredero, conforme a los artículos 48, 49 y 53 de la Ley Hipotecaria. Pero en ningún precepto de nuestro Derecho positivo se establece la exigencia de que la entrega del legado de cantidad se practique antes de la partición

**RESOLUCIÓN DE 04-10-2010 (BOE: 22-11-2010). EMBARGO DE BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN REQUIERE DEMANDAR AL CÓNYUGE TITULAR, NO BASTA NOTIFICACIÓN.**

Registro: N° 2 de Marbella

Recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad n.º 2 de Marbella, por la que se deniega una anotación preventiva de embargo, sobre bienes inscritos como privativos por confesión.

La cuestión que se plantea es, si es posible tomar anotación preventiva de embargo en procedimiento seguido contra un cónyuge y notificado el otro, cuando la finca está inscrita como privativa por confesión a nombre del cónyuge no demandado.

La Dirección analiza en primer lugar la naturaleza y carácter de los bienes privativos por confesión, ya que dicha confesión no se configura como una declaración de voluntad que fija frente a todos el carácter privativo, sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1.361. (Art. 1324CC). pero no lo es menos, sigue diciendo la DG, que la presunción de ganancialidad, tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio. Ello plantea el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a estos bienes que no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, pero tampoco ser reputados inequívocamente como gananciales.

En cuanto a las exigencias para su embargo, entiende el Centro Directivo que a estos bienes no puede aplicárseles el art. 1373 CC (que permite el embargo de bienes comunes por deudas privativas de modo excepcional), porque la solución prevista en él no sería coherente en el supuesto de bienes privativos por confesión pues la disyuntiva que se le abre al titular notificado es la de elegir entre la tercería de dominio o pedir directamente la disolución del consorcio, en cuyo caso los cónyuges no incluirán en el activo consorcial el bien confesado (puesto que entre ellos es privativo) y éste quedará libre de la traba, con lo que

el acreedor no tendrá otra opción que demandar al cónyuge deudor en su carácter de tal, y a ambos para que se declare la ganancialidad del bien.

Todo ello pone de manifiesto que para poder embargar un bien privativo por confesión en procedimiento por deudas propias del confesante no es suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge titular. Por el contrario, debe demandarse a ambos cónyuges, dirigiendo contra cada uno pretensiones distintas, tal y como posibilita el artículo 538.2.3.º LEC, y en línea con la solución adoptada por el artículo 144.2 RH, según el cual cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 el embargo será anotable si la demanda se hubiera dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor.

### **RESOLUCIÓN DE 18-10-2010 (BOE: 22-11-2010). IDENTIFICACIÓN NOTARIAL DEL COMPARECIENTE**

Registro: n.º 16 de Valencia

Recurso interpuesto por el notario de Alboraya, don José María Cid Fernández, contra la negativa de la registradora de la propiedad interina n.º 16 de Valencia, a la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda.

En una escritura de dación en pago de deuda se da la circunstancia de que uno de los propietarios y transmitente se identifica con DNI español, aunque en el momento de la adquisición previa de la finca ostentaba nacionalidad ecuatoriana y así figura en el Registro de la Propiedad, con su NIE de extranjero.

El notario le identifica como español y le considera legitimado –implícitamente– para efectuar la transmisión afirmando que anteriormente tenía nacionalidad ecuatoriana, y que acredita el cambio de nacionalidad y la adquisición de la nacionalidad española con certificado del Registro Civil que se incorpora

La registradora entiende que “de la identificación del cedente que el notario hace en el documento no se aprecia la correspondencia del mismo con la que figura como titular en el Registro de la Propiedad”.

La Dirección revoca la nota de la registradora diciendo que, “como ha puesto de relieve este Centro Directivo (R. 02.10.2003, R. 26.03.2004 y R. 05.06.2007), en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al Notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 LN)”; el Registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe

pública registral (cfr. arts. 9.4 y 18 LH, y 51.9 RH). Y que, por lo tanto, el juicio sobre la identidad del otorgante, corresponde exclusivamente y bajo su responsabilidad, al Notario, quedando amparado por una presunción legal sólo susceptible de impugnación en vía judicial; por ello, el Registrador no puede revisar en su calificación ese juicio

### **RESOLUCIÓN DE 18-10-2010 (BOE: 22-11-2010). INMATRICULACIÓN: APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES ES TÍTULO VÁLIDO**

Registro: Albuñol

Recurso interpuesto por el notario de Albuñol, don José Eduardo Garrido Mora, contra la negativa de la registradora de la propiedad accidental de Albuñol, a inmatricular una finca con base en escritura de aportación a la sociedad de gananciales.

Se plantea en el presente recurso si cabe o no inmatricular una finca en el Registro de la Propiedad mediante título público de su adquisición, complementado con acta de notoriedad, conforme a los arts. 199.b y 205 LH, cuando aquel título es una escritura de aportación de dicho inmueble a la sociedad de gananciales del aportante.

La Registradora suspende la inscripción porque la aportación a la sociedad de gananciales es un negocio de fijación o calificación jurídica, inscribible pero carente de efectos traslativos.

La Dirección revoca la nota (siendo doctrina reiterada Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, y 29 y 31 de marzo de 2010) ya que considera, por los amplios términos del artículo 1323 CC, la aportación a la sociedad de gananciales perfectamente admisible e inscribible siempre que queden debidamente exteriorizados y precisados los elementos constitutivos del negocio y especialmente su causa – a estos efectos será suficiente que se mencione en la escritura, o que la misma resulte o se deduzca la onerosidad o gratuidad de la aportación

Según la Dirección, esa aportación comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial, constituida por un patrimonio separado colectivo y, por tanto, «debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores».

Por último, aclara la DG que con respecto a otras resoluciones que han denegado la inmatriculación de la aportación (R 11/03/2006 y R 21/05/2007), se basaban en que se buscaba crear una documentación artificial con objeto de conseguir la inmatriculación, circunstancia que no puede apreciarse en el presente caso, donde la falta de título previo ha sido suplida mediante un acta de notoriedad tramitada conforme al artículo 298 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe hacer objeción alguna a este respecto.

**RESOLUCIÓN DE 27-10-2010 (BOE: 27-11-2010). DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN: LA LICENCIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO NO PUEDE ADQUIRIRSE EN CONTRA DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL O URBANÍSTICA**

Registro: Alora

Se presenta escritura de segregación y compraventa a la que se acompaña instancia en la que la interesada alega haber obtenido mediante silencio administrativo declaración municipal de la innecesariedad de la licencia de parcelación. Se acompaña a la escritura resolución del Ayuntamiento denegando la solicitud de declaración de innecesariedad, notificada en plazo al interesado.

El registrador suspende la inscripción en base al artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme al mismo, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

La DG confirma la nota de calificación argumentando que en el presente caso, en que se acompaña a la escritura resolución del Ayuntamiento denegando la solicitud de declaración de innecesariedad, notificada en plazo al interesado, este sólo hecho bastaría para confirmar, sin más, la denegación de la inscripción, pues prueba que no se ha producido ningún acto presunto por silencio administrativo, sino, muy al contrario, un acto expreso y de carácter desestimatorio de la petición formulada.

Y aun en el caso de que el Ayuntamiento no hubiese resuelto sobre la solicitud de certificación de innecesariedad de licencia dentro del plazo legal, tampoco podría prosperar la pretensión del recurrente

En el supuesto al que se refiere este recurso, adquieren relevancia, a los efectos de la aplicación de la doctrina legal anterior, las disposiciones contenidas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. En particular, el artículo 66.4 de la indicada Ley determina que «Cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad»; y añade en su párrafo segundo, que «No

podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente». El mismo artículo 66, en su apartado 1, define lo que se entiende por parcelación urbanística. Respecto del suelo no urbanizable, que es el caso del presente recurso, establece el párrafo letra b) que se considera como tal parcelación «la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que... pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos». Además, según el artículo 68.2, «En terrenos con régimen del suelo no urbanizable quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho, las parcelaciones urbanísticas»

### **RESOLUCIÓN DE 28-10-2010 (BOE: 10-01-2011). NO CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES A EMBARGO CADUCADO**

Hechos: Se presenta en el Registro testimonio de Auto en el que, como consecuencia de un juicio de ejecución, se ordena la cancelación de la anotación acordada en el procedimiento, de dos anotaciones posteriores, que se identifican, ordenándose igualmente, de forma genérica, la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas.

El Registrador deniega la práctica de dichas cancelaciones por haber caducado con anterioridad la anotación en la que se reflejaba el procedimiento.

La DG confirma la calificación señalando que cuando el mandamiento de cancelación de cargas se presenta en el Registro, la caducidad y la cancelación consiguiente ya se habían producido. Y es que transcurridos cuatro años desde la fecha de la anotación, caducó automáticamente la anotación preventiva, produciéndose en tal momento una mejora de rango de los asientos posteriores, que ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento cancelatorio de cargas derivado del presente procedimiento ejecutivo.

### **RESOLUCIÓN DE 29-10-2010 (BOE: 27-11-2010). CARÁCTER ACCESORIO DEL ASIENTO DE CANCELACIÓN.**

Registro: Roquetas de Mar número 3

En una permuta de parcela por pisos futuros se pactó condición resolutoria para el caso de que el cesionario no constituyera aval bancario y para el caso de que no se entregaran los pisos; por razones que no se indican sólo se inscribió la condición resolutoria para el segundo caso. Ahora se presenta escritura en la que las partes hacen constar el aval constituido y solicitan la cancelación de la condición resolutoria, que al parecer consideran como una sola.

El Registrador deniega la cancelación, por entender que, pactadas dos condiciones resolutorias, la que ahora se cancela es precisamente la que no se inscribió, no pudiendo cancelarse lo que no está inscrito.

La DG confirma la nota de calificación señalando que “el asiento de cancelación es aquél cuya función es extinguir formalmente otro asiento registral determinado, o una parte de él que se refiera a un derecho concreto, trayendo como consecuencia la «desregistración» del contenido cancelado. De todo ello se deriva, como ha dicho la doctrina más autorizada que dentro de las características del asiento (v. gr.: incondicionalidad, negatividad, etc.) resalta la de accesoriedad, que significa que el asiento de cancelación es accesorio de otro asiento o parte de él, que es el que declara extinguido.

Por ello, el recurso ha de ser desestimado pues, al no haberse inscrito la condición que se pretende cancelar, no hay contenido registral al que la cancelación se refiera”.

**RESOLUCIÓN DE 30-10-2010 (BOE: 23-11-2010). ASIENTO DE PRESENTACIÓN: PRESENTACIÓN TELEMÁTICA Y POSTERIOR COPIA EN PAPEL POR DISTINTO PRESENTANTE**

Registro: Sevilla n.º 1

Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Sevilla n.º 1, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

Se presentan en el Registro de la Propiedad sucesivamente:

- 1) 14 mayo 2009- Copia autorizada electrónica de una escritura de cancelación de hipoteca otorgada por una entidad de crédito. (causa asiento 650 del diario)
- 2) 27 mayo 2009- Solicitud por escrito de la entidad de crédito otorgante de que la escritura se tenga por retirada.
- 3) 19 junio 2009- Copia autorizada electrónica de otra escritura (causa el asiento 951 del diario) que deja sin efecto la primera por haberse cancelado indebidamente y no ser el otorgante actual titular del crédito. Por haber sido cedido el crédito a otra entidad, mediante escritura otorgada el 28 enero 2008.
- 4) 30 junio 2009- Copia autorizada en papel de la escritura de cancelación, que en su día fue presentada telemáticamente, por presentante distinto del indicado en la copia.

5) 1 julio 2009- Copia autorizada en papel de la expresada escritura de anulación.

El Registrador deniega la práctica del asiento de cancelación porque, a su juicio, la aportación que en soporte papel se ha realizado por una persona distinta de los presentantes originarios de la escritura de cancelación no puede producir el efecto de inmiscuirse en un procedimiento cuyos iniciadores habían solicitado expresamente que quedara paralizado, mediante la solicitud de tener por retirada la escritura presentada. Por ello, entiende que la preferencia de la aportación de la escritura de cancelación en papel será la que venga determinada por la fecha de acceso al Registro y no por la presentación telemática inicial. Por tanto esta copia en papel de la cancelación es posterior a la presentación telemática de la escritura de anulación de dicha cancelación, la cual tiene preferencia frente a aquella.

La Dirección General da la razón al Registrador y entiende:

1º- Que la presentación telemática no impide que la misma pueda ser retirada a solicitud de los representantes de la Entidad otorgante, ya que cabe entender que es posible la retirada del título en los términos que recogen el art 18 de la LH y 427 y ss del RH. De esta forma se cumple lo establecido en el art 428 RH de que el título puede ser retirado para pago de impuestos, subsanación u otra causa y posteriormente se puede aportar otra copia o ejemplar de la escritura, siempre que no exista duda de la identidad entre ambos ejemplares.

2º- Que hay que dar relevancia al presentante del título, como persona que puede disponer de los derechos derivados de la práctica del asiento de presentación (art 249.1 LH y 419, 421 y 422 RH) y debe entenderse que el despacho del asiento únicamente procede cuando sea el mismo presentante quien aporte otra copia o ejemplar del documento. Por tanto retirado el título presentado telemáticamente, puede ser despachado si se aporta una copia en soporte papel, sin necesidad de practicar nuevo asiento de presentación, siempre que se trate del mismo presentante o persona autorizada por él y no exista duda entre la identidad de ambas copias.

3º- En este caso no cabe la reviviscencia del procedimiento con despacho en base al asiento de presentación inicial, ya que el título inicialmente presentado ha quedado desvirtuado por la escritura de rectificación del mismo, accediendo ésta última antes que el de la cancelación presentado en papel por el requirente, que es persona distinta del presentante inicial y no ha sido autorizado por éste.

**RESOLUCIÓN DE 04-11-2010 (BOE: 30-12-2010). HIPOTECA: CONSTITUCIÓN**

Registro: Estepona número 2

Hipoteca: Constitución: Alcance de la calificación registral de cláusulas financieras

Hipoteca: Hipoteca inversa: La responsabilidad por intereses puede sumarse a la del capital

Hipoteca: Hipoteca por cuenta corriente: La responsabilidad por intereses puede sumarse a la del capital

Hipoteca: Hipoteca inversa: No le afecta el tope de intereses, aun cuando no se hubiera pactado expresamente

Hipoteca: Hipoteca inversa: No pueden inscribirse las prohibiciones de disponer

Hipoteca: Hipoteca inversa: No pueden inscribirse las prohibiciones de arrendamientos sujetos a purga

Hipoteca: Hipoteca inversa: Puede pactarse el procedimiento extrajudicial aunque el importe exigible no esté aún determinado

Mediante escritura se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa.

El Registrador deniega la inscripción.

La DG estima el recurso parcialmente, confirmando también en parte la nota de calificación, pronunciándose sobre diversas cuestiones, de las que aquí nos interesan las siguientes:

En primer lugar, las «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real.

No resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino sólo mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos. De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 41/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto

del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya ratio es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado. Así, en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de Notarios y Registradores al señalar que “En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley 41/2007”.

En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que la exprese), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

En segundo lugar, no existe contradicción entre la estipulación primera en la que se concede al acreditado un crédito en cuenta corriente hasta el límite de 125.798 Euros, sin que puedan efectuarse nuevas disposiciones del crédito o saldo, y la estipulación vigésimoprimeras en la que se garantiza con hipoteca el saldo de 365.220 euros, en la que se van cargando intereses, comisiones y gastos. No existe contradicción con el régimen jurídico de la hipoteca en garantía de cuenta corriente, pues existe disponibilidad a favor del deudor, lo que ocurre es que se ha agotado, en virtud de la disponibilidad inicial, la totalidad del límite disponible por razón de capital, siendo el resto hasta el límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria la parte del saldo garantizado correspondiente a las partidas de cargo de los intereses, comisiones y demás gastos garantizados.

La conclusión anterior no se ve desvirtuada por la doctrina de este Centro Directivo en relación con el denominado pacto de anatocismo, por el que las partes estipulan que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulen al capital para seguir produciendo los intereses pactados (cfr. Resoluciones de 20 de mayo de 1987, 30 de enero y 2 de febrero de 1998), doctrina citada por el Registrador en apoyo de su calificación

Y en cuanto a los límites de la actuación del pacto de anatocismo en el ámbito hipotecario, como ya advirtiera la Resolución de 19 de marzo de 2008, los límites del artículo 114 de la Ley Hipotecaria en cuanto a los intereses que se pueden pactar en perjuicio de terceros, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa la excepción prevista actualmente en el apartado 6 de la disposición adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, a que nos referimos en el siguiente fundamento jurídico. A ello hay que añadir otra especialidad sobre esta materia en relación con las hipotecas en garantía de crédito en cuenta corriente, en cuanto a su ámbito objetivo en relación con los intereses, pues, como ha señalado la doctrina más autorizada, en rigor tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, sólo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente.

En tercer lugar, las cláusulas de la escritura en las que se prohíbe al deudor vender la finca, gravarla, o arrendarla, –punto 3 del Hecho II de la nota de calificación– y la previsión del vencimiento anticipado en estos casos –apartado 7 del Hecho II de la nota de calificación–, procede confirmar la nota del Registrador.

En efecto, estos pactos infringen normas imperativas como los artículos 27 («Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro...») y 107

n.º 3 de la Ley Hipotecaria («Podrán también hipotecarse: ... n.º 3 los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.»)

Estos mismos criterios los ha confirmado el Tribunal Supremo (Sala Primera) en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009.

Se admite dicho pacto, como supuesto de excepción, en el caso precisamente de la hipoteca inversa –vid. disposición adicional Primera, número 5– (en atención al carácter «in tuitu personae» de esta hipoteca), se limita al supuesto de la transmisión –sin extenderse a la constitución de gravámenes o derechos reales limitados– y condicionado a que se conceda al deudor la facultad de «sustituir la garantía de manera suficiente», en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1129 n.º 3 del Código Civil, lo que ratifica la ilegalidad, y consiguiente rechazo registral, del pacto si no consta la indicada salvedad, como sucede en el presente caso.

En cuarto lugar, la cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no sólo no es inscribible sino que no es válida.

Finalmente, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que aún en estos casos de indeterminación inicial de la cantidad cabe admitir el pacto de ejecución extrajudicial en la medida en que el acreedor podrá dotarse en su momento de una titulación adecuada para fundamentar la ejecución (Resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005).

### **RESOLUCIÓN DE 08-11-2010 (BOE: 01-01-2011). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA**

Hechos: Se presenta en el Registro un mandamiento en el que se ordena practicar, respecto de cuatro fincas, anotación preventiva de una sentencia firme por la que la demandada es obligada a llevar a cabo la elevación a público de un documento privado.

El registrador suspende la práctica del asiento por los siguientes motivos:

Respecto de tres fincas, porque entiende que no procede ese tipo de anotación, y porque las fincas no se encuentran inscritas en el Registro.

Respecto de la cuarta finca, porque no se está seguro de que la finca sobre la que se ordena practicar la anotación sea la misma que figura inscrita a nombre de la demandada, pues ésta tiene inscrita a su favor una en el mismo sitio, pero cuyo lindero norte no coincide, pudiendo ser la finca inscrita aquella de la que procede la finca a la que se refiere la instancia. Por todo ello, el Registrador

considera que sería necesaria una previa sentencia ordenando la rectificación del Registro.

El interesado recurre la calificación, lo que hace que el Registrador, a la vista de los argumentos presentados, cambie su criterio respecto de la procedencia de la anotación, por lo que la DG no entra a su estudio.

Respecto del resto de defectos, la DG confirma la calificación. Respecto a las tres primeras fincas, en base al principio de tracto sucesivo del art. 20 LH, y en cuanto a la cuarta finca, por existir dudas a cerca de la identidad de la finca.

Recuerda la DG que es criterio reiterado del Centro Directivo que si existen dudas razonables de que el título presentado a inscribir puede producir una doble inmatriculación, debe acudirse a un procedimiento judicial con fase probatoria – inexistente en el recurso contra la calificación registral–, y en concreto por la vía prevista en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

### **RESOLUCIÓN DE 10-11-2010 (BOE: 13-12-2010). COSTAS: LA ORDEN DE DESLINDE DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE ES INSCRIBIBLE AUNQUE SEA REVISABLE JUDICIALMENTE**

Registro: Tortosa número 2

Se presenta resolución aprobatoria de deslinde administrativo y se solicita que se proceda a la modificación de la inscripción registral de la finca por ser de dominio público y pertenecer al Estado por imperio de la Ley.

El Registrador no practica la inscripción por considerar que «falta título suficiente para practicar el traspaso dominical solicitado, dado que el deslinde administrativo de la zona marítimo terrestre no resuelve más que una cuestión de límites sin generar una declaración de propiedad».

La DG estima el recurso indicando que la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas declara que los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en la misma son inalienables, imprescriptibles e inembargables (cfr. artículo 7), careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad (cfr. artículo 8), y para la determinación del dominio público marítimo-terrestre, la Administración del Estado habrá de practicar los oportunos deslindes (cfr. artículo 11), deslindes que una vez aprobados, declaran «la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado», sin que «las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados», según declara el número primero del artículo 13 de la citada Ley.

La Ley de Costas sanciona la eficacia rectificatoria de las resoluciones de deslinde, al disponer que la Orden aprobatoria del deslinde de la zona marítimo-terrestre, tiene valor declarativo de la titularidad dominical a favor del Estado, así como virtualidad rectificatoria del Registro en los términos que se fijan reglamentariamente (cfr. artículo 13 de la Ley de Costas).

El desarrollo reglamentario de la citada disposición legal, se contiene en particular en el artículo 29 del Reglamento de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, el cual establece un trámite específico para que la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde de la zona marítimo-terrestre pueda tener virtualidad rectificatoria del Registro, trámite que incluye la extensión, primero, de una anotación preventiva del dominio público resultante de dicha Orden en el folio de la finca cuya titularidad dominical se va a rectificar, la cual irá seguida de la notificación de su existencia al titular registral por el propio Registrador; y, en segundo lugar, si en el plazo de un año desde tal notificación no se extiende anotación preventiva de demanda de las acciones promovidas por el titular registral contra la Orden aprobatoria del deslinde, podrá realizarse la rectificación registral y la inscripción del dominio público de la finca en cuestión.

COMENTARIO: La Dirección estima, pues, el recurso, sin entrar en otras cuestiones que no se han planteado en él (cfr. art. 326 LH), pero que señala: «Si se han cumplido todos los trámites del procedimiento; si hubiera sido necesario acompañar la resolución judicial que confirma el carácter de dominio público de la finca cuestionada a fin de excluir la necesidad de la anotación preventiva prevista en el art. 29 RD. 1471/1989 y la tramitación en él reseñada; la necesidad de que no haya duda alguna de que el deslinde se refiere a la totalidad de la finca reseñada; y de la firmeza de la resolución administrativa de aprobación del deslinde y su notificación al titular registral».

### **RESOLUCIÓN DE 11-11-2010 (BOE: 06-12-2010). SEGURO DECENAL, AUTOPROMOCIÓN, TRANSMISIÓN.**

Registro: Albuñol

Una vez inscrita una escritura de obra nueva terminada de una vivienda sin haberse constituido el seguro decenal por tratarse de un supuesto de autopromoción de una única vivienda para uso propio, tal como consta en el Registro, debe exigirse, en el momento de su transmisión, la acreditación documental de dicho uso.

Inscrita una escritura de obra nueva terminada de una vivienda sin haberse constituido el seguro decenal por tratarse de un supuesto de autopromoción de

una única vivienda para uso propio, se presenta ahora escritura pública de compraventa, sin acreditarse dicho uso por parte del promotor-vendedor.

El Registrador suspende la inscripción por no constar en la escritura haberse dado cumplimiento a la exigencia establecida en la disposición adicional 2.<sup>a</sup> número 1 de la Ley 38/1999, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de que en caso de transmisión inter vivos, dentro del plazo a que se refiere el párrafo a) del artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, el autopromotor deberá acreditar haber utilizado la vivienda además de ser expresamente exonerado por el adquirente de la constitución del seguro decenal. Siendo, pues, dos los requisitos para la exoneración referida, en la escritura presentada únicamente se cumple el referido a la manifestación del adquirente en lo referente a tal exoneración, pero no resulta cumplido el primero de los requisitos citados de haber utilizado la vivienda el autopromotor.

La DG desestima el recurso indicando que en el presente caso se trata de dilucidar si una vez inscrita una escritura de obra nueva terminada de una vivienda sin haberse constituido el seguro decenal por tratarse de un supuesto de autopromoción de una única vivienda para uso propio, tal como consta en el Registro, puede exigirse, en el momento de su transmisión, la acreditación documental de dicho uso. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. En efecto, la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, tras establecer una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de daños o caución antes referido en «el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio» (excepción que se aplicó en el presente caso al tiempo de practicarse la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda), añade a continuación, sin embargo, que en el caso de producirse la transmisión «inter vivos» dentro del plazo de diez años de la citada vivienda «el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años». Como garantía del cumplimiento de esta obligación, la misma disposición prescribe que, a tales efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión «inter vivos» sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

En el presente caso, ha existido exoneración por parte del adquirente pero no acreditación del uso propio.

La mera manifestación del promotor-vendedor, como igualmente ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 9 de julio de 2003, 28 de octubre de

2004 y Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003), resulta insuficiente a los efectos de probar dicho uso propio en el momento de la enajenación de la vivienda, debiendo acreditarse entonces tal extremo mediante prueba documental adecuada, ya sea a través de un acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, o cualquier otro medio de prueba equivalente admitido en Derecho.

**RESOLUCIÓN DE 02-12-2010 (BOE: 20-12-2010). EL JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA DE LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS DEBE SER EXPRESADO, NO DE FORMA GENÉRICA O ABSTRACTA**

Registro: Nules número 1

El juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas debe ser expresado, no de forma genérica o abstracta, sino necesariamente concretado al «acto o negocio jurídico al que el instrumento se refiera». Sólo de este modo será posible verificar la necesaria congruencia entre el juicio notarial de suficiencia y el contenido del título que demanda el artículo 98.2 de la Ley 24/2001.

Se presenta escritura de compraventa de un inmueble en cuyo otorgamiento la sociedad vendedora está representada por un apoderado.

El Registrador suspende la práctica del asiento solicitado al no poder establecer la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia con el contenido del título presentado, ya que dicho juicio no queda concretado a lo que sea el objeto del presente otorgamiento (compraventa).

La DG confirma la nota de calificación recordando que "para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación".

“El Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste y del juicio que hace el Notario, congruente con el acto o negocio jurídico documentado”.

### **RESOLUCIÓN DE 04-12-2010 (BOE: 10-01-2011). CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE DOMINIO SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA**

Hechos: Se otorga una escritura de compraventa con precio aplazado, en la que se sujeta la transmisión de la propiedad a la condición suspensiva de pago de la totalidad del precio, (por tanto con reserva de dominio) y además el contrato propiamente dicho queda sujeto a la condición resolutoria de impago del precio aplazado. Dicha escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad y posteriormente se anota un embargo sobre el derecho del comprador.

Ahora se resuelve el contrato por impago y se presenta en el Registro, conforme a lo pactado, la correspondiente Acta notarial de requerimiento de resolución de contrato sin contestación por el requerido.

El registrador suspende la inscripción y plantea dos defectos:

No se ha consignado en un establecimiento bancario o caja oficial la parte del precio entregado, conforme al artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario

No se ha notificado ni obtenido el consentimiento del acreedor posterior, titular del embargo.

Reconoce en la nota que la DGRN ha admitido en ocasiones que los derechos de los acreedores intermedios no se cancelen, sin su consentimiento o sin resolución judicial, pero en el presente caso al recaer el embargo sobre el derecho del comprador (no sobre la propiedad) la cancelación del derecho del comprador conlleva necesariamente la cancelación de la anotación del acreedor embargante. Por tanto no puede practicar la inscripción de la resolución sin consentimiento del acreedor o sin resolución judicial en procedimiento en el que el acreedor haya sido demandado.

La DGRN confirma los dos defectos.

En cuanto al primero, considera inexcusable la consignación conforme al citado artículo, a la jurisprudencia del TS y a su propia doctrina, ya que aunque se haya pactado la pérdida de lo entregado en caso de incumplimiento, ese pacto es una cláusula penal que está siempre sujeta a la moderación judicial y por tanto siempre hay que consignar la totalidad de lo entregado.

En cuanto al segundo de los defectos, el acreedor del embargo se ve afectado por la resolución, por lo que es un interesado y, a fin de evitar acuerdos fraudulentos entre comprador y vendedor, la documentación presentada ha de cumplir unas mínimas garantías (se supone que se refiere a la necesidad de obtener el consentimiento del acreedor embargante, aunque no se dice expresamente) o alternativamente ha de presentarse resolución judicial que ordene la cancelación. Confirma también lo dicho acertadamente por el registrador de que en el presente caso no cabe inscribir la resolución y mantener el embargo, pues éste no recae sobre la propiedad.

### **RESOLUCIÓN DE 10-12-2010 (BOE: 03-01-2011). CONDICIÓN RESOLUTORIA EN PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA**

Hechos: Se presenta en el Registro una Escritura en la que se pacta una permuta de solar a cambio de obra futura y de un pago en metálico, sujeta a la condición resolutoria de obtener la licencia en un determinado plazo. En caso de resolución el adquirente del solar renuncia a obtener la devolución de la cantidad entregada y se pacta como forma de reinscripción a favor del cedente el Acta Notarial de requerimiento.

Una vez transcurrido el plazo sin que se haya obtenido la licencia de obras, el cedente requiere al cesionario anunciándole la resolución, sin que haya contestación en el plazo reglamentario. No hay cargas posteriores en el Registro.

El registrador suspende la inscripción pues considera que falta el depósito de la cantidad entregada, conforme al criterio de anteriores resoluciones de la DGRN.

La DGRN reconoce la aplicabilidad del artículo 1504 del Código Civil a la permuta con condición resolutoria, pero confirma la negativa del registrador a inscribir la resolución en este caso, pues falta el depósito de la cantidad entregada en un establecimiento bancario o caja oficial, ya que el pacto de no devolución de la cantidad entregada, al tratarse de una pena, está sujeto a moderación judicial.

Recuerda la DGRN su doctrina de que para inscribir la resolución es necesario presentar: el título (la permuta), el requerimiento resolutorio sin oposición de la otra parte y la consignación de la cantidad entregada previamente.

**RESOLUCIÓN DE 16-12-2010 (BOE: 10-01-2011). EXCESO DE CABIDA BASADO EN CATASTRO. REFERENCIA A UNA SERVIENTÍA**

Hechos: Se presenta en el Registro una escritura a inscripción en la que se declara un exceso de cabida sobre una finca (de 1799 m<sup>2</sup> pasa a 3659 m<sup>2</sup>), con cambio de linderos, que se justifica con certificado catastral.

Por otro lado, al final de la descripción de la finca se señala que la finca “está beneficiada por una servientía de acceso a través de finca colindante”. Dicha servientía fue constituida dentro de un procedimiento judicial que se cita, pero que no ha tenido acceso al Registro.

El registrador deniega la inscripción, en cuanto al exceso de cabida por tener dudas de la identidad de dicho exceso. Y en cuanto a la mención de la servientía por falta de previa inscripción del Auto judicial que crea dicha servientía.

La DGRN confirma los dos defectos. El primero por cuanto las dudas sobre la identidad de la finca del registrador, salvo que se aprecie con claridad lo injustificado de tales dudas, tienen su cauce de impugnación en la vía jurisdiccional. En el presente caso considera justificadas dichas dudas.

En cuanto al segundo de los defectos lo confirma también, pues ha de presentarse el título del que nace dicho derecho de servidumbre (considera que es una servidumbre y no una servientía), con el consentimiento del titular registral afectado y los demás requisitos legales. En todo caso advierte de que si se hubiera transcrito dicho párrafo en el Registro no tendría nada más que el valor de una mera mención de derechos, avocada a la cancelación, sin efectos reales.

**RESOLUCIÓN DE 01-10-2019 (BOE: 08-11-2010). AMBITO DE LA CALIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS DE UNA HIPOTECA**

Registro: Estepona nº 2

Se presenta una escritura de constitución de hipoteca de maximo, configurada como una hipoteca inversa

El Registrador deniega su inscripción por apreciar en ella diversos defectos

El recurrente por su parte solicita que se inscriba el derecho real de hipoteca y se transcriban íntegramente y sin calificarlas todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pactadas en la escritura calificada.

La DGRN aprovecha esta Resolución para determinar cual debe ser el ámbito de la calificación respecto de las hipotecas

En primer termino con arreglo al criterio señalado en otras Resoluciones indica que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real, y el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

Ello no obstante añade no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino sólo mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los referidos.. Refiriendo se concretamente la Resolución a la normativa de protección de consumidores y usuarios y las Saentencias del Tribunal Supremo y Del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Por ello considera que dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.

La calificación registral como exigencia de orden público para la protección de los particulares, para la validez de los asientos y para el fomento del mercado hipotecario. “Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus

intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva.”

No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito –calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público-, atentaría de contra esta exigencia.

Esta postura doctrinal integradora supone una interesante novedad.

## II.- MERCANTIL

### **REOLUCIÓN DE 05-10-2010 (BOE: 15-09-2010). SOCIEDAD LIMITADA; NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AL TITULAR CESADO. RECURSO A EFECTOS DOCTRINALES.**

Registro: mercantil y de bienes muebles XII de Madrid

Recurso interpuesto por el notario de Barcelona, don Juan Antonio Andújar Hurtado, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Madrid, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una S.L., sociedad unipersonal.

Se trata de una escritura de formalización de decisiones del socio único por las que se acepta la dimisión de los dos administradores solidarios y se cambia el sistema administración al de administrador único, cargo para el que se nombra a uno de los antiguos administradores solidarios; todo ello reflejado por certificación expedida por ese administrador único.

El registrador, por error, califica en el sentido de exigir la notificación fehaciente al anterior titular del cargo con facultad certificante (art 111 RRM), sin advertir que, precisamente uno de los solidarios cesado, era el que expedía la certificación.

El registrador, ante el recurso, informa que la inscripción se ha practicado, que la calificación fue errónea y que la cuestión, carece de todo interés doctrinal por lo claro y evidente de su solución, solicitando su archivo.

La DG, no accede al archivo en base a que el notario siempre está legitimado para recurrir y poner de manifiesto una calificación no ajustada a derecho, aunque se haya subsanado el defecto, según la doctrina de la S.TS (3.ª) 22.05.2000 sobre los arts. 6, 18, 22 y 66 LH, y actualmente según el art. 325 LH.

Por tanto la DG resuelve el recurso, entrando al fondo, indicando, como ya lo había reconocido el Registrador, que el nuevo administrador único, en la medida en que inmediatamente antes de su nuevo nombramiento ocupaba el cargo de administrador solidario, reúne en su persona las condiciones de persona inscrita y titular anterior de la facultad certificante [con posibilidad de ejercerla por sí sólo –artículo 109.1.b RRM], por lo que no le resulta aplicable la exigencia de notificar al anterior titular que impone el art. 111 RRM.

**RESOLUCIÓN DE 15-10-2010 (BOE: 22-11-2010). SOCIEDAD ANONIMA. ESTATUTOS: OBJETO SOCIAL, ACTOS NECESARIOS PARA SU DESARROLLO, REPRESENTACION PROPORCIONAL, CESE AUTOMÁTICO DE CONSEJEROS, CAUSAS DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.**

Registro: mercantil de Ourense

Recurso interpuesto por el Presidente de la Diputación Provincial de Ourense, contra la negativa del registrador mercantil de Ourense, a inscribir la escritura de constitución de una S. A.

Se trata de una escritura de constitución de una sociedad anónima por dos socios, uno de los cuales es la Diputación Provincial de Ourense que suscribe acciones representativas del 34 % del capital social.

El Registrador Mercantil deniega la inscripción de determinadas disposiciones de los Estatutos sociales respecto del objeto social, composición del Consejo de Administración, duración del cargo de los Consejeros, causas de disolución de la sociedad y liquidación de la misma, en los términos que a continuación se analizan.

1) El Registrador rechaza la inscripción del inciso por el que, después de expresar determinadas actividades, se incluye en el objeto social “En general, la realización de cualesquiera actividades directamente complementarias de las anteriores”. Fundamenta su negativa en que, a su juicio, dicho inciso es contrario al principio de determinación del objeto social consagrado en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil: Si bien la DG, admite la expresión cuestionada pues ya en su resolución de 5-4-1993, admitió la expresión de “todas las actividades relacionadas con...”, pues ello es posible siempre que la actividad principal esté perfectamente definida.

2) En cambio, la cláusula que incluye en el objeto social «los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él»

dice la Dirección que «resulta inapropiada y contraviene las exigencias derivadas del art. 117.2 RRM.

3) Respecto de la composición del Consejo de Administración, el Registrador deniega la disposición estatutaria según la cual «El órgano de gestión y representación permanente de la sociedad será el Consejo de Administración, formado por cinco miembros elegidos por la Junta General, de los cuales tres lo serán a propuesta del capital privado y dos a propuesta de la Diputación Provincial, pudiendo recaer dicho nombramiento en miembros de la Diputación Provincial o personal a su servicio». A su juicio, esta disposición es contraria a la norma de sistema proporcional en la elección de los miembros del Consejo de Administración, establecido en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque no se respetan en el presente caso las proporciones legalmente fijadas, habida cuenta de la inicial composición del capital social. La DG confirma el defecto.

4) La cláusula por la que «no será necesario el acuerdo de la junta general en los supuestos de disolución anticipada de la sociedad por resolución unilateral del contrato de gestión de servicios públicos» se rechaza también porque «resulta contraria a normas imperativas del art. 262 LSA [hoy art. 105 RDLeg. 1/2010], del que resulta que la disolución de la sociedad requiere en tales casos acuerdo de la junta general o, en su defecto, resolución judicial», pues una cosa es el contrato administrativo de gestión de servicios públicos y otra cosa es la sociedad.

5) Y también se rechaza la cláusula por la que «para la realización de la liquidación de la sociedad mercantil se contemplará, en primer lugar, la reversión a la Diputación Provincial de las obras e instalaciones afectas a los servicios públicos integrantes del objeto social que sean propiedad de la sociedad, procediéndose a elaborar la liquidación del activo restante»; pues entiende la Dirección que «es contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el art. 1911 C.c. y vulnera la previsión establecida en el art. 277.2.1 LSA [hoy art. 120 RDLeg. 1/2010], que prohíbe a los liquidadores repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos».

**RESOLUCIÓN DE 16-10-2010 (BOE: 22-11-2010). OTORGAMIENTO DE PODER: ERROR INTRASCENDENTE EN CUANTO AL DOMICILIO DE LOS APODERADOS. NOTIFICACIÓN CALIFICACIÓN POR FAX.**

Registro: mercantil II de Las Palmas de Gran Canaria

Recurso interpuesto por el notario de Santa Cruz de Tenerife don Alfonso-Manuel Cavallé Cruz, contra la negativa del registrador mercantil II de Las Palmas de Gran Canaria, a inscribir una escritura de apoderamiento

Sobre calificación registral y su notificación por fax, reitera la doctrina de las R. 29.07.2009 y R. 12.01.2010, a favor de una mayor flexibilidad en materia de notificaciones, de acuerdo con la realidad de las comunicaciones entre Notarios y Registradores. Además, el hecho de que notario haya recurrido en plazo demuestra el conocimiento de la calificación, y el posible defecto formal, ha quedado sanado, conforme al art. 58.3 de la ley 30/92. (Ver Resolución anterior 29 septiembre 2010)

Por lo que se refiere al fondo del asunto, se presenta a inscripción una escritura de apoderamiento conferido a varias personas en la que se expresa como domicilio el establecido en determinadas oficinas en el aeropuerto de Gran Canaria (oficinas de Binter Canarias, parcela 9, del Zima), añadiéndose, respecto de tres apoderados, que esta situado en «término municipal de Telde, Provincia de Las Palmas de Gran Canaria», y en relación con otro apoderado se indica, además de los mismos datos relativos a las oficinas en dicho aeropuerto, que está «en Las Palmas de Gran Canaria».

El Registrador Mercantil suspende la inscripción de dicha escritura mientras no se aclare dónde radica el domicilio de los apoderados, por entender que existe contradicción en la circunstancia exigida por el artículo 38.1.5º del Reglamento del Registro Mercantil.

El Notario alega que se trata de un simple error material, toda vez que el aeropuerto de Gran Canaria es único, siendo un hecho notorio que radica en término municipal de Telde, como se repite varias veces en la escritura. Por ello, considera que no está justificada la suspensión de la inscripción.

La Dirección reitera la doctrina de las R. 17.07.2006, R. 19.07.2006, R. 26.06.2007 y R. 02.03.2009, en el sentido de que «el correcto ejercicio de la función calificadora del Registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato correcto», si se trata de lo que llama «mero error material» y «error irrelevante». Y, como en la R. 26.05.2009, dice que “la calificación impugnada y la misma interposición del presente recurso por los motivos analizados revela una evidente falta de comunicación entre dos funcionarios –notario y registrador– que en nada beneficia al buen funcionamiento del sistema de seguridad jurídica preventiva, toda vez que la colaboración y la fluidez de relaciones entre los mismos es esencial para el normal y ágil desenvolvimiento del tráfico jurídico”.

**RESOLUCIÓN DE 26-10-2010 (BOE: 27-11-2010). DENOMINACIÓN SOCIAL**

Registro: Mercantil Central I.

Denominación social: la noción de identidad se amplía para incluir en ella supuestos de lo que se ha llamado doctrinalmente «cuasi identidad» o «identidad sustancial», pues el fin último que la prohibición de identidad es identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas.

Se presenta solicitud de reserva de denominación.

El registrador mercantil central,expidió certificación denegatoria en la que expresaba que la denominación solicitada, «GC Ibérica, S.L.», ya figura registrada de conformidad con lo establecido en el artículo 408.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

La DG desestima el recurso por entender que de acuerdo con lo establecido en el artículo 408.1 del vigente Reglamento del Registro Mercantil: "Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé la utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética", como ocurre con los términos GC y GECE en el caso que nos ocupa., existiendo por tanto, tal y como se indica en la calificación, identidad jurídica entre la denominación solicitada «GC Ibérica, S.L.», y las denominaciones ya existentes (entre otras) «GC, S.A.», y «GECE, S.L.»; estas dos últimas expresamente mencionadas en la calificación recurrida.

En el ámbito de las denominaciones sociales, el concepto estricto y gramatical de identidad, como coincidencia plena entre palabras, se ve ampliado a un concepto reglamentario que estima como identidad de denominaciones no sólo la que se produce cuando entre ellas se da esa absoluta coincidencia, sino también en una serie de supuestos en los que, aun existiendo diferencias y variantes entre las mismas, éstas, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación (cfr. el artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil vigente, que reproduce, con mínimas variaciones, el artículo 373 del Reglamento anterior, así como los artículos 7 y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991).

**RESOLUCIÓN DE 03-11-2010 (BOE: 22-11-2010). SOCIEDAD LIMITADA: JUNTA GENERAL, OMISIÓN EN LA CONVOCATORIA DE JUNTA DE UN PUNTO SOLICITADO POR SOCIO MINORITARIO. CONSECUENCIAS.**

Registro: mercantil y de bienes muebles de Almería

Recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Almería, a inscribir determinados acuerdos sociales adoptados en junta general que constan en acta notarial.

El registrador deniega la inscripción del cese y nombramiento de administrador porque, a su juicio, al omitirse un punto del orden del día de la convocatoria solicitada por el socio minoritario, se incumplen los requisitos establecidos en el art. 45.3 LSL [hoy art. 168 RDLeg. 1/02.07.2010, texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital], vulnerándose el derecho de dicho socio minoritario, y por ello la junta adolece de vicio de nulidad.

El recurrente alega que la omisión referida no da lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados en dicha junta sino a la posibilidad de solicitar la convocatoria judicial (puesto que la situación sería análoga a la de falta de convocatoria de la junta), lo que en este caso no sería necesario por haber sido subsanada dicha omisión (el fallo se subsanó en una junta posterior).

La DG, tras poner de relieve que, de conformidad con el art. 326 de la LH, la resolución debe limitarse al extremo calificado, revoca la nota de calificación con los siguientes argumentos:

- a) El hecho de que se omita el punto del orden del día solicitado por el minoritario, dados los hechos concurrentes en el presente supuesto, no implica que el registrador deba rechazar la inscripción de todos los acuerdos adoptados por la Junta.
- b) Dicha omisión no supone la nulidad de la Junta, al contrario de lo que ocurre con el complemento de convocatoria del art. 97.4 del TRLSA.
- c) La inscripción no impide la adecuada reacción del minoritario el cual puede, en todo caso, impugnar los acuerdos, pidiendo la anotación de la demanda e incluso la resolución de la suspensión de los acuerdos adoptados.

**RESOLUCIÓN DE 24-11-2010 (BOE: 10-01-2011). CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD: ACEPTACION DE CARGOS. CONSEJEROS DELEGADOS POR TURNOS O A PLAZOS.**

Hechos: Se presenta en el RM una escritura pública de constitución de sociedad limitada que es calificada negativamente por los siguientes motivos:

No constan los consejeros que votan a favor en la distribución de cargos y nombramientos de Consejeros Delegados.

No consta la aceptación de los cargos, ni de los Consejeros Delegados.

No es posible la inscripción de los Consejeros delegados, antes de que llegue el término inicial para la eficacia de la aceptación.

Con relación a este último defecto, debe reseñarse que en la escritura de constitución de la sociedad se procedía al nombramiento de cuatro Consejeros Delegados, los cuales actuarían de la siguiente forma: dos de ellos los años pares y los otros dos los años impares, sin que fuera de dichos turnos o plazos tengan los Consejeros Delegados poder para representar a la sociedad.

El notario recurre alegando los siguientes argumentos:

Que el registrador confunde la adopción de acuerdos, una vez constituida la sociedad, con el otorgamiento de la escritura de constitución.

Que la forma de actuación de los Consejeros Delegados es una forma válida que responde a exigencias empresariales, sin que se contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

Que la aceptación de cargos y Consejeros Delegados, deriva del otorgamiento de la propia escritura al haber sido consentida la misma por todos los fundadores.

El registrador, al parecer, inscribe la constitución de la sociedad y suspende la inscripción de la distribución de cargos y nombramiento de Consejeros Delegados, reiterando y añadiendo nuevos argumentos a los ya expuestos en la primera nota de calificación.

Contra esta segunda nota se interpone el recurso.

La DG revoca la nota de calificación. Lo primero que hace en su resolución, ante la alegación del registrador de que el recurso era extemporáneo, es fijar la fecha del acuerdo contra el que se recurre. Este acuerdo no es la primera nota de calificación, sino la segunda nota puesta al pie del título y en la cual además se

hacía cita de los recursos posibles contra la misma. Por ello no entra en el defecto relativo a la denominación social, pues el mismo ya había sido subsanado.

En cuanto al fondo del asunto hace las siguientes manifestaciones.

1ª. Los nombramientos de cargos, en una escritura de constitución de sociedad, no tienen como base el libro de actas, el acta o testimonio notarial de los mismos, sino que los nombramientos derivan de la voluntad clara e inequívoca de los fundadores expresada en la escritura.

2ª. Lo mismo puede decirse de la aceptación de los cargos pues resulta excesivamente formalista exigir una declaración “expresis verbis”, sobre la aceptación debatida.

3ª. En cuanto a la inscripción de los Consejeros Delegados antes de que se inicie su plazo de actuación, admitida dichas formas de nombramientos, también debe admitirse la inscripción de los mismos, sin que la resolución de 6 de Junio de 2009, se oponga de una forma expresa a ello.

### **RESOLUCIÓN DE 01-01-2011 (BOE: 25-11-2010). RESERVA DE DENOMINACIÓN. NO IDENTIDAD ENTRE ARGOSTALIA Y ARGOSALIA**

Hechos: Se solicita en el RMC la reserva de la denominación de “Argostalia” concediéndose la misma por 15 meses. Dicha denominación caduca como consecuencia del transcurso del citado plazo y se vuelve a solicitar. Ahora se deniega por identidad con otra sociedad inscrita durante la reserva de la primera denominación que es “Argosalia”.

El interesado interpone recurso alegando, aparte de la no identidad entre ambas denominaciones, el cambio de criterio del RMC, pues si inscribió Argosalia, durante la reserva de Argostalia, es que ambas denominaciones no son idénticas.

La DG acepta el recurso, admitiendo la denominación de “Argostalia”. Dice que el RMC actuó correctamente en la expedición de la certificación y posterior inscripción a favor de Argosalia pues ambas denominaciones no son idénticas, ni cuasi idénticas. Dada la finalidad de la norma que es la de evitar la confusión entre dos personas jurídicas, entre ambas denominaciones hay elementos diferenciadores suficientes para distinguir una persona de otra.

**RESOLUCIÓN DE 25-10-2010 (BOE: 27-11-2010). DENOMINACIÓN SOCIAL**

Registro: Mercantil Central I

Denominación social: la noción de identidad se amplía para incluir en ella supuestos de lo que se ha llamado doctrinalmente «cuasi identidad» o «identidad sustancial», pues el fin último que la prohibición de identidad es identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas.

Se presenta una solicitud de reserva de denominación social «R. S., C. DE S. Y R., S.A.» en favor la sociedad «U. A. DE S. Y R., S.A.».

El Registrador expidió certificación denegatoria en la que expresaba que la denominación solicitada, «R. S., C. DE S. Y R., S.A.», ya figura registrada de conformidad con lo establecido en el artículo 408.1 del Reglamento del Registro Mercantil, dada la existencia de las denominaciones «Sociedad Anónima RACC» y «RAC S.L.», entre otras, y carecer de virtualidad diferenciadora tanto los términos «Seguros» y «Compañía de Seguros y Reaseguros», incluidos en la relación de términos genéricos (Orden de 30 de diciembre de 1991, sobre el Registro Mercantil Central, del Ministerio de Justicia), como la indicación de la forma societaria «S.A.».

La DG confirma la calificación impugnada, toda vez que la preexistencia de las denominaciones «S. A. RACC», y «RAC S.L.», hace que la denominación solicitada incurra en dos de los supuestos de identidad contemplados en el artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil: identidad absoluta, en el primer caso (en tanto en cuanto carecen de suficiente virtualidad diferenciadora la expresión de la forma societaria adoptada –«S.A.»– y los términos «Seguros» y «Compañía de Seguros y Reaseguros» –exigidos imperativamente por el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para todas las entidades que se dediquen a la actividad aseguradora)–, e identidad fonética, en el segundo.

En el ámbito de las denominaciones sociales, el concepto estricto y gramatical de identidad, como coincidencia plena entre palabras, se ve ampliado a un concepto reglamentario que estima como identidad de denominaciones no sólo la que se produce cuando entre ellas se da esa absoluta coincidencia, sino también en una serie de supuestos en los que, aun existiendo diferencias y variantes entre las mismas, éstas, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación (cfr. el artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil

vigente, que reproduce, con mínimas variaciones, el artículo 373 del Reglamento anterior, así como los artículos 7 y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991).