

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- ESBOZO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL por Enrique Rajoy Brei.
- LOS SISTEMAS REGISTRALES EN EL MERCADO INMOBILIARIO E HIPOTECARIO. EL SEGURO DE TÍTULOS 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.

Coordinador Ángel Valero Fernández-Reyes

Editada Decanato de Registradores de Madrid
Alcalá 540. 28027 Madrid

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

Secretaria Marta Congosto Fernández

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores

COMENTARIOS

ESBOZO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

ÍNDICE: A.- INTRODUCCIÓN: LA DOBLE OPCIÓN DE LEGISLADOR. B.- EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN. C.- ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN: EL PROBLEMA DE LA PRUEBA. D.- PRESUPUESTOS DE CALIFICACIÓN. E.- RESPONSABILIDAD DE LA CALIFICACIÓN. F.- RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN

A.- INTRODUCCIÓN: LA DOBLE OPCIÓN DE LEGISLADOR.

Para entender qué es calificar o dar un concepto, hay que empezar por formular un par de preguntas.

1ª. Primera hipótesis. Imaginemos un huérfano, sometido a la tutela de su tío, con quien convive en la casa que él ha heredado. Éste (el tío) la vende sin aprobación judicial y se inscribe la venta. El tío desaparece y se plantean las siguientes cuestiones, ¿de quién es la casa? ¿Se expulsa al huérfano?. Podemos incluso ir un paso más allá y suponer que la compra se ha financiado con un préstamo garantizado con hipoteca, ¿qué pasa con ésta?

2ª. Segunda hipótesis. Una viuda que convive con dos hijos pequeños y confiere poder de administración de sus bienes a su asesor jurídico. Éste la vende la casa (domicilio familiar) y, nuevamente, el comprador financia su adquisición con una préstamo hipotecario. El Registrador interpreta que este negocio entra dentro de los límites de la administración o, simplemente, yerra porque no se da cuenta de que las facultades son insuficientes para otorgar el negocio en cuestión. ¿Se expulsa a la viuda e hijos o se perjudica al comprador y al banco?

Los sistemas de seguridad jurídica preventiva dan una respuesta diferente a estas interrogantes. Parece evidente que, desde el punto de vista de la Justicia y también, desde el de la normativa civil, la propiedad correspondería al huérfano en el primer caso y a la viuda en el segundo, quedando la finca libre cargas. Para justificarlo, cabría hablar de que, en uno y otro supuesto, el *verus dominus* no ha consentido en la disposición del derecho y, argumento más discutible pero no menos efectivo, que, puestos a elegir, debe protegerse a los más desamparados (huérfano y viuda) frente a los más poderosos económicamente (compradores y

entidades financieras). Sin embargo, analizado desde el punto de vista del interés general, la respuesta difiere. Según las estadísticas del año 2009 publicadas por la Federación Hipotecaria Europea, se observa que los ciudadanos de los países cuya legislación resuelve el dilema planteado a favor del tercer adquirente (en la medida en que es un tercero hipotecario o sea, que reúne los requisitos exigidos por la ley para ser mantenido en la titularidad del derecho adquirido) disfrutaban de las siguientes ventajas en comparación con los de los que optan por la solución contraria.

Estas ventajas son las siguientes:

1º. Una mayor facilidad para acceder al crédito tanto por parte de los consumidores como por parte de los empresarios.

2º. Un tipo de interés más reducido en los préstamos hipotecarios.

3º. El incremento del capital circulante, pues resulta más fácil la comercialización de los diferentes productos a través de los que las entidades financieras ofrecen los créditos hipotecarios de que son titulares al mercado denominado secundario.

4º. Unos costes de transacción más reducidos para la obtención del crédito.

5º. Un aumento de la seguridad jurídica al disminuir los perjuicios causados por los errores ya que la comisión de uno no supone la caída de la cadena de los que le siguen.

6º. La seguridad económica a favor de la persona que ha sido indebidamente privada de su derecho (viuda o huérfano en los ejemplos mencionados) ya que, en todo caso, el perjuicio sufrido ha de ser reparado.

7º. Una mayor revalorización de la propiedad inmobiliaria así como una mayor facilidad para utilizarla como garantía o enajenarla (convertir este derecho en dinero).

8º. Un sistema más eficaz para el aseguramiento del cobro de los créditos ya que la técnica de las anotaciones preventivas permite garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales que, en su día, pongan fin al procedimiento en que el embargo anotado ha sido decretado.

El error de los que defienden la primera respuesta consiste en olvidar que, en materia de derechos reales, el conflicto no afecta únicamente a las dos partes que, en un determinado pleito, discuten sobre su titularidad. Y no por las características del derecho en cuestión (que supone la atribución de un poder

inmediato sobre el bien con una eficacia *erga omnes* a favor de una persona, circunstancias que, sin embargo, son decisivas para precisar cómo y cuándo ha de entenderse efectuada esa atribución) sino porque el criterio en base al que se resuelva ese conflicto va a condicionar la actuación de los agentes que intervienen en el mercado inmobiliario. Cuanto más seguro se sienta el adquirente o el prestamista, cuanto más barata y fácil sea la obtención de financiación, mayor será el número de negocios que se otorgarán y también, mayor el número de agentes (ciudadanos) que formarán parte de ese mercado.

B.- EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Como acabo de indicar, la cuestión principal que hay que resolver es la de determinar a quién se adjudica el derecho en los supuestos en que, no habiendo consentido el *verus dominus* -o falta otro requisito legal- en la transmisión, el derecho se inscribe a favor de un tercero que reúne los requisitos exigidos por la legislación respectiva para ser considerado como tercero hipotecario o protegido. Existen dos grandes sistemas de seguridad jurídica en el mundo. En función de cuál solución se adopte, es decir, de cuál sea la respuesta que se dé a esa interrogante, variará el concepto, el ámbito y los medios de calificación registral, así como el régimen de responsabilidad derivada de ella y el de los recursos que procedan contra la misma.

Los dos grandes sistemas de seguridad jurídica que existen en el derecho comparado son, por un lado, los que siempre protegen al dueño civil y los que, al contrario, admiten la posibilidad de que exista un tercero hipotecario o sea, un tercer adquirente que, a pesar de la falta de consentimiento válido de aquél en la transmisión, debe ser mantenido en la titularidad del derecho siempre y cuando cumpla ciertos requisitos. La legislación de los países que optan por la primera solución sólo atribuye a los libros del Registro –Registro de títulos- los efectos de inoponibilidad (lo no inscrito no existe frente al adquirente) y prioridad (en el caso derechos incompatibles o contradictorios, prevalece el del titular que primero ha presentado su título de adquisición en el Registro); alguna añade además el de tracto sucesivo (si la transmisión no ha sido otorgada por el titular registral no cabe la inscripción).

Por su parte, la legislación de los países que optan por la segunda solución atribuye también a los asientos registrales –Registro de derechos- el efecto de legitimación estableciendo la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que el Registrador los ha inscrito y el de fe pública por el que se crea la figura del tercero hipotecario o sea, el tercero que, siempre que cumpla los requisitos legalmente previstos, ha de ser mantenido en la titularidad del derecho aunque, posteriormente, se resuelva la de su transmitente por causa que no conste en los libros registrales.

En el primer sistema, el Registro publica los títulos (o extractos de éstos) en los que constan documentados los negocios jurídicos en los que los otorgantes fundan los derechos que se atribuyen sobre una finca determinada. En el segundo, por el contrario, el Registrador autoriza con su firma la inscripción de un negocio jurídico y, en el acta, adjudica el derecho que constituye su objeto. La publicidad se convierte así en un elemento añadido pero perfectamente diferenciado del fin de la inscripción que no es ya el de publicar un título (la pretensión de una persona de ser titular de un derecho) sino el de atribuir esa titularidad.

Si el Registro se limita a publicar los títulos que el hipotético adquirente de un derecho ha de valorar antes de cerrar un negocio sobre él pues son los únicos que le pueden perjudicar, la calificación del Registrador se constriñe a apreciar si esos títulos cumplen los requisitos formales establecidos para poder ser dados a conocer. Si, por ejemplo, se trata verdaderamente de un documento auténtico, si el negocio jurídico que recoge tiene por objeto un derecho real, si recae sobre la finca bajo cuyo número se va a archivar, etc. No se examina pues ni la legalidad de ese negocio (se publica aunque haya sido otorgado por un menor o un incapaz) ni si ha sido otorgado por el titular registral o sea, si se cumple el principio del tracto sucesivo. Francia es el más representativo de los países en que rige este sistema de seguridad jurídica. Su Código Civil únicamente recoge los principios de inoponibilidad y prioridad (artículos 2.106 y 2.134) al tiempo que el párrafo segundo del artículo 2.182 establece la exclusión de las adquisiciones a non domino al decir: *“El vendedor no transmite al comprador más que la propiedad y los derechos que él mismo tenía sobre la cosa vendida; los transmite sujetos a los mismos privilegios e hipotecas que gravaban la finca vendida”*.

¿Qué significa esta exclusión de la fe pública registral y la inexistencia del principio de tracto?. Que, por ejemplo, si un señor vende la Torre Eiffel, el título en que se documenta dicho negocio se deposita en el Registro. Si el adquirente es perturbado en el ejercicio de su derecho por quien alega ser propietario en virtud de un título depositado anteriormente, puede impugnar judicialmente la validez de éste o de cualquiera de los que le preceden en la cadena de adquisición. Si la demanda prospera, la perturbación cesará pero eso no significa que el Estado le reconozca la titularidad ya que ningún regulador independiente, ningún funcionario diferente del que las partes han elegido para que autorice la escritura en que han formalizado el contrato, ha controlado la legalidad del derecho de su transmitente y del propio negocio traslativo. En consecuencia, en un momento posterior, un tercero que no haya sido parte en la anterior controversia judicial puede impugnar la validez de su derecho.

Un segundo grupo de países introduce, también, el control del tracto y así, por ejemplo, el artículo 2.650 Código Civil italiano dispone: “*En el caso de que, conforme a la disposición precedente, un acto de adquisición esté sujeto a transcripción, las sucesivas transcripciones o inscripciones a cargo del adquirente no producirán efectos si no se ha transcrito el acto anterior de adquisición. Cuando el acto anterior de adquisición esté transcrito, las sucesivas transcripciones o inscripciones producirán sus efectos según su orden respectivo, salvo lo dispuesto en el artículo 2.644*”). Por ello, si A, que ha adquirido el derecho por un título nulo, ha depositado dicho título, el verdadero titular (B) no puede archivar el suyo en tanto que no obtenga la declaración judicial de dicha nulidad. Si B se retrasa u omite pedir la publicidad cautelar de su título y de su denuncia, no corre riesgo pues, provocada la caída del título de A, él se impondrá a todos los que traigan causa de éste. Por tanto, aunque, de alguna manera se mejora el sistema anterior ya que se acota el número de títulos a examinar, el riesgo permanece ya que no se evita la investigación de la situación jurídica del bien. Por otro lado, B decide cuando le interesa aparecer como dueño (así puede dificultar la localización de sus bienes por los acreedores). La persistencia de la incertidumbre explica la carestía, la ralentización, la dificultad para acceder al crédito, la carestía de éste, etc.

Como ya se ha indicado, tanto en uno como en otro sistema, los Registradores actúan como archiveros de donde que, como también se ha dicho, sólo califican los aspectos formales del título y el negocio así como, en el caso de Italia, la observancia del tracto.

La cancelación constituye la única excepción existente ya que supone la expulsión de un derecho del registro por lo que éste ya no será oponible a los terceros que depositen su título de adquisición. Por este motivo, por la trascendencia que esta decisión entraña, la calificación se refuerza. Así, en el caso de Francia, la sentencia de 16 de Julio de 1.975 de la Sala 3ª de la Cour de Cassation, confirmada por otra posterior de 9 de Noviembre de 1.994, afirmó que “*El Conservador de las hipotecas, responsable de la regularidad de la cancelación, tiene la obligación de asegurarse de la capacidad y de los poderes de las personas que la requieran así como exigir la presentación de todos los documentos susceptibles de esclarecer estos puntos. El párrafo segundo del artículo 2.158, que tiene como solo efecto el de reemplazar la presentación de los documentos justificativos por una certificación del notario, no dispensa al Conservador de ejercer su control, que no se limita a la regularidad formal sino que se extiende a la validez del fondo*”.

Por su parte, el sistema de seguridad jurídica de Registro de derechos, que rige en la mayoría de los países del mundo occidental confiere a los asientos registrales la facultad de atribuir los derechos reales. Así, en España, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispone que “*El tercero que de buena fe adquiera a*

título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”.

En Suecia, “*si el derecho real ha sido adquirido por compra (a título oneroso) y el transmitente no era su legítimo titular, debido a que su adquisición o la de alguno de sus causantes era nula, la adquisición será, sin embargo, válida si el derecho consta inscrito a favor del transmitente y el adquirente no conocía ni debía haber conocido (buena fe) que aquel no era el titular legítimo. Esta regla no se aplica a las adquisiciones derivadas de un procedimiento de ejecución”* (artículo 1 del capítulo 18 del Land Code). La fe pública no se aplica en los siguientes supuestos: “*1º. Si el documento en que se funda el derecho del adquirente es falso, fue otorgado por persona que carecía de facultades para ello o es inválido al haber sido otorgado bajo coacción con arreglo al artículo 28 de la Contracts Act. 2º. Si el legítimo dueño, cuando se otorgó el documento en que se funda el derecho, estaba en quiebra o incapacitado o actuó bajo la influencia de un trastorno mental o no tenía la facultad dispositiva del derecho dado que se le había designado un administrador de acuerdo con el Parental Code. 3º. Si la adquisición es inválida con arreglo a derecho por falta de observancia de la forma prescrita o por otras condiciones establecidas o si se efectuó sin el consentimiento de la persona perjudicada sin que haya mediado el amparo o cualquier otra acción de un Tribunal o de una autoridad pública”.*

Por su parte, en Inglaterra, “*si se ha practicado un asiento en el Registro por el que una persona aparece como titular de un derecho real y el derecho real no debería habersele atribuido, será considerado como su verdadero titular como resultado de la inscripción”* (artículo 74 de la Land Registration Act).

Y en Alemania, “*si se inscribe un derecho en el Registro a favor de una persona, se presume que ostenta la titularidad de ese derecho. Si se cancela un derecho inscrito en el Registro se presume que el derecho no existe”* (artículo 891 BGB) y “*Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que, mediante un negocio jurídico, adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre dicha finca a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o el adquirente conozca la incorrección (buena fe). Si el titular del derecho tiene registrada su facultad de disposición del derecho inscrito en beneficio de cierta persona, dicha restricción no es eficaz frente al adquirente a menos que se deduzca como obvio del Registro o que dicho adquirente la conozca”* (artículo 892 BGB).

Iguals disposiciones se encuentran en la legislación vigente en Australia y en la parte anglófona de Canadá.

El carácter definitivo de la atribución del derecho a favor del tercer hipotecario o sea, del adquirente que reúna los requisitos exigidos por la ley para ser mantenido en su adquisición facilita extraordinariamente el tráfico inmobiliario. La impugnación de la atribución efectuada por los asientos sólo puede versar acerca de si el adquirente reúne los requisitos que la legislación exige para ser un tercero hipotecario o protegido. Si es así, los Tribunales han de respetar la asignación que el Registro ha realizado. El sistema simplifica absolutamente el proceso para determinar y averiguar la situación jurídica de un bien. La información que se expide sobre la situación jurídica del bien es la que cuenta para ese tercero que no ha de realizar más trámites ni averiguaciones para contratar.

Aunque será objeto de estudio en otro trabajo más extenso, no me sustraigo a recordar la importancia que, en España, ha tenido la sentencia de 5 de Marzo de 2007, adoptada unánimemente por la totalidad de los miembros de la sala 1ª del Tribunal Supremo. Esta sentencia afirma: *“La doctrina sobre el artículo 34 LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro”*.

El reforzamiento del valor de los pronunciamientos del Registro, de los asientos, aumenta el ámbito de calificación del Registrador. La vinculación de los Jueces a la atribución de derechos que éste ha realizado al autorizar un asiento, aconseja imponerle la obligación de controlar la legalidad de los negocios cuya inscripción se pide y que constituyen la causa de la asignación que realiza en el acta de aquélla. Esta obligación aparece recogida en la legislación de todos los países en que existe el Registro de derechos.

Así, en Inglaterra se dispone que *“Si el Registrador considera que algún documento o asiento de entrada propuesto para su presentación o inscripción es impropio en la forma o en la sustancia (fondo) o no está redactado con claridad o no indica con suficiente precisión el derecho en particular o la finca sobre la que recae o se refiere a materias que no constituyen objeto de inscripción conforme a lo dispuesto en la ley o, tratándose de una condición, no guarda relación con la finca u otro asiento, o, siendo una restricción, es irrazonable o calculada para causar inconveniencia o es de cualquier otra manera expresada de una forma inapropiada de acuerdo con los principios registrales, puede rechazar su entrada en el Registro de un modo absoluto o sujeto a modificaciones bajo las cuales podrá inscribirse; o puede por sí mismo, con el consentimiento del presentante, acordarla forma en que el asiento será hecho”* (artículo 78 de la Land Registration Act).

En Alemania se establece que *“una inscripción sólo puede hacerse cuando se acredite el consentimiento para la inscripción o las demás declaraciones exigidas para realizarla, en documento público o auténtico”* (artículo 29 de la Ordenanza Inmobiliaria). Dado el carácter abstracto que los negocios jurídicos tienen en este país, en principio el Registrador no califica la causa (ya que la nulidad o inexistencia de ésta no afecta a la validez del negocio), pero una resolución del año 1.971 dice: *“si el Registrador tiene dudas sobre las bases en que ha de fundamentarse la inscripción, debe suspender la práctica de ésta hasta que aquéllas hayan desaparecido”*. Por su parte, Gantzer afirma que *“el hecho de que el Registrador no esté obligado a examinar los negocios subyacentes no implica que no esté facultado para ello. Si llega al convencimiento de la ineficacia o inexistencia de los mismos, puede rechazar la solicitud de inscripción”*. Y el artículo 55 de la Ordenanza Inmobiliaria dispone que *“toda inscripción debe notificársele al solicitante, al propietario y a todas las personas que aparezcan en el libro registral y a cuyo favor se haya practicado aquélla o cuyo derecho resulte perjudicado por la misma: la inscripción de un propietario también debe notificarse a aquéllos a cuyo favor aparezca inscrita una hipoteca, una deuda territorial, una de deuda de renta, una carga real u otro derecho semejante en el libro registral. Cada inscripción practicada en el folio de un “hogar familiar” debe notificarse también al concedente del mismo. Podrá renunciarse a la notificación”*. Es decir, dado el carácter constitutivo de la inscripción, se impone la obligación de notificar a todos los que ostentan algún derecho sobre el bien en cuestión y también a los colindantes, cuando se trata de inscribir un exceso de cabida, de modo tal que, si se oponen, se abre un juicio plenario para dirimir la controversia (titularidad del derecho); en otro caso, se extiende sin que, posteriormente, los titulares puedan reclamar nada.

Y en Suecia, el número 10 del artículo 20 del Land Code (después de que los números anteriores enumeren los aspectos concretos que el Registrador ha de calificar), concluye: *“la inscripción puede rechazarse: cuando resulta obvio que la adquisición es inválida o que, por cualquier otro motivo, no se puede hacer”*.

Por último, en España el artículo 18 LH señala que *“los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”*.

C.- ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN: EL PROBLEMA DE LA PRUEBA.

En la mayoría de los países en que existe un Registro de derechos, rige el principio de libertad de prueba en orden a la calificación del Registrador. Así, ocurre en Inglaterra y en Suecia. El artículo 17 de la Land Registration Act establece que *“si el Registrador en cualquier momento considera que es necesario o deseable el otorgamiento de otros documentos o la presentación de otras evidencias o informaciones, puede rechazar continuar con la tramitación de la solicitud o hacer cualquier acto o practicar un asiento hasta que los documentos, las evidencias o las informaciones hayan sido dadas o proporcionadas”*.

En cuanto a Suecia, el artículo 20 del Land Code dispone que *“si una parte alega haber adquirido un inmueble pero carece de documentación fehaciente o si ésta es insuficiente, el Registrador, a petición de parte interesada, puede programar una reunión para investigar el título. También se podrá solicitar por aquel que esté facultado para pedir la inscripción del título previo cuando la documentación no exista o sea insuficiente”*. Y el artículo 19 Land Code señala que *“si, debido a alguna circunstancia especial, hay un motivo para pensar que la adquisición alegada por el presentante es inválida o no puede hacerse valer o la medida solicitada puede invalidar de algún modo los derechos de otra parte, a la parte cuyo derecho pueda verse afectada se le dará la oportunidad de ser oída. El presentante u otros interesados también pueden ser interrogados a tal fin. Si el derecho del presentante resulta controvertido, se puede expedir un mandamiento para que inicie un procedimiento judicial en determinado plazo. Si no se cumple, la solicitud puede declararse caducada. En el mandamiento se advertirá de tal consecuencia”*.

En Alemania, los artículos 29 y siguientes de la Ordenanza Inmobiliaria establecen cuáles son los medios de prueba para acreditar ante el Registrador determinadas circunstancias alegadas por las partes como representación, régimen económico matrimonial o título sucesorio. A este respecto, Antonio Pau Pedrón apunta que, sin perjuicio de esta tasación de los elementos de prueba, la jurisprudencia ha admitido que la calificación registral puede basarse en el conocimiento que el Registrador pueda tener de la realidad extraregstral fundándose en la consideración de que no debe colaborar a la inexactitud del Registro. Así, por ejemplo, una resolución del año 1.971 dice: *“si el Registrador tiene dudas sobre las bases en que ha de fundamentarse la inscripción, debe suspender su práctica hasta que desaparezcan”*.

En cuanto a España, existe una controversia sobre la interpretación del artículo 18 que expresamente habla de documento y de los asientos del Registro. Sin embargo, la DGRN ha admitido la calificación de ciertos negocios por su

notoriedad como, por ejemplo, en el caso de fusión bancaria. También ha considerado que el Registrador puede apreciar el fraude de ley (por ejemplo, cuando el título previo necesario para la inmatriculación ha sido creado exclusivamente a este fin).

Respecto a la interpretación de cuáles son los asientos del Registro que el Registrador ha de consultar para controlar la legalidad, parece claro que son los propios del Registro que él registrador que califica organiza y dirige, así como también los de los demás Registros ya que existe un deber de colaboración entre los distintos departamentos de la Administración pública y otro de no pedir al administrado los datos que ya obran en poder de la administración. Así se pronuncia la RJAP y PAC y más recientemente la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que establece en su artículo 6-2-b) que *“el derecho del ciudadano a no aportar datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizaran medios electrónicos para recabar dicha información”* y en el artículo 9 que *“cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder y se encuentren en soporte electrónico..... para la tramitación y resolución de los procedimientos y actuaciones de su competencia”*.

Por tanto, si partimos de la progresiva administrativización del procedimiento registral, que parece se está imponiendo en lo relativo al aspecto formal de tramitación, parece claro que hay que ir hacia el principio de libertad de prueba pues ésta es la que rige en el derecho administrativo, y así el artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que *“los hechos determinantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho”*.

Esta misma conclusión se alcanza si examinamos la cuestión desde el punto de vista de los efectos de la inscripción, pues, en los Tribunales, la cognición limitada explica que la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada, pero la atribución efectuada por el Registro es definitiva (artículo 34 de la LH en España). La posibilidad de impugnar la calificación directamente ante el Juzgado de 1ª instancia ha cambiado el mismo sentido del procedimiento registral. Sobre el particular puede verse la introducción de Antonio Pau al libro *“Prontuario de Jurisprudencia Registral”* de Juan Carlos Casas Rojo en Cuadernos de Derecho Registral, en la que el citado autor señala que *“La entrada de los Tribunales en la esfera de la calificación ha producido un giro de importancia. El juez civil no se limita a revisar la calificación. Lo que se entabla en el lugar del viejo recurso gubernativo es un juicio plenario. Las partes pueden hacer cuantas alegaciones consideren oportunas y aportar cuantas pruebas estimen adecuadas para orientar la decisión judicial. Una decisión que no se limitará a decidir sobre la inscribibilidad sino que abordará*

la validez del título y la eficacia del negocio subyacente”, aunque la opinión mayoritaria en la actualidad es que el recurso judicial se trata de un recurso de mera revisión de la calificación.

Aún así, el propio Tribunal Supremo en la sentencia antes citada de 5 de Marzo de 2007 apunta en esta dirección al señalar en el último párrafo del octavo fundamento de derecho que *“cierto es que esas razones de justicia pueden aparecer especialmente poderosas cuando se considera la situación de los compradores de viviendas en documento privado, impedidos por ello de inscribir su adquisición, que se vean privados de su propiedad, pese a haber entrado en posesión de las viviendas compradas, cuando se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, titular registral, y tal procedimiento culmina con la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Pero no lo es menos que tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral”*.

D.- PRESUPUESTOS DE CALIFICACIÓN

Si la inscripción produce estos efectos tan fuertes, la calificación o sea, la decisión sobre la atribución del derecho, que se mantendrá incluso si errónea – sin perjuicio de la contienda sobre la exactitud del asiento registral-, exige ciertas bases en relación principalmente a la condición o status del Registrador, régimen de responsabilidad y sistema de recursos.

Por lo que se refiere al primer punto, solamente indicar que resulta básica la existencia de un criterio objetivo de elección del Registrador en base a su cualificación jurídica elevada y que en el ejercicio de su función es fundamental la independencia. Esta nota implica, a su vez, el cumplimiento de tres exigencias irrenunciable como son: la exclusión de la posibilidad de su libre remoción salvo expediente disciplinario, de la posibilidad de elegir un registrador para que califique o atribuya el derecho, y de su subordinación a la Administración en el ejercicio de la función de calificación a o de la que en calificaciones concretas ni puede consultar ni puede recibir ordenes. En otras palabras, la Administración no puede decidir la titularidad de los bienes o derechos determinados y no solo porque nadie puede ser juez y parte sino además porque implica introducir un riesgo de arbitrariedad que afecta seriamente a la seguridad jurídica.

E.- RESPONSABILIDAD DE LA CALIFICACIÓN

La posibilidad de la privación de un derecho por el Registro o, lo que es igual, la posibilidad de la existencia de la fe pública registral queda supeditada a que, en los supuestos en que, en virtud de error ya sea al calificar, ya al practicar un

asiento, el *verus dominus* quede privado de su derecho, sea indemnizado de su valor.

Todas las legislaciones que reconocen el principio de fe pública registral o, por decirlo con otras palabras, todos los países que tienen un Registro de derechos reconocen esta obligación de reparar el daño causado. Así, en Inglaterra y Gales, el capítulo 8 de la Ley de 2002 recoge expresamente la obligación del Registrador de indemnizar personalmente el perjuicio causado tanto por la rectificación del Registro como por el rechazo a proceder a la misma. De igual modo, el artículo 296 de la Ley Hipotecaria Española establece que “*Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas y, en segundo, con su demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen: 1) Por no asentar en el diario, no inscribir o anotar preventivamente, en el término señalado por la Ley, los títulos que se presenten en el Registro. 2) Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales. 3) Por no cancelar, sin fundado motivo, alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente. 4) Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley. 5) Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o libertad de los inmuebles o derechos reales o por no expedir dichas certificaciones en término señalado en esta Ley*”.

Por su parte, el artículo 839 del BGB alemán sienta un criterio semejante al decir que “*si un funcionario, dolosa o negligentemente, infringe un deber oficial que le incumbe frente a un tercero, le indemnizará por el daño ocasionado. Si el funcionario sólo es culpable de negligencia, únicamente cabe dirigirse contra él si la parte perjudicada carece de cualquier otro recurso para obtener la reparación del perjuicio*”. En cuanto a Suecia, el artículo 19 del Land Code sanciona el derecho de cualquier persona que haya sufrido una pérdida debido a un error o negligencia en la gestión o la decisión de practicar una inscripción o en relación con la expedición de un documento de hipoteca o la llevanza o mantenimiento de tal Registro, a ser indemnizado por el Estado. No obstante, se matiza, que “*la indemnización se compensará o reducirá si la parte ha contribuido a su pérdida*”.

La obligación de indemnizar el daño causado es un elemento básico de los Registros de derechos. Tan es así que la necesidad de proteger el interés público que el Registro tutela y la de reparar el daño causado al *verus dominus* fueron las dos causas esgrimidas en la sentencia KINGSALTON LTD AND ANOTHER V. THAMES WATER DEVELOPMENTS LTD AND OTHERS, por la Corte de apelación de la Corte Suprema de la Judicatura de Inglaterra para rechazar la pretensión de la parte demandante en el sentido de que la negativa a rectificar la inscripción practicada, confirmada por el fallo apelado, daba lugar a

una privación del derecho de propiedad que, a su vez, implicaba una violación del artículo 1 del primer protocolo adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La obligación de indemnizar la privación del derecho de propiedad causada por el error del Registrador ya sea al calificar, ya al extender y autorizar un asiento, está pues fuera de toda duda. Ahora bien, lejos de acabar con el problema, esta afirmación lo multiplica pues nos enfrenta con el tema de la organización del Registro, de fijar cuales deben ser sus principios organizativos, entre los que uno de los más importantes es el de su financiación.

Para subsistir, el Registro de derechos ha de cometer pocos errores. Hay que tener en cuenta que, frente a lo que es común en materia de seguros, en el caso de las transacciones inmobiliarias, la seguridad que se demanda es frente a los vicios o defectos ocultos en la situación jurídica de los bienes, riesgo que el Registro elimina al hacer coincidir la verdad oficial con la real. Sin embargo, este efecto introduce una nueva amenaza, la de que los errores de éste priven al titular de acuerdo con las normas civiles de esa titularidad y la transfiera a un tercero. Los errores pueden ser de dos tipos: materiales o de calificación. Cada uno de ellos requiere una prevención diferente. Como ya se ha indicado, los últimos se corrigen fomentando la capacidad de los Registradores, su independencia, su selección con arreglo a criterios objetivos y evitando los riesgos de corrupción mediante el establecimiento de un sistema de incentivos ajustado. Los primeros, aplicando los criterios de gestión privada a este servicio público.

Ahora bien, por más ajustada que resulte la aplicación de estos principios organizativos, no hay duda de que el error siempre sucederá y, en este caso, el resarcimiento de daños es imprescindible. Es igual que sea el Estado (caso de Alemania o Suecia), un fondo autónomo de éste (sistema Torrens aplicado en Australia y parte de Canadá) o los Registradores (caso de Inglaterra y España) quien asuma esta responsabilidad, lo que cuenta es que sea real y efectiva (objetiva). Como es objeto en otro trabajo, no profundizaré más en esta materia. Sólo añadir que, en el caso de los Registros de títulos, los particulares han de acudir a las compañías privadas para asegurar su inversión lo que implica un sistema más injusto de seguridad (las personas con más capacidad económica siempre contratarán un seguro mejor que las que cuenten con otra menor) y, por supuesto, más caro.

En estos países, en los que el Registro se limita a publicar los títulos depositados, la responsabilidad que éste asume sólo cubre el daño causado por la negativa injustificada a aceptar tal depósito o por la falta o el error en su publicación. De acuerdo con estos criterios, el artículo 2.197 CC de Francia dice que “*Los Conservadores son responsables del perjuicio resultante de: 1º) De la*

falta de publicación de los actos y decisiones judiciales depositados en su oficina y de las inscripciones requeridas siempre que esta falta de publicación no resulte de su decisión de negar la extensión del asiento de presentación o de rechazar la práctica de la inscripción; 2º) De la omisión, en los certificados que expidan, de una o varias de las inscripciones existentes, a menos que, en este último caso, el error proceda de designaciones insuficientes o inexactas que no le sean imputables”. Y el artículo 2.674 del CC italiano señala que “Por negarse o retrasarse (en la presentación de un título), el Conservador está obligado a resarcir los daños causados a las partes”, estando sujeto al régimen general de responsabilidad de los funcionarios públicos.

F.- RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN

Dado que este tema también es objeto de estudio en otra trabajo, sólo voy a apuntar que la calificación positiva da lugar a la extensión de un asiento que queda bajo la salvaguardia de los tribunales. Cabe obviamente pedir judicialmente su anulación pero, como antes se ha explicado, si ha aparecido un tercero protegido, debe ser mantenido en su adquisición o, lo que es igual, la posible anulación de aquél no afecta a su derecho.

En cuanto a la calificación negativa, siempre es susceptible de recurso. Aunque algunos países, como Francia, Italia, España o Inglaterra, prevén un primer recurso (potestativo en el caso español) ante la Administración, el fallo siempre será recurrible ante los Tribunales. En concreto en España el artículo 324 de la Ley Hipotecaria dispone que *“las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la DGRN en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que sea posible, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley”,* y el artículo 328 del mismo cuerpo legal que *“las calificaciones negativas del registrador y, en su caso, las resoluciones expresas y presuntas de la DGRN en materia de recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil siendo de aplicación las normas del juicio verbal”.*

Asimismo este último artículo dispone que *“Carecen de legitimación para recurrir la resolución de la DGRN el Colegio de Registradores, el Consejo general del notariado y los colegios notariales. El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil o de bienes muebles cuya calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DG podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares”.*

En cuanto al fundamento de la legitimación del Registrador para recurrir, resulta de su no dependencia jerárquica respecto de la Administración a la hora de calificar. Este aserto se base principalmente en dos argumentos: 1º) posibilidad de acudir directamente al recurso judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa; y 2º) su legitimación ampliamente reconocida por los Tribunales pues interés no es personal sino en el ejercicio de su función (defensor de los ausentes y del interés público).

Por último indicar que en España es posible, también, solicitar la denominada calificación sustitutoria en caso de discrepancia con una calificación negativa, como una especie de recurso con carácter previo, pero no obligatorio, al resto de los recursos posibles –administrativo o judicial directo-, que se podrán usar si se confirma la calificación inicial en todo o en parte (artículo 19 bis LH). El registrador encargado de la calificación sustitutoria será el que resulte del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275 bis de la Ley Hipotecaria y aprobado por resolución de la DGRN de 30 de junio de 2008, y será designado de forma aleatoria por el Colegio Nacional de Registradores de entre los seis registradores que conforman el cuadro de cada Registro.

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

Enrique Rajoy Brei

LOS SISTEMAS REGISTRALES EN EL MERCADO INMOBILIARIO E HIPOTECARIO. EL SEGURO DE TÍTULOS.

SUMARIO: 1.- LA NECESIDAD ECONÓMICA DE EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS REGISTRALES Y EL RETO DE LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO. 2.- LOS SISTEMAS REGISTRALES EN EL MERCADO INMOBILIARIO E HIPOTECARIO: A.- LOS DISTINTOS SISTEMAS REGISTRALES. B.- LAS TRES REGLAS DE ENJUICIAMIENTO DE LOS SISTEMAS REGISTRALES. C.- LOS REQUISITOS DEL MERCADO HIPOTECARIO. D.- OTROS REQUISITOS. 3.- EL SEGURO DE TÍTULOS: JUSTIFICACIÓN, CONTENIDO Y PROCESO DE CONTRATACIÓN.

1.- LA NECESIDAD DE LOS SISTEMAS REGISTRALES Y EL RETO DE LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO.

A.- LA NECESIDAD ECONÓMICA DE LOS SISTEMAS REGISTRALES.

Hoy en día, tras los modernos estudios de los analíticas económicos del derecho, existe una unánime convicción acerca del valor que los sistemas registrales, en general y la institución jurídica de los Registros de la Propiedad, en particular, desempeñan en el desarrollo de los mercados inmobiliario e hipotecario y, por tanto, en el crecimiento económico y bienestar de los pueblos. El Registro de la Propiedad, es considerado como un instrumento esencial del mercado de bienes inmuebles, pues lo hace seguro al evitar la proliferación de conflictos, y reduce los costes de transacción al eliminar asimetrías informativas.

Así, se ha demostrado¹ que los países no son más ricos por razón únicamente de sus recursos naturales, sino sobre todo por la capacidad que tienen de ponerlos en circulación, de incorporarlos al tráfico jurídico. Como señala Hernando De Soto, el valor de la propiedad en países en desarrollo no es intrínsecamente menor que en los países desarrollados; sin embargo, en la práctica comercial nacional e internacional, tienen mucho menos valor, porque la propiedad no está formalizada, es decir, no está incorporada a un documento ni a un sistema integrado de propiedad que coadyuve con seguridad a su circulación en los mercados y permita legalmente aprovechar su potencial como garantía para un préstamo o una inversión.

En consecuencia, sin un sistema formal de propiedad en la terminología de Hernando De Soto, o registral como lo preferimos denominar, no es posible crear una economía de mercado moderna, cuyo establecimiento implica, como

¹ Hernando de Soto: “El Misterio del Capital”.

punto de partida, la consecución de los siguientes objetivos: la titulación de la propiedad y la constitución de un sistema integrado de titularidades, que facilite información segura al mercado y proteja tanto la seguridad del título como, fundamentalmente, de las transacciones.

En concreto, *la Comisión Económica para Europa de la ONU* ha elaborado un estudio –diciembre de 1999- sobre la posibilidad de unificar los sistemas de la publicidad inmobiliaria en la Unión Europea, en aras a facilitar los negocios inmobiliarios transfronterizos, y entre las conclusiones y recomendaciones que contiene, destacan las siguientes: a) los Estados deben poner los medios para que la ley facilite la existencia no sólo del mercado inmobiliario, sino también del mercado hipotecario. b) Los Registros Públicos Jurídicos favorecen el desarrollo del mercado inmobiliario y reducen los costes de transacción. c) Para dar confianza al mercado y dar seguridad al disfrute de sus derechos por los ciudadanos, la ley debe garantizar los derechos inscritos. d) Es el Estado el que debe garantizar los derechos inmobiliarios, el seguro de títulos es generalmente más costoso, y superfluo cuando existe un Registro y funciona correctamente. e) Se debe elaborar una legislación tipo sobre la publicidad inmobiliaria, con la finalidad de que sea adoptada por los Estados miembros actuales y potenciales de la Unión Europea (la diversidad jurídica, se dice, es un obstáculo al comercio, y también una fuente de litigiosidad).

La pretensión del ideal de la eficacia absoluta de los derechos reales implica una necesidad de publicidad oficial que se manifiesta de modo muy especial a través del Registro de la Propiedad; porque el título que permite la comercialización segura de los bienes inmuebles y su inserción en el mercado económico formal, no es otro que la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

Los documentos públicos son vinculantes entre las partes otorgantes y también, en principio, hacen efecto contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha (vid. artículos 1218 y 1865 Código Civil español); pero lo cierto es que sólo por medio de la publicidad registral adquieren plenitud de efectos “*erga omnes*”, frente a todos, ya que los títulos no inscritos no perjudican a tercer adquirente que confía en lo que dicen los asientos registrales e ignora la existencia de aquellos (artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria española y el 1124 in fine y 1473 del Código Civil español, éste relativo a la doble venta y que atribuye la preferencia en caso de doble transmisión de un mismo inmueble al que primero lo inscriba en el Registro).

El Registro de la Propiedad es así la institución jurídica en cuya virtud se producen las transmisiones de la propiedad frente a todos, a todos los efectos. La consecuencia es que, en realidad, en los países más desarrollados, el modo o desplazamiento posesorio que atribuye eficacia frente a terceros al título de propiedad, es un modo público: la inscripción en un Registro Público. En

Derecho español y en muchos Derechos latinoamericanos, aunque rige la teoría del título y el modo (de manera que para transmitir se requiere un contrato traslativo válido y un desplazamiento posesorio), y aunque este modo o desplazamiento posesorio puede consistir en la tradición instrumental (artículo 1462 C.C.), lo cierto es que se exige inscripción en el Registro de la Propiedad si se quiere tener la plena oponibilidad frente a todos –valor conformador-. Esta realidad supone que *de facto* ha cambiado el sistema de transmisión inmobiliaria, superando la teoría del título y el modo.

Por eso, dice Gómez Gáligo², el instrumento de legitimación en el tráfico, el título que dota de valor a la propiedad y permite su negociación segura y ágil en el comercio –sea nacional o internacional- tiene que estar necesariamente inscrito en un Registro Público. O dicho de otra forma, el título de legitimación en el tráfico que sirve para dotar de valor al inmueble en el ciclo económico formal, es necesariamente un documento público de propiedad, es decir, una escritura notarial (también una sentencia judicial o una reparcelación administrativa) amparado por el Estado a través de un Registro público.

Por su parte, Fernando Méndez³, no está de acuerdo con esta idea, para él, no sin razón, la inscripción no es un instrumento de publicidad de las escrituras, no hace que la escritura despliegue plena eficacia frente a terceros, no es el modo adquisitivo ni un elemento complementario o sustitutivo del mismo. Para Fernando Méndez, las propiedades normativas (legitimidad, fe pública, etc) que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción, convierten a ésta en el verdadero título acreditativo del derecho, porque los efectos *erga omnes* son de la inscripción, que es un nuevo producto, no de la escritura; y añade que “*El Registro tiene dos funciones, la creación de titularidades jurídico-reales inatacables y la regulación del acceso al conocimiento de las mismas*”, de las que la fundamental es la primera, y su finalidad, es facilitar la circulación de los bienes inmuebles.

Sea como fuere, lo cierto es que cuando la propiedad de la tierra está formalizada e inscrita en un Registro Público, en un Registro de la Propiedad, y, en consecuencia, no existen dudas de la titularidad y de las cargas existentes sobre los inmuebles, el valor de esa propiedad crece exponencialmente, al facilitarse las transacciones inmobiliarias y el crédito territorial.

B.- EL RETO DE LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO. Como consecuencia de todo lo expuesto, los riesgos de la compra de una propiedad sin título público inscrito, son tan grandes (posible pérdida de la titularidad por evicción, aparición de cargas no inscritas, necesidad de ir a un pleito judicial,

² Francisco Javier Gómez Gáligo: “Los Sistemas Registrales en el Mercado Inmobiliario e Hipotecario”

³ Fernando Méndez González: “De la Publicidad Contractual a la Titulación Registral”.

falta de tutela de la posesión) que al disminuir su valor, desincentivan la inversión, y, por tanto, el desarrollo económico de los pueblos.

Tratándose de inversores institucionales, las consecuencias de la falta de protección registral de la propiedad, necesariamente va a ser la canalización de la inversión hacia otros países o hacia otras zonas donde la propiedad esté formalizada.

Esto es lo que está sucediendo en muchos países en vías de desarrollo y ex comunistas, que carecen en un alto grado de propiedad inscrita, en los que, tampoco, la propiedad está totalmente clarificada y donde los Registros de la Propiedad están desactualizados. La situación de sus sistemas registrales e hipotecario presenta graves inconvenientes que hacen disuasoria la inversión inmobiliaria, precisamente porque carecen de un Registro de la Propiedad avanzado que garantice una contratación ágil y segura.

Estos países tiene unos problemas comunes que son fundamentalmente los siguientes: a) la necesidad de restablecer o instaurar un sistema moderno de seguridad jurídica, del que carecen; b) superar los problemas derivados bien de la invasión extralegal de las tierras o bien de la socialización del suelo durante la época comunista; y c) Arbitrar medidas para el fomento de un mercado hipotecario que permitan dinamizar la contratación inmobiliaria como motor de la economía.

Así, por ejemplo, en los países que sufrieron una economía comunista centralizada⁴, el problema de la restitución o reprivatización ha sido abordado por cada uno de ellos de forma distinta, de manera que o bien se ha optado por proteger las titularidades de los usuarios de los pisos o tierras, indemnizando a los antiguos propietarios de los terrenos con bonos del Estado o con otros terrenos estatales; o bien se ha optado por indemnizar a los usuarios devolviendo los terrenos a los anteriores propietarios, creando al efecto fondos especiales para tales indemnizaciones.

Y respecto del problema de la falta de clarificación de la propiedad inscrita o de falta de formalización, que se produce, en algunos países de Latinoamérica o Asia, derivado de las migraciones masivas y de la ocupación fáctica de propiedades por grupos poblacionales de pobreza extrema, se trata de solucionar mediante procedimientos sencillos y baratos de titulación de la propiedad informal e inscripción obligatoria de la misma, es decir, mediante el reconocimiento e integración de los derechos de propiedad extralegales.

Estos programas que han sido promovidos, en muchas ocasiones, por organizaciones de ayuda internacional, han obtenido en muchos casos resultados

⁴ Francisco Javier Gómez Gállego: "Los Sistemas Registrales en el Mercado Inmobiliario e Hipotecario"

decepcionantes, quizás por la adopción de sistemas no adecuados a la realidad social determinada en que se implementan, o por falta de una cultura de la documentación e inscripción; pero ello no debe hacer renunciar al ideal de la titulación de la propiedad y la constitución de un eficiente sistema registral. Los países desarrollados y, en concreto España, también han pasado por largos períodos de titulación privada y desinscripción, sobre todo en el ámbito rural, y al final han salido adelante, cuando la sociedad se ha dado cuenta del valor añadido que les proporcionaba la publicidad a sus propiedades.

Dicha implementación debe, en definitiva, ir acompañada de los correspondientes programas educativos y de concienciación social, porque cuando los ciudadanos comprendan que el acceso al sistema de propiedad legal les es útil y beneficioso, en términos costo-beneficio, acudirán a él. También, deberán preverse procedimientos, que sin merma de la seguridad jurídica, faciliten los procedimientos de inmatriculación y reanudación del tracto interrumpido, como herramientas necesarias para lograr la concordancia de la situación jurídica registral con la realidad.

2.- LOS SISTEMAS REGISTRALES EN EL MERCADO INMOBILIARIO E HIPOTECARIO.

A.- LOS DISTINTOS SISTEMAS REGISTRALES.

No todos los sistemas registrales son iguales, sino que se diferencian, fundamentalmente, por los mayores o menores efectos que el Derecho atribuya a la inscripción. Y, en este sentido, sólo los sistemas basados en la titulación pública, en el folio real y en la fe pública registral, se consideran hoy en día como sistemas plenamente fiables y garantes de la mayor rentabilidad de la propiedad inscrita.

Es decir, sólo los Registros de seguridad jurídica preventiva, que depuran las titularidades inscritas (a través de la exigencia de forma pública y de un previo control de legalidad por parte del funcionario autorizante del título, sea notario, juez o Administración; y a través de la calificación registral del título que se presenta, por un registrador independiente o un juez), son fiables, pues de poca ayuda sirven esos sistemas registrales que tienen que ser complementados con la formalización de un seguro de títulos para el caso de evicción o declaración de nulidad del título del transferente.

Así, atendiendo a los efectos que se reconocen a la inscripción en el Registro de la Propiedad, que es el criterio que interesa a los efectos de este trabajo, se pueden clasificar los sistemas registrales en tres clases:

1º.- Los sistemas de mero depósito de títulos. Es el propio en la mayoría de los Estados de EEUU y, en ellos, el adquirente tiene que realizar una labor de investigación de los títulos del transferente, depositados en el Registro, pero nunca tiene la seguridad plena de la titularidad del vendedor, ni de la inexistencia de cargas, porque se produce un mero depósito de títulos de carácter meramente publicitario.

La calificación se limita a cuestiones formales nunca al fondo del negocio y existe la obligación de aceptar todas las escrituras que respeten esos determinados requisitos formales. Estos Registros no producen presunción de exactitud, ni tienen conexión con la finca ni tracto registral.

Para evitar los riesgos de la evicción o cargas ocultas, esto es de la pérdida de la cosa frente al verdadero propietario, el comprador, concierta un seguro, llamado seguro de títulos, que le garantiza, una indemnización, para el caso, de la pérdida de la titularidad de la finca. El efecto rebote que produce es la renuncia al propio depósito de los títulos dada su escasa utilidad. De este sistema nos ocuparemos más detenidamente en otro apartado.

2º.- Los sistemas de transcripción de títulos o de mera inoponibilidad frente a terceros. Es el caso del sistema francés que se caracteriza porque la denominada transcripción en el Registro produce el efecto de perjudicar a terceros de manera que lo no inscrito no perjudica al comprador. El comprador, puede estar seguro que las cargas o gravámenes derivados de títulos no inscritos, no le perjudican.

En este sistema ya existe un cierto control preventivo, de manera que el inversor (acreedor hipotecario, comprador) puede centrar su información en lo que el Registro publica, sin temor a cargas o transmisiones no publicadas que le puedan perjudicar. Existen también ciertos filtros previos de control, como la exigencia de documentación pública o el principio de tracto sucesivo y una conexión con la finca a través de un fichero inmobiliario.

Por tanto, Los sistemas de mera inoponibilidad ya aportan algo al negocio inscrito: lo no inscrito no perjudica al comprador o adquirente del inmueble; pero no es suficiente, porque no aseguran la titularidad del transmitente al no existir presunción de exactitud.

3º.- Los sistemas de inscripción o fe pública registral. Es el vigente en Alemania, Suiza o España –y algunos latinoamericanos de influencia española-, en los que el Registro de la propiedad no solo garantiza la inoponibilidad de lo no inscrito, sino que asegura plenamente la titularidad del transferente, por existir presunción de exactitud ya sea ésta *iuris tantum* derivada del principio de legitimación o *iuris et de iure* derivada del principio de fe pública registral.

El Registro de la Propiedad proclama una única titularidad sobre la cosa, y nunca el adquirente a título oneroso y de buena fe va a ser perjudicado por la posible evicción o pérdida de titularidad por el transferente. Son sistemas de fuerte control preventivo, de exigencia de forma pública y de calificación por parte del Registrador de la adecuación de los títulos inscribibles a la legalidad.

Para la justificación del criterio de valoración, enunciado al principio de este apartado, de prevalencia o eficacia superior de este sistema de fe pública registral, debe partirse del principio económico de que en el mercado la herramienta más eficiente es la que mejor satisface el real interés del consumidor y lo resuelve, además, de la manera socialmente más beneficiosa y con menores costes transaccionales. Analicemos pues estos factores para justificar la elección o valoración de los sistemas registrales.

B.- LAS TRES REGLAS DE ENJUICIAMIENTO DE LOS SISTEMAS REGISTRALES.

Como señala Lacruz Berdejo ⁵, “*El Registro de la Propiedad es una institución de creación artificial para conseguir determinados fines en el tráfico*” y, por tanto, “*su razón de ser está en la utilidad efectiva que presta a la economía y la sociedad del país, y que podría ser sustituido por otro que se revelase más eficaz para conseguir las mismas finalidades*”, de tal manera que determinado cuál es el sistema más eficiente, debería adoptarse el mismo por los distintos Estados.

No obstante, en mi modesta opinión, frente a la de otros destacados autores como Von Bar⁶, esa sustitución de sistemas exigiría valorar su posible aceptación por cada sociedad, cuya realidad social, tradiciones jurídicas en unos casos, o usos extralegales en otros, podría hacer fracasar el nuevo modelo; así como los costes de dicha implantación –generales e individuales–, aunque éstos últimos, es verdad, podrían verse compensados a corto plazo, por las ventajas reales para la economía del nuevo sistema. Así, aunque es cierto que los sistemas registrales son de carácter eminentemente técnico y que no han sido creados sobre un sustrato consuetudinario, no lo es menos que, en los distintos países en que se han instaurado, han creado una conciencia jurídica y social del ser de las cosas y una jurisprudencia de los Tribunales que equivale a ese sustrato.

Pero ello no debe impedir el estudio comparado de los distintos sistemas registrales para determinar cuál es, en principio, por sí sólo o matizado, el más eficiente. En este análisis destaca Antonio Pau⁷ que parte de tres reglas, que

⁵ Lacruz Berdejo: “Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral”.

⁶ Christian Von Bar: “El Marco Común de Referencia”.

⁷ Antonio Pau Pedrón: “La Convergencia de los Sistemas Registrales en Europa”.

denomina “racionales”, para comparar y valorar los distintos sistemas. Esas reglas son las que resultan de dar: a) la máxima protección al mercado, b) con un adecuado control de legalidad que evite litigios y c) al mínimo coste posible. Examinémoslas:

a) La máxima protección. La razón de ser de los sistemas registrales la constituye la protección de los sujetos que intervienen en el tráfico inmobiliario, que consecuentemente, por pura lógica debe ser la mejor posible o plena, que en este supuesto, implica el mantenimiento de la propiedad del adquirente en los términos que resultan de los pronunciamientos registrales, pues éste lo que pretende cuando acude al mercado es la adquisición de un inmueble con el contenido y extensión que pensaba tenía cuando compró.

Pero, la protección registral debe ser también proporcionada, en el sentido que debe proteger equilibradamente los intereses del titular registral y del adquirente -la seguridad de los derechos y la seguridad del tráfico- y, además, limitativa de conflictos, lo que exige, a su vez, un control oficial de legalidad de los derechos inscritos.

Circunscribiéndonos a la protección del adquirente, podemos sintetizar con Antonio Pau sus grados entre protección mínima y máxima. La protección mínima, que sería la proporcionada por el sistema de aseguramiento de títulos, que sustituye la protección por una indemnización económica. La protección media, que sería la proporcionada por los sistemas de mera inoponibilidad de los derechos no inscritos que no permite confiar en la exactitud de los pronunciamientos registrales. Y la protección máxima, que sería la que reportan los sistemas de fe pública registral, que protege atendiendo estrictamente al contenido del Registro.

En otro aspecto, la protección debe afectar no sólo a la seguridad en la adquisición y disfrute de un derecho, sino también a la seguridad respecto a su posible transmisión sin dificultades y en las mismas condiciones a un tercero, es decir, que el pleno disfrute de un derecho incluye su valor en cambio⁸. La seguridad jurídica se identifica también con la confianza de que el aprovechamiento de este valor económico de cambio de la inversión efectuada no se encuentre amenazado.

Esta regla de la máxima protección es compatible, en mi opinión, tanto con los sistemas registrales de inscripción constitutiva como en los sistemas registrales de inscripción declarativa o conformadora. Si bien, en principio, la inscripción constitutiva es la que logra la mejor coordinación de la realidad con el Registro; no es menos cierto, que la consideración de la inscripción como constitutiva, implica una merma del control de la legalidad, pues si éste fuera riguroso, la

⁸ Cándido Paz Ares: “Seguridad Jurídica y Seguridad Económica”, RDM 1985.

transmisión de la propiedad se vería comprometida, circunstancia que no ocurre en un sistema en que la transmisión del dominio tiene lugar al margen del Registro.

b) El adecuado control. En los sistemas de protección mínima y media, el adquirente no puede confiar en la exactitud de las inscripciones, fundamentalmente porque no existe un control previo de legalidad completo de los títulos presentados a inscripción. Y ello es así porque existe una correlación lógica en los sistemas registrales entre protección máxima y control adecuado, es decir, que a mayor o menor protección jurídica le corresponde un mayor o menor control de la legalidad respectivamente.

Esta correlación, como señala Antonio Pau, está presente en todas las legislaciones⁹, sin duda porque responde a la razón evidente de que no puede ser fiable lo que no ha sido contrastado, o dicho de otro modo, el control de legalidad es la base o exigencia de la protección máxima de los sistemas registrales.

La superioridad del sistema de máxima protección sobre los demás lo ha puesto de manifiesto el documento “*Directrices de la Comisión para Europa de las Naciones Unidas*”, al considerar que el sistema ideal de Registro debe reunir lo que denomina principios de “*espejo, cortina y garantía*”, según los cuales El Registro debe reflejar fielmente la realidad; debe bastar con su consulta, sin necesidad de hacer averiguaciones extrarregistrales y el Registro debe garantizar la exactitud de lo que publica.

3.- El mínimo coste. Como señala Antonio Pau, el coste de la seguridad en las transacciones inmobiliarias varía según estas tres disyuntivas: a) averiguaciones privadas o publicidad oficial; b) seguridad económica o seguridad jurídica; c) protección mínima y protección máxima.

El legislador, en el momento de la transmisión, tiene dos posibilidades, bien proteger al titular del derecho, desatendiendo la protección del adquirente que queda en sus manos; o bien proteger al adquirente del derecho, instaurando mecanismos oficiales de publicidad, y debe ser consciente que la opción por una u otra genera distintos costes.

Pues bien, en la primera de las dos posibilidades, el coste de transacción es superior porque el adquirente, ante la falta de una publicidad oficial adecuada, debe hacer, por sí mismo o encomendar a otro, las correspondientes averiguaciones, lo que siempre es trabajoso, sujeto a un margen de riesgo y

⁹ Incluso en Alemania frente a lo que se suele decir. Ver en este sentido Antonio Pau: “La Convergencia de los Sistemas Registrales en Europa”, y Enrique Rajoy Brei: “La Calificación Registral en el Marco de la Unión Europea”.

costoso en términos monetarios, pues, al no ofrecer una protección completa, se hace inevitable la contratación de un seguro de títulos que garantice el precio pagado por el negocio inseguro.

Si, por el contrario, se ha organizado un régimen de publicidad, al adquirente le resulta menos costoso, porque la averiguación necesaria la puede hacer directamente el adquirente solicitando, la publicidad oficial del Registro, que deberá efectuarla de una forma profesional, es decir, de manera clara y comprensible para el consumidor, sin necesidad de poseer conocimientos técnico ni acudir a intermediarios que lo expliquen.

El coste de este sistema se puede desglosar en el coste de la inscripción a cargo del titular y coste de información a cargo del tercero interesado; pero que son notablemente inferiores a los costes de la averiguación privada y seguro de títulos. Además, en contraposición a ese coste, este sistema revaloriza al derecho inscrito y le dota de unos efectos sustantivos y procesales, que no aporta el sistema de aseguramiento de títulos; y, por su parte, los seguros no suelen cubrir el denominado lucro cesante, derivado del posible aumento del valor de los inmuebles en el futuro.

En definitiva, como se dice en las ya citadas Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Económica para Europa de la ONU *“el seguro de títulos es superfluo cuando existe un Registro que funciona correctamente”*, si bien, en cuanto a los costes registrales, señala también que: *“los poderes públicos deben garantizar que los derechos legalmente previstos no sean demasiado elevados hasta el punto de desincentivar el mercado inmobiliario”* y que *“el sistema registral debe de autofinanciarse y costearse por los usuarios”*. Al seguro de títulos nos referiremos más extensamente en un apartado posterior.

4.- Conclusión. Si consideramos con Posner¹⁰, que toma en consideración el denominado sistema Torrens perteneciente al grupo de sistemas de fe pública registral, que la convicción de las personas de ser titulares de un derecho lleva aparejado el efecto de sobrevaloración del bien poseído, de manera que se sienten mucho más perjudicadas por las pérdidas, de lo que se sienten beneficiadas por una ganancia objetivamente equivalente; debemos llegar a la conclusión de que son más eficientes los sistemas de seguridad jurídica preventiva o registral, que protegen al último titular registrado frente a reclamaciones extrarregistrales, que los sistemas de seguridad económica o de seguros, que sólo resarcen económica y supletoriamente de la pérdida sufrida. Antes que una reparación óptima es preferible una sociedad sin conflictos.

¹⁰ Richard Posner: “Economic Analysis of Law”.

Dentro de los sistemas de seguridad preventiva, los de fe pública registral se consideran los más eficientes¹¹, por cuanto son los que dan una mejor respuesta a las tres reglas analizadas anteriormente. Así, como consecuencia de la depuración *ex ante* que efectúa el Registrador, la información contenida en el Registro se simplifica y hace más accesible y fiable, y como consecuencia de sus efectos, la contratación es más segura y menos costosa.

Y, en este ámbito, es fundamental el mantenimiento de la propiedad de forma definitiva o irrevocable a favor del adquirente a título oneroso y de buena fe de persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitir, siempre que inscriba su derecho y ello, aunque después se anule o resuelva el derecho del adquirente por causas que no consten en el Registro (artículo 34 de la LH española). Así, en España, como en otros países que se rigen por este sistema, la fe pública registral ampara las adquisiciones a *non dominio*, estando reconocido este efecto por el Tribunal Supremo, con carácter definitivo, en las trascendentales sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 dictadas para de unificación de la doctrina.

Y este reconocimiento de los efectos de cada sistema registral por los jueces es esencial, pues todo el entramado legal, se vendría abajo si mediante resoluciones judiciales se impusiera la eficacia real de derechos que no están inscritos. Si los jueces negaren los efectos de la fe pública registral u otros que señalare el respectivo ordenamiento, es decir, si los jueces no respaldan los pronunciamientos registrales se degradaría el sistema. Para evitar esta circunstancia se recomienda por los autores que los Registros estén a cargo de jueces o que se dote del mayor prestigio posible a los funcionarios encargados de los mismos que deben tener, como luego veremos un carácter independiente e inamovible; porque el valor reputacional de la información registral –y, a la postre, su valor legal- se halla en función directa de su calidad y fiabilidad.

C.- REQUISITOS DEL MERCADO HIPOTECARIO.

La hipoteca es el punto en que convergen los derechos de obligaciones – préstamos- y de cosas y el derecho registral porque no hay hipoteca sin publicidad, al ser la hipoteca el paradigma del derecho real sin contacto posesorio, pero la solidez y eficacia de la misma, además, de un eficiente sistema registral, con una adecuada protección de los intereses en juego, necesita algo más para poder ser el soporte fundamental del crédito que permita, a bajo interés, el acceso al mismo de las nuevas iniciativas empresariales y de los sectores de la sociedad menos favorecidos.

¹¹ Benito Arruñada: “La Contratación de Derechos de Propiedad: un Análisis Económico” y Fernando Méndez González: “Registro de la Propiedad y Desarrollo de los Mercados de Crédito Hipotecario”.

Esos factores adicionales que configuran el contenido real y concreto de la hipoteca en cada país, viene determinado por lo dispuesto en las respectivas leyes nacionales y, en concreto son los siguientes: a) los efectos del sistema registral elegido; b) la vinculación más o menos rígida de la hipoteca a los principios de accesoriedad y determinación y sus diversos tipos; c) los diferentes sistemas de valoración de inmuebles a efectos de la hipoteca; d) la rapidez de la ejecuciones hipotecarias, lo que viene, a su vez, condicionado por los sistemas de realización forzosa y las causas de oposición; e) la existencia y cuantificación de privilegios o hipotecas legales tácitas; y f) la conciliación o no de los intereses de las entidades financieras con las legítimas aspiraciones de los consumidores.

a) Bajo estos parámetros y desde una perspectiva del derecho comparado, sin ninguna duda, la hipoteca en los sistemas de fe pública, puede considerarse como más sólida y eficaz; pues goza, en primer lugar, de los caracteres esenciales que deben predicarse de las hipotecas, y en ella rigen los principios de inoponibilidad de lo no inscrito (32 LH) y fe pública registral (34 LH), por lo que, como ocurre en el Derecho español, no caben tercerías de dominio ni de mejor derecho frente al acreedor hipotecario.

b) Desde el punto de vista del dinamismo del mercado, dos son las notas o principios de la hipoteca que se ponen de manifiesto como obstaculizadoras de su flexibilidad y adaptación a las nuevas necesidades del tráfico crediticio, el de accesoriedad de la hipoteca y el de determinación, pues como consecuencia de los mismos, por ejemplo en España, sólo se admitían las hipoteca ordinaria o de tráfico – la que garantiza una única obligación, presente o futura, que, además, debe estar perfectamente descrita-; las hipotecas de máximo –que, en distintas modalidades, garantizan una única obligación señalada en sus líneas fundamentales, que no ha nacido o no es posible determinar *ab initio* su cuantía-; la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito -que garantiza una única obligación, cuya cuantía se corresponderá con el saldo resultante de la liquidación del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente al cierre de la misma-; y la hipoteca del saldo en cuenta corriente novatoria, -que garantiza varias obligaciones distintas, siempre que se cumplan las siguientes premisas: a) que las obligaciones estén inicialmente determinadas en sus líneas fundamentales, no genéricamente (relaciones comerciales, etc); b) que todas ellas tengan su fuente en una misma relación jurídica o algún nexo causal (que podrá ser el propio pacto novatorio de su inclusión en una cuenta corriente); c) que pierdan su individualidad –y la posibilidad de ejecución aislada- al ingresar en la cuenta corriente de crédito y ser sustituidas por el saldo resultante (efecto novatorio); d) que el ingreso en la cuenta corriente sea una facultad del deudor, no del acreedor, y e) que se establezca un máximo de cobertura hipotecaria-.

Esta situación ha cambiado con la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de reforma de la regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que introduce las nuevas figuras de la hipoteca “flotante” o hipoteca global, cuya principal finalidad facilitar la financiación de las necesidades económicas de las empresas y permite la garantía de una pluralidad de obligaciones presentes o futuras de cualquier naturaleza, definidas sólo en sus líneas fundamentales, todas las cuales quedan garantizadas hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria y en la que corresponde al acreedor la decisión de cuál de ella se incorporara al saldo; la hipoteca inversa, cuya finalidad es rentabilizar el patrimonio inmobiliario de las personas de edad avanzada o en situación de dependencia, que sólo se pagará al fallecimiento del prestatario y sólo puede recaer sobre su vivienda habitual; y la mal llamada hipoteca recargable, cuyo *ley motiv* es facilitar -y abaratar los costes- la refinanciación las necesidades económicas de las familias y considera como mera novación modificativa la ampliación del capital si no implica un aumento de la responsabilidad hipotecaria..

c) La tasación de la fincas a efectos de subasta, y ello es mucho más importante de lo que pueda parecer en principio, debe hacerse por entidades de tasación homologadas, que deben tener una independencia respecto de las entidades de crédito y efectuar las valoraciones con arreglo a la normativa aplicable. Para garantizar el cumplimiento de lo anterior, se deben establecer un adecuado sistema de sanciones y control. La sobrevaloración de las fincas por estas entidades de tasación, en connivencia con las entidades de crédito, para que se puedan otorgar préstamo por encima de los topes –60% u 80%- establecidos legalmente, en épocas de bonanza, es una de las causas de los actuales problemas financieros de dichas entidades de crédito.

d) La hipoteca debe, también, estar dotada de un adecuado procedimiento de ejecución sumario, que le haga plenamente eficiente, como así ocurre en España. Así para proceder a la realización forzosa del bien no es necesaria una sentencia declarativa sino que directamente se pasa a la fase de apremio; no se requiere el avalúo del bien ni la localización del deudor pues basta la fijación de un tipo de subasta y de un domicilio a efecto de notificaciones en el Registro (artículo 682-2 LEC); sus trámites son únicamente la certificación del Registro de la Propiedad y el requerimiento de pago al deudor; las causas de oposición están limitadas al pago de la deuda, el error en la fijación del saldo de la cuenta y a la prejudicialidad penal por falsedad del título (artículos 695 y 697 LEC); y el remate es posible por cualquiera de los procedimientos de la LEC: subasta judicial, convenio de realización, realización a través de persona especializada o subasta extrajudicial notarial. En definitiva la ejecución se basa en trámites rápidos, lo que hace del procedimiento un instrumento muy eficaz de recuperación de las garantías.

e) Por otra parte, la hipoteca implica un *ius distrahendi* del patrimonio del deudor o tercer poseedor de los bienes, sin que pueda anteponerse ningún derecho de crédito por muy privilegiado que sea, como afirmó la Resolución de la DGRN de 29 de Abril de 1998. La ejecución hipotecaria no queda paralizada por la existencia de créditos superprivilegiados anteriores o posteriores a la misma, sino que será en el momento de la consignación del remate en el juzgado, derivada de la ejecución hipotecaria, donde se debatirá la cuestión de la preferencia crediticia.

Estos créditos superprivilegiados, que constituyen hipotecas legales tácitas, son en España únicamente los correspondientes al cobro de la anualidad corriente y de la última anualidad vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que gravan los bienes inmuebles (artículo 194 LH); los gastos de comunidad que afectan a los pisos y locales de los edificios en régimen de propiedad horizontal, correspondientes al mismo período de tiempo, ex artículo 9 LPH; y de los créditos salariales superprivilegiados del artículo 32 Estatuto de los Trabajadores, es decir, los correspondientes a 30 días y hasta una cantidad equivalente al doble del salario mínimo interprofesional.

Estas hipotecas tácitas son auténticas excepciones y aunque su cuantía es relativamente escasa, ello no quita que a mi juicio no debiera existir excepción alguna al principio de publicidad de las hipotecas porque atentan claramente contra los principios básicos del sistema hipotecario y contra el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9 CE).

f) En cuanto a la conciliación o no de los intereses e las entidades financieras con las legítimas aspiraciones de los consumidores; es conveniente que a los consumidores, como ocurre en España, se les conceda el derecho de reembolso anticipado, de tasación alternativa, de impugnar las cláusulas abusivas y sobre todo de poder subrogar a un tercero en la posición del acreedor hipotecario sin su consentimiento, derecho reconocido en España por la Ley 2/1994 de 30 de marzo de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y que ha posibilitado la repercusión de la bajada de los tipos de interés a los préstamos hipotecarios ya constituidos.

g) Por último, en el ámbito de la ejecución colectiva, la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, aunque suspende la ejecución de la garantía hipotecaria hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al contenido de la hipoteca o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (artículo 56), mitigando el derecho de separación; mantiene su carácter de crédito con privilegio especial sobre los propios bienes hipotecados (artículo 90.2), de forma que es satisfecho incluso antes que los créditos contra la masa.

En conclusión, aunque el sistema de fe pública registral es el que otorga mayor protección (y por ende el mayor valor) a la titularidad inscrita; es necesario, también, adoptar toda una serie de normas que garanticen la eficacia del mercado hipotecario, tanto del primario como del secundario, medidas que, respecto de este último deben pasar por no admitir la titulación de cualquier cartera hipotecaria, sino sólo la que cumple determinados requisitos (ser primera hipoteca, sobre el pleno dominio, hasta un máximo del valor de tasación del inmueble fijado por una sociedad de tasación independiente, con un porcentaje máximo autorizado de titulación de la cartera hipotecaria de las entidades emisoras).

A este respecto, no debe olvidarse que, en un ámbito más amplio, el despegue de la economía de un país depende también de la captación de capitales externos al mismo, y esto sólo es posible en los mercados de valores. Entre ellos, los valores hipotecarios son de los más importantes. Los bonos, cédulas o participaciones hipotecarias no son sino valores negociados en los mercados y garantizados con las carteras hipotecarias de las entidades financieras que los emiten. En el futuro predominarán también en este sector los sistemas de control preventivo, como ha demostrado la crisis financiera internacional de las hipotecas *sub prime* o basura de EEUU, que ha trasladado su ineficacia a todos los mercados del mundo, y cuya causa no es otra que la falta de un control preventivo de lo que se puede titular o no.

La Agencias de valoración de los valores hipotecarios tienen también gran culpa de la crisis¹², por una razón elemental: y es que sólo acudían a criterios económicos para valorar las emisiones y atribuir una mejor o peor clasificación o rating. En el futuro esas categorías o valoraciones de los bonos hipotecarios tendrán que atender también a criterios jurídicos, de manera que estén mejor valoradas las que se emitan en Estados con sistemas registrales de seguridad jurídica preventiva, donde se reconozca a los suscriptores de los valores acciones de ejecución contra los propios bienes hipotecados que sirven de cobertura a las emisiones, y donde no pueda titularse cualquier cosa sino que exista legislación reguladora y restrictiva.

D.- OTROS REQUISITOS PARA EFICIENCIA DEL SISTEMA REGISTRAL.

1.- La existencia de profesionales jurídicos especializados. La propiedad, realmente, no es parte del mundo físico, su hábitat es jurídico y económico. Por ello, como se ha venido señalando a lo largo de todo este trabajo, el sistema de seguridad jurídica preventiva descansa en un control previo de la legalidad del negocio que accede al Registro y éste sólo puede llevarse a cabo por profesionales jurídicos especializados como son los notarios de tipo latino y los

¹² Francisco Javier Gómez Gállego: “Los Sistemas Registrales en el Mercado Inmobiliario e hipotecario”.

registradores de la propiedad, ya sean éstos últimos un funcionario profesional o un juez. El *desideratum* de estos funcionarios es que aún estando vinculados a los poderes públicos por su condición funcional, puedan desarrollar su actividad en régimen de profesión liberal, gocen de la suficiente independencia y dispongan de los incentivos necesarios individuales necesarios para facilitar un tráfico inmobiliario ágil y seguro.

Respecto del Registrador, éste debe reunir las siguientes características: a) ser de alta cualificación profesional para poder ejercer un verdadero control de legalidad con solvencia jurídica; b) inamovible, para favorecer su imparcialidad y prestigio, de tal manera que no pueda ser removido de su cargo salvo por motivo de un expediente disciplinario; c) no elegible por los interesados, para no verse mediatizado en ese control por los intereses de la parte que lo contrata, lo que implica una organización en régimen de monopolio territorial; d) independiente también de la Administración Pública, únicamente subordinado a otros órganos o autoridades en vía administrativa o jurisdiccional a través de la presentación de los recursos oportunos y, por tanto, su actividad es libre, y no ha de seguir directrices, ni indicaciones de ningún tipo; y e) adecuadamente incentivado para lograr su permanencia en el desempeño de la función.

La calificación del Registrador se produce desde la perspectiva de los terceros – posibles afectados-, cuya representación ostenta *ex lege*, porque no han sido parte en el negocio y ,por tanto, no ha podido intervenir en la elección del proveedor de servicios de preparación documental. En esta protección de los derechos reales de terceros, se encuentra la racionalidad de la no elegibilidad o competencia, vigente en todos los países, del funcionario calificador –las partes no pueden elegir a los defensores de los terceros-.

Esa calificación registral, aunque pudiera parecer lo contrario, agiliza el tráfico jurídico que es, finalmente, otra de las razones justificativas de la misma, porque a través de ella, una vez inscritos los títulos, se crea una situación jurídica protegida que reduce drásticamente el tiempo de preparación - averiguaciones- de la futuras transmisiones inmobiliarias y, por tanto, los costes de transacción de las mismas.

El contrapeso a la posible extralimitación de funciones del Registrador lo constituyen el recurso judicial, gubernativo y la denominada calificación sustitutoria por otro registrador designado aleatoriamente, y el carácter vinculante de las resoluciones de la DGRN, lógicamente siempre que se exista una identidad de supuestos fácticos con los que sirvieron de base a la doctrina de la DGRN; que no exista doctrina contradictoria de la propia Dirección General en la materia –por tanto que sea uniforme-; y, además, que la jurisdicción civil no haya dejado sin efecto tales resoluciones.

La calificación registral no es una función judicial, pues no decide sobre la validez de los negocios ni los convalida, sino que pertenece al campo de la jurisdicción voluntaria. Su finalidad no es la de resolver una situación contenciosa, sino la de decidir si se incorpora o no al Registro de la Propiedad, con eficacia “*erga omnes*” –y en ocasiones con eficacia constitutiva- una nueva situación jurídica inmobiliaria. Sólo mediante la inscripción, el derecho real se desenvuelve plenamente, porque sólo mediante la inscripción adquiere su plena eficacia frente a terceros (artículos 32 y 34 Ley Hipotecaria española).

Por otra parte, el funcionamiento eficiente del sistema exige también una interacción del sistema notarial con el registral. El notario al dar fe de lo que ven y oyen o perciben por los sentidos y de dar forma al negocio pretendido por las partes adaptándolo a la legalidad, realiza un primer control del negocio desde la perspectiva de los intervinientes y en un régimen de competencia en cuanto a la libre elección del notario; lo que tiene la indudable ventaja de agilizar el tráfico, reducir costos en la medida que lo permita el arancel y aportar al Registro una documentación debidamente elaborada. Pero, por otro lado la existencia de dicha competencia, merma su independencia en cuanto comporta el riesgo de distorsiones a favor de los clientes habituales y la posibilidad de buscar un fedatario menos exigente en la labor de control.

Pero, a mi juicio, no se trata de una doble calificación, que podría llevar a considerar que una de las dos es superflua o que eleva los costes de transacción innecesariamente, porque ambas tienen su propio ámbito de competencias y se complementan, de tal manera que cada una viene a compensar las disfunciones de la otra., proporcionando, al final, una solución óptima que uno sólo de los operadores no podría alcanzar.

Ahora bien, en la tesitura de tener que elegir, por razones de costo, uno sólo de estos controles, entiendo, que la prevalencia la debe tener el Registro de la Propiedad , pues la seguridad jurídica preventiva es fundamentalmente, publicidad de los derechos inscritos y efectos que produce la inscripción, lo que constituye una función registral – examen de la corrección técnica de los títulos que pretenden acceder al Registro-. La escrituras son, a efectos de terceros o del mercado, solamente una útil herramienta para facilitar una documentación adecuadamente elaborado al Registro de la Propiedad y presentan el inconveniente de la competencia, que crea unas disfunciones que un eficiente sistema de seguridad jurídica preventiva no se puede permitir.

Además, los documentos notariales no tienen que constituir un requisito indispensable, en todo caso, que monopolice el acceso de los negocios a actos jurídicos al Registro, sino que sólo deberán constar en escritura pública, aquellos en que ésta efectivamente otorgue un valor añadido –normalmente los negocios en que existen intereses contrapuestos-, pues, en caso contrario, sólo se estarían

elevando los costes de transacción. Es decir, que no debería ser necesaria la escritura para inscribir o deberían recortarse drásticamente los honorarios, no sólo tratándose de resoluciones judiciales o actuaciones administrativas, sino también en aquellos casos como los actos unilaterales –ej. obras nuevas, etc-, los de protocolización, los realizados con arreglo a minuta o los que no exista arraigo social en su uso –ej. arrendamientos, etc-; en que la relación costo-beneficio es negativa o puede llevar a un fenómeno de no inscripción, que es lo único que al final pretenden los interesados.

Sería absurdo conceder en exclusiva el control de legalidad al notario, que intervenga elegido por las partes, señalando que si surgen conflictos con un tercero para eso están los tribunales de justicia, porque los sistemas registrales más eficientes en la consecución del fin constitutivo de la seguridad jurídica, son aquellos que no se limitan a hacer descansar sólo en el sistema judicial la solución de los conflictos, sino que lo previenen, adoptando instituciones independientes de control preventivo que impidan la aparición de litigios.

2.- Un Registro integro y moderno, El Registro de la Propiedad debe ser, además de jurídico, integro, en el sentido de que quien lo consulte obtenga la totalidad de la información jurídica atinente al inmueble sin necesidad de consultar otras instituciones. Eso exige estar integrado con otras instituciones, como las entidades municipales que deben facilitar la situación urbanística de la finca; el Catastro que debe facilitar la situación física, fiscal y destino del inmueble –sin perjuicio de la tenencia por el Registro de su propia planimetría, pues en muchas ocasiones la finca registral y la catastral no coinciden-; y las autoridades de Medio Ambiente que deben facilitar las características medioambientales de las fincas.

En concreto respecto de las bases gráficas de las fincas, El Catastro debe suministrar una exacta descripción de las fincas que constituyen la base física de los derechos y para ello es necesaria una perfecta coordinación entre el Registro y el Catastro. Pero, además, la propia legislación hipotecaria propugna esta coordinación entre ambas instituciones, consciente de la necesidad de que el Registro de la Propiedad base sus pronunciamientos en una adecuada base física. Por eso el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, establece (tras la reforma introducida en los párrafos segundo, tercero y cuarto de la regla 1ª de dicho artículo por la Ley 24/2001) que podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica, que podrá acompañar al propio título inscribible o bien ser objeto de una operación registral específica a través de acta notarial que la incorpore. Además, se obliga a los registradores a disponer de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan la coordinación de las fincas registrales con su calificación urbanística.

Con base a base a todo ello, los Registros de la Propiedad en España han ido formando sus propias bases gráficas (el denominado proyecto GEOBASE), obtenidas de diversas fuentes de planimetría oficial, correspondiendo al Registrador validar su conformidad con la definición del objeto del negocio jurídico hecha por los interesados en el título inscribible. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de junio de 2008, ha concluido que *“la legitimación registral sí alcanza a la situación y linderos de la finca en cuanto una persona ajena al Registro de la Propiedad tan sólo los puede rechazar o impugnar si acredita cumplidamente su derecho sobre finca que contradiga el asiento registral y destruya la presunción iuris tantum que proclama el contenido de la inscripción”*, y lo que constituye objeto del negocio suele ser la propia finca registral.

Por último, el Registro de la Propiedad debe ser ágil, basado en las más modernas técnicas electrónicas (telemáticas o informáticas), que permita la presentación telemática de los documentos, la publicidad a través de internet y, en general, las comunicaciones y relaciones con los interesados y con el resto de funcionarios autorizantes –notarios, jueces y autoridades administrativas- y otros coadyuvantes del sistema registral –Registro Mercantil, Catastro, Ayuntamientos, etc).

3.- EL SEGURO DE TÍTULOS¹³.

A.- Justificación. Frente a los sistemas registrales estudiados en el apartado anterior, existe el denominado sistema del “seguro de títulos” propio de EEUU (es el más generalizado y predominante) y vigente también, en cierta medida, en países de su entorno (Canadá, Bahamas, México, Puerto Rico), que se ha extendido también al Reino Unido, Francia, Italia, Polonia y algunos países asiáticos, si bien con escaso éxito, sobre todo en el Reino Unido, en el que es encuentra prácticamente erradicado tras la Land Registration Act de 2002.

La diferencia fundamental entre ambos sistemas radica en la distinta garantía de los derechos reales que proporciona uno y otro y en los diferentes medios empleados para lograrlo. Así, el sistema de registro jurídico se basa en la protección a quien aparezca como titular según los asientos registrales, en el control de legalidad de la transmisión –más o menos intenso como ya se ha analizado- a través de profesiones jurídicas oficiales o funcionarios especializados –notarios y registradores- y la atribución de importantes efectos sustantivos al asiento registral –también más o menos intensos-, y su fin

¹³ Este apartado se ha basado fundamentalmente en el trabajo de Luis Angulo Rodríguez: “Garantías de los Derechos Reales mediante el Sistema de Registro y el Sistema de Seguro”

primordial es el mantenimiento o seguridad en la adquisición y disfrute del derecho real inscrito.

Por su parte, en el sistema registral norteamericano –*recording system*- la inscripción de la propiedad no garantiza plenamente la misma porque el derecho del titular inscrito puede ceder ante quienes ostentan títulos anteriores extrarregistrales, al tener sólo escasos efectos de inoponibilidad. Por eso se complementa con un sistema de aseguramiento de títulos que se fundamenta en una investigación y análisis del título por profesionales totalmente privados – abogados, agentes de la propiedad y agentes de seguros- y en la contratación de un seguro de títulos de la transmisión (*title insurance*), el registro es un mero archivo o compilación de documentos para facilitar la investigación. El fin primordial de este sistema es únicamente tratar de garantizar una indemnización subsidiaria por los daños que puedan sufrir los adquirentes en caso de evicción o modificación de los derechos reales adquiridos.

Esa distinta solución que ambos sistemas ofrecen para los conflictos sobre titularidad de los derechos sobre bienes inmuebles está motivada indudablemente por factores de carácter cultural –liberalismo económico y escaso intervencionismo estatal- y sobre todo del sistema jurídico imperante de constitución y transmisión de derechos reales inmobiliarios. Así, en EEUU la transmisión de un inmueble sigue un proceso lento e inseguro que se materializa en que para llegar al acuerdo causal de transmisión y su formalización, tiene vital importancia la previa determinación de la “comercialidad” del título, entendida como su adecuación para la transmisión actual y futura, es decir, para desplegar efectos jurídicos eficaces y, a su vez, para apreciar esa “comerciabilidad” es necesaria la investigación del título, siendo el seguro el instrumento que cubre precisamente el error en la investigación y, en consecuencia, la ineficacia del título para el tráfico.

Dicho en otras palabras, la falta de un control previo profesional y oficial de la legalidad que permita dotar de efectos jurídicos al Registro que eviten, a su vez, la existencia de daños, es decir, de una auténtica seguridad jurídica preventiva que reduzca los conflictos; hace lógica la necesidad de articular mecanismos que permitan *a posteriori* la indemnización de los daños ocasionados por la propia inoperancia del sistema, y ese mecanismo es el seguro de títulos de propiedad, que supone *de facto* renunciar a la seguridad jurídica en sentido estricto y sustituirla por la seguridad económica.

Por último, conviene precisar como señala Luis Angulo Rodríguez¹⁴, que el desarrollo del seguro de títulos en EEUU viene en buena medida provocado, aparte de las razones de fondo expuestas, por “*la propia estructura del mercado*”

¹⁴ Luis Angulo Rodríguez : “Garantías de los Derechos Reales mediante el Sistema de Registro y el Sistema de Seguro”.

y, en concreto, la vinculación –criticable- entre intermediarios del mercado inmobiliario, bancos y aseguradores” y que su regulación legal se caracteriza por la falta de una normativa federal y, además, “por ser escasa y muy desigual respecto de los distintos Estados, tanto por lo que respecta a la ordenación de la actividad desarrollada por los aseguradores de títulos, como en lo relativo a la normativa que se centra en los aspectos de tipo contractual”.

B.- Contenido y Proceso de Contratación. Como consecuencia de lo antes expuesto, en EEUU es práctica habitual que cada transmisión de propiedad vaya acompañada de la contratación de un seguro del tipo de riesgos jurídicos por parte del adquirente (*owner's policy* -seguro de título de propiedad-), seguro que deviene impuesto por las entidades crediticias cuando la adquisición se financia a través de un préstamo hipotecario (*loan policy* o *mortgage policy* -seguros de títulos hipotecarios-).

La diferencia de contenido entre ambos tipos de seguros radica, fundamentalmente, en que los “seguros de títulos de propiedad” tienen por objeto cubrir los daños que pueda sufrir el adquirente –propietario- como consecuencia de una evicción o restricción de sus derechos por los defectos del título del transferente; mientras que los “seguros de títulos hipotecarios” tienen por objeto cubrir al prestamista del riesgo de la garantía hipotecaria como consecuencia de los defectos del título del deudor hipotecario –ejecutividad y rango de la hipoteca- y, junto a él o en seguro adicional, también el simple riesgo del impago del importe del préstamo.

Ahora bien, debe aclararse que el seguro de títulos en general, frente a otras modalidades de seguro, no trata de cubrir un siniestro o riesgo que se produzca *ex novo* en el inmueble una vez operada su transmisión, sino como consecuencia de un hecho anterior a la misma y, además, generado exclusivamente por las deficiencias del título del enajenante no detectadas. Es decir, que el seguro no cubre los defectos del estado físico de la finca –situación, fallos estructurales, etc-, ni los motivados por acontecimientos posteriores ajenos al título del enajenante –expropiaciones, circunstancias urbanísticas o medioambientales, etc-, ni, por supuesto, los riesgos creados después de la contratación de la póliza por el asegurado o conocidos por éste previamente y no notificados al asegurador.

Por tanto, los riesgos cubiertos, como contenido típico, son únicamente aquellos que afectan principalmente a la evicción, entendida como pérdida o lesión jurídica del derecho real –resultar gravado con hipotecas, servidumbres, etc-, y a la comercialidad del título –no del derecho real-, entendida como daño económico derivado de que el título quede privado de ser objeto del tráfico.

Pero, bien entendido que los riesgos específicamente asegurados por cada concreto seguro, vendrán determinados, en realidad, por un lado por la lista de “riesgos cubiertos” de cada póliza y, por otro, por la relación de excepciones y causas de exclusión recogidas en las mismas, listas que suelen ser demasiado casuísticas y, en ocasiones, ambiguas, lo que puede perjudicar los intereses del asegurado si son interpretadas de manera rigurosa por las compañías de seguros.

Motivado por esa peculiaridad del posible siniestro, el proceso de contratación del seguro de títulos presenta significativas diferencias con el resto de los contratos de seguros, porque, de un lado, al asegurador lo que le interesa, más que evaluar la entidad del riesgo, es eliminarlo o limitarlo al máximo posible y, de otro, que la propia contratación del seguro es habitual que llegue incluso a condicionar el negocio jurídico adquisitivo del que trae causa, pero no como condición de la financiación del adquirente, sino como presupuesto de la validez del título y de su “comercialidad”.

Efectivamente, para eliminar el riesgo, como ya se ha señalado, el asegurador se ve obligado a realizar una exhaustiva investigación del título y sus antecedentes, de modo que la cobertura del seguro recaerá sólo sobre aquellas circunstancias que, no conocidas por él, no hayan sido excluidas del mismo; de tal manera que una buena cobertura será aquella que sólo contenga exclusiones generales frente a otras que contengan especiales causas de limitación de la cobertura, que son los propios defectos advertidos por el asegurador en la titulación. Esta circunstancia genera que los títulos amparados por un seguro con gran número de exclusiones, limitan las posibilidades de su transmisión y su valoración económica (“comerciabilidad”).

En esa labor de investigación y análisis del título, las compañías aseguradoras tienen que recopilar muy variados documentos relativos tanto al inmueble en sí mismo –cadena de títulos de propiedad, impuestos o cargas fiscales asociadas, etc- como a las personas que pueden tener derecho o interés jurídico sobre él (acreedores hipotecarios, arrendatarios, titulares de servidumbres o embargos, etc), las circunstancias personales del transmitente –identidad, capacidad, etc- y los procedimientos judiciales abiertos. Luego, para valorar la realidad de los distintos documentos recopilados así como la posible existencia de otros, el asegurador debe acudir a los registros públicos –*publics records*-, los juzgados, los ayuntamientos y aquellas otras instituciones en la que pueda analizar la veracidad de los antecedentes del título.

Es normal, no obstante, que cada investigación se base, en la práctica, en la inmediatamente precedente –*starter file*-, y ello con independencia de si ha sido hecha por el mismo asegurador o agente, y sin que haya necesidad de revisarla. Estas investigaciones son archivadas en los denominados *title plant* de cada compañía, que se constituyen así en la principal fuente de datos, pero que

carecen de toda seguridad jurídica. Tampoco es infrecuente que respecto de bienes de una cuantía no demasiado relevante, se proceda a su cobertura de forma casi automática, con una mínima investigación formal, dado que los costes de investigación son mayores que asumir el riesgo, y éste queda cubierto por la ley de los grandes números, en lo que está el origen de las hipotecas *subprime*.

Finalmente, una vez reunida toda la documentación, se debe analizar y evaluar su contenido, lo cual puede hacerse por un departamento de análisis propia de la compañía aseguradora, por consultores especializados –abogados o agentes del mercado inmobiliario- o por un sistema mixto; cuyo informe denominado *abstract*, es decisivo no sólo para la realización del seguro y su contenido sino, también, para la realización del propio negocio jurídico.

En cuanto a otros aspectos del seguro de títulos, cabe señalar que la prima suele ser única, se destina a cubrir tanto los gastos de investigación como la cobertura del riesgo –e incluso las comisiones-, y es reflejo de la libre competencia entre aseguradoras. Además, respecto del plazo de la cobertura, el seguro no se suele pactar por un período de tiempo determinado, es decir, que la cobertura se mantiene durante todo el tiempo en que el asegurado conserve su interés y pueda sufrir un daño por alguno de los riesgos cubiertos; así por ejemplo, la póliza del acreedor hipotecario expira cuando se paga la deuda, la del adquirente con la venta, etc.

C.- Conclusión. Los seguros de títulos sólo aparecen en sistemas registrales ineficientes, que no dan seguridad jurídica al mercado inmobiliario y, por tanto, generan gran incertidumbre porque no previenen o excluyen el riesgo de evicción o de aparición de cargas ocultas, sino que tan sólo indemnizan en caso de que se produzca el siniestro y siempre, claro está, que en la póliza se haya incluido, pues, como ya hemos indicado, son muy numerosos los supuestos de riesgos excluidos.

En un sistema de seguridad jurídica preventiva, estos seguros deben limitarse, a lo sumo, a cubrir aquellos aspectos patológicos, que el mismo sistema registral no alcanza a evitar del todo: dobles inmatriculaciones, propiedades no inscritas, tractos interrumpidos, titulación privada o falsificaciones de títulos. Pero bien entendido que lo deseable es que se adopten medidas adecuadas dentro del propio sistema registral, según su distinto grado de desenvolvimiento, para que no existan o minimicen esas patologías.

Además, la implantación del sistema de seguros de títulos en un sistema de registral en sentido estricto, supondría siempre un inevitable aumento de los costes de transacción, que desde luego seguirían recomendando el mantenimiento del sistema registral concreto de que se tratara, como preferible a

su eliminación y a la paralela creación de registros privados por parte de las aseguradoras.

Ángel Valero Fernández-Reyes

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

SEGUNDO TRIMESTRE DEL AÑO 2011

ÍNDICE ANALÍTICO.

ANOTACIONES

APORTACIÓN SOCIAL

CATASTRO

COMPRAVENTA

CONCURSO

FE PÚBLICA REGISTRAL

FRAUDE FISCAL

HERENCIAS

HIPOTECAS

LEASING

LEGALIZACIÓN DE LIBROS

OBRA NUEVA

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

PROPIEDAD HORIZONTAL

REPRESENTACIÓN.

SOCIEDAD CONYUGAL.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL.

ANOTACIONES.

1.-P: ¿Se puede anotar una demanda en un juicio ordinario de reclamación de cantidad por una Comunidad de propietarios, cuando en la demanda no solicitan expresamente la declaración de que dicho crédito está amparado por la afección real preferente del art. 9 de la LPH? A pesar de que en el texto de la demanda sí se plantea el tema de la afección real lo cierto es que el suplico se limita a solicitar que se dicte sentencia condenando al pago de la cantidad X en concepto de las cuotas ordinarias, aguas y derramas dejadas de abonar por el demandado, y que se tome anotación preventiva de la demanda.

El mandamiento señala literalmente que: *“La parte demandante ejercita una acción de reclamación de cantidad de gastos comunes de sostenimiento del inmueble correspondientes a la finca sobre la que se pretende la anotación de la demanda, que está afecto al pago de los gastos comunes en los términos establecidos en el art. 9.1 e) LPH”*

La demanda se dirige sólo contra el titular registral, existiendo un acreedor hipotecario. ¿Se puede practicar la anotación?

R: Inicialmente se recordó por todos la reiterada doctrina de la Dirección General conforme a la cual no cabe anotar en el Registro demandas de reclamación de una cantidad de dinero por no ejercitarse una acción real, no ser de aquellas de cuya estimación pudiera producirse una alteración en la situación registral, y por carecer además de utilidad práctica (Vid. reciente RDGRN de 22 de enero de 2011).

Pero no es este el caso analizado ya que, al hablarse en el mandamiento “que está afecto al pago de los gastos comunes en los términos establecidos en el artículo 9.1 e) LPH”, parece que se ejercitan procesalmente dos pretensiones: una personal de obtención de una sentencia condenatoria del pago, y otra real por la que se pretende el reconocimiento y reflejo registral de la afección real ya existente por disposición legal (RDGRN 3 de marzo de 1999). Si este fuera el caso no cabe duda sobre la procedencia de la anotación solicitada. Y es que la afección del artículo 9.1 e) LPH no tiene el carácter de una mera preferencia creditual, de la que gozaría el derecho de la comunidad de propietarios sobre cualquier otro crédito concurrente y que habría de hacerse valer por la vía de la tercería, sino de una verdadera afección del piso o local, en garantía del pago de las cuotas por gastos comunes, que opera con alcance “erga omnes”, esto es,

cualquiera que sea el titular del inmueble y de las cargas sobre él constituidas (RDGRN de 15 de enero de 1997).

Señala este artículo 9.1 e) LPH que: *“Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso, y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3, 4 y 5 de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores.*

El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación.”

Porque se trata de una verdadera afección real la DGRN ha venido admitiendo desde la resolución de 9 de febrero de 1997 la anotación de estas demandas, dado que la preferencia sólo alcanza a las cantidades adeudadas que se hayan devengado durante el plazo establecido en el citado precepto, es decir, un año y la parte vencida de la anualidad corriente, siendo el momento determinante para hacer el cómputo el de la presentación de la demanda. Pero para que tal preferencia sea operativa registralmente y no se convierta en gravamen oculto, es preciso que, al tiempo de presentar la demanda, se pida la anotación preventiva de ésta, pues de lo contrario la preferencia se irá perdiendo con el transcurso del tiempo, hasta desaparecer por completo pasado un año (RDGRN 1 de junio de 1989).

Hoy en día, con la nueva redacción dada al artículo 21 LPH por la disposición final 1ª, apartado 2 de la LEC, que permite utilizar el procedimiento monitorio para el cobro de estas deudas se prevé que, cuando el deudor se oponga a la petición inicial del proceso monitorio, el acreedor pueda solicitar el embargo preventivo de bienes suficientes de aquel, para hacer frente a la cantidad reclamada, los intereses y las costas.

En cuanto al acreedor hipotecario, si lo que se pretende no es sólo la declaración judicial sobre la existencia, cuantía y exigibilidad de la deuda declarada sino también, la declaración de que el crédito goza de la afección real del artículo 9 5º LPH, es evidente que la relación jurídica se está entablando no ya sólo con

el demandado sino también con los titulares de las cargas ya registradas, por lo que también contra éstos deberá dirigirse la demanda (RDGR de 15 de enero de 1997). Téngase en cuenta que el posterior inicio de la ejecución de esta carga preferente habrá de ponerse en conocimiento de los titulares de las hipotecas o embargos registrados con anterioridad, que habrán de ser cancelados, a fin de que hagan valer los derechos que les correspondan; y, al contrario, si se ultimara antes la ejecución de una de estas hipotecas o embargos, la adjudicación respectiva se producirá con subsistencia de la afección real del artículo 9 1 e) LPH (RDGRN 15 de enero de 1997).

En definitiva, si lo que se pretende es anotar la demanda con el carácter de crédito singularmente privilegiado respecto a titulares registrales de créditos anteriores debe constar que los mismos han sido demandados para que puedan discutir en juicio la preferencia. Y, por supuesto, en todo caso tiene que ser demandado el titular registral, aunque sea el posterior adquirente del que devengó las deudas y aunque se trate de una verdadera afección real del piso o local (artículo 20 LH y 24 CE).

APORTACIÓN A SOCIEDAD.

1.- P: Se presenta una escritura que se califica como de aportación de inmueble a una S.L., y en el otorgamiento el titular registral aporta a la S.L. el pleno dominio de una finca, sin más cargas que la hipoteca que se relaciona en cargas, en cuya obligación de pago se subroga íntegramente. El inmueble se valora en 160.000 y la hipoteca que lo grava tiene un principal pendiente de 150.000. Siendo el valor de la aportación superior al principal del préstamo garantizado por la hipoteca, por la diferencia (10.000) surge un crédito del que la sociedad es deudora y el aportante acreedor, el cual se compensará en la forma que determine la Junta General de la Sociedad. No resulta de la escritura que el aportante sea socio de la sociedad.

Existe una segunda variante del mismo caso: La escritura presentada se califica como de aportación de inmueble a sociedad mercantil, y en el otorgamiento los titulares registrales aportan a una mercantil el pleno dominio de una finca que no tiene cargas, por su valor declarado de 150.000, y la misma es aceptada por el representante de la sociedad. Como consecuencia de la aportación se genera un crédito por dicho importe del que la sociedad es deudora y los aportantes son acreedores, el cual se compensará mediante su abono o aumento de capital por compensación de deudas, según así lo acuerde la Junta General de la Sociedad. Se acredita por el notario a la vista del libro registro de socios que los aportantes son socios de la sociedad.

En ninguno de ambos casos hay aumento de capital social ni se habla de que exista ningún acuerdo social.

R: Se comentó por alguno de los asistentes que están apareciendo este tipo de escrituras en algunas zonas, probablemente estimuladas por la nueva redacción que se ha dado al artículo 45 I B 11 TR ITPAJD por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, y que declara exentas de tributación: la constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea.

Sin embargo, ya sabemos que, conforme al principio de calificación recogido con carácter general para el conjunto del sistema tributario en el artículo 13 LGT, las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez, y que, por lo tanto, habrá que estar a la verdadera naturaleza del negocio documentado para exigir la tributación correspondiente.

Desde el punto de vista registral se mantuvieron dos posturas.

Según la primera de ellas, el caso planteado recoge dos supuestos distintos que es preciso distinguir. Empezando por el segundo, se argumentó que, independientemente de la denominación utilizada, existe un negocio plenamente inscribible puesto que hay una transmisión de un inmueble con causa onerosa, cual es una obligación alternativa: pagar en metálico el valor fijado o dar participaciones sociales por el mismo importe al transmitente, correspondiendo en todo caso al deudor la facultad de elección (artículos 1.131 y siguientes del Código Civil). Se cumplen, por tanto, las exigencias de los artículos 1.261.3 y 1.274 Código Civil. Consideraron sus defensores que no tiene relevancia registral que digan que la transmisión es una aportación (tal como la denomina los artículos 19.1.c y 45 I B 11 TR ITPAJD) para beneficiarse de exenciones fiscales, pues ningún liquidador debería conceder la exención al no existir verdadera aportación, ya que el transmitente se convierte en acreedor de la sociedad y el negocio no estaría cubierto por la exención. Pero lo que vale a efectos de la inscripción y lo que se califica es la esencia del negocio (artículo 1.276 CC), el nombre dado al negocio nada significa cuando su contenido nada tiene que ver con él. La única duda, comentan, es la indeterminación del plazo para que el deudor ejercite su facultad de elección; pero a la vista de los artículos 1.278 y 1.273 CC y al no existir garantía real, se entendió que esta falta no debería viciar el negocio, a lo sumo obligará a pedir judicialmente la fijación de ese plazo.

Sin embargo, estos mismos compañeros rechazaron la inscripción del primer supuesto porque, a diferencia del segundo, no se ve la causa de la transmisión. En la primera escritura se dice que “el crédito se compensará en la forma que determine la Junta General de la sociedad”. En este caso ¿en qué posición queda el transmitente?, ¿qué cumplimiento podrá exigir el deudor?. No se aprecia causa de la transmisión ya que ésta queda a lo que decida el receptor del inmueble, y el Código Civil dice claramente que el consentimiento contractual – elemento esencial del contrato, según el artículo 1.261 CC- implica acuerdo sobre el objeto y la causa. Además, se vulnera también claramente el artículo 1.256 CC por cuanto deja el cumplimiento de la obligación a la voluntad del deudor.

Otros, quizás más numerosos, se manifestaron favorables a rechazar ambos documentos, pues siendo cierto todo lo anterior, la claridad de los títulos que acceden al Registro exige que no quede duda de cuál es el negocio que se documenta. Si una escritura se califica como compraventa y luego se transmite un inmueble sin precio ni contraprestación, está claro que lo documentado no tiene nada que ver con el negocio que se proponían realizar y siempre quedará la duda de si lo reflejado en el título es lo verdaderamente querido por las partes, o si la discordancia se debe a un error en la redacción de la escritura; y nunca se podrá comprobar si se han cumplido las exigencias legales establecidas para cada tipo negocial. Por eso se mostraron contrarios al despacho de ambas escrituras. En el primero caso, no se especifica, ni resulta de la escritura, el título material o causa de tal aportación, pues el negocio documentado no se corresponde con el negocio jurídico de aportación a una sociedad de capital regulado específicamente en el Título III del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, donde se regula el régimen de responsabilidad por las aportaciones no dinerarias, y más específicamente su artículo 300 en relación con el aumento de capital social con cargo a aportaciones no dinerarias. Tampoco resulta que la aportación se haga como consecuencia de una operación de capitalización (artículo 363 1 letra d del citado Real Decreto) pues, además de no constar acreditada la condición de socio del aportante, ni la existencia de un acuerdo social previo, sólo se justificaría en cuanto al valor neto de la aportación. Sin que, por otro lado, quede fijada a naturaleza jurídica de esta contraprestación ni el régimen en que se va a hacer efectiva ni el plazo, quedando su cumplimiento a la única voluntad de la Junta General de la sociedad deudora en contravención del artículo 1.256 Código Civil. Además de que el administrador carece de facultades para comprometer a la Junta General para que tome una decisión futura, pues se limita a representar a la sociedad en el giro y tráfico frente a terceros, y a ejecutar, en su caso, los acuerdos sociales previamente adoptados.

Hay que tener en cuenta que, en el sistema español, la adquisición de la propiedad se halla fuertemente casualizada (artículos 609 y 1095 CC) no

bastando la mera voluntad de adquirir y transmitir el dominio (vid. RDGRN 10 de marzo de 2004). La propiedad se adquiere, entre otros modos, como consecuencia de ciertos contratos seguidos de la tradición. Y si bien es cierto que, junto a los contratos típicos que tienen virtualidad para transmitir el dominio (por ejemplo, compraventa, permuta), pueden existir o configurarse otros no previstos en las leyes, es preciso que estos cumplan con algunas exigencias básicas y que no den lugar a error o confusión, por la claridad que deben revestir los documentos notariales y las fuertes presunciones de exactitud y legitimación de los pronunciamientos registrales. En el caso planteado ni existe aportación social, puesto que el transmitente se convierte en acreedor no en socio, ni existe un acuerdo social previo que justifique la operación realizada por el administrador.

De la escritura calificada no resulta cuál sea el título material de adquisición (compraventa, donación onerosa o remuneratoria, u otro negocio jurídico), el cumplimiento de los requisitos que sean exigibles, en su caso, y la causa que justifique el desplazamiento patrimonial. Debe exteriorizarse debidamente el completo negocio celebrado que justifique jurídicamente el resultado pretendido, teniendo en cuenta que el simple acuerdo de voluntades seguido por la *traditio* carece de virtualidad para la transmisión del dominio; se requiere para ello de un título material oneroso o gratuito que ponga de manifiesto la contraprestación o liberalidad y que vaya seguido de la tradición.

Y respecto de la segunda escritura, se repitieron los mismos argumentos, y especialmente la circunstancia de no tratarse de una verdadera aportación social, puesto que el aportante se convierte en deudor de la sociedad, y porque tal negocio, como operación societaria, exigiría un previo acuerdo de la Junta General de la Sociedad.

CATASTRO.

1.-P: Examen de la reforma de la Ley de Economía Sostenible referida a las relaciones Registro y Catastro.

R: Esta cuestión se ha estudiado en dos seminarios uno anterior y otro posterior al Informe de la Comisión Colegial de Bases Gráficas con el que se coincide en casi su totalidad. Las conclusiones prácticas que se adoptaron fueron las siguientes¹:

1.- OBLIGACIONES GENERALES EN RELACIÓN CON LA REFERENCIA CATASTRAL QUE YA EXISTÍAN ANTES DE LA REFORMA

¹ Resumen elaborado por Ernesto Calmarza y Francisco Curiel.

INTRODUCIDA POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y QUE PERMANECEN VIGENTES.

REGLA GENERAL: Según el art. 9 del TRLC el alta en el Catastro viene motivada por la titularidad de alguno de los siguientes derechos: concesiones administrativas sobre bienes inmuebles, derecho real de superficie, derecho real de usufructo y derecho de propiedad.

El art. 38 del TRLC establece que todos los documentos públicos donde consten hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio, demás derechos reales o contratos de arrendamiento relativos a bienes inmuebles, deben contener la referencia catastral, que se hará constar en el Registro de la Propiedad en los supuestos legalmente previstos.

EXCEPCIONES: (art. 39 TRLC): Cancelaciones de derechos reales de garantía, anotaciones en ejecución de una resolución judicial o de embargo administrativo de apremio, y su cancelación.

Para su constancia se deberá aportar: Certificación Catastral o el último recibo del I.B.I. (art. 41 TRLC)

Si NO CONSTA la referencia catastral, debe requerirse al interesado para que la aporte durante el plazo de despacho del documento (art. 42 TRLC), transcurrido el cual sin realizarse la aportación podrá despacharse aquél (art. 44,3 TRLC).

En tal caso, al margen de la inscripción practicada se hará constar la falta de aportación de la referencia catastral. También se hará constar en la nota de despacho en la que se advertirá, además, que subsiste la obligación de declarar prevista en el art. 13.2 TRLC (art. 43 y 44 TRLC).

Si CONSTA la referencia catastral el Registrador debe calificar si procede incorporarla o no a la descripción de la finca:

Si hay correspondencia con la identidad de la finca registral se incorporará a la descripción registral de la finca. En caso contrario, no se hará constar en el asiento la referencia catastral (art. 48,2 TRLC).

Se entiende que hay correspondencia (art. 45 TRLC):

1) Cuando los datos de situación, denominación y superficie coincidan con los del título y con los del Registro de la Propiedad.

2) Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10% siempre que, además, **NO HAYA DUDAS FUNDADAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA** derivada de otros datos descriptivos.

Este margen de tolerancia del 10% es excesivamente alto y debe aplicarse con mucha cautela, atendiendo a otras circunstancias descriptivas como linderos fijos, y teniendo en cuenta siempre que no exista duda sobre la identidad de la finca.

Por ello, para poder calificar si hay correspondencia entre la finca registral y la referencia catastral, será imprescindible comprobar la superficie que consta en el Catastro, bien porque se incorpore la CC, bien porque se consulte en la oficina virtual del Catastro. Excepto los supuestos de elementos independientes en propiedad horizontal en los que, por su naturaleza, normalmente será suficiente para comprobar la identidad con que consten los datos de la calle, número de casa, planta y puerta.

NUNCA se hará constar en una finca una referencia catastral que ya venga atribuida a otra finca, salvo consentimiento del titular de ésta última o la oportuna sentencia firme. (art. 53.6 Ley 13/1996)

2.- NOVEDADES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LAS MODIFICACIONES QUE EN CUANTO A SU CONFIGURACIÓN Y SUPERFICIE EXPERIMENTEN LAS FINCAS EN LOS DOCUMENTOS OTORGADOS A PARTIR DEL 6 DE MARZO DE 2011 (Fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible)

La Ley de Economía Sostenible ha modificado, entre otros, los art.s 3 y 18 del TRLC.

El art. 3,2 exige ahora que la CC se incorpore en los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro inmobiliario, “así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos en la Ley”.

Dichos hechos, actos o negocios son los que antes vimos que pueden motivar alta en el Catastro a los que hay que añadir las modificaciones de entidades hipotecarias, (segregación, división, agregación, agrupación) y las declaraciones de obra nueva, debiendo tenerse presente que, a efectos catastrales, tienen una consideración de bienes inmuebles los elementos privativos de los edificios en Régimen de Propiedad Horizontal y los trasteros y las plazas de estacionamiento en proindivisión adscritos al uso y disfrute exclusivo y permanente de un titular (art. 6,2a TRLC).

El art. 11 del TRLC contemplaba, como uno de los medios de incorporación al Catastro de los actos susceptibles de alta catastral, el procedimiento de “subsanción de discrepancias y de rectificación”, que se tramitaba ante el órgano administrativo.

Tras la Ley de Economía Sostenible el procedimiento subsanatorio relativo a la configuración o superficie de la parcela podrá tramitarse también ante el Notario con ocasión de la autorización de un hecho, acto o negocio en documento público si así lo solicitan los interesados.

El procedimiento de subsanción de discrepancias puede iniciarse cuando la Administración tenga conocimiento de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los inmuebles y la realidad inmobiliaria. Tal premisa, unida a la amplitud del ámbito del art. 18,2 (“con ocasión de la autorización de un hecho, acto o negocio”) y la posibilidad que el art. 53,5 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, posibilita al titular registral de solicitar la constancia de la identificación de la finca inscrita como operación específica, permite pensar que el procedimiento subsanatorio pueda llevarse a cabo con ocasión de autorizarse cualquier documento público inscribible en el Registro de la Propiedad en el que haya tenido intervención el titular registral de la finca (no, vg. por ello, en escrituras de cancelación de hipoteca)

Estas novedades han de entenderse no obstante sin perjuicio de lo prevenido por la legislación hipotecaria para hacer constar alteraciones en la configuración y superficie de las parcelas (art. 298 RH, art. 53 apartados 8 y 10 de la ley 13/1996, art. 3,3 TRLC)

En particular, el art. 53, ocho de la Ley 13/1996, permite la rectificación de la cabida de la finca registral o la alteración de sus linderos fijos mediante CC siempre que de la descripción de la finca en la certificación y la que conste en el Registro pueda deducirse la identidad de la finca.

Si duda sobre la identidad de la finca, el Registrador no practicará la inscripción.

En tal caso para que la modificación pueda acceder al Registro habrá de tramitarse acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro e informe de técnico competente sobre medición, superficie y linderos. Dicha acta se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el art. 203 de la LH a excepción de lo previsto en su regla 8ª (art. 53, diez de la Ley 13/1996).

3.- SITUACIONES QUE PUEDEN DARSE EN LOS DOCUMENTOS OTORGADOS A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIRGOR DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.

A) EL DOCUMENTO NO INCORPORA la Certificación Catastral (CC).

El Registrador solicitará al presentante que la aporte durante el plazo de despacho del documento (15 días hábiles según el art. 18 LH). De no hacerlo se despachará el documento en los términos que antes señalamos, pues no es defecto que impida la inscripción (art. 44,3 TRLC).

B) EL DOCUMENTO INCORPORA la Certificación Catastral:

1) LOS INTERESADOS MANIFIESTAN QUE LA CC COINCIDE CON LA REALIDAD FÍSICA.

El Notario reflejará la aseveración y describirá el inmueble según resulte de la CC, recogiendo también la descripción del título anterior. En documentos posteriores, según el art. 18 TRLC, sólo se tomará la resultante de la CC, lo que, de cumplirse estrictamente, podría acarrear problemas en el futuro.

En tales casos:

a) Si la configuración y superficie de la finca resultante de la nueva descripción coincide con la del Registro, se despachará el documento y se actualizará, en su caso, la descripción registral (nomenclator y numeración).

b) Si la configuración y superficie de la fina resultante de esta descripción no coincide con la del Registro, el Registrador inscribirá la modificación sólo si, de acuerdo con las normas hipotecarias, puede hacerlo (art. 298 RH y apartados 8 y 10 del art. 53 de la Ley 13/1996).

En caso contrario mantendrá en el asiento la descripción registral, haciendo constar en la nota de despacho que subsiste la descripción que figuraba en el Registro. Tal descripción registral será la que aparezca en publicidad.

La denegación de la modificación de la configuración y superficie de la parcela se notificará al funcionario autorizante y al presentante como cualquier otro defecto.

2) LOS INTERESADOS MANIFIESTAN QUE NO EXISTE IDENTIDAD ENTRE LA CC Y LA REALIDAD FÍSICA.

En este caso los interesados decidirán si inician o no ante el Notario el procedimiento de coordinación de la CC con la realidad física.

Si no lo inician debe entenderse que el objeto del negocio y la solicitud de inscripción recae sobre el inmueble con la descripción que figure en el Registro.

Instado el procedimiento de coordinación, cuando el Notario entienda suficientemente acreditada la discrepancia y haya obtenido el consentimiento, requerido expresamente, de los colindantes incorporará la nueva descripción del bien en el mismo documento o en otro posterior autorizado al efecto. Informará a la Dirección General del Catastro y, una vez validada la ratificación, se incorporará la alteración en el Catastro.

Si no se acredita debidamente la discrepancia, o no se obtiene el consentimiento de los colindantes, el Notario dará por concluido el procedimiento e informará al Catastro.

Si el procedimiento de coordinación culmina con éxito el Registrador decidirá, de acuerdo con las normas hipotecarias, si incorpora o no al asiento las modificaciones efectuadas. Si decide no incorporarlas, necesitará consentimiento de los interesados para inscribir con la descripción que figura en el Registro.

En caso de negativa a la inscripción de la modificación, la calificación habrá de notificarse al funcionario autorizante y al presentante del documento como en los casos normales.

En estos supuestos en que culmine con éxito el procedimiento de rectificación y se decida no incorporar la modificación (excesos de cabida no acreditados, modificación de linderos fijos sin justificación, presunción de negocios encubiertos) el Registrador, por medios telemáticos, lo pondrá en conocimiento de la Dirección General de Catastro, que, tras analizar la motivación expuesta, emitirá informe cuyas conclusiones se harán constar en el Registro de la Propiedad e incoará, en su caso, el procedimiento oportuno.

3) NI LOS INTERESADOS NI EL FUNCIONARIO AUTORIZANTE DICEN NADA AL RESPECTO.

Como regla general no puede existir indefinición sobre el objeto o acto jurídico que se celebra, por lo que si no existe un pronunciamiento claro, en función de las circunstancias concurrentes, deberá solicitarse que los interesados aclaren expresamente cual es el objeto del negocio sobre el que proyectan su consentimiento y su solicitud de inscripción registral (art. 1261 CC y 9,1 LH).

En consecuencia:

a) Si la configuración y la superficie de la finca coinciden con la que figura en el Registro, se despachará el documento y se actualizará, en su caso, la descripción registral (nomenclator y numeración) cuando exista identidad entre la finca registral y la CC en los términos del art. 45 TRLC antes visto.

b) En caso contrario, habida cuenta de que no puede existir indefinición sobre el objeto del acto o negocio jurídico que se celebra, caben dos opciones por parte del Registrador.

- Solicitar que se aclare expresamente cual es objeto del negocio sobre el que se proyecta el consentimiento y la solicitud de inscripción (art. 1261 CC y 9,1 LH).

- Presuponer que los interesados aceptan que la inscripción se practique con la descripción que figura en el Registro. En tal caso, despachará el documento haciendo constar que éste se ha inscrito con la descripción de la finca que figuraba en el Registro.

4.- CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE QUE EL REGISTRADOR CONSIDERE QUE EXISTE IDENTIDAD ENTRE LA FINCA REGISTRAL Y LA PARCELA CATASTRAL.

En estos casos inscribirá no sólo la titularidad del derecho sino también la base gráfica de la finca en correspondencia con la parcela catastral, conforme al art. 9,1 RH, lo cual será consignado por nota marginal y por la incorporación de dicha planimetría a las bases gráficas registrales de las que necesariamente han de estar dotados todos los Registros de la Propiedad.

Es muy importante que los Registros cuenten con su propia base gráfica para el adecuado cumplimiento de su función. Más, si cabe, con la reciente modificación del TRLC en la que, por motivos incomprensibles, se ha prescindido de la colaboración del Registro buscando sólo una coordinación entre la realidad física y el Catastro, lo que puede producir, en la práctica, un mayor distanciamiento. Piénsese que incluso una finca que hubiere ingresado en el Registro después de 1996 con una descripción basada en el Catastro, o una finca resultante de un proceso de concentración o de equidistribución, podría ser objeto de alteración en su superficie y linderos por el nuevo procedimiento del art. 18.2, por el simple hecho de haber sido alterada su configuración en la realidad y por vía de hecho. No se puede pretender que tales modificaciones accedan sin más al Registro y, por ello, el mejor instrumento para evitar estos problemas, que tanto daño harían a la seguridad jurídica, es que el Registro cuente con su propia base gráfica que le permita situar la finca registral en el plano. Y si se quiere conseguir la ansiada coordinación lo propio sería que, una

vez alcanzada la coordinación entre parcela catastral y finca registral, no se pudiera alterar la base gráfica del Catastro sin contar con el Registro y, que el Registro fuera el único suministrador de los datos jurídicos al Catastro.

5.- CUESTIÓN SIEMPRE A TENER EN CUENTA.

El uso o destino urbanístico de la parcela, la clasificación y calificación del suelo y las limitaciones medioambientales, sólo podrán ser acreditadas con la cédula urbanística a que alude el art. 19 TRLS de 2008. La Certificación Catastral no es medio idóneo a tales efectos.

6.- COMUNICACIÓN A REALIZAR POR LOS REGISTRADORES AL INSCRIBIR ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA.

El art. 48,5 del TRLC establece que: “en caso de inscripción de actos de naturaleza urbanística, el Registrador remitirá a la Dirección General del Catastro copia del plano el día siguiente al de su presentación en el Registro de la Propiedad. El Catastro devolverá al Registrador en el plazo de 5 días, las referencias catastrales de las fincas objeto del acto de que se trate”.

Según la disposición transitoria octava de la Ley de Economía Sostenible la vigencia de este plazo se producirá transcurrido 1 año desde la entrada en vigor de la ley, por lo que no será obstáculo para la inscripción del proyecto reparcelatorio la falta de respuesta al Catastro en el plazo fijado.

7.- DOCUMENTOS RELATIVOS A ELEMENTOS PRIVATIVOS DE EDIFICIOS EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL O A CUOTAS INDIVISAS DE LOS MISMOS QUE DEN DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE PLAZAS DE GARAJE Y TRASTEROS.

El art. 5 de la LPH establece que el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquellos al que asignará número correlativo. La (descripción) de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano.

El art. 17 de la misma ley exige la unanimidad de la Junta de Propietarios para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la PH o en los Estatutos de Comunidad.

El procedimiento de subsanación de discrepancias tramitado ante Notario introducido por el art. 18 del TRLC permite subsanar las discrepancias relativas a la configuración o superficie de la parcela, no de un elemento privativo

integrado en una PH. La subsanación referida a la configuración o la superficie de las parcelas sobre la que se asiente la edificación, exigirá acuerdo expreso y unánime de la Junta de Propietarios.

Con estas premisas parece aconsejable adoptar como criterio general la no admisión de modificaciones en cuanto a la superficie que figure en el Registro cuando ésta sea la que figuraba en el título constitutivo de la PH que motivó la inscripción.

Incluso en aquellos casos en los que la superficie que conste en la CC parezca que no contradice la que figura en el Registro (vg. en el Registro aparece una finca con una superficie útil de 67 m² y en la CC consta una construida de 78 m²), por la razón fundamental antes dicha de que, sin consentimiento de la Junta de Propietarios, no deben acceder al Registro modificaciones de circunstancias que figuraban en el título constitutivo y que no se sabe si responden a la realidad, porque hemos observado con frecuencia que las CC incorporan la superficie de los elementos comunes a los departamentos privativos en proporción a la cuota de éstos, con lo cual, la que se da como superficie del departamento privativo no se corresponde ni con mucho con la que en realidad tiene.

En edificaciones inscritas con anterioridad a la LPH, en las que no conste las superficies de los departamentos privativos, sin que quepa hablar por tanto de modificación de descripción, el buen criterio del Registrador ha de decidir en cada caso concreto (en función de la superficie del solar y de los departamentos privativos existentes en cada planta, de la superficie consignada ya en otros departamentos con anterioridad, de si se incorpora o no certificación de técnico competente, etc.).

8.- LA NOTA AL PIE DEL DOCUMENTO

Dado que en la casi totalidad de los casos los interesados, si es que se les pregunta por el funcionario autorizante, van a limitarse a decir que la superficie que consta en la CC coincide con la realidad aunque no tenga conocimiento del tema, en los supuestos en los que la superficie que conste en el Registro se hubiese tomado del título constitutivo de la propiedad horizontal podría ponerse una nota del tenor siguiente (sin prórroga del asiento, ni notificación como defecto).

“La inscripción se ha practicado con la descripción de la/s finca/s que figura/n en el Registro. No se ha incorporado la modificación de la superficie de la/s finca/s por los siguientes fundamentos de derecho:

El procedimiento de subsanación de discrepancias previsto en el art. 18.2 TRL Catastro no es aplicable cuando el objeto sea un elemento independiente de una propiedad horizontal, pues el precepto se refiere a la “configuración y superficie de la parcela”. La subsanación debería ir referida, en su caso, a la configuración y superficie de la parcela sobre la que se asienta toda la edificación, lo que exigiría acuerdo expreso y unánime de la Junta de Propietarios.

En el peculiar régimen de propiedad horizontal confluyen un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los departamentos privativos y la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble (art. 3 de LPH).

El título constitutivo de la propiedad horizontal ha de comprender, entre otras, la descripción de cada departamento privativo con sus linderos y extensión, siendo ésta uno de los factores determinantes de la cuota que a cada departamento se atribuye en las cargas, gastos y beneficios del inmueble.

Dada su trascendencia, el art. 17 de la LPH exige la unanimidad de los integrantes de la Junta de Propietarios para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal o en los Estatutos de la Comunidad

La necesidad del consentimiento de todos los propietarios para alterar el título constitutivo de la propiedad horizontal ha sido reiterada en múltiples resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (entre otras, las de 2 de abril de 1980, 24 de septiembre de 1992, 27 de junio de 1995, 19 de febrero de 1999, 21 de abril de 2000, 23 de abril de 2001, 11 de octubre de 2001, 4 de noviembre de 2004 y 15 de enero de 2005).

Por los fundamentos de derecho expuestos, se ha mantenido la descripción que de la finca (o fincas) figuraba en el Registro resultante de la consignada en el título constitutivo del Régimen de Propiedad Horizontal”.

COMPRAVENTA.

1.-P: Se presenta una adquisición que afecta a registros de las Comunidades de Madrid y Valencia realizada por un “FONDO PRIVADO DE TITULIZACIÓN ACTIVOS”. La escritura se califica por el Notario autorizante de compraventa, aunque luego se dice que el pago es por “compensación”. ¿Se puede inscribir?

R: Después de estudiar la escritura se llegan a las siguientes conclusiones:

- En cuanto a la representación, no obstante no reseñarse correctamente la misma, después de consultar con los registros mercantiles en la forma ya estudiada en otros seminarios –FLEI-, se ha comprobado que es suficiente.

- Respecto del carácter sustantivo de la adquisición, el artículo 27 del Real Decreto-Ley 6/2010, excepcionalmente permite a los fondos de titulación de activos ser titulares de bienes inmuebles, únicamente en los casos en que sean adquiridos en pago de participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipotecas, activos financieros u otros derechos de crédito que formen parte de su activo, ya lo sea en procedimiento judicial de ejecución hipotecaria o de otro tipo, ya lo sea en vía extrajudicial como una dación en pago; por lo que no podría adquirir por compraventa.

Ahora bien, como el medio de pago, en este caso, se indica que es por compensación de deudas, en realidad y a pesar de la calificación notarial, nos encontramos ante una dación en pago y, en consecuencia sí es inscribible la escritura.

- En cuanto a los medios de pago, al figurar que el mismo tiene lugar mediante compensación, no se estima que sea necesario acreditar nada más, al no existir una contraprestación de presente y proceder la deuda de una titulación de préstamos hipotecarios efectuada por la entidad acreedora titulizante.

- Por último, para los registros que tengan fincas arrendadas, se entiende que tampoco es necesaria la notificación a los efectos de tanteo y retracto, de conformidad con la resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 2007 que considera improcedente el retracto arrendaticio en los casos de dación en pago de deuda porque la LAU, que a este respecto debe ser objeto de interpretación estricta, sólo reconoce derecho de retracto en caso de venta, porque venta y dación en pago son negocios jurídicos distintos y porque aunque la dación en pago se use con fines defraudatorios, la calificación del fraude excede de la función del registrador.

2.-P: Se presenta un testimonio de adjudicación en subasta de una finca en que se indica la adjudicación de la finca por cesión del remate a favor de “TDA 28 Fondo de Titulación de Activos”, pero no se acredita que formase parte de dicho Fondo el título –cédula, bono o participación hipotecaria- en que se haya comercializado el préstamo hipotecario objeto de la ejecución. ¿Es inscribible?.

R: Como se infiere del caso anterior, en este caso es necesario acreditar que el título –cédula, bono o participación hipotecaria- en que se haya comercializado el préstamo hipotecario objeto de la ejecución forma parte del fondo de titulación adquirente, bien por manifestación de la sociedad gestora del Fondo,

cuya condición deberá asimismo acreditarse, o bien por certificarlo la autoridad judicial por constar así en autos.

Este requisito resulta del artículo 27 del Real Decreto-Ley 6/2010, que excepcionalmente permite a los fondos de titulación de activos ser titulares de bienes inmuebles, únicamente en los casos en que sean adquiridos en pago de participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipotecas, activos financieros u otros derechos de crédito que formen parte de su activo, ya lo sea en procedimiento judicial de ejecución hipotecaria o de otro tipo, ya lo sea en vía extrajudicial como una dación en pago; por lo que esa “pertenencia al activo del fondo” deberá acreditarse.

3.-P: CESIÓN DE ACTIVOS. Se presenta un testimonio de una cesión parcial de activos y pasivos entre dos bancos -determinadas oficinas bancarias- cuya contraprestación no consiste en acciones pues existe una remisión expresa a la disposición 3ª párrafo 2º de la Ley 3/2001 en relación con los artículos 85 a 91. En el testimonio, que se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, se acompaña una relación de fincas transmitidas, pero no se indica cuál es el tipo y cuantía de la contraprestación, ni la forma de pago ni los medios de pago. ¿Es inscribible?.

R: En primer lugar, al no consistir la contraprestación en acciones o participaciones como en las fusiones, etc, debe exigirse la constancia del precio de la cesión –dinerario o de otro tipo- porque la legislación hipotecaria española es la aplicable –artículo 10 del CC- al afectar a bienes inmuebles –*lex loci*- y la misma prevé para el acceso al registro de transmisiones que éstas sean causales y, en el caso de contratos con contraprestaciones, la expresión de éstas en el asiento y la especificación de la forma y de los medios de pago (artículos 10 y 254 de la LH y concordantes).

Por algún compañero se dijo, sin embargo, que al ser una cesión parcial de activos y pasivos puede que no exista contraprestación, lo que ocurrirá si el activo es igual al pasivo, así si se transmiten oficinas bancarias completas con el debe y el haber, puede que el saldo sea cero. Debe, en consecuencia acreditarse, en su caso, esa circunstancia o bien consultarse el Registro Mercantil para comprobar este extremo.

CONCURSO.

1.-P: ¿Es inscribible una adquisición en ejecución hipotecaria de una sociedad en concurso, siendo la fecha de la declaración de concurso posterior a la subasta pero anterior al decreto de adjudicación?

No consta en el historial registral que los bienes estén afectos a la actividad de la empresa, pero se desprende claramente de las circunstancias de la misma.

R: Concretando la sucesión temporal de los hechos relevantes en el historial de la finca, resulta que la subasta del procedimiento de ejecución hipotecaria se celebró en noviembre de 2010, el concurso se declara en enero de 2011 y el decreto aprobando el remate o adjudicación es de febrero de 2011.

El artículo 56.2 Ley Concursal establece una limitación para el inicio de la realización forzosa de las garantías reales sobre los bienes de concursado. Esta limitación, que como excepción a la regla general de posibilidad de ejecución debe interpretarse restrictivamente, exige dos requisitos cumulativos, a saber: que se trate de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de la titularidad del deudor; y que no se haya aprobado un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

La apreciación de si los bienes están afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva corresponde, en exclusiva, al Juez del concurso, no siendo apreciable por el Registrador. Por lo tanto, si no consta en el Registro tal indicación, practicada en virtud de auto del Juez del concurso, el registrador no puede calificar como defectuosa la ejecución iniciada o consumada.

Si al expedir la certificación de cargas para el procedimiento de ejecución consta ya anotado el concurso, el Registrador debe comunicar al Juez de este procedimiento el inicio de la ejecución para que pueda adoptar las medidas que estime oportunas; y en la propia certificación que expida deberá hacer constar la situación concursal que, respecto del titular, publica el registro. Si la anotación de concurso se practica una vez expedida la certificación de cargas para un procedimiento de ejecución hipotecaria, en la nota de despacho del mandamiento deberá hacerse constar el hecho de la expedición y el procedimiento iniciado (artículo 434 Reglamento Hipotecario).

Pero es que además, respecto de las ejecuciones ya iniciadas, no se suspenderán en el caso en 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 (artículo 56.2 Ley Concursal).

2.-P: Uno de los miembros de una UTE está declarado en concurso sin que la anotación de concurso conste en los libros del Registro donde radican las fincas sino que dicha información resulta del Registro Público Concursal.

Se presentan distintas transmisiones de plazas de parking que se califican negativamente, a la vista de la información recibida del Registro Público Concursal, por no sujetarse la transmisión al régimen de intervención o de suspensión acordado por el Juez del concurso.

Sin embargo, respecto del mismo parking se habían inscrito otras transmisiones de fecha posterior a la declaración del concurso pero en dicha fecha no se tenía por el Registro conocimiento de dicha situación concursal.

Las escrituras se otorgan por quien tiene la representación de la Unión Temporal de Empresas, y se alega que dichos bienes aunque en su día se inscribieran por mitad y proindiviso a favor de los dos únicos miembros de la UTE, son propiedad de la UTE y por ello no pueden quedar afectados por el concurso de uno de sus miembros.

Resulta que en otro Registro de la misma localidad hay otros garajes inscritos directamente a favor de la UTE y no a favor de sus miembros.

R: En primer lugar se señala que las UTE como entidades carentes de personalidad jurídica, no tienen patrimonio propio, por lo que se estima correcta la inscripción a favor de sus miembros por cuotas indivisas. No obstante, es lo cierto que en el derecho español se permiten otras formas de comunidad en que la cotitularidad no recae sobre cada bien sino sobre un patrimonio o sobre un conjunto de bienes porque así resulta de las disposiciones específicas que la regulan, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y del sistema de *numerus apertus*.

Cuando sea éste el caso, dichas titularidades se registrarán por las disposiciones específicas pactadas antes que las prescripciones que regulan el condominio ordinario (art. 392-11 del Código Civil), de tal manera que si así se ha acordado, cada cotitular no podrá disponer individualmente de su cuota en uno o en algunos de los bienes ni caben embargos sobre cuotas aisladas de algunos bienes por deudas de cada comunero, ni podrá cada uno de éstos ejercitar la acción de división sobre cada uno de los bienes y con independencia de los demás bienes.

Congruentemente con este criterio, la resolución de la DGRN de 25 de marzo de 1993, considera que un ejemplo de esa figura de comunidad que recae sobre el conjunto de bienes, de naturaleza asociativa, que actúa públicamente a través de órganos, pero que por determinación de la ley no llegan a tener personalidad jurídica, son las Uniones Temporales de Empresas.

Así, el legislador ha previsto esta figura social como un sistema de colaboración entre empresarios para el desarrollo de una obra servicio o suministro, que va a

estar sometida a unos Estatutos específicos aunque ha de constar la proporción o método para determinar la participación de las distintas empresas miembros en la distribución de resultados (Ley 18/1982). Es decir, que al régimen de los bienes que constituyen el fondo común han de aplicarse, antes que las normas del condominio, las disposiciones propias de las Uniones Temporales de Empresas, y en lo que sean compatibles, las reglas de las sociedades mismas (art. 392-2 del Código Civil).

Este régimen jurídico implica según la DGRN que es necesario hacer constar en el Registro la afección social de los bienes adquiridos para la Unión, la cual, por lo dicho, no equivale a que entre los socios quede constituido un condominio por cuotas puro sobre cada uno de los bienes. En la inscripción habrían de constar las circunstancias necesarias para que quede expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (arts. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario) tal como resulte de los estatutos específicos que resulten de la titulación presentada al Registro.

Por otra parte, respecto a si el concurso de un miembro de una UTE afecta a la titularidad de la misma, se entiende mayoritariamente que sí, pues al no tener dicha UTE personalidad jurídica propia, las limitaciones de capacidad que afecten a uno de sus miembros le afectan, pues su régimen jurídico implica en una participación directa en los resultados que deben verse integrados en el concurso. La afectación de los bienes al régimen especial de titularidad o régimen de las UTES no implica que las fincas no pertenezcan con esta limitación dispositiva directamente a cada miembro y, por tanto, se vean afectadas, a su vez, por las vicisitudes sociales de cada empresa.

Por último, respecto de la calificación del concurso en virtud de la consulta por el Registrador de la Propiedad con base en la información del Registro Público Concursal previsto en los artículos 24-4 y 198 de la Ley Concursal y en el Real Decreto Ley 3/2009, si bien no existe una disposición legal expresa en tal sentido, se considera que el Registrador si tiene algún medio oficial y público de llegar al conocimiento de una situación de concurso, debe actuar en consecuencia y suspender o denegar los títulos por ella afectados. En este sentido se manifestó la Comisión de Derecho Concursal en informe de 23 de noviembre de 2010 que se basó fundamentalmente en la aplicación analógica de la resolución de la DGRN de 29 de junio de 1988 y en que la anotación de concurso en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo sino que el cierre registral es consecuencia de las normas sustantivas que resulten de aplicación, por lo que basta el conocimiento del concurso por cualquier medio oficial de publicidad ya sea éste el Registro Mercantil o el Registro Público Concursal. La eficacia de la anotación del concurso en el Registro de la Propiedad opera únicamente en el ámbito de los principios de prioridad y tracto sucesivo.

FE PÚBLICA REGISTRAL.

1.-P: Examen del alcance y efectos del artículo 28 de la LH.

R: Como es sabido, el artículo 28 de la LH establece que *“las inscripciones de fincas adquiridas por herencia no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos do años desde la fecha de fallecimiento del causante, excepto que lo fueren a favor de los herederos forzosos; y el problema que se plantea es si dicha limitación de efectos debe hacerse constar en el asiento registral –ej. acta de inscripción- y en la publicidad formal o no por tratarse de una limitación legal y, además, por no ser una carga propiamente dicha.*

Así, se indica que suele ocurrir que si se hace constar la limitación el titular registral se queja porque tal constancia advierte al banco, el cual por esa razón puede no dar crédito, mientras que si no se hace constar y la entidad de crédito resulta ser consciente de la limitación, la adquirente se queja porque la tal limitación no consta en el Registro y no ha sido avisado antes de la compra; planteándose un dilema práctico.

A este respecto se señala la existencia de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2010 referida a la cuestión de si cabe considerar carga o gravamen la limitación derivada del artículo 207 LH –con la que la del artículo 28 LH guarda identidad de razón-, concretamente, en el caso, el plazo de ejercicio de una opción de compra empezaba cuando se notificara al beneficiario haber quedado la finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del concedente libre de cargas y gravámenes (excepto los gastos de urbanización) y lo que se discutía era si una inmatriculación al amparo del artículo 205 LH con la limitación del artículo 207 LH era suficiente para evitar que el plazo empezara a correr (la otra parte había dado la opción por caducada, había vendido la finca y el comprador la había hipotecado, así que el asunto tenía necesariamente que acabar mal para alguien). Y la respuesta del Tribunal Supremo es que la limitación del artículo 207 no tiene dicha consideración de carga y que, por tanto, no existía el obstáculo aducido por el beneficiario para el ejercicio de la opción, lo que se sanciona con valor de doctrina legal, al reiterarse una doctrina ya establecida en la Sentencia de 18 de abril de 2000 de la misma sala.

Indudablemente la no consideración como carga a esas limitaciones de los efectos de la publicidad registral abre la duda acerca de la obligatoriedad de su reflejo en la publicidad formal y el debate sobre cuál debe ser la extensión y contenido de la mismas.

Así un grupo de compañeros, minoritario, consideró que la publicidad registral debe limitarse al dominio y a las cargas y gravámenes en sentido estricto, por lo que se mostraron contrarios a dicho reflejo de la limitación del artículo 28 de la LH, máxime si constituye, como efectivamente lo es, una limitación legal.

Pero mayoritariamente se consideró que la publicidad registral debe extenderse también a las limitaciones de sus propios efectos, en cuanto la esencia del Registro es la de dar certeza al tráfico jurídico y el omitir una circunstancia de tal calibre -el adquirente confiado en la publicidad registral podría perder la finca-, independientemente de la responsabilidad civil, sólo iría en detrimento de la institución.

El hecho que se trate de una limitación legal no es óbice para su reflejo en la publicidad formal, pues el supuesto de hecho en que se funda no puede conocerse por los terceros si el Registro no informa expresamente, dado que en la publicidad ordinaria ni se hace constar la fecha de fallecimiento del causante ni el carácter de heredero forzoso o no del titular registral que, además, puede no ser el adquirente en la herencia por haberse producido una transmisión *inter vivos* intermedia. Así un supuesto similar aplicable analógicamente es el recogido en el artículo 353-2-2 del Reglamento Hipotecario que dispone que en caso de adjudicaciones para pago de deudas, aunque no exista garantía de naturaleza real, en la publicidad de la finca si no hubieren transcurridos 180 días desde la adjudicación -plazo en que el artículo 45-2 de la Ley Hipotecaria permite a los acreedores pueden solicitar anotación preventiva de sus créditos-, deberá expresarse esta circunstancia.

Respecto del ámbito de la limitación, es decir, de si la misma no afecta a toda adquisición de herederos forzosos o sólo no afecta a la correspondiente a la legítima, lo que complicaría la determinación registral de cuándo opera, también planteó dudas. No obstante, mayoritariamente se consideró que la limitación no afecta nunca a los herederos forzosos como se deduce de la expresión legal que no distingue entre herencia testada e intestada o legado, porque las excepciones deben interpretarse estrictamente y por el uso frecuente en el Código Civil de la expresión “herederos forzosos” como sinónimo de herederos directos que no generan dudas en cuanto a su real condición de herederos. Por ello, en el caso de que los herederos no sean personas relacionadas directamente con el causante, se plantea la duda de si no existirán otros herederos con más derecho, lo que justifica la repetida limitación legal.

FRAUDE FISCAL.

1.-P: Una sociedad unipersonal vende a otra también unipersonal (y cuyo único socio es el mismo) un edificio, señalando que parte del precio se paga mediante la cancelación de la deuda que la primera tiene contraída con la segunda.

Respecto a esta deuda se limita a señalar la escritura que debido al impago de rentas de alquiler la primera sociedad adeuda a la segunda una cantidad X, deuda que está vencida, líquida y exigible. ¿Es suficiente?

R: Como se ha dicho en otras ocasiones en este seminario las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude. El reconocimiento de deuda es un negocio jurídico válido en nuestro derecho que contiene una declaración de voluntad unilateral y recepticia, y que si se documenta en alguno de los títulos del 517 LEC, por ejemplo escritura pública, se le dota de fuerza ejecutiva que permite acudir directamente al procedimiento de ejecución, evitando el previo declarativo de la deuda. Es cierto que estos reconocimientos de deuda se ven con cierta prevención, sobre todo a la vista de la Ley 36/2006 de 29 de noviembre de medidas para la prevención del fraude fiscal y de las nuevas obligaciones que impone. Por ello si del reconocimiento de deuda, que luego se cancela inmediatamente como consecuencia de una dación en pago o por formar parte del precio de una compraventa, se pudiera apreciar que ha existido un negocio previo donde ha habido entrega de dinero deberá darse cumplimiento a las exigencias de esta ley en cuanto a la identificación de los medios de pago. Es cierto que tales deudas previas no son objeto de inscripción en el Registro, y que, en principio, pueden considerarse ajenas al contrato de traslativo del dominio que es lo que, en su caso, se inscribiría en el Registro, por lo que quedaría al margen de la calificación registral.

No obstante, dado su carácter de causa directa e inmediata con el negocio documentado y su constancia en el propio título aportado como antecedente necesario del mismo, hace que no pueda el Registrador prescindir en absoluto de su examen, so pena de desvirtuar su propia función y dar acogida a un documento en contra de las previsiones de la Ley 36/2006. Piénsese en lo fácil que quedaría burlado el texto y el espíritu de la ley si cualquier contrato traslativo de la propiedad en que mediara precio se sustituyera por una dación en pago, precedida de un reconocimiento de deuda cuya obligación de devolución quedara inmediatamente extinguida a continuación como consecuencia de aquélla. Así lo ha señalado también la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 28 de enero de 1999 (B.O.E. 3-3-99), *“en aquellos supuestos, como el presente, en que la transmisión previa de créditos consta en el mismo título en que se formaliza la cesión de bienes en pago, no puede el Registrador prescindir en absoluto de su examen, so pena de desvirtuar su propia función, dando acogida en los libros del Registro a actos que a su juicio están viciados, dejando bajo la salvaguardia de los Tribunales los asientos practicados y amparados por la presunción legal de existencia validez de los derechos inscritos (cfr. Artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria).”*

Pero estos supuestos no encajan exactamente en el caso planteado, donde la deuda reconocida surge de unos previos contratos de arrendamiento que no parece que el registrador pueda exigir, lo cual además sería inútil, por lo que no se apreció ningún obstáculo para la inscripción. No obstante esta calificación positiva, las prevenciones que se suscitan en este caso por tratarse de dos sociedades unipersonales donde el socio único es la misma persona, aconsejan dar parte de la operación al Centro Registral Antiblanqueo -CRAB órgano colegial recientemente creado con el fin de centralizar toda la información que antes se mandaba directamente al SEPBLAC y de ostentar nuestra representación frente a éste organismo, por si pudiera apreciar, por sí sólo o junto con otras operaciones comunicadas, indicios de posibles supuestos sujetos a la Ley 36/2006.

HERENCIAS.

1.-P: Se presenta una escritura de herencia practicada por el tutor de un menor, heredero único y sin existir cónyuge sobreviviente, pero en el auto que se autoriza al tutor para aceptar la herencia a beneficio de inventario, se exige a éste que presente la partición para que sea autorizada por la autoridad judicial. ¿Se puede inscribir?

R: Llamó la atención a todos los asistentes que se hablara de partición en este supuesto dado que, al tratarse de un heredero único, no existe indivisión ni, por consiguiente, posible partición. Es más, conforme al artículo 272 1º CC, puesto que al no existir otros herederos no hay posibilidad de negociar la forma de partir sino únicamente la de aceptar o repudiar la herencia, el tutor no hubiere necesitado autorización judicial salvo para aceptar sin beneficio de inventario la herencia o para repudiarla. Aceptando la herencia a beneficio de inventario no sería exigible la autorización judicial. Por ello se entendió en este supuesto lo único que se debe acreditar es la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

2.- P: Se presenta una escritura de herencia de bienes exclusivamente privativos del cónyuge premuerto, practicada por un padre, que renuncia a la herencia, en representación de un hijo menor y por un hermano mayor, con autorización judicial en que se exige la rendición de cuentas. Todos los implicados y el auto son portugueses, ¿Se puede inscribir?

R: Se indica que según resolución de la DGRN de 20 de enero de 2011, en un supuesto similar pero respecto de un menor venezolano, la capacidad de las personas queda excluida del Convenio de Roma sobre relaciones contractuales y se extiende, no sólo a la determinación de si un sujeto posee o no capacidad para celebrar un determinado contrato sino a aquellas que tengan su origen o fundamento en la eventual falta de capacidad de las partes del contrato; lo que

supone, a su vez, que quedan fuera del Convenio de Roma (y del Reglamento Roma I) todas las cuestiones relativas a la determinación de las modalidades de ejercicio de la representación legal del sujeto con capacidad de disposición limitada, así como las eventuales cautelas al ejercicio de tal representación y la forma de acreditar el cumplimiento de tales cautelas.

Asimismo, indica la resolución, la exclusión del Convenio de Roma de las cuestiones relativas al ejercicio de la representación del menor, supone también la exclusión de las consecuencias asociadas a la falta de capacidad de una o ambas partes, así como las sanciones asociadas al incumplimiento de las cautelas al ejercicio de la representación del menor o a la no acreditación de éstas. Tales cuestiones deberán, por tanto, obtener respuesta a la luz del ordenamiento designado por las normas de conflicto nacionales. Más aún, la ley aplicable según la normativa conflictual interna determinará si las consecuencias derivadas del incumplimiento de las cautelas a las que se somete el ejercicio de la representación o la no acreditación de su cumplimiento en un momento previo o coetáneo a la celebración del contrato, implicarán un vicio de la propia relación contractual, tal y como sucede en nuestro ordenamiento con la acreditación del cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 2015 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, o si, por el contrario, la no acreditación de tales requisitos carece de consecuencias sobre el contrato y constituye simplemente una actuación de verificación, posterior a la propia venta, que se proyectaría únicamente al ámbito de las relaciones paterno-filiales, tal y como acontece en el ordenamiento español con la acreditación de la reinversión de las cantidades obtenidas por la venta de un bien del incapacitado (cfr. Resolución de esta Dirección General de 8 de mayo de 2010).

Pues bien, pese a que el artículo 9.1 del Código Civil sea la norma de conflicto aplicable con carácter general a la capacidad de las personas físicas, en el caso concreto de la representación legal, el artículo 10.11 del Código Civil realiza una remisión a la ley que regula la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, lo que en el caso de representación paterna o materna supone la entrada en juego del artículo 9.4 del Código Civil, la norma de conflicto aplicable a las relaciones paterno-filiales y que remite a la ley personal del hijo.

Por último, en cuanto a esas circunstancias y consecuencias, declara finalmente la resolución, que deben ser acreditadas al Registrador y que, una de las consecuencias de que al Registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en

relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, tal y como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «*la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable*». El precepto señala además que «*Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles*».

En consecuencia, la calificación negativa del Registrador sólo podría basarse, bien en el hecho de no considerar válidamente acreditado el contenido del Derecho respectivo o bien, en la aseveración, bajo su responsabilidad, de que para tal ordenamiento la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos impuestos por el órgano judicial puede afectar a la validez de la propia relación contractual y, en consecuencia, existiría el riesgo de que un título claudicante pudiera acceder al Registro que se encuentra prohibido por la legislación hipotecaria española.

3.-P: Se presenta una herencia en que unos nietos heredan a la abuela, estando representados únicamente por la madre legitimaria que renuncia a dicha legítima, y como única titular, se dice, de la patria potestad por vivir separados los cónyuges. ¿Es posible la inscripción?

R: En primer lugar se indica que la renuncia a la legítima hace que desaparezca el conflicto de intereses entre la madre y los hijos, por lo que no sería necesario la intervención del padre al no ser aplicable el artículo 163 del Código civil.

Por otra parte se recuerda que según el artículo 156 párrafo último del Código civil, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, por lo que sólo será necesario para poder inscribir que se acrediten ambas circunstancias –vida separada de los padres y convivencia de los hijos con la madre- bien con la correspondiente sentencia si esa situación fuere judicial o bien con acta notarial de notoriedad si se tratara de una situación de hecho.

4.-P: Existe un testamento en que, después del legado del usufructo universal a favor de su mujer, el testador instituye herederos a dos hijos con sustitución para el caso de premoriencia a su favor de sus descendientes.

Ahora se presenta la partición en la que se indica que por otra escritura viuda e hijos han renunciado, y el Notario indica que por notoriedad los herederos son los nietos que declara que son únicamente: ¿Es inscribible?

R: Se considera que no es suficiente porque el testamento sólo prevé la sustitución para el caso de premoriencia no de renuncia, por lo que de conformidad con el artículo 912-3 del Código Civil cuando el heredero testamentario repudie la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer deberá abrirse la sucesión intestada.

Como esas circunstancias tienen lugar en este caso, procede la apertura de la sucesión intestada y para la misma no es suficiente una mera acta de notoriedad notarial sino que se necesita un auténtica acta notarial de declaración de herederos abintestato, a la que se refiere el antiguo artículo 979 de la antigua LEC, que está vigente, y que ésta cumpla con todos los requisitos de tramitación recogidos en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial y concordantes.

5.-P: En una herencia testamentaria, el causante en el testamento lega a la viuda unos bienes, instituye herederos a tres hijos y designa un contador-partidor.

En la partición comparecen los tres hijos y el contador-partidor, éste efectúa la partición y los hijos sólo aceptan. Luego se practica una adición de herencia sólo por parte de los hijos. ¿Es inscribible la herencia?

R: Se considera que no, primero porque existen bienes gananciales y la viuda no ha participado en la disolución de la sociedad de gananciales –resoluciones de la DGRN de 26 de febrero de 2005 y 20 de julio de 2007- y, segundo, porque si la partición se ha efectuado por el contador-partidor, la adición también la debe hacer el mismo, no pudiendo ser modificada o completada por los herederos aunque sean mayores de edad y actúen por unanimidad –artículo 1057 y 1058 del Código Civil-, dado que es preferente la partición efectúa por la persona designada al efecto por el testador.

6.-P: En un testamento el testador lega a su pareja de hecho el usufructo universal de la herencia e instituyó herederos a sus dos hijos por partes iguales.

Ahora, en la partición, se adjudica a la pareja de hecho la mitad indivisa en pleno dominio de la única finca inventariada –que es privativa del causante- y la otra mitad por mitades partes indivisas a los herederos. ¿Se puede inscribir?

R: Se entiende que no es inscribible dado que falta causa adecuada para esa adjudicación contraria a lo dispuesto en el testamento, dado que al tratarse de un legado y no de la legítima usufructuaria, no nos encontramos ante una auténtica conmutación del usufructo de los artículos 839 y 840 del Código Civil, pues la parejas de hecho no gozan en derecho común de derecho de legítima.

HIPOTECAS.

1.-P: ¿Es inscribible la escritura de cancelación de hipoteca cuando consta nota marginal de expedición de certificación de cargas y esta nota es de 1981?. Alegan caducidad de la nota.

R: Según la resolución de la DGRN de 4 de junio de 2005, la aplicación de la caducidad de 21 años de las hipotecas desde la fecha de su vencimiento siempre que no conste la interrupción de la prescripción o que se ha promovido su ejecución –artículo 82-5 de la Ley Hipotecaria-, sólo será aplicable, constado la nota marginal de expedición de certificación de cargas a efectos de la ejecución, si el indicado plazo de 21 de años ha tenido lugar no sólo desde el último vencimiento sino también desde la fecha de la indicada nota, que ha podido tener lugar antes o después de aquél.

No obstante, la resolución, cercana en el tiempo a la anterior, de 8 de marzo de 2005 y colateralmente la de 15 de febrero de 2006, aplicando literalmente el artículo 82-5 de la LH, consideran que no cabe la cancelación por caducidad de la hipoteca en el caso de que conste en el Registro nota de iniciación del procedimiento de ejecución pues ello implica la interrupción de la prescripción, por lo que exige para la cancelación el otorgamiento de escritura pública por el acreedor o sus causahabientes.

Mayoritariamente los compañeros se inclinan por el primer criterio porque, en definitiva, se estima que la interrupción de la prescripción produce el inicio de un nuevo período de prescripción, a partir de su fecha, a la que le sería aplicable también la norma hipotecaria de caducidad y como puede ocurrir que después se sobresea la ejecución por pago del deudor y siga funcionando la hipoteca, también debe de haber transcurrido el período de caducidad desde el último plazo de vencimiento del préstamo.

2.-P: Figura inscrita una hipoteca antes de la L. 41/2007, de 7 de diciembre, y por lo tanto sin hacer constar las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras en los términos establecidos en dicha Ley. Después presentaron una escritura de novación de la hipoteca otorgada con posterioridad a dicha ley y se reflejaron las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado que figuraban en la nueva escritura.

Ahora solicitan que también se hagan constar las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado que figuraban en la escritura primera. ¿Es posible aunque la escritura sea anterior a la ley puesto que se solicita la inscripción con posterioridad?

R: Se considera que sí, en cuanto que se trata de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, inscribibles al amparo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, previa la correspondiente calificación, puesto que ambas las partes las han pactado, no existe norma transitoria que lo prohíba y a la misma solución se podría llegar vía simple modificación.

3.-P: Se ha observado que existen determinadas oficinas que prestan dinero sin someterse a la Ley 2/2009, utilizando la estratagema de firmar cada hipoteca una persona física distinta a título personal. ¿Qué se puede hacer, sobre todo después de la creación del Registro estatal por RD 106/2011?

R: La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en su artículo 18, dedicado a los deberes notariales y registrales, dispone que *“los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”*. Se trata de una amplia remisión la cual impone al registrador que califique, entre otros aspectos, si las escrituras cumplen los requisitos previstos en dicha Ley, sin que se acote su extensión. Al ser ley posterior y especial, debe de entenderse en estos casos concretos, ampliadas las facultades de calificación registral reguladas fundamentalmente en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

La Resolución de 18 de enero de 2011 considera que *“esta norma debe interpretarse en sus justos términos, atendiendo no sólo a la literalidad de la misma sino fundamentalmente a su finalidad y mediante una adecuada interpretación lógica y sistemática. Por ello, a la hora de determinar cuáles son esos requisitos a los que se refiere «muy especialmente» este precepto legal, y cuyo incumplimiento obliga a Notarios y Registradores a denegar su respectiva función, debe determinarse en primer lugar si se trata o no de requisitos que sean ya exigibles en el momento de prestar dicha función. Mediante una interpretación sistemática se llega a la misma conclusión si se repara en que la propia Disposición Transitoria Única de la Ley 2/2009 distingue entre: por una parte, las exigencias relativas a las obligaciones de transparencia en relación con los contratos, información previa al contrato, los requisitos de forma y contenido de los mismos, así como las obligaciones en materia de tasación y servicios accesorios, régimen de compensación por amortización anticipada, comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas y oferta vinculante (artículos 4, 5 14, 15, 16, 17, 20 y 21), que resultarán exigibles en las relaciones precontractuales y en los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigor de esta Ley (apartado 2 de dicha Disposición transitoria); por otro lado, las exigencias impuestas a las empresas que a la entrada en vigor de la misma no cumplan con los requisitos relativos a las comunicaciones*

comerciales y publicidad (artículos 12 y 19), que deberán adaptarse a los mismos en el plazo máximo de tres meses a partir de su entrada en vigor, según establece incondicionadamente el apartado 1 de la misma Disposición de Derecho Transitorio”.

Esta Resolución realiza una mera acotación temporal de requisitos, pero no más. De hecho, de paso, alude a un amplio elenco de requisitos cuyo incumplimiento obliga a Notarios y Registradores a denegar su respectiva función, de ahí se puede deducir que la calificación ha de centrarse en todos aquellos requisitos que resultan ya exigibles al ejercitar la función notarial y registral, por lo que deben de acreditarse o, en algunos casos, cara a la función del Registrador, quedar huella en la escritura de su cumplimiento.

Caben al menos dos interpretaciones acerca de la calificación sobre si las escrituras cumplen o no los requisitos previstos en esta Ley. Una, restrictiva, según la cual el registrador se limitaría a comprobar que en la escritura queda huella de todas las actuaciones que el Notario está obligado a realizar. Otra, más amplia, para la cual el registrador debe realizar una nueva valoración de fondo. Se exponen los argumentos de estas dos tesis defendidas:

A.- Tesis amplia. Es minoritaria y su principal defensor es Felix Merino Escartín, para el que esta segunda interpretación parece más armoniosa con el deber que impone la ley -muy genérico- de denegar la inscripción si las escrituras no cumplen con la legalidad vigente. Ahora bien, no puede exacerbarse la actuación, hasta el punto de tener que valorar, para cada caso concreto, obligaciones de tipo general que tiene el acreedor, aunque sean ya exigibles, como, por ejemplo, algunas de las previstas en los artículos 4 y 12.

Dicha interpretación amplia es avalada, según el citado autor, por la comparación entre los textos donde se expresa cuándo denegarán su actuación ambos funcionarios:

1.-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*

2.-Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando *no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley.*

Se observa que la extensión es la misma, con la exclusiva diferencia de que la actuación notarial está referida al préstamo y la registral a las escrituras. El nudo gordiano de la cuestión es desentrañar si la calificación por parte del registrador acerca de si las escrituras cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente,

los requisitos previstos en esta Ley se circunscribe a comprobar si la escritura tiene todas las cláusulas, juicios y advertencias que ha de tener o si debe de hacer una nueva valoración de si el consumidor ha tenido el trato debido.

Por ejemplo, respecto a la coherencia entre folleto de condiciones, información previa, oferta vinculante y cláusulas de la escritura, de seguirse el primer criterio, bastaría con que constara que el notario ha realizado la comprobación oportuna. De seguirse el segundo criterio, el registrador debería de hacer una nueva valoración.

Avalarían el primer criterio, según reconoce el mismo Felix Merino, argumentos como los siguientes:

- 1.-Economía procedimental. Si ya hizo las comprobaciones el notario, huelga volver a comprobar.
- 2.-Hay una enumeración de lo que ha de hacer el notario en el propio artículo 18, pero no de lo que ha de hacer el registrador.
- 3.-Analogía con la calificación de las facultades de los representantes.

Sin embargo, serían argumentos para la segunda postura, en opinión del citado compañero, que tienen en mi opinión más peso, los siguientes:

- 1.-El fundamental es que el encabezado del artículo 18 recoge un mismo ámbito de facultades para notario y registrador. Aunque el notario debe de valorar el préstamo o crédito y el registrador la escritura, difícilmente ésta cumplirá con la legalidad vigente y, en concreto con los requisitos previstos en esta ley si por ejemplo, hay una divergencia entre oferta vinculante y clausulado. No se dice que la inscripción se denegará por incumplimiento de los requisitos del artículo 18, sino de los requisitos de la ley.
- 2.-No existe presunción alguna de que la valoración notarial sobre la coincidencia que pusimos como ejemplo tenga presunción de certeza. Tan sólo se deriva de ella la ausencia de ese motivo para otorgar la escritura.
- 3.- El no desarrollo de lo que ha de hacer el registrador con respecto a la actuación notarial puede deberse a la vocación de no repetirse o a algo tan prosaico como que la extensión de las facultades calificadoras por parte del registrador no estaba en el proyecto inicial. El no desarrollo también supone una falta de acotación.
- 4.- La intención del legislador es la de proteger al consumidor de estos servicios financieros. Por ello, frente al argumento alegado anteriormente de economía

procedimental, es muy razonable pensar que el Legislador haya contemplado una segunda valoración por parte de un funcionario que no es elegible por las partes.

5.- La Resolución de 18 de enero de 2011 podría haber optado por aclarar restrictivamente el ámbito de facultades del registrador, pero se limitó a hacer una acotación temporal, vedando el control de requisitos todavía no exigibles. De hecho, se analiza un requisito que no tiene que encontrarse necesariamente en la escritura como es la inscripción en el Registro especial.

A su vez, el artículo 14.3 dispone que *“el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil”*.

Por todo ello, optan los defensores de esta tesis por centrar la calificación en la valoración de aquellos documentos que afecten directamente a la operación y a los derechos del consumidor concreto y por la comprobación de que en la escritura queda huella de todas las actuaciones notariales previstas en el artículo 18.

En cuanto al análisis cada uno de los requisitos previstos por la ley en relación a estos contratos, señala Felix Merino los siguientes:

--Artículo 5... 3. Las empresas no podrán cargar cantidades superiores a las que se deriven de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas o repercutiendo gastos no previstos. Ha de aportarse, por tanto, el folleto previsto en el artículo 5.5 para comprobar que no se le han aplicado al consumidor tarifas o condiciones más gravosas.

--Artículo 4. Obligaciones de transparencia en relación con los contratos. Artículo 12. Comunicaciones comerciales y publicidad. Artículo 13. Folleto informativo sobre préstamos o créditos hipotecarios. Estos preceptos recogen obligaciones genéricas de las empresas, no referidas de modo expreso al consumidor concreto que otorga la escritura, por lo que la calificación de su cumplimiento puede ser más laxa, siendo suficiente una mera manifestación por parte de la acreedora de que se ha cumplido con dichos preceptos.

--Artículo 14. Información previa al contrato. Este artículo tiene una mayor relevancia, pues, como se ha indicado, su párrafo 3 avisa de que el incumplimiento de los requisitos podrá dar lugar a la invalidez del negocio. Por eso, debe incorporarse a la escritura copia de la información previa suministrada con su fecha o bien aportarse.

--Artículo 15. Tasación del bien y otros servicios accesorios. Debe de constar en el título la identidad de los profesionales o entidades seleccionados, así como las tarifas de los honorarios aplicables. Es sustituible por una declaración del consumidor de que se le ha entregado esta información.

--Artículo 16. Oferta vinculante. Debe de incorporarse al título o aportarse.

--Artículo 18. Deberes notariales. Debe constar en el título que el fedatario autorizante haya hecho todas las comprobaciones y advertencias previstas en el artículo 18.2. En concreto, en la escritura debe constar lo siguiente:

a) Comprobación de ausencia de discrepancias entre la información previa al contrato, las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo o del crédito y las cláusulas jurídicas y financieras del documento contractual, advirtiendo al consumidor de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

b) Comprobación de que el coste efectivo de la operación del que se informa se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo o crédito.

c) Constancia y advertencia al consumidor sobre cantidades a satisfacer al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo o crédito, o que dichas facultades del consumidor se limiten de otro modo o no se mencionan expresamente.

B.- Tesis restrictiva. Es la mayoritaria y para su defensores la necesidad de controlar los requisitos especiales de la Ley 2/2009, para poder inscribir los préstamo hipotecarios que regula la Ley, se centra en los siguientes aspectos, los cuales, en realidad, también deben comprobarse en los préstamos concedidos por las entidades crédito:

1.- Una vez transcurrido el período transitorio, deberá acreditarse que las personas físicas o jurídicas que se dediquen de manera profesional a la concesión de créditos, se encuentran inscritos en el Registro Competente (artículo 3).

Ello implica, según criterio mayoritario, que en caso de no estar el prestamista sujeto a esta Ley, deba manifestarlo así en la escritura. Como excepción, se entiende, también mayoritariamente que este requisito no es aplicable a las hipotecas en garantía de letras de cambio o títulos al portador, porque la relación subyacente –posible préstamo- no define la obligación cambiaria que es la garantizada. No obstante, algunos compañeros sí consideran exigible, en caso de

profesionalidad lo antes expuesto, aunque no los requisitos de las estipulaciones de la hipoteca.

2.- Que la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de información: folleto informativo (art. 13), tasación (art. 15), seguro de responsabilidad civil (art.7) y oferta vinculante (art.16), así como la concordancia de las mismas con el contrato y la comprobación del tipo de interés aplicable y de los costes efectivos de la operación, corresponden al notario en los términos del artículo 18-2.

El Registrador, en este aspecto, sólo deberá comprobar que el Notario ha cumplido con su deber de informar al consumidor y que en la escritura consta que se han cumplido dichos requisitos de publicidad, porque el artículo 18 sólo los impone expresamente al notario y porque no tiene medios para su comprobación. Además, piénsese que las condiciones del contrato pueden diferir de las de la oferta vinculante, porque la negociación las ha cambiado a favor del prestatario, y en ello entran en juego, también, la compensación de condiciones –ej. más diferencial a cambio de mayor plazo, etc- que hace difícil una calificación objetiva.

La calificación del Registrador, en consecuencia, por mucho que el contenido exigible por el deudor en los tribunales deba ajustarse al folleto informativo y a la oferta vinculante si se ha incumplido sin su voluntad, debe centrarse en el contrato firmado y presentado a inscripción y, por tanto, aparte de la comprobación a que alude el párrafo anterior y la calificación del derecho real de hipoteca, debe limitarse a denegar aquellas cláusulas financieras –índices de referencia de tipo de interés, límites de la fluctuación, comisiones, restricciones a la amortización anticipada y otras- que vulneren la legalidad vigente, o, también las que carezcan de trascendencia real, según el criterio que se siga.

En cuanto al concreto caso planteado, se entiende mayoritariamente, siguiendo esta segunda tesis, que el Registrador no puede hacer nada más allá de exigir una manifestación expresa en la escritura de no estar el prestamista sujeto a la Ley de referencia y de negarse a efectuar las facturas de honorarios a nombre de entidades jurídicas que no han sido parte en el negocio.

4.-P: Hipoteca cambiaria y la inutilización de las letras en procedimiento de ejecución hipotecaria. Se presentan el testimonio del auto y el mandamiento judicial correspondientes. Ante la nota de calificación de que debe indicarse que se han inutilizado las letras de cambio ejecutadas, el juez responde que no se pueden inutilizar las letras porque sólo se han cobrado parcialmente, pero, se mantiene el mandamiento de cancelación de las hipotecas cambiarias.

Se pregunta: a) si es posible entender que una letra es la que se ejecuta –pues lo cobrado cubre su valor- y la hipoteca subsiste en cuanto a la otra; b) si es procedente o no poder practicar la inscripción sólo de la adjudicación judicial de la finca en la subasta a favor de rematante, subsistiendo vigentes las hipotecas.

R: Se considera que, en principio, con carácter general es necesario para poder cancelar una hipoteca cambiaria, que conste en el mandamiento la inutilización de las letras de cambio que se ejecutan.

En relación a este punto concreto debe tenerse en cuenta que la hipoteca cambiaria, o sea, en garantía de la efectividad de letras de cambio, para que pueda constituirse debe cumplir una serie de requisitos que han ido perfilándose en las Resoluciones de la DGRN, entre las que destaca fundamentalmente la circunstancia de reseñar en la escritura los datos identificadores de las cambiales, con expresión de la clase y número del efecto en que están extendidas, y, a su vez, en cada una de éstos, expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo fe notarial, la fecha y Notario autorizante, número de protocolo, número de finca registral, folio, Tomo y Libro donde consta registrada y fecha de la inscripción.

Otra característica esencial de estas hipotecas es la *cancelación* de las mismas. Carente la hipoteca cambiaria de regulación específica en nuestra Ley Hipotecaria, su cancelación presenta especialidades con respecto a las de las hipotecas voluntarias, por cuanto en éstas el acreedor está determinado registralmente, mientras que en las hipotecas cambiarias el acreedor queda determinado por el hecho de ser tenedor legítimo de las cambiales.

Por ello, el artículo 211 del RH determina que si la cancelación se verifica por decisión o por providencia ejecutoria dictada en procedimiento ordinario o especial se hará constar la recogida e *inutilización* de los títulos de que se trate por testimonio del Secretario que intervenga en el procedimiento respectivo (cfr. Resolución de 25 de marzo de 1999), por cuanto son los mismo títulos cambiarios los que legitiman al acreedor.

En consecuencia, no puede admitirse la cancelación de la hipoteca cambiaria, a menos que, como exige el citado artículo 211 del RH, se acredite por testimonio del Secretario judicial que las letras o las cambiales han sido debidamente recogidas e inutilizadas, pues, de no ser así, la cancelación de la hipoteca puede causar indefensión (art. 24 CE) a los tenedores poseedores de las letras, si los hubiere.

Ahora bien, debe darse un significado a la circunstancia de que el mandamiento en que se ordena que se cancele la inscripción de hipoteca cambiaria, y en el auto subsanatorio del mismo, se indique respecto a la inutilización de las letras,

que habida cuenta de que la adjudicación se ha realizado por importe de ciento cincuenta mil euros y siendo la deuda total a fecha de 22 de Junio de 2010 de 274.062,38 euros, comprensiva de principal, intereses y costas, no se puede inutilizar las letras y que la letra de ciento veinte mil euros responde de la deuda existente actualmente en su totalidad, y que la otra letra por importe de 41.000 euros, esta pagada la cantidad de treinta y seis mil novecientos treinta y siete con sesenta y dos euros, y todavía ha de responder por un importe de cuatro mil sesenta y dos con treinta y ocho euros.

Pues bien, de procederse a cancelar la hipoteca cambiaria en virtud del mandamiento cancelatorio que originó el procedimiento de ejecución hipotecaria, aparecería cancelada la inscripción de hipoteca, pero las letras subsistirían en el tráfico jurídico al no haberse inutilizado las mismas, como exige el artículo 211 del RH, y seguirían exteriorizando en el propio ejemplar de cada cambial, tanto la vigencia del crédito como la subsistencia de la garantía hipotecaria, cuando ya no existe el derecho real de hipoteca con motivo de la cancelación practicada, lo que causaría total indefensión a los posibles adquirentes o tenedores posteriores de las letras, pues adquirirían éstas confiando en el propio texto del efecto, que, como título valor que es, el derecho o crédito incorporado a la cambial está unido de forma inescindible y se entiende, a todos los efectos que el derecho unido es el que resulta de la propia y estricta literalidad de la letra de cambio, por lo que resultarían inducidos a error los adquirentes o tenedores posteriores de lo que aparece en el propio título cambiario de que el crédito representado en la letra sigue estando garantizado con la hipoteca ya cancelada, dando la apariencia de una garantía real que ya no existe, pues según ordena el artículo 97 LH: *“Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera”*.

De todo lo dicho resulta que se frustraría así, respecto de los posibles futuros adquirentes y tenedores de las letras, un principio fundamental en Derecho, como es la protección a la apariencia que resulta de los propios títulos cambiarios que se les han exhibido, y con base en esa literalidad adquirieron los efectos en los que aún aparecería que el crédito está garantizado con la hipoteca cambiaria, aunque registralmente ya estaba cancelada la misma.

Sin embargo, se considera admisible, dado que subsistiría el crédito cambiario sin la garantía hipotecaria por su cancelación, practicar el asiento de cancelación registral si en cada una de las letras de cambio, como mínimo, se extiende una nota por el Juez o por el Secretario haciéndose constar que queda cancelada la hipoteca que garantizaba el pago de la letra, pues si no se hiciera así, como se ha indicado, los posibles tenedores futuros de las cambiales, podrían ser inducidos a engaño o error por lo que aparece en los mismos títulos cambiarios, que exteriorizarían que sigue estando el crédito garantizado con hipoteca inexistente.

5.-P: Dos fincas A (gravada con una hipoteca a favor del Banco P) y B (libre de cargas), pertenecientes a las sociedades A y B respectivamente, se agrupan a la vez que se practica un exceso de cabida dando lugar a la Finca C (de la que el 30% corresponde a la sociedad A y el 70% a la sociedad B).

En la finca C, se anota un embargo en favor del Banco P exclusivamente sobre el 30% titularidad de la sociedad A.

Ahora pretenden volver a la situación originaria deshaciendo la agrupación y el exceso de cabida del modo que sigue: 1.- La finca A: con la hipoteca en favor del Banco P y el embargo también en favor de P; 2.- La finca B: libre de cargas. Todo ello sin prestar consentimiento el Banco P

Preguntas: ¿Se necesitaría el consentimiento del acreedor hipotecario?, ¿el embargo se arrastraría necesariamente a las dos fincas o, es posible ese arrastre selectivo de cargas al no ser la sociedad B deudora del Banco P?

R: Mayoritariamente se entiende que por aplicación analógica del artículo 11 del RD 1093/1997, que a su vez es un trasunto de los principios generales hipotecarios, por aplicación del principio de subrogación legal y dado que no existen dudas de que el 30% de la finca agrupada se corresponde con una de la anteriores originarias –otra cosa sería si la segregación diera lugar a fincas radicalmente distintas a las originales-, es posible que hacer ese arrastre selectivo sin necesidad del consentimiento ni del titular de la hipoteca ni el de la anotación de embargo.

Si por el contrario se quisiera repartir el exceso de cabida inscrito entre las fincas divididas, sí se considera necesario ambos consentimientos, pues al no existir constancia de a cuál de las fincas correspondía el exceso de cabida o qué proporción, no es posible aplicar el principio de subrogación real.

6.-P: Es posible la acumulación de ejecuciones de bienes inmuebles, es decir, de dos hipotecas distintas aunque del mismo acreedor, dos embargos, o una hipoteca y un embargo.

R: Se considera que sí son posibles pues así lo tiene previsto la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 555 siempre que el acreedor ejecutante y el deudor ejecutado coincidan, siendo tribunal competente el que conozca del proceso más antiguo.

Existe la salvedad referida al supuesto de ejecución de bienes hipotecados, en cuyo caso sólo podrá acumularse a otros procesos de ejecución en que también se hagan efectivas garantías hipotecarias sobre los mismos bienes.

7.-P: En las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, en que en la escritura únicamente se reflejan las cláusulas de la hipoteca y existe una mera remisión y reseña somera –número, principal de saldo y plazo inicial- de las pólizas que recogen los contratos garantizados, ¿Es necesario la aportación de dichas pólizas intervenidas?

R: Indudablemente sí porque la nueva regulación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha supuesto un cambio en la práctica del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca que ahora exige “*la identificación de la obligaciones garantizadas*”, no en cuanto a tales obligaciones, sino en la medida que delimitan el contenido del derecho real de hipoteca, delimitación que, por otra parte es imprescindible en un sistema de accesoriedad como el español.

En este sentido, hay que destacar que, en esta misma dirección, la nueva redacción del artículo 130 de la Ley Hipotecaria sólo permite la ejecución “*sobre la base de los extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*”, y por ello, la importancia que ha adquirido el reflejo registral de las cláusulas que configuran la obligación garantizada, siempre claro que reúnan los requisitos para su inscripción –no ser contrarias a la ley, abusivas o accesorias-.

8.-P: Existe inscrita una hipoteca sobre una vivienda y luego una anotación de concurso de unos particulares. Ahora se pide por un juez distinto al del Concurso, la certificación de dominio y cargas. ¿Se puede expedir?

R: Debe partirse para resolver esta cuestión de lo dispuesto en los artículos 10 y 56 de la Ley Concursal, que respectivamente señalan que debe entenderse por “centro de interés principal” y que las ejecuciones de garantías reales de la sociedad concursada se paralizarán si los bienes gravados estuvieren afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva, hasta que se apruebe el concurso cuyo contenido no afecte a dicha ejecución o haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

En el presente supuesto, dado que se trata de una caso de concurso de particulares, salvo que la finca hipotecada se trate de un local comercial o de un despacho profesional, no sería aplicable la doctrina citada del “centro de interés principal” y, por tanto, podría seguirse con la tramitación de la ejecución de la hipoteca.

En consecuencia con todo lo anterior, deberá expedirse la certificación solicitada, pero simultáneamente se considera necesario notificar al juez del concurso el inicio de la ejecución hipotecaria, en cuanto que ésta puede

afectar al resultado del concurso, aplicando analógicamente lo dispuesto en los artículos 135 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento.

9.-P: Se deniega en su día una expedición de certificación de cargas para un procedimiento de ejecución hipotecaria por un obstáculo que surge del Registro, en concreto, figuraba anotada la declaración de concurso del deudor. Se califica con defecto el mandamiento y se prorroga el asiento durante el plazo de 60 días hábiles.

Durante este plazo de prórroga desaparece el defecto por haberse transmitido la finca a un tercero por subasta ante el Juez del concurso. ¿Debe expedirse ahora la certificación en su día solicitada puesto que el asiento de presentación está vigente, ha desaparecido el defecto y en el Registro sigue constando el duplicado del mandamiento?

R: Mayoritariamente se estima que no pues, entre otras circunstancias, es posible incluso que se haya pagado la deuda. La actuación a seguir, según criterio mayoritario, es notificar al juzgado competente el levantamiento del impedimento para la expedición de la certificación, para que éste actúe en consecuencia, reiterando o no su solicitud.

10.-P: En un procedimiento de ejecución hipotecaria se adjudicó en el año 2009 la finca al ejecutante, que cedió en el mismo acto el remate a favor de la sociedad gestora de un fondo de titulización y así se inscribió.

Ahora presentan una escritura de “cesión de activos inmobiliarios” por la que dicha sociedad gestora cede la finca al Fondo de Titulización de activos, señalando como causa de la transmisión la subsanación del error cometido al efectuarse la cesión del remate, ya que se trataba de un préstamo hipotecario cuyos derechos habían sido cedidos al citado Fondo y por tanto el remate debió cederse al mismo y no a su sociedad gestora (parece que el remate se cedió a la gestora ante la dificultad de inscribir a favor del Fondo antes de la reforma de 9 de abril de 2010), y por tanto hacen constar que el precio de la cesión son 0 euros. ¿Es inscribible?

R: Sí, siempre que se acredite por certificado de la sociedad gestora que el fondo en concreto al que se cede fuera el titular del título hipotecario derivado de la hipoteca ejecutada.

Es cierto que esa fue una de las variadas fórmulas que se utilizaron, antes del Real Decreto-ley 6/2010 de 9 de abril de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, para lograr inscribir los bienes en el Registro sin tener que practicar la inscripción a favor del Banco o Caja titular

registrar de la hipoteca, al parecer para evitar las provisiones que exige el Banco de España en tales supuestos.

Tras dicho RD-L, como es sabido, ya se reconoce en su artículo 27 que los fondos de titulización de activos pueden ser titulares registrales de inmuebles adjudicados por cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de los derechos de crédito de que son titulares, en particular por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, por la enajenación o explotación de los inmuebles adjudicados o dados en pago como consecuencia de las citadas ejecuciones.

11.-P: Se presenta una escritura de hipoteca en que la tasación a efectos de la subasta del procedimiento ejecutivo directo es inferior a la de la tasación de entidad homologada incorporada a la misma y, además, en una de las cláusulas se autoriza a la entidad acreedora para ceder el crédito sin notificación al deudor y para su titulación en el mercado secundario. ¿Se puede inscribir?

R: Esta cuestión ya ha sido tratada por este seminario y el criterio del mismo, que se ratifica, es el siguiente:

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 –cfr RD 716/2009-, 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 movilizado 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.

Todo ello hace que la escritura de referencia deba ser inscrita con la indicación de la tasación pactada por las partes, y con la denegación de la estipulación que hace referencia a la posibilidad de titularizar la hipoteca.

12.-P: ¿Se pueden inscribir cesiones de créditos sin que en la escritura de transmisión de la titularidad en la hipoteca conste ni el propio contrato de cesión de créditos ni el precio pagado, forma y medios de pago, alegándose en defensa de la esa no indicación, que la cesión está sujeta a un derecho extranjero que no le exige?.

R: En primer lugar, como ya se ha indicado en otros casos planteados en este seminario, debe quedar claro que la legislación aplicable es la española dado que según el artículo 10 del Código Civil la propiedad la posesión y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen.

Como consecuencia de ello, en este caso deberá exigirse la constancia del precio de la cesión porque la legislación hipotecaria española prevé para el acceso al registro de transmisiones inmobiliarias o de créditos hipotecarios que éstas sean causales y, en el caso de contratos con contraprestaciones, la expresión de éstas en el asiento y la especificación de la forma y de los medios de pago (artículos 10 y 254 de la Ley Hipotecaria y concordantes).

Además, si lo que se escritura, como ocurre en este caso, es una mera declaración de la existencia de un contrato de cesión de créditos hipotecarios, a los efectos de la inscripción registral, dicho contrato debe ser objeto de incorporación a la escritura y ratificación en la misma, para la adecuada calificación del negocio jurídico realizado y para poder practicar la inscripción de la titularidad de la hipoteca que garantiza el crédito a favor del cesionario (artículos 149 de la LH y 1526 del CC).

Por último, si el contrato de cesión se hubiere otorgado fuera de España y estuviere redactado en idioma extranjero, deberá ser objeto de las oportunas traducción por interprete jurado y apostilla.

13.-P: Examen del documento electrónico remitido por la Comunidad de Madrid para hacer constar en el Registro la aceptación de una hipoteca unilateral y su validez como documento inscribible.

R: El documento presentado recoge la aceptación de una hipoteca unilateral y se dice que ha sido firmado por el Director General de Tributos y Ordenación y Gestión del Juego mediante firma electrónica. En el mismo documento se hace constar que la autenticidad del mismo se puede comprobar en el sitio www.madrid.org.

En la citada página web se puede acceder a la opción “verificación de documentos electrónicos”, que permite comprobar la autenticidad de los documentos electrónicos generados por la Comunidad de Madrid. Para ello se solicita un código de verificación electrónica (COVE) consistente en un número de 22 dígitos que debe figurar en los documentos electrónicos generados por la Comunidad de Madrid. Lo que ocurre es que en el documento presentado no constan estos 22 dígitos, probablemente por error en el traslado a papel del documento electrónico. Esta omisión impide que se pueda considerar un documento auténtico ya que, según establece el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos: *“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.”*

Estos requisitos no pueden entenderse cumplidos en el documento presentado, pues al no constar el código de verificación electrónica, no es posible comprobar la autenticidad del documento electrónico generado por la Comunidad de Madrid y, por tanto, no se puede considerar documento auténtico e inscribible en los términos del artículo 3 LH, 1216 Código Civil y 34 del Reglamento Hipotecario.

14.- P: Estudio de la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2011 que publica el BOE del sábado 4 de junio, relativa a una ampliación de hipoteca que contradice lo que se ha defendido siempre por este seminario y lo que viene siendo la práctica habitual en los Registros. Estudio del documento alternativo que se acompaña.

R: Los fundamentos de derecho de la resolución números 4 a 6 dicen.

“4. De acuerdo con lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho puede concluirse, que en las llamadas ampliaciones de préstamo hipotecario

con incremento de responsabilidad hipotecaria: 1.–Que entre las partes contratantes se produce la unificación del pago de dos obligaciones, a los efectos previstos en el artículo 1169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularán también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda; 2.–Que frente a terceros -situación concursal (cfr. artículos 71 y 73 de la Ley Concursal) o la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia (cfr. artículo 1924.3.a) en relación con el 1929 del Código Civil), etc.–habrá de entenderse que existen dos obligaciones. 3.–Que siendo la cuota de pago única, respecto de la delicada cuestión de a qué parte de crédito, al inicial o al ampliado, ha de imputarse el pago, con efectos frente a terceros, habrán de aplicarse las normas del Código Civil relativas a la imputación de pagos (cfr. artículo 1172, 1173 y 1174 del Código Civil); y, 4.–Que en relación con el derecho real de hipoteca, sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, no una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, pues esto último contradice su indivisibilidad legal (artículo 1860 del Código Civil) y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente.

5. Por lo que se refiere al supuesto de hecho concreto del presente expediente, el recurso ha de ser estimado. Aunque la cuota del préstamo hipotecario resultante de la ampliación sea única y se calcule en función del nuevo tipo de interés, en lo que es propiamente la ampliación de hipoteca debe procederse de la misma forma que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango. De modo que, registralmente debe quedar perfectamente determinado por separado el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria (cfr. artículo 12 de la Ley Hipotecaria) tanto del préstamo inicial –calculada en función del tipo de interés inicial– como de la parte ampliada –calculada en función del tipo de interés actual–, como ocurre en el título presentado a inscripción.

6. Por eso, a título meramente informativo, sin trascendencia real hipotecaria, se pueden adicionar ambas responsabilidades hipotecarias, pero no debe alterarse la responsabilidad hipotecaria de la inicial hipoteca mediante la aplicación de los plazos y tipos de interés de la segunda, salvo que además se pretenda una cancelación parcial de la primera. Por eso es correcta la cláusula novena del título, ya que –como señaló la Resolución de 10 de octubre de 2006– es conveniente tras la especificación de la parte de responsabilidad hipotecaria correspondiente al préstamo inicial y a la parte ampliada del mismo, consignar la total resultante por la suma de ambas. Aunque su omisión no es obstáculo a la inscripción dado que es el resultado de una mera suma aritmética entre ambas cifras de responsabilidad hipotecaria.”

Sin embargo, como se ha dicho otras veces en este seminario, se están poniendo en casos idénticos al que ha motivado esta resolución, notas de calificación negativa con el siguiente contenido: “Si se quiere que la ampliación de hipoteca se inscriba con el mismo rango que la anterior, y no como segunda hipoteca, es preciso que se establezca en garantía de una sola obligación con un régimen único y uniforme, debiendo ser la hipoteca también única y uniforme, por lo que deberá calcularse al mismo tipo todos los conceptos garantizados respecto del antiguo y nuevo principal y teniendo en cuenta las modificaciones efectuadas. Es inadecuado, por tanto, como ocurre en el presente supuesto, la mera suma de las antiguas y las nuevas responsabilidades, debiendo recalcularse la total responsabilidad hipotecaria aplicando el mismo régimen al antiguo y al nuevo principal, en cuanto a los intereses ordinarios y de demora. Todo por aplicación de los principios de accesoriedad, indivisibilidad y única prioridad hipotecaria, y de los artículos 1.212, 1.528, 1.857 y 1.860 del Código Civil, 12, 24, 25, 104 y 122 de la Ley Hipotecaria”.

Los contertulios se mostraron de acuerdo, en términos generales, con la opinión de Fernando Canals y Ángel Valero en sus respectivos trabajos sobre la denominada hipoteca recargable –análisis del 4 de la Ley 2/1994-. Así nadie entiende que se diga que el resultado de la ampliación de capital sea una sola hipoteca pero que, a efectos prácticos son dos, pues lo importante, se dice, son los efectos prácticos, no el nombre que se le de a cada figura y lo que hace la DGRN es decir una cosa y la contraria.

Se opina que si se modificó la Ley 2/94 por la Ley 41/2007, no lo fue para confirmar un criterio de la DGRN que contradice su texto, sino para dejar claro que la ampliación de capital –salvo que implicara un aumento de la responsabilidad hipotecaria- debía considerarse como un supuesto de novación modificativa de la hipoteca y no de novación extintiva (que en puridad era lo que se debía considerar con la legislación anterior y así venían haciendo algunos compañeros). Por este motivo -de considerar la ampliación como novación modificativa y no extintiva-, tiene sentido que se pida el consentimiento de los titulares de cargas posteriores; pues si en la práctica funcionan como dos hipotecas, la inicial y la ampliada, ¿qué sentido tiene pedir el consentimiento de los titulares de cargas intermedias?. Se inscribiría sin más y cada una con su rango y a correr se señala gráficamente.

Además, decir que a efectos prácticos son dos hipotecas es no decir nada, porque no resuelve los múltiples problemas que puede plantear en la práctica una ejecución. Por todo ello, se optó casi unánimemente por seguir manteniendo la nota de calificación en los términos que resultaban de las anteriores reuniones del Seminario. Sobre todo cuando resulta claramente de los términos de la escritura, como suele ocurrir, que lo querido por las partes es una única hipoteca, que garantice una única obligación con un solo rango.

ANEXO II. LA AMPLIACIÓN DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR AMPLIACIÓN DE CAPITAL EXISTIENDO CARGAS INTERMEDIAS. Con los argumentos del libro de Fernando Canals “La recarga de la hipoteca”.

“El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en su redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 diciembre, que entró en vigor el día 9 de diciembre, establece lo siguiente:

3. 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 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 harán 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.

La dicción de la Ley parece clara: en el caso de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, es la hipoteca inscrita la que ve su rango alterado o perdido.

Ello significa que, en caso de existir cargas intermedias y de acuerdo con el principio de especialidad, es obligado para las partes la necesaria constitución de una hipoteca nueva que garantice la ampliación de la obligación primera, so pena de pérdida del rango de la hipoteca inicialmente constituida. Según la nueva redacción de la Ley, si las partes no desdoblán las obligaciones (inicial y ampliación) y constituyen una garantía propia para la nueva, sino que pretenden construir la nueva obligación como ampliación de capital e imponer en todo caso su voluntad de “novación modificativa” de la obligación primera, será a cambio de la pérdida de rango de ésta. Así resulta del tenor literal de la norma “alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita”. Sólo puede alterar el rango el que lo tiene, esto es, la hipoteca inicial, porque la modificación no figura inscrita.

Así lo ha entendido también la propia DGRN en su resolución 11 de diciembre de 2008, después de la reforma legal, donde sólo habla de pérdida de rango de la hipoteca inscrita, sin hacer ninguna referencia a la posibilidad de la inscripción de la ampliación con rango propio y posterior al de la carga intermedia. Dice textualmente:

“Dado que ahora la escritura de novación de la hipoteca unilateral inicial (integrada por la novación propiamente dicha –calificada por el notario autorizante de extensión a la vía contencioso administrativa de la hipoteca unilateral a favor del Estado– y por la escritura de subsanación posterior de la misma) claramente supone un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora respecto de la que aparece inscrita en el Registro de la Propiedad, se requiere el consentimiento de los titulares de cargas intermedias, en este caso del Estado, titular de otra hipoteca unilateral a su favor constituida con posterioridad a la que ahora se modifica, si se quiere mantener el rango de la hipoteca modificada (cfr. artículo 2 Ley 2/1994 en su redacción tras Ley 41/2007).”

No se puede entender que la alteración o pérdida de rango no se produce respecto de la hipoteca inscrita, sino sólo respecto de la modificación pactada, que ostentará un rango posterior al que gozan los titulares de derechos inscritos después de esta hipoteca inicial. Esta idea, sostenida por diversas resoluciones anteriores a la reforma operada por la Ley 41/2007 (RRDGRN 26/05/2001, 17/01/2002, 30/04/2002 Y 08/06/2002), de desdoblamiento de la hipoteca en otras dos, o en dos rangos diferentes, que garantizarían respectivamente el préstamo inicial y su ampliación (aunque tal préstamo inicial y su ampliación hubieran pasado a fusionarse en una obligación única) no queda amparada por la dicción actual de la Ley. Además tal interpretación plantea innumerables problemas.

En primer lugar, una vez que se produce una fusión de ambas obligaciones (préstamo inicial, y ampliación) para pasar a ser considerado un préstamo único, la primera deja de ser reconocible, y es imposible para los terceros determinar qué parte de la nueva cuota única de amortización se imputa a una u otra obligación. No existe una yuxtaposición de obligaciones que permita el seguimiento separado de éstas y de sus respectivas garantías, esencial para los terceros con derechos inscritos en el intermedio.

Desde el punto de vista del derecho real, existiendo terceros, la inscripción de hipoteca y la inscripción de su ampliación, deberían distinguir la obligación garantizada respectivamente por cada una, por imperativo del artículo 12 L.H. que exige que se precise claramente cuáles son las responsabilidades objeto de garantía. Si se establece, como es el caso, un único cuadro de amortización, podría pensarse que cada uno de los vencimientos de la deuda debe imputarse a ambas obligaciones, en la proporción correspondiente al capital de cada una de ellas. Pero si se hace así resultaría que la hipoteca antigua garantizaría parte de la obligación nueva, y la nueva parte de la antigua.

Además, si se inscribieran como dos hipotecas, inicial y ampliación, cada una con su rango, se tendría que poder proceder a la ejecución separada de cada una

de ellas, no cabría ejecución única, sin perjuicio de una posible acumulación de acciones hipotecarias, que exigiría distinguir claramente lo reclamado por cada obligación, primitiva y nueva ampliación. Pero la situación se complica más en el caso de que en la ejecución no se reclame la totalidad de la deuda, sino algún plazo impagado (arts. 127 LH y 693 LECiv). ¿A cuál de las hipotecas se imputa la ejecución? ¿Corresponde la elección al acreedor? ¿Podría el acreedor optar por ejecutar una u otra hipoteca?

Y si se entiende que, en realidad no hay dos hipotecas, sino una sola con dos preferencias crediticias, se produce un grave daño a la seguridad jurídica, y es incompatible con un sistema registral de inscripción de derechos como el nuestro, ya que supone la derivación a sistemas de publicidad ajenos a la fe pública registral. Si el Registro aspira a cumplir su función de dar seguridad y certidumbre a la situación jurídica de los inmuebles (artículo 38 L.H), el rango de los derechos no puede quedar en la incertidumbre. De modo que o el único derecho conserva su rango, o si no, el principio de especialidad exige la determinación de los dos derechos distintos cada uno con su contenido propio y su rango.

Finalmente, todo ello produce una vulneración del principio de rogación ya que lo que se pacta en la escritura y se solicita es la existencia de una sola hipoteca en garantía de una sola obligación, resultando ésta de la novación cumulativa de la preexistente, y sin consentimiento del interesado, transformando su voluntad en una situación nada definida de existencia aparente de dos hipotecas garantizadoras de sendas sumas máximas de dos obligaciones que no se definen, pues aparecen fusionadas en la única querida por las partes”.

14.- P: Se presenta en el Registro un mandamiento librado en autos ejecución hipotecaria directa en el que se inserta una providencia del Juez por la que señala que: *“De conformidad con lo acordado en auto de de fecha 18 de mayo de 2010 y estando pagada el importe de la hipoteca se tiene por enervada la acción real hipotecaria de la finca registral x, inscripción x, y una vez firme esta resolución se acuerda librar mandamiento de cancelación dicha inscripción”* A continuación el mandamiento, haciendo constar que la providencia es firme, ordena: *la cancelación de la HIPOTECA inscripción x que a resultas del presente procedimiento se ordenó practicar en su día sobre el bien hipotecado..., ello en virtud de lo prevenido en el artículo 688 en relación con el número 2, segundo párrafo de la LEC”*. Parece ser que la deuda fue satisfecha por los deudores mediante consignación en el seno del procedimiento judicial y por los deudores se le solicitó al Juez que ordenara cancelar la hipoteca de conformidad con los arts. 1180 del Código Civil y 180 del Reglamento Hipotecario, a lo que este ha accedido.

¿Es posible cancelar la hipoteca de esa manera? ¿No sería necesaria la escritura pública o sentencia firme en los términos del artículo 82 de la Ley?

R: El documento presentado sería admisible para la cancelación de la hipoteca, siempre que del mismo resulte claramente que se ha dado cumplimiento a los requisitos del artículo 1.180 del Código Civil. Este precepto establece: *“Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación. Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación”*.

Por lo tanto, debe resultar de la providencia que el acreedor ha aceptado la consignación o que el Juez la ha declarado bien hecha para poder practicar la cancelación. Así se ha resuelto en alguna ocasión por la DGRN (Vid. Resolución de 10 de septiembre de 2005). En el supuesto resuelto en la citada resolución no se admitió la cancelación de una hipoteca, por pago, en virtud de mandamiento judicial en el que se declaraba que la finca afectada por la cancelación ordenada "se liquidó previamente a la celebración de la subasta el total de las cantidades por la que respondía la misma". Resuelve el Centro Directivo que, si bien la regla general que exige la escritura pública para cancelar por pago una hipoteca admite excepciones, entre éstas no cabe la del caso debatido, pues la frase contenida en el mandamiento, por su confusión, no es suficiente para calificar adecuadamente la documentación presentada. Aclarando que si, como alegaba el recurrente, hubiera habido consignación de todas las cantidades, así como declaración judicial de estar la consignación bien hecha, el documento judicial correspondiente sí sería entonces suficiente para la cancelación pretendida.

LEASING.

1.-P: Está inscrito un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra otorgado por el banco C, titular de la finca, a favor de una sociedad F. Después está anotado un embargo sobre los derechos del arrendatario F a favor del banco P. Consta nota de expedición de certificación de cargas para el procedimiento en que se embargó la finca.

Ahora el banco, titular de la finca, C obtiene sentencia en que se declara resuelto el arrendamiento por impago. La demanda está dirigida solamente contra el arrendatario F.

¿Puede cancelarse la inscripción de arrendamiento sin haber demandado al titular del embargo? ¿Qué pasa con ese embargo sobre un derecho que se extingue?

R: Aunque se haya obtenido judicialmente la resolución del leasing, es aplicable la doctrina general de que para cancelar las inscripciones posteriores a una compra con condición resolutoria por lo que es necesario depositar a favor de sus titulares las cantidades que hubieran entregado al vendedor o, en este caso, arrendador financiero –salvo que el juez haya dispuesto su pérdida por el comprador- y fundamentalmente porque en el procedimiento se debió citar, al menos, al titular de la anotación de embargo, porque los efectos de las sentencias se limitan a las partes y por el principio constitucional de tutela judicial efectiva del que es trasunto el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Algunos compañeros estiman aplicables las resoluciones de la DGRN de 2 de julio de 1999, 8 de febrero de 2000, 22 de enero de 2001 y de 15 de noviembre de 2005, entre otras, que se pronuncian en el sentido de que se puede reinscribir la finca a favor del vendedor –en este caso cancelar el leasing-, pero no se puede cancelar la anotación de embargo. No se produce, según este grupo de compañeros, una extinción del objeto del embargo porque al igual que en caso de ejecución de una finca que es objeto de la agrupación, que luego se desharía en caso de ejecución, en caso de subasta reviviría el leasing.

Pero otros compañeros señalan que dada la especial naturaleza del objeto del embargo, tampoco es posible la extinción del leasing, al menos en su aspecto de opción de compra, de tal manera que si se produce la ejecución, el rematante –aparte de lo ofrecido en subasta- si se quiere quedar con la finca debería pagar el precio de compra de la opción más las cuotas de arrendamiento no pagadas por el ejecutado. La reinscripción no operaría, en caso de cancelación del leasing, porque el dominio de la finca sigue siendo del arrendador.

2.-P: Se presenta escritura de resolución anticipada de contrato de leasing o arrendamiento financiero inmobiliario. Sobre el derecho del arrendatario y la opción de comprar figura anotada un embargo.

R: Según la DGRN (Resolución 2 de julio de 1999 y otras) en caso de resolución convencional, aprobada judicialmente, de un contrato de arrendamiento financiero, no puede ser cancelado el embargo si el acuerdo de resolución se produjo exclusivamente entre arrendador y arrendatario (y así lo sancionó el Auto judicial), sin que hayan intervenido los titulares de aquélla. Pero que debe inscribirse la resolución del contrato, a fin de desvirtuar la apariencia de titularidad actual del arrendatario financiero e impedir, al menos, el acceso al Registro de eventuales actos dispositivos que, a pesar de la resolución declarada, pudieran ser otorgados posteriormente.

Esto está muy bien, se indica, pero, ¿Cuál es la situación en la que queda la finca con un embargo sobre un derecho ahora inexistente? ¿Debe notificarse la resolución del contrato al Juzgado donde se sigue el procedimiento?

La cuestión ya ha sido tratada en varias sesiones anteriores del seminario considerando acertada la postura de la DGRN, aunque reconociéndose la situación anómala que se produce al publicar el registro el embargo de un derecho que se ha extinguido. Lo que sí entendió exigible, en todo caso, es la comunicación de la resolución y de la inscripción practicada al Juzgado donde se sigue el procedimiento en el que se trabó el embargo, como asiento posterior que puede afectar a la ejecución (artículo 135 LH). Y será el Juez de ese procedimiento el que deba tomar la decisión de cancelar el embargo o bien sustituir la traba por otros bienes del deudor.

LEGALIZACIÓN DE LIBROS.

1.-P: ¿Cabe legalizar el libro de actas de una comunidad de usuarios de pabellones oficiales de la Guardia civil?

R: La Orden General nº 5 dada en Madrid el 19 de mayo de 2005 dictada por el Excmo Director General de la Guardia Civil, publicada en el Boletín Oficial del Cuerpo nº 15 de 31 de mayo de 2005 sobre regulación de pabellones oficiales de la Guardia Civil, prevé en su artículo 31 tal legalización por parte del registrador de la Propiedad.

Según la Exposición de Motivos la filosofía de la nueva Orden puede sintetizarse en lo siguiente: la Administración continuará encargándose de la gestión y administración de los pabellones, salvo que los interesados opten por una forma de autogestión de los intereses comunes constituyendo una comunidad de usuarios. La Dirección General de la Guardia Civil, como titular de los bienes puestos a su disposición, ostenta unas obligaciones irrenunciables como garante de que los pabellones presenten unas condiciones dignas de habitabilidad así como respecto a la conservación y reparación de los inmuebles; pero los beneficiarios de las viviendas asumen, a su vez, el compromiso de sufragar los gastos que la utilización ordinaria del pabellón les supone. Las cantidades recaudadas por ese concepto, conocidas como gastos comunes, cuando son consecutivas al disfrute de zonas o servicios de utilización general, no tienen naturaleza pública, pues en su gestión y recaudación no se van a utilizar prerrogativas propias del Derecho Administrativo sino que se conceptúan como fondos de naturaleza privada, llamados a afrontar pagos de servicios y suministros prestados en régimen de derecho privado por lo que la intención de la norma es que sean gestionados por los afectados en términos que garanticen la transparencia y la eficacia.

El instrumento diseñado para la autogestión de las cuotas de participación en los gastos comunes es la denominada comunidad de usuarios, en cuya configuración se han tenido en cuenta las normas sobre las comunidades de propietarios de la Ley de Propiedad Horizontal -con las salvedades propias de que no se trata de propietarios, sino de usuarios de bienes ajenos-. Para el régimen de funcionamiento y administración, se acude a fórmulas propias del Derecho privado, reconociendo a la Comunidad una cierta capacidad jurídica, limitada a la gestión de los asuntos comunes, siguiendo el modelo de las comunidades de bienes o derechos reguladas en los artículos 392 al 401 del Código Civil, bajo el principio rector de la participación equitativa en el disfrute de derechos y reparto de cargas.

A la vista de esta regulación y de la interpretación extensiva que ha venido haciendo la DGRN en orden a la posibilidad de legalización de libros para comunidades análogas a las sujetas a la Ley de Propiedad Horizontal, se entendió por todos que se debería admitir la legalización de los libros de estas comunidades. Así la resolución DGRN de 22 de mayo de 2008 ya señaló que la diversidad de supuestos que se pueden dar en la práctica llevan a admitir la legalización en situación no previstas expresamente en el artículo 415 RH, pero siempre que de la documentación aportada se desprenda que el libro está llamado a reflejar acuerdos propios de un órgano colectivo, emanación de una colectividad de propietarios que funcionen en forma similar a las de una comunidad horizontal o conjunto inmobiliario.

Se indica colateralmente por un compañero que la indicada Orden ha sido impugnada por la “asociación unificada de guardias civiles”, alegando *“que la Dirección General de la Guardia Civil, titular de los bienes estudiados, ostenta unas obligaciones irrenunciables como garante de que los pabellones presenten unas condiciones dignas de habitabilidad, así como respecto a la conservación y reparación de los inmuebles. Cuestión diferente, como arriba se indica, es el compromiso de los beneficiarios de las viviendas de sufragar los gastos que la utilización ordinaria les supone. Obligación que no puede ir más allá de esta cuestión puntual, y que de ningún modo debe suponer la aportación a un fondo económico, u obligaciones a través de asignación de cargos (vicepresidente, secretario o administrador), que sustituyan las competencias que a la propia Administración, como propietaria, le corresponden”*, pero que el recurso ha sido inadmitido por falta de legitimación por Sentencia núm. 524/2009 de 30 marzo del TSJM.

2.-P: ¿Es posible diligenciar un libro de actas que contiene ya un acuerdo, haciendo constar en la diligencia tal circunstancia, con especificación del acuerdo, su fecha y los folios que ocupa?

R: Sí es posible diligenciar el libro de actas, extendiendo la diligencia en el primer folio no utilizado y haciendo constar expresamente el número de folios en blanco y sin utilizar que existen a continuación. Se indicará que se extiende la diligencia en el folio 2 y que el libro consta de 99 folios inutilizados a la fecha de la extensión. Se podría indicar que se hace así porque el folio 1 ya se encuentra utilizado, aunque tal indicación no es necesaria pues lo que en éste conste extendido nunca se puede considerar plasmado en un libro debidamente diligenciado.

Lo que no debe hacerse nunca es especificar el acuerdo y su fecha, pues supondría dar una cierta “formalidad” u “oficialidad” a lo que en él se refleje. Lo más que se podría considerar es que la fecha de la extensión del acuerdo es, como mínimo, la fecha de la propia diligencia.

OBRA NUEVA.

1.-P: AMPLIACIÓN OBRA NUEVA. En 1997 se inscribe la obra nueva en construcción de una vivienda unifamiliar. Según la inscripción se obtuvo licencia del Ayuntamiento de 19 de marzo de 1997, y se certificó por arquitecto en junio de 1997 que la descripción de la obra declarada en construcción se ajustaba al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

El 23 de febrero de 2011 se otorga escritura por la que los propietarios dicen que **AMPLIARON** la obra nueva de manera que: la planta sótano pasa de 55 m² a 179 m²; la planta baja pasa de 148 m² a 156 m²; y aparece una planta bajo cubierta de 86 m² que antes no se declaró. Manifiestan que la totalidad de la obra finalizó el 31 de diciembre de 1998.

Se incorpora a la escritura:

- Certificado de fin de obra expedido por el arquitecto que certificó en su día para la inscripción de la obra nueva en construcción de fecha julio de 1998. Es el certificado de fin de obra general que dice que se ha terminado conforme al proyecto aprobado.

- Certificado catastral descriptivo y gráfico donde figura año de construcción 1998 y con las superficies que resultan de la ampliación de la obra nueva.

- Certificado del Ayuntamiento de 16 de febrero de 2011 que recoge que, según informe de la arquitecta municipal, la vivienda según catastro data de 1998, la ordenanza de aplicación según el Plan General en vigor de 2009 es unifamiliar grado 2 RU-2 y, revisados los archivos municipales desde 2007 hasta la fecha se comprueba que en los últimos cuatro años no consta incoado ningún expediente de infracción urbanística ni expediente sancionador.

Parece que es contradictoria la documentación presentada pues mientras el certificado del técnico asegura que se ha finalizado la obra nueva conforme al proyecto aprobado, en Catastro figura a la misma fecha con una descripción distinta.

R: El compañero que planteó la cuestión entendía que la documentación aportada con el título sólo permite hacer constar, si así lo solicitara el interesado, la terminación de la obra nueva declarada en construcción con la descripción que figura ya en el Registro, puesto que se aporta la certificación expedida por el técnico que redactó el proyecto para el que se obtuvo la licencia que acredita su finalización conforme a 20 de julio de 1998, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 20 TR Ley del Suelo de 2008, y artículo 46 el RD 1093/1997, de 4 de julio de normas complementarias.

Por el contrario, en cuanto a la ampliación de la obra nueva, deberían cumplirse los mismos requisitos establecidos en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo. Esta exigencia es aplicable a las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio (Resolución DGRN de 11/02/2009). Según esta misma resolución, la apreciación de si se está o no ante una alteración sustancial queda circunscrita a la manifestación, bajo su responsabilidad, del técnico competente.

En el caso que nos ocupa no se acompaña la licencia o autorización que ampare la ampliación realizada, ni el certificado del técnico que acredite que la descripción final se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, ni tampoco se cumple la exigencia de acreditar, en su caso y en relación con Ley 38/1999 General de Ordenación de la Edificación, la constitución y vigencia de determinado seguro decenal de daños. A los efectos de la eventual exoneración de la obligación de constituir ese seguro decenal por ser autopromotor de una única vivienda unifamiliar, se recuerda que es imprescindible la manifestación expresa por parte del declarante de que la vivienda se va a destinar a uso propio, sin que el Registrador tenga la obligación de deducir tal extremo del contexto de la escritura (Resoluciones DGRN de 05/04/2008).

Señaló, el citado compañero, por otra parte, que no procede la inscripción de la ampliación de la obra nueva, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 del citado RD 1093/1997, toda vez que no se acredita la fecha de finalización con la descripción una vez ampliada la obra nueva. A estos efectos no puede tenerse en

consideración la que figura en el Catastro ya que resulta contradictoria con el resto de la documentación aportada. De admitirse así, expuso, resultaría que a la misma fecha la misma obra estaba finalizada con una y otra descripción. Si el técnico que redactó el proyecto amparado por la licencia certifica que la obra se finalizó en julio de 1998 no parece razonable pensar que a 31 de diciembre de 1998 (nótese que la fecha se ajusta lo máximo posible para que quede amparada por la que figura en el Catastro) esté terminada con otra descripción tan diferente como la obra de envergadura que supone la elevación de una nueva planta.

No obstante lo anterior, la mayoría de los compañeros se decantaron por la postura favorable a la inscripción al cumplirse formalmente con los requisitos que establece el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 para acceso al Registro de obras nuevas antiguas y que lo más que podía hacer el Registrador, una vez practicado el asiento, es comunicar al Ayuntamiento la inscripción practicada a los efectos oportunos.

A este respecto se opinó en general que lo que ocurre es que la fecha del año de construcción de la edificación que figura en la certificación catastral se refiere a la construcción principal antes de la ampliación, sin recogerse la que corresponda a ésta última, como lo demuestra el que, según el propio certificado del Ayuntamiento que se incorpora, se tramitó licencia de 1ª ocupación a la que se acompaña el certificado de fin de obras expedido el 11 de agosto de 1998 por el mismo arquitecto director de las obras y fotocopia del modelo 902-S de alta en el catastro inmobiliario, sellado de presentación en el catastro inmobiliario el día 20 de agosto de 1998. Esta fecha de entrada de 1998, que figura en el Catastro como fecha año de construcción, corresponde a la documentación que recoge la descripción inicial de la obra nueva declarada en construcción. Pero se entiende que esa insuficiencia de datos respecto de la ampliación del certificado catastral se suple con el certificado del Ayuntamiento.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-P: POSPOSICIÓN ACORDADA POR UN AYUNTAMIENTO. Un Ayuntamiento enajena una parcela, y en el pliego figura una condición resolutoria para el caso de no construir viviendas protegidas en cierto plazo y unos derechos de tanteo y retracto si se enajena, pero no se prevé en el Pliego la posibilidad de que se pueda pactar posposición alguna futura.

Ahora el adquirente necesita financiación y le plantea al Ayuntamiento la posposición de dichos esos derechos a la hipoteca.

¿Es posible o se considera que hay alteración de las condiciones públicas de la enajenación al no haberse previsto en su momento la posposición?. En caso positivo, ¿qué requisitos requeriría el acuerdo por el Ayuntamiento?

R: Mayoritariamente se considera posible la posposición de esos derechos, no estimándose una alteración del pliego de condiciones del concurso, porque, en primer lugar existe una razonabilidad a que se necesite financiación para la construcción de la obra a que el pliego se refiere y a cuya financiación debe limitarse la hipoteca y, en segundo lugar, la posposición se trata de un acto de disposición de derechos que como tal no se encuentra condicionada por el pliego de condiciones sino por la normativa general de disposición de los bienes de derechos pertenecientes a las Administraciones Públicas. En todo caso, se estima que los terceros que se puedan considerar perjudicados, por entender que no era posible la posposición y por eso no acudieron al concurso, puede impugnar éste.

En este sentido, la facultad que tienen los Ayuntamientos o las Administraciones Públicas en general en posponer sus derechos, ya sean condiciones resolutorias, hipotecas u otro tipo de cargas, se encuentra recogida en el artículo 19-4 del RD 1093/1997 que permite posponer la afección urbanística de los fincas de una reparcelación a las hipotecas que aseguren créditos concedidos para financiar las obras de urbanización y edificación.

En cuanto a los requisitos para llevar a cabo la posposición se entiende que la misma deberá acordarse por el mismo órgano que realizó la enajenación de la finca, con todos los requisitos necesarios para la enajenación de derechos reales sobre bienes inmuebles, salvo la del concurso o subasta, y cumpliendo también, dado su carácter específico, los requisitos del artículo 241 del Reglamento Hipotecario para la posposición en general.

2.-P: Por la Comunidad de Madrid se ha solicitado criterio sobre la admisión en los Registros de la Propiedad para la inscripción de la Cédula de Calificación Definitiva de VPP, en vez del original de la Resolución como se ha hecho siempre, una fotocopia con el sello de la Comunidad de Madrid y con una diligencia al pie del documento diciendo que es copia que coincide con el original. El Subdirector de la Comunidad de Madrid está a la espera de lo que acordemos.

MODELO: *“DILIGENCIA PARA HACER CONSTAR QUE EL PRESENTE DOCUMENTO QUE CONSTA DE 17 FOLIOS, ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL.*

Madrid, de... de

EL DIRECTOR GENERAL DE ARQUITECTURA Y VIVIENDA”.

R: La materia está regulada en el artículo 9 del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro (recientemente modificado por RD 136/2010, de 12 de febrero, aunque no afecta al artículo en cuestión).

Artículo 9: “*Copias auténticas de documentos públicos administrativos*”

1. *Los ciudadanos podrán, en cualquier momento, solicitar la expedición de copias auténticas de los documentos públicos administrativos que hayan sido válidamente emitidos por los órganos de la Administración General del Estado y por los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.*

Las copias auténticas de los documentos públicos administrativos tienen la misma validez y eficacia que éstos, produciendo idénticos efectos frente a las Administraciones públicas y los interesados.

2. *La expedición se solicitará al órgano administrativo o al Organismo público que emitió el documento original. Dicho órgano expedirá la copia previa comprobación en sus archivos de la existencia del original o de los datos en él contenidos.*

En el supuesto de que, por el tiempo transcurrido, el documento original o los datos en él contenidos obrasen en un archivo general, histórico y organismo similar, la solicitud será cursada al correspondiente archivo para la expedición, en su caso, de la copia auténtica.

La copia auténtica podrá consistir en la transcripción íntegra del contenido del documento original o en una copia realizada por cualesquiera medios informáticos, electrónicos o telemáticos. En ambos casos figurará la acreditación de la autenticidad de la copia identificando el órgano, archivo y organismo que la expide y la persona responsable de la expedición.

3. *La copia auténtica de aquellos documentos que contengan datos nominativos podrá ser solicitada por los titulares de tales datos o por terceros que acrediten un interés legítimo en su obtención. Cuando el documento contenga datos personales que pudieran afectar a la intimidad de los titulares la copia sólo podrá ser solicitada por éstas. Si los datos contenidos en el documento afectaran también a la intimidad de personas diferentes del solicitante, sólo se expedirá la copia previo consentimiento de los restantes afectados.*

4. *La solicitud podrá ser denegada por resolución motivada que pondrá fin a la vía administrativa cuando concurren razones de protección del interés público o de protección de intereses de terceros, cuando así lo disponga una norma legal o reglamentaria y, en todo caso, en los siguientes supuestos:*

- a. *Inexistencia o pérdida del documento original o de los datos en él contenidos.*
- b. *Copias de documentos emitidos en el curso de la investigación sobre delitos, cuando la expedición de la copia pudiera poner en peligro la*

protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

- c. Copias de documentos, que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.*
- d. Copias de documentos que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno de la Nación en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas al Derecho administrativo.*
- e. Copias de documentos que contengan información sobre materias protegidas por el secreto comercial o industrial, así como relativa a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.*
- f. Copias de documentos que contengan datos sanitarios personales, en aquellos casos en que las disposiciones específicas que los rigen impidan ejercer el derecho de acceso.*

5. En el plazo máximo de un mes contado desde la recepción de la solicitud deberán expedirse las copias auténticas o notificarse la resolución que deniegue las mismas.

6. La expedición de copias auténticas de documentos que obren en los Registros Civil, Mercantil, de la Propiedad, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de Condiciones Generales de la Contratación, la Propiedad Intelectual, Central de Penados y Rebeldes, de la Oficina Española de Patentes y Marcas, así como en los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, se regirá por las disposiciones específicas reguladoras de dichos Registros.”

Interesa destacar de este precepto lo siguiente:

a) Las copias auténticas de los documentos públicos administrativos tienen la misma validez y eficacia que éstos, produciendo idénticos efectos frente a las Administraciones públicas y los interesados.

b) La expedición se solicitará al órgano administrativo o al Organismo público que emitió el documento original.

c) La copia auténtica podrá consistir en la transcripción íntegra del contenido del documento original o en una copia realizada por cualesquiera medios informáticos, electrónicos o telemáticos. Vale, por consiguiente, la fotocopia.

d) En ambos casos figurará la acreditación de la autenticidad de la copia identificando el órgano, archivo y organismo que la expide y la persona responsable de la expedición.

Cumplíndose todos los requisitos señalados con exactitud no se aprecia defecto para que las copias auténticas de los documentos administrativos puedan admitirse en el Registro a efectos de inscripción. Otra cosa sería una simple

fotocopia que no tiene valor como título inscribible. Según RDGRN de 12 de mayo de 1998, conforme al art. 3 LH, sólo la documentación pública y auténtica puede tener acceso al Registro, lo que, tratándose de documentación administrativa, implica que el documento a presentar habrá de ser la copia auténtica, certificación o traslado del acto o acuerdo correspondiente, expedido por quien se halle facultado para emitirlo con las formas y solemnidades prescritas por las leyes. Por ello, resuelve la Dirección General que las meras fotocopias (compulsadas por un funcionario de la Comunidad Autónoma) de un expediente administrativo de expropiación forzosa no son título apto para provocar en el Registro un asiento de rectificación en el que se haga constar la carga de reversión de determinadas fincas a favor de sus primitivos titulares.

3.-P: Una entidad local enajena unas parcelas de suelo urbano mediante subasta y, quedando esta desierta, procede a la enajenación directa.

La Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (a la que se remite el art. 91 de la ley de Administración Local de Madrid) solo prevé la enajenación mediante concurso (si que permite, de quedar este desierto, proceder a la enajenación directa).

R: Como expuso el compañero que planteó la cuestión al Seminario son dos los problemas que se plantean: 1) si la subasta es el procedimiento adecuado para la enajenación, por parte de una Entidad Local de la Comunidad de Madrid, de una parcela de naturaleza urbana; y 2) si, desierta la subasta, puede una Entidad Local proceder a la enajenación directa.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones apuntadas, el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, determina que las enajenaciones de bienes patrimoniales de las Entidades Locales habrán de realizarse por subasta pública. De acuerdo con lo establecido en la Disposición Final 7ª del citado Texto Refundido, este precepto no tiene el carácter de legislación básica, por lo que no regirá en aquellas Comunidades Autónomas que hayan aprobado una normativa propia en este materia. Así resulta del artículo 149.1.18 de la Constitución, según el cual el Estado tiene únicamente competencia para la determinación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Madrid, conforme al artículo 27 de su Estatuto de Autonomía, el desarrollo legislativo del Régimen Local.

En el supuesto planteado, al ser objeto de enajenación una parcela de naturaleza urbana, será de aplicación para determinar el procedimiento a seguir el artículo 91.2 e la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, el cual establece: *“Los bienes de los patrimonios*

públicos de suelo, así como los restantes bienes patrimoniales de las Entidades Locales que resultan clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable, se enajenarán por alguna de las formas previstas en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.”

Esta remisión ha de entenderse referida a lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, que establece como procedimiento de enajenación de los bienes de los municipios clasificados como suelo urbano o urbanizable el concurso. En consecuencia, la subasta es un modo de adjudicación excluido por la legislación autonómica respecto de las parcelas de naturaleza urbana. Algunos compañeros mostraron su extrañeza por estas conclusiones puesto que parece que la subasta es un modo más objetivo y más riguroso que el propio concurso. Pero lo cierto es que, según resulta del repetido artículo 178 Ley del Suelo del Comunidad de Madrid, *“el precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser el único criterio determinante de la adjudicación, ni este podrá ser inferior al valor que corresponda al bien conforme a la legislación general aplicable.”* Lo mismo resulta de la propia Exposición de Motivos de la Ley, que señala como una de sus principales novedades la supresión de la subasta como procedimiento de adjudicación.

Cuando los procedimientos de concurso queden desiertos, la Administración actuante podrá enajenar directamente los bienes, dentro del año siguiente, con sujeción a los pliegos o bases de unos y otros (artículo 178.2 Ley del Suelo de Madrid).

La segunda cuestión que se plantea es la de si, de haber sido el procedimiento a seguir para la adjudicación de la parcela la subasta pública, puede procederse, de quedar ésta desierta, a la adjudicación directa. En el documento que se ha presentado se fundamenta esta posibilidad en el artículo 137 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el cual establece que la enajenación de los inmuebles se puede realizar mediante adjudicación directa, entre otros supuestos, cuando fuera declarada desierta la subasta o el concurso promovidos para la enajenación.

Sin embargo, como ha señalado en reiteradas ocasiones la DGRN (vid. RR 19 de mayo de 2009, BOE de 9 de junio) no cabe aplicar el régimen de enajenación directa de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas a las Entidades Locales, pues el legislador ha excluido la posibilidad de aplicar supletoriamente los preceptos relativos a la enajenación de bienes a la administración local al no relacionar los artículos 136 al 145, que regulan dicha cuestión, en la disposición final segunda como legislación supletoria de la Administración local. Además, como anteriormente se expuso, al tener la Comunidad de Madrid una normativa sobre Régimen Local, será esta la que deba aplicarse a las Entidades Locales de

su territorio, por lo que ha de examinarse si la misma admite la enajenación directa en los supuestos de quedar una subasta desierta.

Y la respuesta debe ser negativa, pues la enajenación directa sólo se prevé para diversos supuestos en la normativa autonómica (en concreto, en el artículo 50.4 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid respecto a los bienes patrimoniales de la Comunidad de Madrid; el artículo 178.2 de la Ley del Suelo, arriba citado, respecto aquellos supuestos en que la enajenación de los bienes de las Entidades Locales haya de realizarse mediante concurso, y éste quedara desierto; y el artículo 92 de la Ley de Administración Local de Madrid respecto de las parcelas declaradas sobrantes enajenadas a los propietarios colindantes), pero ninguno de ellos es el de quedar una subasta desierta. El artículo 91.3 de la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid que establece que *“la enajenación de los restantes bienes patrimoniales sólo podrá realizarse por subasta”* (se refiere a bienes que no sean patrimonio público de suelo o suelo urbano o urbanizable) no prevé tal posibilidad, por lo que ha de entenderse excluida.

4.-P: Se trata de una venta por la EMV como titular fiduciaria de un bien propiedad del Ayuntamiento de Madrid, en pública subasta, según simplemente se manifiesta en la escritura, en la que comparece el Consejero delegado de la EMV y procede a la venta, a favor de los compradores, indicando que estos presentaron la mejor puja en la subasta celebrada, pero no se incorpora expediente alguno de la subasta celebrada.

¿Es necesario pedir justificación de dicho expediente?

R: Si entendemos que el bien no forma parte del patrimonio de la EMV, sino que ésta actúa como mero fiduciario del Ayuntamiento de Madrid, habría que entender que esta venta está sujeta a los requisitos de publicidad, concurrencia y procedimiento establecidos en el Reglamento de bienes de las Entidades Locales y en la legislación de Régimen Local vigente, incluida la de la Comunidad de Madrid, requisitos estos que como trámites esenciales del procedimiento deben ser objeto de calificación registral.

Ahora bien, como ya se indica en los números 26 y 27 de esta revista, el Ayuntamiento de Madrid acordó por resolución del Pleno del Ayuntamiento en el año 1982 y respecto de determinados bienes, *Transferir la titularidad fiduciaria que la Corporación ostenta junto con la dominical, de las fincas que a continuación se relacionan, a la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, Sociedad Anónima, cuyo Consejo de Administración será el titular que la ostente, pudiendo delegar, a efectos de formalización de los actos de disposición y administración que del ejercicio de la misma surjan, en el Consejero Delegado, única y exclusivamente.- Tal titularidad formal fiduciaria*

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

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

La fórmula empleada por el Ayuntamiento de Madrid a que nos hemos referido, que incluye la titularidad fiduciaria con facultad de disposición, permitió, en su momento, que el Consistorio pudiera actuar a través de empresas municipales bajo el régimen del derecho privado por lo que la propiedad fiduciaria será eficaz frente a terceros, y las enajenaciones que realice la empresa válidas e inscribibles, no siendo exigible el cumplimiento de las normas de enajenación de bienes de las entidades locales. Así el artículo 1 de los Estatutos de la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda de Madrid dice que se constituye con la forma de sociedad anónima y que su régimen legal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, se acomodará íntegramente al ordenamiento jurídico privado.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

1.-P: Problemas que crea la nulidad de las resoluciones extemporáneas declarada por la sentencia del TS de 3 de enero de 2011: ¿Son nulas también las desestimatorias expresas? ¿Se pueden volver a calificar las escrituras cuyas notas de denegación han recibido confirmación por silencio?.

R: Como es sabido la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011 ha decidido finalmente el problema de la validez de las resoluciones de la DGRN extemporáneas de la manera con que, mayoritariamente, venía siendo resuelto por nuestras Audiencias Provinciales, es decir, en el sentido de que son nulas por ir en contra de la naturaleza propia del procedimiento registral –que a estos efectos no se puede asimilar al procedimiento administrativo igual que la calificación registral no es sin más un acto administrativo- y de la seguridad jurídica inmobiliaria.

Y ello es así porque, como dice también la propia DGRN en resolución de 20 de abril de 2011, la doctrina administrativa del sentido positivo del silencio no se

armoniza bien con el régimen propio de las transmisiones inmobiliarias, tanto si se aplican las reglas generales de prestación del consentimiento en el ámbito del negocio jurídico, como si se aplican las normas administrativas.

Los argumentos de la sentencia del TS son los siguientes:

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

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

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

En otro sentido, se entiende por los contertulios que esa nulidad de la resolución que se pronuncia estimando el recurso interpuesto, es decir, contradiciendo el silencio negativo consolidado por el transcurso del tiempo para resolver, que es el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo; no puede extenderse al caso de resolución extemporánea desestimatoria, pues al pronunciarse en el mismo sentido que el silencio negativo no existe peligro alguno para la seguridad jurídica ni posible perjuicio de terceros.

Y, por último, en cuanto a si se puede volver a calificar las escrituras cuyas notas de denegación han recibido confirmación por silencio negativo, se estima que sí, por cuanto el procedimiento registral permite siempre volver a presentar los títulos para obtener una nueva calificación y, además, la resolución desestimatoria o negativa, aunque fuera expresa, no es vinculante para el registrador.

2.-P: En su día se puso una nota de calificación negativa y el último día de vigencia del asiento de presentación se solicitó la anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables y la calificación sustitutiva para la practica del asiento que es denegada.

Ahora se presenta el mismo documento calificado con diligencia de subsanación, pero no es suficiente. ¿Se puede calificar otra vez y volver a prorrogar el asiento de presentación.

R: Se estima, siguiendo el criterio de la DGRN y lo dispuesto en el artículo 323-2 de la Ley Hipotecaria, que si no se han subsanados todos los defectos en los términos resultantes de la nota de calificación, o lo han sido sólo parcialmente, no es posible realizar una nueva calificación y, por tanto, una nueva prórroga del asiento de presentación, salvo que de la corrección efectuada surjan nuevos defectos que esa subsanación ha puesto de manifiesto.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.-P: DIVISION MATERIAL Y CAMBIO DE USO. Se procede a la división material de un local comercial integrado por planta sótano, baja y primera. De la división resulta un local en sótano que se destina a garaje (cuotas con asignación de uso de plaza determinada), y otro en planta baja y la planta primera que se divide en nueve elementos independientes respecto de los cuales se cambia el uso y pasan a ser viviendas. En la planta baja se construye un portal con entrada desde la vía pública para acceso exclusivo de estas 9 viviendas.

Las normas estatutarias permiten la división y segregación de locales, y el edificio se trata de una edificación en manzana cerrada integrada por 12 portales, en cuyo interior existe una piscina para uso exclusivo de viviendas.

Las nuevas viviendas, resultantes de la división y cambio de uso, no tendrían acceso a la zona interior ni al uso de la piscina puesto que el local comercial no tenía ese derecho, ¿debería esta circunstancia constar expresamente en la escritura?.

Dado el alcance de las modificaciones que se realizan ¿Es necesario el consentimiento de la Junta de Propietarios?

R: Mayoritariamente se considera que sí es posible la división material en dos locales por permitirlo las normas estatutarias –STS de 20 de diciembre de 1989-, así como el destino de uno de los dos resultantes a garajes como tiene reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de diciembre de 1995 y resoluciones de la DGRN de 12 de diciembre de 1986 y 20 de febrero de 1989, pues no constituyen elementos comunes y la amplitud del goce de los departamentos independientes puede ser restringida por el título constitutivo, pero los límites que se impongan han de ser impuesto con claridad y deben ser objeto de interpretación estricta sin que puedan deducirse de un simple término descriptivo como es la expresión “locales comerciales”. Además, la expresión local se contrapone a todo lo que no es vivienda –resolución de 26 de enero de 2002-, es decir, comprende también a los garajes y a los trasteros.

Igualmente se considera admisible la creación de nueve viviendas independientes en el otro local, siempre que lo efectuado no haya sido una división material, sino horizontal dada la existencia de un elemento común. Se estima, por tanto, que lo correcto es la constitución de la subcomunidad horizontal de viviendas con el cambio de uso y con asignación de cuotas en la subcomunidad a cada una de las viviendas, la constitución de la subcomunidad por su identidad con las operaciones de división y segregación permitidas en los estatutos y el cambio de usos por aplicación de la doctrina de la DGRN contenida, además de en las resoluciones antes citadas, en las de 23 de marzo de 1998 y 23 de febrero de 2006, por un lado, y 9 de mayo de 2005, por otro, que respectivamente señalan, la primera, que el cambio de destino de local a vivienda no constituye una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, la segunda, que la mera indicación en los estatutos o en el título constitutivo de una división horizontal del destino de un departamento independiente no impide otros usos y la tercera, que la inscripción el cambio de destino de local a vivienda no precisa de licencia municipal, aunque este último criterio es refutado por muchos compañeros al amparo del artículo 151-g de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid que exige licencia para el cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones.

Según esta doctrina, alguno de cuyos aspectos –el relativo al cambio de uso- han sido puestos en entredicho por algunas Audiencias Provinciales, aunque ratificada por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2010 no sería, en el adjunto supuesto, en ningún caso necesario el consentimiento de la Junta de Propietarios para el cambio de uso. Y, finalmente, respecto del derecho de uso sobre la piscina, se considera que las nuevas viviendas no lo tienen al proceder de un elemento que no gozaba del mismo, salvo acuerdo de la Junta de Propietarios, pero que la no indicación de su carencia en la escritura de referencia, aunque sea conveniente, no impide su inscripción.

2.-P: Cuando para una declaración de obra nueva compuesta por dos edificios, uno de oficinas y otro de garaje, la licencia de obras inventariada establece como dotación al servicio del edificio de oficinas: "que se asignen al edificio de oficinas 182 plazas del aparcamiento", ¿como debe plasmarse en el Registro esta asignación?

R: Dos se consideran las posibles soluciones: a) Como un mero requisito o condición impuesto en la licencia, entendiéndose que dicha asignación puede ser sólo en cuanto al uso de dichas plazas de garaje, incluso a través del arrendamiento, al modo de la publicidad noticia a que se refiere el artículo 73 del RD 1093/1997 y con base al artículo 74 del Real Decreto citado, solución que no se considera adecuada.

b) Entender que se trata de una verdadera vinculación de carácter real que impone la necesidad de que en la escritura de la División Horizontal del edificio de Oficinas estén señalados, como adscritos o vinculados al mismo las 182 plazas de garajes concretas asignadas como dotación al servicio del mismo del edificio de garajes colindante, que se considera la adecuada. Si la escritura de División Horizontal del garaje se presenta a la vez, deberá ponerse la nota marginal indicativa de la vinculación *ob rem* en cada una de las 182 plazas de garaje afectadas, y si no fuere así, se harán constar en el folio matriz dicha circunstancia como una carga real de la finca impuesta por la licencia municipal con las determinaciones correspondientes.

No obstante, dados los términos no excesivamente claros de la licencia municipal, se considera necesario que, previamente, a la actuación de una forma u otra, se solicite una certificación municipal en que se aclarará los extremos señalados alegando como fundamento de derecho el principio de determinación registral que exige la perfecta descripción de todos los derechos o condiciones que accedan al Registro de la Propiedad.

3.-P: Se presenta una escritura de agrupación de una vivienda a un local, previo cambio de uso. En los estatutos sólo se autorizan las agrupaciones de locales. No existe autorización de la Junta de Propietarios. ¿Es inscribible?

R: Se aclara que primero se cambia de uso un local para ser destinado a vivienda y luego se procede a agruparlo con una vivienda.

Respecto de la primera cuestión, se entendió por la mayoría que en estos casos de cambio de uso debe exigirse licencia municipal. Como ya se ha dicho en otras ocasiones en este Seminario, aunque existen discrepancias, tal licencia municipal es exigible 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.

No se considera necesaria la autorización de la Junta de Propietarios para el cambio de uso siguiendo la línea que ha marcado la DGRN, que ya desde la resolución de 23 de marzo de 1998 lo ha venido admitiendo sin necesidad de tal acuerdo, salvo que en los Estatutos existiera norma prohibitiva. Aunque alguno de los asistentes advirtió que este criterio no era seguido por algunas resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid que estaba exigiendo la autorización de la Junta de Propietarios para los cambios de uso.

La doctrina DGRN ha sido recientemente avalada por la STS de 30 de diciembre de 2010, de que es ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. Entiende el Tribunal Supremo, como también hicieron las sentencias de instancia, que el cambio de uso no exige autorización de la Comunidad de Propietarios, a no ser que el título constitutivo de la propiedad horizontal o los estatutos prohíban expresamente tal cambio sin la autorización de la comunidad. La Ley de Propiedad Horizontal, recuerda, no exige autorización para el cambio de uso de uno de los pisos o locales. Además no hay alteración en las cuotas de participación, como reclamaba la comunidad del edificio. Señala asimismo que la descripción que el título constitutivo haga como piso o local no implica que prohíba el cambio de uso. Por ello rechaza los argumentos de la Comunidad de Propietarios y admite el cambio de uso.

Otra cosa sería que con ocasión del cambio de uso de local a vivienda se realizaran obras de envergadura, como por ejemplo la construcción de una entreplanta, que pudieran alterar la estructura o fábrica del edificio o afectar a los elementos comunes en cuyo caso se exigiría, ex artículo 12 LPH, el acuerdo del resto de los propietarios; salvo que se acreditara que la modificación efectuada no afecta a la estructura del edificio, ni a los elementos comunes, o a los servicios generales del inmueble (vid. STS 20 de junio de 1990, que exige acuerdo mayoritario para la modificación de los elementos de calefacción del piso por afectar al servicio general).

Y respecto de la segunda cuestión relativa a la agrupación, también hubo opinión mayoritaria de que tal operación no está autorizada por los Estatutos, que la limita exclusivamente a los locales comerciales, por lo que debe exigirse el consentimiento unánime de la Junta de Propietarios por suponer una alteración del título constitutivo con relevancia para los demás copropietarios en cuanto se modifica el régimen de toma de acuerdos, al menos, en cuanto a la mayoría personal.

REPRESENTACIÓN.

1.-P: ¿Es inscribible una escritura en la que el Notario dice que “sus facultades representativas acreditadas, que bajo mi responsabilidad juzgo suficientes para otorgar la disolución de condominio y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura, resultan del poder, que asegura vigente, que sus mandantes le tienen conferido en escritura otorgada el día..., por la Notario..., que me ha sido remitida electrónicamente”?

R: Se estima que no porque es necesario que el notario indique que la copia electrónica es autorizada –no una mera remisión de un correo o similar- y que el mandatario está autorizado para solicitar dicha copia y que por lo tanto podría exhibirla, pues no cabe, según criterio mayoritario, entender que la remisión electrónica es siempre de una copia autorizada y que ha sido obtenida a instancias del apoderado porque tenía facultades para ello.

2.-P: Los cónyuges A y B compran una finca a una sociedad de responsabilidad limitada, que interviene representada por C, que es un apoderado general de la sociedad mercantil, siendo su poder de fecha un año anterior a la escritura de compra.

Consultado el mercantil, se observa que el poder de C se lo confirió uno de los cónyuges que adquieren la finca, y que el órgano de representación de la sociedad mercantil vendedora está compuesto por dos administradores solidarios, que son los propios cónyuges compradores. ¿Se puede considerar que existe un supuesto de autocontratación que debe salvar la Junta General?

R: Se entiende que existe doble e incluso múltiple representación en sentido estricto, cuando una persona física interviene en nombre y representación de dos o más sociedades. En estos casos, al igual que existe en el supuesto de autocontratación en sentido estricto, se produce un conflicto de intereses por cuanto existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente divergentes, cuando no contrapuestas, quedando supeditada la validez del negocio a la posterior ratificación del interesado (STS 12 de junio de 2001, rec. 1208/1996, y las que en ella se cita).

En igual forma se ha venido manifestando la DGRN en diversas resoluciones: por todas, la Resolución 06 de julio de 2006, según la cual, “*es evidente que la comparecencia de una persona física con aquella doble condición (en representación de la sociedad vendedora y, a la vez, como comprador) determina un supuesto de autocontratación no permitido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.459 del Código Civil*”; o la también reciente resolución DGRN de 18 de julio de 2006 que establece la imposibilidad de que el administrador social pueda conceder un poder que faculte al apoderado para

autocontratar, si él mismo carece de esa posibilidad de autocontratación, recordando que los administradores sociales sólo pueden autocontratar válidamente cuando estén autorizados para ello por la Junta General, o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del contrato, lo que no sucede en el supuesto que nos ocupa.

En cuanto a la calificación del defecto como subsanable o insubsanable en estos casos, la DGRN ha abordado la cuestión en Resolución de 2 de diciembre de 1998, conforme a la cual, en caso del denominado autocontrato, sin que medie autorización expresa y con clara concurrencia de conflicto de intereses, se produce una actuación nula por insuficiencia de poder (cfr. Artículo 1.259 Código Civil), pues se estima que la atribución genérica de éste no comprende el caso en que en el negocio representativo hay autocontratación; la oposición de intereses de una y otra parte impide al autocontratante defender unos y otros. Ahora bien, de conformidad con los artículos 1.259 y 1.727 Código Civil, esa realidad de lo actuado como poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representante, si bien es evidente que la misma no puede retrotraer su eficacia al tiempo de la celebración del autocontrato, cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de un tercero.

En el caso planteado no existe, en apariencia, tal conflicto puesto que existen dos personas físicas, cada una de las cuales emite una declaración de voluntad. Sin embargo, se advierte inmediatamente que las facultades del representante de la mercantil dependen de modo absoluto de la otra parte negocial, en este caso, los vendedores. La DGRN (vid. resolución de 21 de mayo de 1993) ha entendido que existe autocontratación en el caso de venta por apoderado de los vendedores a sociedad en cuyo nombre interviene un apoderado cuyo poder, específico, le fue otorgado por aquél en escritura inmediatamente anterior. Argumenta la DGRN que existe autocontratación en tal caso, sin que obste a ello el hecho de que en nombre de la mercantil compradora intervenga un apoderado facultado en virtud de poder específico para tal operación, que le fue conferido por el administrador (al tiempo, apoderado de los vendedores) en escritura de número de protocolo anterior al de la venta. No por ello el contrato dejaría de ser nulo por falta de poder (art. 1259 del Código Civil), razonando la Dirección que este rigor es debido, no a obstáculos conceptuales (discusión acerca de si un contrato puede o no estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones de justicia (la defensa de los intereses del representado, que sufren peligro en los actos en que el representante tiene que defender intereses contrapuestos). Para sanar el contrato hará falta la ratificación de las dos partes representadas, no bastando (como pretendía el recurrente) la de una de ellas (aquí, la compradora, por medio de acuerdo de Junta).

También lo entendió así la DGRN (vid. Resolución 2 de diciembre de 1998) en el caso de compraventa otorgada por representantes de las sociedades vendedora y compradora, nombrados apoderados por quienes son consejeros-delegados mancomunados de ambas. El supuesto de hecho era el siguiente: En el mismo día, los dos consejeros-delegados mancomunados de una sociedad otorgan poder para vender una finca de aquélla, y, a renglón seguido, e igualmente como consejeros-delegados mancomunados de otra sociedad, conceden un poder a otra persona para comprar dicha finca. A continuación, ambos apoderados otorgan escritura de compraventa. Recuerda el Centro Directivo la doctrina jurisprudencial favorable a la admisibilidad de la figura de la autocontratación, al no existir una prohibición legal específica al respecto, pero siempre que medie la pertinente licencia del principal o, por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante (STS 5-11-56, 2-2-68 y 27-10-66). Lo cual, en el caso debatido, le lleva a concluir la inadmisión de la compraventa realizada, y ello aun cuando no haya sido realizada por los comunes representantes orgánicos de las sociedades intervinientes, pues, arguye, los apoderados de éstas fueron nombrados en el momento inmediatamente anterior a la firma del contrato, y con el objeto exclusivo de perfeccionar éste. La sanción a tal actuación ha de ser la nulidad del contrato por insuficiencia del poder (art. 1.259 CC). Ello sentado, la posterior ratificación de lo actuado, por las Juntas Generales de las dos sociedades, si bien convalida el contrato, en modo alguno puede perjudicar los derechos adquiridos en el ínterin por terceros, por lo que dicha ratificación, en este caso, no podrá retrotraer sus efectos a la fecha de celebración de aquél. Por todo ello, en el caso debatido, habiendo mediado, entre la presentación de la escritura de compra y la formalización de la ratificación (aportada durante la vigencia el asiento de presentación de la compra), la presentación de un mandamiento de anotación de demanda por ejercicio de acción reivindicatoria contra la sociedad vendedora, confirma la Dirección el criterio del Registrador, que entendió que la inscripción de los documentos debía hacerse atribuyendo carácter preferente a dicha anotación.

Volviendo a nuestro caso, por algunos de los presentes se entendió que, puesto que se trata de un poder general y otorgado con un año de anterioridad al otorgamiento de la escritura, no encaja del todo en la doctrina de la autocontratación de la DG expuesta, y se mostraron favorables a la inscripción, pues nada indica que tal representación se otorgara con la única finalidad de salvar el supuesto de autocontratación.

Sin embargo, lo cierto es que todas las consideraciones que llevaron al Centro Directivo a apreciar el conflicto de intereses concurren en el presente caso, pues la existencia de la autocontratación no depende del carácter especial o general que tenga el poder, ni de la fecha de su otorgamiento, sino de si el poder

depende de modo absoluto de la otra parte del negocio. En el caso que nos ocupa, el poder del representante de la mercantil depende por entero de la voluntad de los vendedores, tanto en su origen (fue el vendedor quien eligió a la persona que ha de actuar por la sociedad en la compra de bienes), en su mantenimiento (los vendedores pueden en cualquier momento revocar el poder otorgado) y en su ejercicio (el mandatario de la sociedad ha de arreglarse a las instrucciones que se le den a través de los administradores de la sociedad). De acuerdo con estos argumentos el documento no sería inscribible al existir incongruencia en el juicio notarial de suficiencia (artículo 98 de la Ley 24/2001), al carecer el apoderado de facultades suficientes para realizar la compraventa.

3.-P: Supuesto de poder otorgado en Costa Rica que consiste en una simple protocolización de acuerdos sociales, en que la Junta General de la sociedad acuerda conceder poderes a una persona para operar en España. Se remiten archivos de los poderes. El Notario español declara que por su conocimiento del derecho costarricense, hace juicio de la validez del poder.

R: En primer lugar se señala que como ya dijeron las resoluciones de la DGRN de 19 de febrero de 2004 y 23 de mayo de 2006 entre otras, la validez formal de los poderes extranjeros, en virtud del principio de equivalencia de formas, queda sujeta a la legislación del respectivo país que deberá acreditarse en la forma señalada por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y siempre que se cumplan los requisitos de autorización por funcionario competente –notario- y que éste de fe de conocimiento del otorgante y juicio de capacidad del mismo, según tiene establecido también la DGRN.

Sobre esa cuestión se suscitan, en el presente caso tres problemas principales: a) Si en la legislación costarricense la Junta General puede otorgar poderes, pues en la Legislación española es una competencia exclusiva del Consejo de Administración según establece la legislación mercantil y tiene reconocido la doctrina de la DGRN.

b) Si la simple protocolización notarial de los acuerdos sociales contenidos en un libro de actas que se le exhibe, sin elevación a público por el Administrador o persona que tuviere facultades para ello, constituye una auténtica escritura pública y, en consecuencia un verdadero poder que legitime para operar en el tráfico jurídico, pues en derecho español la ejecución de los acuerdos de la Junta de socios o del Consejo de Administración exigen la comparecencia y firma del consejero acompañada de la certificación acreditativa del acuerdo según las resoluciones de la DGRN de 9 de junio y 3 de septiembre de 1980, 5 de mayo de 1990 y, además, el artículo 1280-5 del Código Civil exige la forma escritura pública para los poderes, forma que la que no goza el testimonio notarial.

c) Que faltan los requisitos de juicio de capacidad y fe de conocimiento que son sustituidos por la fe de protocolizarse el original de un libro social debidamente legalizado, respecto a lo que se estima que si en el país de origen este procedimiento es correcto, debe admitirse el poder, al encontrarnos en un supuesto en que los indicados requisitos no tendrían operatividad.

Se indica, por último, que puestos en contactos con notarios y registradores costarricenses conocidos de algunos compañeros, éstos han señalado, que respecto de la concesión de poderes por la Junta General de la Sociedad sí es posible en su derecho, pero que la cuestión de si una mera protocolización constituye un verdadero poder es una cuestión controvertida en su país sin que exista un criterio unánime sobre su validez, aunque parece existir una tendencia a su admisión.

Así indican esos compañeros que: “Como efecto de la promulgación del Código Notarial de Costa Rica de 1998, vigente; se generaron una serie de reformas en distintos cuerpos normativos, una de ellas la constituye la introducida al artículo 1256 del Código Civil, mediante la cual se impuso como requisito de forma para el poder especial otorgado para un acto o contrato con efectos registrales, la realización del mismo en escritura pública, sin contemplar esa norma excepción alguna.

No obstante, la costumbre en nuestro país, como fuente importante de derecho; ha sido un poco abierta en aceptar, por parte de los Registros que conforman el Registro Nacional de Costa Rica, situaciones o casos como el que se expone.

Por tanto, haciendo una calificación formal del poder, velando por el respeto al principio de legalidad, el poder no es válido al no constar otorgado en escritura pública y así opina un amplia sector doctrinal; pero otro grupo entiende que la protocolización del poder que otorga la Asamblea de socios aunque no consta en escritura pública, es asentada en un Libro de Actas de Asambleas de Socios, que debe estar legalizado por Tributación Directa, por lo tanto dicho libro se constituye en un documento público que cuenta con todos los requisitos de ley y puede protocolizarse lo ya público para actos concretos.

Así las cosas, el poder especial otorgado por la Asamblea, como Órgano máximo de la Sociedad, sí tiene validez. Ó al menos, si el mismo se presentara en nuestro Registro acompañado de otro acto de disposición de algún inmueble, éste tendrá TODA la validez o característica del Poder Especial”.

SOCIEDAD CONYUGAL.

1.-P: Una persona casada compra una finca y en la escritura de compra comparece su mujer respecto de la que indica “Doña X consiente que la finca se

inscriba como privativa del marido”. No se indica nada acerca del carácter del dinero. ¿Se puede inscribir y en su caso cómo?

R: El problema se centró, en primer lugar, en averiguar cuál era la voluntad negocial de las partes, a la vista de la escueta frase contenida en la escritura. Desde luego no parece que se trate de la confesión de privatividad prevista en el artículo 1324 CC, sino de un negocio atributivo de tal carácter privativo al bien adquirido, que tiene características y efectos diferentes. La confesión de privatividad despliega su eficacia entre los cónyuges, permitiendo durante la vida del confesante que pueda el favorecido por la confesión disponer por sí sólo del bien, pero queda subordinada a la realidad o inexactitud de lo confesado, y por ello no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores. En cambio, con la atribución de privatividad lo que se pretende es que el bien ingrese directamente con carácter privativo en el patrimonio de uno de los cónyuges.

Este pacto por el que se atribuye la condición de privativos a bienes que, por ser adquiridos a costa del caudal común, habrían de ser gananciales, ha tenido argumentos a favor y en contra de su admisibilidad. En contra se ha dicho que en las adquisiciones a costa del caudal común juega el principio de subrogación real (art. 1.374 3º CC), salvo los supuestos de excepción previstos por la ley; que puede defraudarse a los acreedores al asignar a uno de los cónyuges bienes que habrían de ser gananciales; y que la declaración de querer la privatividad no puede tener más alcance que la confesión de privatividad del artículo 1.324 CC.

A favor se ha argumentado que las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude de los acreedores, que tienen suficiente remedio en las acciones de nulidad y rescisión, y que el negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad, que tiene características y efectos diferentes como arriba se apuntó. Pero fundamentalmente porque, como se ha defendido por la DGRN, tras la reforma del Código Civil de 1981, se ha proclamado como principio la libertad de contratación entre los cónyuges (art 1323 CC) que posibilita el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos por venta, permuta, donación u otro título suficientemente casualizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización.

Señala la importante resolución DGRN de 25 de septiembre de 1990 que, admitido por el art. 1323 CC el trasvase patrimonial de un bien ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges por donación, permuta, venta etc. "debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, pueden convenir que éste ingrese de manera directa y "*erga omnes*" en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación", siempre y cuando ese negocio

conyugal atributivo (independiente del de adquisición) obedezca a una causa que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (art. 1347.3° CC), como sería por ejemplo el derecho de reembolso a que se refiere el art 1358 CC. En el bien entendido de que tal negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad del art. 1324 CC.

También ha entendido la STS 19 de diciembre de 1987 que la posibilidad de contratar entre los cónyuges no sólo se refiere a las compraventas y donaciones, admitiendo que la cesión de derechos o el reconocimiento de derechos son modalidades contractuales que pueden ser utilizadas por las partes dentro de su libertad negocial, gracias al permisivismo del art. 1323 del Código Civil.

Ahora bien, admitida la atribución de carácter privativo a bienes gananciales, los requisitos que deben acreditarse para la inscripción son dos: a) que se especifique el negocio conyugal atributivo del carácter privativo que es INDEPENDIENTE del negocio de adquisición; b) y que tal negocio atributivo obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real como, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1.358 CC, etc.

En el caso planteado el negocio de adquisición es la compraventa efectuada, pero la escueta frase “Doña X consiente que la finca se inscriba como privativa del marido” impide averiguar qué es lo verdaderamente pretendido por las partes. O bien se considera una confesión de privatividad mal hecha, como se entendió por una minoría. O bien, como opinó la mayoría de los presentes, se trataría de una defectuosa expresión de un pretendido negocio de atribución al que, en todo caso, faltaría la expresión de la causa. Estas dudas tan importantes impiden que se pueda proceder a la inscripción sin que se aclare antes la escritura de acuerdo con la verdadera voluntad de las partes y cumpliendo con las prescripciones mínimas antes expresadas.

2.-P: Se presenta una elevación a público de un contrato de compra en que intervino sólo la mujer cónyuge. En la escritura se indica que compró un año antes del divorcio y que el tribunal declaró probado la separación de hecho desde un año antes de la compra. Se acompaña testimonio de la sentencia que lo confirma. ¿Cómo debe inscribirse?.

R: Se señala que supuestos similares ya se han tratado en otros número de esta revista, en las que ha imperado el criterio de exigir declaración judicial expresa sobre el abandono o separación de hecho y de distinguir según cuál sea el lapso de tiempo entre la separación de hecho y la compra, de tal manera que permita presumir o no que el dinero invertido es de carácter privativo del cónyuge

adquirente por haberlo obtenido –presumiblemente- tras esa separación de hecho.

Esta admisión condicionada y algo subjetiva, tiene su fundamento en las sentencias el Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 y 11 de octubre de 1999 que tienen declarado que la separación de hecho convenida o el abandono de hogar declarado judicialmente producen de “facto” la disolución de la sociedad de gananciales, porque exigir la declaración judicial de su extinción sería atentar a la realidad social al no existir desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales, dado que ambas situaciones destruyen el fundamento de la sociedad conyugal.

En este supuesto, al haberse considerado por los tribunales probada la separación de hecho sólo un año antes de la compra y sin liquidación de la sociedad conyugal, ante el importante monto de la operación, no se consideran aplicables dichas sentencias y, por tanto, al presumirse ganancial la contraprestación, se entiende que la inscripción de la venta, debe practicarse con carácter presuntivamente ganancial.

Se entiende que la mera indicación judicial de la fecha de la separación de hecho, sin declaración expresa de abandono del hogar, no adelanta la disolución de la sociedad conyugal, la cual tendría lugar desde la fecha del divorcio.

3.-P: Figura inscrita una finca a favor de un cónyuge con carácter privativo por confesión del esposo -conforme al art. 1324 del Código Civil-. El cónyuge ha fallecido. El titular registral superviviente, para poder disponer del bien, demanda a algunos de los herederos forzosos del marido fallecido, pero no a todos.

El juez declara el bien PRIVATIVO. ¿Es suficiente la declaración del juez por ser un hecho, o es necesario demandar a todos los herederos del fallecido?.

R: El mismo supuesto se planteó en una reunión anterior de este Seminario, publicándose la respuesta en el número 29 de los Cuadernos, en el apartado referido a la “Sociedad conyugal”.

El completo supuesto de hecho es el siguiente: Al fallecer el cónyuge confesante, la esposa quiere inscribir a su favor sin restricciones, por lo que ante la negativa de los herederos del marido (descendencia común), acude a los tribunales y obtiene una declaración judicial (primera instancia y apelación conformes) de que la financiación era privativa de la esposa porque utilizó el dinero de la venta de una finca privativa que realizó el día anterior a la compra. Presentada en el registro la sentencia se deniega la inscripción por haberse

olvidado demandar a una de las herederas, lo que no se hizo "porque no se hablan con ella". El abogado de la interesada propone acreditar el carácter con acta de notoriedad.

En el pasado seminario, unánimemente se consideró que no era posible, porque el acta notarial, dado el carácter fungible del dinero, según reiteradísima doctrina de la DGRN, no sirve para acreditar la procedencia del dinero utilizado en una compra, salvo que delante del Notario haya pasado de unas manos a otras. La nueva demanda a la otra heredera se hace, por tanto, imprescindible a la luz del artículo 40-d de la Ley Hipotecaria que exige para rectificar los asientos registrales el consentimiento del titular registral o, en su caso, de sus herederos -todos- o resolución judicial con demanda a los mismos. Además, el artículo 1324 del Código Civil concede unos derechos a los herederos del cónyuge confesante que no pueden ser sorteados sin haberles dado la posibilidad de defensa.

Ahora vuelven a plantear el problema porque se dice por la parte interesada que la declaración del juez acerca del carácter privativo del bien es un "hecho". No se admite tal apreciación, según opinión de todos los asistentes, puesto que es evidente que no se trata de un hecho (como podría ser el fallecimiento de una persona) sino de una calificación jurídica. Por lo tanto, si tenemos en cuenta la eficacia limitada *inter partes* de las sentencias (vid. artículo 222.3 LECiv) que sólo afecta a las partes en el proceso y a sus herederos y causahabientes, se hace imprescindible para provocar la rectificación del asiento registral que se demande a todos los herederos forzosos, pues todos ellos son interesados en la rectificación, o bien que se obtenga su consentimiento expreso (artículo 20 LH y 24 CE).

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL.

1.-P: Se pregunta si las limitaciones de disponer por diez años en el caso de préstamos hipotecarios cualificados al promotor, se pueden cancelar y dejan de tener efecto la prohibición si el primer comprador no se subroga en ese préstamo y se procede a la cancelación de la inscripción de hipoteca.

R: Para mayor claridad expositiva, se procede a recordar el régimen jurídico de las viviendas acogidas al Plan Estatal 2005-2008, cuyo artículo 13-2 del RD 801/2005 dispone que "*los compradores de viviendas **acogidas** a este Real Decreto, no podrán transmitirlas ínter vivos ni ceder su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de la formalización de la adquisición*".

Si se compara esta redacción con las del RD 1/2002, que establecía la prohibición de disponer sólo de "*las viviendas para las que se hubieran*

obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de 10 años desde la formalización de dicho préstamo”, se ve claramente la ampliación del citado régimen de prohibición de disposición, que hoy comprende toda adquisición que haya recibido algún tipo de ayudas en aplicación del Plan Estatal 2005-2008, exista o no préstamo cualificado, convenido o de otro tipo.

Entre las actuaciones acogidas al RD se encuentran, en lo que ahora nos importa, “la compra de *viviendas de protección oficial o viviendas protegidas de nueva construcción*”, entendiéndose por tales las así calificadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (artículo 2-9), cuyo régimen será de 30 años salvo que la Comunidad Autónoma respectiva establezca uno superior, y la “adquisición de viviendas *usadas para su tenencia en régimen de propiedad*”, entendiéndose por tales las viviendas libres o protegidas cuya adquisición, segunda o posterior, se considere protegida previo el cumplimiento de determinadas condiciones (artículo 2-10) y que quedan sometidas a precio máximo durante 15 años o el superior que establezcan las CCAA.

La sujeción al régimen viene determinada, en el caso de primera adquisición de viviendas protegidas, por la calificación de las mismas con posterioridad a la entrada en vigor del RD, es decir, del 14 de julio de 2005 (artículo 2-9 en relación con el 13-8 del mismo). Y en el caso de adquisición de viviendas usadas, la sujeción la determinará la indicación, en la resolución de la Comunidad Autónoma de concesión de la ayuda, de la aplicación del RD de que tratamos (artículos 2-8 y 8-3 en relación con el 13-8 del RD 801/2005, y artículos 4-3 en relación con el 3 y el 14 de la Orden 1148/2006 de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio).

En cuanto al supuesto de subrogación en el préstamo al promotor, que es lo que ahora nos interesa, el mismo es indiferente a efectos del régimen aplicable, pues el artículo 13 párrafo 2º de la Orden 1148/2006 de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, establece una **importante norma**, según la cual “*siempre que respecto de una promoción se haya formalizado el préstamo convenido previsto en el RD 801/2005, las determinaciones de dicho Real Decreto serán de aplicación a las viviendas gravadas con dicho préstamo, aún cuando, posteriormente el préstamo se cancele y con independencia de que los adquirentes o arrendatarios de dichas viviendas soliciten o no las ayudas financieras previstas en el mencionado Real Decreto para la adquisición o arrendamiento*”.

Según la tesis más extendida, esta prohibición tiene lugar sucesivamente en cada adquisición durante todo el tiempo del régimen de protección, dado que, por un lado, se utiliza la expresión “los compradores de *viviendas acogidas a este RD*” y, por otro, el artículo 2-10 considera acogidas las “*adquisiciones segundas o posteriores*”.

Se establecen las siguientes excepciones a esta prohibición de disponer:

1. En el caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo. Si se hubieran obtenido ayudas financieras, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas estatales recibidas, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.
2. Por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda, o cuando concurren otros motivos justificados, siempre que medie autorización de las Comunidades Autónomas y se respeten los procedimientos establecidos por éstas. Igualmente, si se hubiera obtenido ayuda financiera, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas directas estatales recibidas a la Administración concedente, en su caso, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.
3. En el caso de familias numerosas que necesiten adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar; u otra vivienda más adecuada a sus necesidades específicas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros.
4. Las personas mayores de 65 años, las personas con discapacidad y las víctimas de la violencia de género o del terrorismo, que deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas.
5. Aquellas personas que por sus circunstancias personales justificadas necesiten trasladar su domicilio habitual y permanente a otra vivienda de menores dimensiones.

En estos tres últimos supuestos, si se hubieran obtenido ayudas financieras, sólo se requerirá la previa cancelación del préstamo.

En cuanto al Registro de la Propiedad se refiere, dispone el número 8 del artículo 13 que *“la prohibición de disponer y las limitaciones establecidas en este artículo se harán constar expresamente en las Escrituras Públicas de compraventa, de adjudicación o de declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y se adjuntará a dichas escrituras públicas, una copia testimoniada o compulsada de la calificación definitiva de la vivienda, o, en su caso, en la Escritura Pública de formalización del préstamo hipotecario. En ambos supuestos, dichas prohibición y limitaciones se inscribirán en el Registro de la Propiedad, donde se harán constar por medio de nota marginal”*.

La consecuencia de esta constancia es que, no podrán inscribirse transmisiones ínter vivos de las viviendas acogidas al régimen de este RD (no sólo en el supuesto de obtención de préstamo cualificado como en el régimen anterior), las cuales son las indicadas anteriormente, sin la previa autorización de la Comunidad Autónoma. Para el reflejo registral de la prohibición bastará la incorporación a la escritura de adquisición de la cédula de calificación definitiva o, en su caso, de la resolución de concesión de la ayuda financiera o del visado del contrato de compra (artículo 16 del Decreto Autonómico 11/2005).

Por último, se establece que una vez transcurridos 10 años desde la formalización de la compraventa, la transmisión ínter vivos o la cesión de uso de la vivienda conllevará la pérdida de la condición de convenido del préstamo, en su caso, pudiendo la entidad concedente decidir su resolución.

Ahora bien, esta facultad resolutoria de la entidad acreedora, en cuanto tal, no es una prohibición o limitación de disponer, por lo que no debe hacerse constar por la nota marginal, sino que sólo puede consignarse en el Registro como pacto de resolución del préstamo hipotecario en el propio cuerpo de inscripción de la hipoteca y si consta expresamente en la escritura.

De todo lo expuesto se infiere que el hecho de la cancelación de la hipoteca y la no subrogación del comprador en el préstamo concedido al promotor no autoriza para cancelar la prohibición de disponer que seguirá operando en los términos expuestos.

2.-P: Figura inscrita en el Registro un edificio declarado en construcción. Consta, asimismo, que ha obtenido calificación provisional de Vivienda con Protección Pública VPPL, en expediente de 2008. Se presenta ahora el acta de fin de obra que cumple con todos los requisitos legales: certificación del técnico, seguro decenal, depósito libro del edificio. ¿Es necesario que se acredite también la obtención de la calificación definitiva VPPL para inscribir el fin de obra?

R: En relación con esta cuestión el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid, señala en su artículo 23, apartado 6, que "*no podrá procederse a la escrituración, entrega y ocupación de viviendas en tanto no se haya obtenido la correspondiente calificación definitiva*". Y con igual tenor literal se pronuncia el actual artículo 21 apartado 6 del vigente Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

Por su parte el artículo 20 del TR de la Ley del Suelo, señala que "*Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la*

certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.”

Con base en estos preceptos se entendió por la mayoría de los asistentes que era exigible la acreditación, para su constancia registral, de la obtención de la cédula de calificación definitiva para poder inscribir la terminación de la obra nueva, en estos casos en que resulta del Registro la calificación provisional. La práctica demuestra que la Administración no es diligente en exigir la constancia de tal calificación, o de la no concesión de la misma, con lo que se plantean problemas que se podrían solventar de esta manera, haciendo más completa la información registral en una materia que tiene gran trascendencia para los futuros adquirentes, y poniendo fin a la situación de provisionalidad que se traduce en inexactitud registral.

Sin embargo otro grupo de compañeros entendió que el requisito del Reglamento de Viviendas de Protección Pública de la Comunidad de Madrid se refiere a las escrituras de venta –por su relación con la entrega y ocupación- no a las escrituras o actas de terminación de la obra nueva, por lo que ésta podrá otorgarse e inscribirse sin necesidad de la previa constancia registral de la cédula de calificación definitiva sino cumpliendo con las exigencias generales entre las que no se encuentra, como consta en el número 15 de esta revista, el depósito notarial del libro de edificio pues el artículo 14 de la Ley 2/1999 de 17 de marzo sobre medidas de calidad de la Edificación de la CAM lo que impone “*cuando el edificio esté en condiciones de inmediato y definitivo uso*” es el depósito de un ejemplar del Libro del Edificio del Ayuntamiento del término municipal donde está ubicado el edificio. Este criterio es refutado por otros compañeros, al entender que la escrituración sólo puede referirse al final de la obra nueva, pues la escritura de venta supone una entrega jurídica y el artículo de referencia considera los tres actos como distintos.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

PRIMER TRIMESTRE DE 2011

ÍNDICE

-- Acuerdo de 5 de mayo de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las normas reguladoras y se regula el procedimiento de concesión directa de determinadas ayudas destinadas a prestar apoyo financiero a las pymes madrileñas para mejora de su competitividad y desarrollo tecnológico (**Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm 121**, martes, 24/05/2011).

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

ACCIÓN REAL REGISTRAL: CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA SUMARIA DEL PROCESO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 10ª) DE 29 DE MARZO DE 2011.]

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

Antecedentes.- Habiéndose ejercitado con éxito por los titulares registrales frente a la comunidad de propietarios una acción real registral, debido a la falta de comparecencia de la parte demandada, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando la propiedad de los demandantes sobre el objeto discutido, así como la obligación para la parte demandada de entregarles la posesión del mismo, dejándolo libre, por carecer de título de ocupación. El espacio discutido se encuentra ubicado en el hueco de una escalera. En apelación, la comunidad de propietarios demandada y recurrente alegó que el propietario anterior del piso de la parte actora se había apropiado ilegalmente de dicha zona del inmueble. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios por razones formales, quedando abierta la posibilidad de recurrir en lo relativo al fondo del asunto.

Doctrina.- La naturaleza sumaria del proceso previsto para la acción real registral implica para el demandado la carga de oponerse tempestivamente. El procedimiento tiene además un *numerus clausus* de causas de oposición.

El carácter sumario del proceso previsto para la acción real registral comporta, por otra parte, que la sentencia dictada carece de la fuerza de la cosa juzgada. La parte demandada quedó en rebeldía al no personarse en la instancia anterior, por lo que, al recurrir ahora la sentencia en apelación alegando la falta de legitimación del titular anterior del inmueble para ocuparlo en su día, la parte demandada recurrente está introduciendo una cuestión nueva, que debió alegar en su momento y que, al no haberlo hecho, deberá dilucidarse en un procedimiento declarativo plenario (si esa es la voluntad de la parte recurrente).

CARMEN JEREZ DELGADO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DATOS DE HECHO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 21.ª) DE 8 DE MARZO DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Ripoll Olazábal.

Antecedentes.- El Juez de Primera Instancia declaró que la demandante y determinada entidad eran los únicos propietarios proindiviso de la parcela objeto del litigio, y declaró procedente el cambio de titularidad catastral del inmueble a fin de reconocer como titular de la misma a la demandante en el porcentaje correspondiente (que era de un 95%), así como la rectificación de diversos aspectos relacionados en el Registro de la Propiedad. La empresa demandada interpuso recurso ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuestionando que debiera rectificarse el Registro de la Propiedad. El recurso fue desestimado.

Doctrina.- «El Registro de la Propiedad no garantiza la exactitud de los datos de puro hecho relativos a la descripción de las fincas». La fe pública registral no se extiende a los datos de hecho que constan en el Registro («tales como la naturaleza, situación, linderos y superficie de la finca inscrita»). Si bien es cierto que tales circunstancias quedan amparadas por el artículo 38 de la Ley hipotecaria (principio de legitimación registral), también lo es que la presunción de exactitud del Registro es «iuris tantum», esto es, admite prueba en contrario.

No puede la apelante pretender ser tratada como tercero hipotecario conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley hipotecaria y adquirir *a non domino* por el hecho de ser titular registral de un inmueble en cuya inscripción y referencia catastral existen datos de hecho erróneos. Tampoco puede pretender quedar protegida por usucapión si no queda acreditado que haya poseído la parcela litigiosa.

CARMEN JEREZ DELGADO

ACCIÓN REIVINDICATORIA [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 25.ª) DE 20 DE DICIEMBRE DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Guglieri Vázquez.

Antecedentes.- La demandante ejercitó acción reivindicatoria frente a dos sociedades. Se consideró relevante, a efectos de resolver el litigio, el hecho de que parte de la finca había sido expropiada para construir las vías de un ferrocarril, como consecuencia de lo cual se produjo una segregación de la finca matriz y un desajuste con los planos catastrales. La larga secuencia de hechos relatados por la demandante perseguía culminar en la identificación de la finca reivindicada. Sin embargo, no se estimó probada la identificación de la finca por el Juez de Primera Instancia, que desestimó la demanda. La demandante atacó en el recurso de apelación la existencia de la expropiación, alegando que no existía constancia documental de la misma. La Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la anterior, desestimó el recurso de apelación.

Doctrina.- «Que no obre en autos el expediente de expropiación forzosa de la finca (...) no es circunstancia decisiva para afirmar la inexistencia de su expropiación ni por ello perjudicar a las codemandadas». La existencia de la expropiación se evidencia por las segregaciones consiguientes.

CARMEN JEREZ DELGADO

IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD NO ESTÁ, CON CARÁCTER GENERAL, LEGITIMADO ACTIVAMENTE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 328 LH) [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 8.ª) DE 20 DE DICIEMBRE DE 2010.]

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Carmen García de Leaniz Cavallé.

Antecedentes.- Un Registrador de la Propiedad, interpone una demanda solicitando se declare la nulidad de varias resoluciones dictadas por la DGRN, en las que se revoca la calificación negativa efectuada por el demandante, respecto de la inscripción de unos contratos de compraventa otorgados por una persona en nombre y representación de la titular registral, por considerar, en primer lugar, que las citadas resoluciones han sido dictadas fuera de plazo y una vez que ya existían otras resoluciones presuntas, definitivas y firmes en las que se desestimaba el recurso gubernativo interpuesto frente a las calificaciones negativas, y, en segundo lugar, porque procede confirmar la calificación negativa efectuada por el Registrador de la Propiedad (demandante en este proceso judicial) ante la objetiva nulidad del acto dispositivo contenido en las citadas escrituras de compraventa debido a la insubsanable falta de capacidad del otorgante, a la luz de los documentos y asientos tomados en consideración por el Registrador de la Propiedad en el momento de la calificación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid rechaza la excepción de falta de legitimación activa alegada por la representación legal de la DGRN al considerar que el Registrador sí ostenta el interés al que alude el artículo 328 LH derivado del principio de responsabilidad y defensa de la legalidad registral, estima la demanda y declara la nulidad de las resoluciones de la DGRN por haber sido dictadas fuera de plazo. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado en representación de una de las partes demandadas (la DGRN), la Audiencia Provincial de Madrid lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estimando la excepción de falta de legitimación activa, desestima la demanda.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid tras hacerse eco en esta sentencia de las diversas interpretaciones que los tribunales realizan del artículo 328 LH, mantiene la tesis de que no puede entenderse que el “interés” del Registrador de la Propiedad, a que se hace referencia en el citado precepto, pueda considerarse satisfecho con la genérica mención a su función de velar por la legalidad y por los terceros directa o indirectamente afectados por la inscripción. De ser así carecería de lógica la excepción contemplada en el artículo 328 LH, pues en el desarrollo normal de su actividad el Registrador de la Propiedad siempre

ostentaría un derecho o interés a mantener su calificación y, por tanto, a recurrir en cualquier circunstancia la resolución dictada por su superior jerárquico (la DGRN) cuando revoque su calificación (esta interpretación no tiene cabida en el artículo 328 LH conforme a lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que ha querido realizar una regulación restrictiva en esta materia).

Así pues, para la Audiencia Provincial de Madrid el concepto de interesado en el ámbito del artículo 328 LH se refiere a aquella persona a cuyo favor deriven derechos del propio acto, quien ostentaría, por tanto, una situación jurídica directamente afectada por la sentencia que se dicte.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

ASIENTO DE PRESENTACIÓN. TÍTULOS INSCRIBIBLES PRESENTADOS POR TELEFAX. REGLAS APLICABLES: OBLIGACIÓN DE DESPACHARLOS POR ORDEN CRONOLÓGICO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 11.ª) DE 15 DE DICIEMBRE DE 2010.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil.

Antecedentes.- Mediante escritura pública otorgada el 24 de abril de 2003, don Cándido, padre y apoderado de don Gumersindo y doña Trinidad compraron a don Juan Alberto y doña Virginia, un piso en la localidad de Collado Mediano (finca registral núm. 0 del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial), por el precio de 114.193 euros, constituyendo una hipoteca sobre el mismo a favor de la entidad Barclays Bank. En la fecha de la compra el piso tenía dos cargas, un préstamo hipotecario a favor de la entidad Banesto, por importe de 47.777,74 euros (cantidad retenida del precio para su cancelación), y un embargo a favor de Volkswagen Finance para asegurar la cantidad de 470 euros, cuya cancelación fue solicitada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Collado Villalba.

Los compradores solicitaron el servicio de información interactiva de los Registradores de la Propiedad, eligiendo la opción de que se les comunicase vía correo electrónico durante diez días cualquier cambio en la finca. Una vez que se les devuelve la escritura presentada al Registro comprueban que la finca aparece gravada con una anotación de embargo a favor del Estado sobre la mitad de la finca titularidad de don Juan Alberto, presentándose el mandamiento que motivó la anotación a las 9 horas del 25 de abril de 2003, mientras que la escritura de compraventa se había presentado a las 9.30 horas de ese día, por lo que solicita al Registrador certificación sobre una serie de extremos y en la que se hace constar, entre otros, los siguientes: "que a las 18:32 horas del 24 de marzo de 2003, fuera del horario de oficina, se remitió al Registro por fax, desde la Notaría de don Jaime, tres hojas que no reunían los requisitos exigidos por el artículo 418.4 RH para causar asiento de presentación. Que el 25 de abril de 2003, ese Registro intentó ponerse en contacto con la citada Notaría desde las 8:10 (horario de oficina del Registro desde 8 a 13) para poner en conocimiento la remisión incompleta de las hojas antes referidas y como consecuencia de la conversación telefónica finalmente mantenida, fueron remitidas desde la Notaría y desde el mismo número de fax a las 9:28 horas, 6 hojas que sí reunían los requisitos exigidos en el artículo 418.4 RH para causar un asiento de presentación, generándose los asientos número 378 de compraventa y 379 de hipoteca; remitiéndose nuevamente desde la Notaría, pero a las 9:31 horas, seis hojas de igual contenido que las que ya causaron esos asientos". Intentada una solución amistosa con el Notario, éste contestó afirmando que la solución "se

debe intentar con el Registrador ya que no es cierto que la comunicación se enviara al día siguiente a las 9:30 horas, si no el día de otorgamiento a las 18:34 y parece ser que no llegó entero, pero sí lo suficiente para practicar el asiento. Se requiere que se complete y se envía el complemento a las 8.32, nada de 9.30. Tengo justificante de todo". El Registrador no comunicó por telefax su decisión de no practicar el asiento de presentación de la comunicación remitida por el Notario, y éste no envió la comunicación de la compraventa la misma mañana en que se efectuó.

La vendedora del piso, ex-esposa del otro vendedor, ha intentado con mala fe la inscripción en el Registro de la Propiedad de un derecho de uso sobre el piso como consecuencia de su separación judicial después de su enajenación. Los compradores, don Gumersindo y doña Trinidad, promovieron tercería de dominio en el expediente de apremio de la Agencia Tributaria contra don Juan Alberto por una deuda tributaria de 11.018,35 euros, que fue desestimada por haber presentado su título de compraventa con posterioridad a la presentación en el Registro del mandamiento de embargo.

Don Gumersindo y doña Trinidad interponen una demanda por la que pretende a grandes rasgos, con carácter principal: a) la nulidad de asiento 378 del Diario 51 del Registro de la Propiedad número 2 de San Lorenzo de El Escorial por inexactitud, su cancelación y la de la inscripción a que dio lugar, extendiendo otro nuevo que declare presentado en ese Registro la escritura de compra de una finca registral a las 8 o las 8:32 horas del 25 de abril de 2003, condenando a su Registrador a satisfacer todos los gastos o costas de las actuaciones y los honorarios que se devenguen por la nueva inscripción, así como los perjuicios que haya ocasionado el nuevo asiento antes de ser rectificado, los que dependen de la actuación del Estado respecto de su embargo preventivo; b) la cancelación del asiento de presentación de la anotación preventiva de embargo y de su inscripción a favor del Estado contra don Juan Alberto, condenando al Registrador a satisfacer todos los gastos o costas de las actuaciones y los honorarios que se devenguen por la cancelación. Interesando subsidiariamente: a) la condena de ese Registrador al pago de 11.078,55 euros en concepto de daños y perjuicios, de los que 11.018,55 euros se corresponden con la cuantía del embargo a favor del Estado, y los restantes 60 euros se corresponden aproximadamente con todos los gastos o costas de las actuaciones y honorarios que se devenguen por la cancelación de la anotación preventiva; b) Subsidiariamente, la condena del Notario autorizante en los mismos términos interesados para el Registrador de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid desestima la demanda. Interpuesto un recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima en parte y estima parcialmente la demanda y ordena: 1.º) la cancelación del asiento 378 del libro Diario del Registro de la Propiedad núm. 2

de San Lorenzo de El Escorial, así como su posterior inscripción, extendiendo otro nuevo que declare presentado en ese Registro la escritura de compraventa de la finca registral objeto del litigio ubicada en Collado Mediano, a las 8:32 horas del día 25 de abril de 2003, procediendo a su inscripción, sin coste alguno por esa nueva inscripción; 2.º) la cancelación del asiento de presentación de la anotación preventiva de embargo de esa finca y de su inscripción a favor de la Agencia Tributaria del mandamiento expedido el 22 de abril de 2003 por deudas de don Juan Alberto, sin coste alguno por la cancelación.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia, conforme a la legislación vigente en el momento de producirse los hechos objeto del litigio (art. 249.2 Reglamento Notarial, art. 248 LH, arts. 416, 418, 420, 429 y 430 RH, entre otros), que una de las finalidades del asiento de presentación, como señala la Resolución de la DGRN de 14 de enero de 1.985, es la de fijar la fecha de ingreso del título en el Registro de la Propiedad, momento a partir del cual producirá sus efectos el asiento definitivo que en su día se practique, a salvo la calificación registral, y con ello se evita que durante el intervalo entre uno y otro asiento se antepongan en la inscripción títulos que han tenido entrada con posterioridad. Otro de los rasgos del asiento de presentación es su carácter provisional y su corta duración, ya que o bien deja paso al asiento definitivo que se persigue o bien caduca ante la imposibilidad de poderlo practicar.

La Audiencia Provincial afirma que cuando el título que se pretende inscribir se presentara por telefax fuera de horas de oficina, se deberá practicar “asiento correlativo por el exacto orden en que haya tenido ingreso siendo así que el asiento de presentación deberá extenderse en el día hábil siguiente atendiendo, igualmente, al orden riguroso de presentación de aquél, de conformidad con el sellado temporal”.

Asimismo recuerda la Audiencia Provincial de Madrid, siguiendo la doctrina de las resoluciones de la DGRN de 12 de enero de 2000 y de 2 de marzo de 2005, que la negativa a practicar un asiento de presentación sólo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicite sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA CUANDO EL EJECUTADO ESTÁ DECLARADO EN CONCURSO: IMPOSIBILIDAD DE INSCRIBIR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EL AUTO DE ADJUDICACIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 10.ª) DE 26 DE ENERO DE 2011.]

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

Antecedentes.- Una entidad bancaria interpone una demanda, al amparo del artículo 328 LH, solicitando la revocación de la calificación registral realizada por el titular del Registro de la Propiedad núm. 6 de Madrid, en cuya virtud se denegó la inscripción del auto de adjudicación del día 10 de octubre 2007, rectificado por auto de 15 de octubre de 2009, a favor de la entidad demandante en un proceso de ejecución hipotecaria.

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

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid recuerda en esta sentencia que la competencia para decidir si procede suspender un proceso de ejecución hipotecaria corresponde al Juzgado de Primera Instancia, pero tal decisión ha de ser adoptada teniendo en cuenta lo resuelto por el Juez del concurso en lo concerniente a si el bien objeto de la ejecución hipotecaria pertenece o no al patrimonio del concursado y sobre si dicho bien está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad. A este respecto el artículo 56.2 de la Ley Concursal dispone con carácter imperativo la suspensión de las actuaciones del proceso de ejecución hipotecaria ya iniciado, una vez que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de la 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 otra parte, la Audiencia Provincial de Madrid señala que la calificación registral realizada es acorde a Derecho, pues todo lo actuado en el procedimiento de ejecución hipotecaria desde que la declaración de concurso consta en dicho procedimiento deviene nulo por falta de competencia del titular del órgano judicial de la ejecución hipotecaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 238-1 LOPJ en relación con el artículo 57.1º de la Ley concursal, al

establecerse que la competencia para conocer de las acciones de inicio o reanudación de las ejecuciones de garantías reales recae en el Juez del concurso.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

PRIMER TRIMESTRE DE 2011

I.- PROPIEDAD.

RESOLUCIÓN DE 22-12-2010 (BOE: 14-03-2011). EXPEDIENTE DE DOMINIO SIN TRACTO INTERRUMPIDO.

Se presenta en el Registro un expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo a instancia de persona que ha adquirido del titular registral.

El Registrador deniega su inscripción, y la Dirección recogiendo doctrina reiterada confirma la misma señalando lo siguiente: “dado el carácter supletorio y excepcional del expediente de dominio no cabe acudir a él cuando, como ocurre en este caso, no está interrumpido el tracto y lo que procede es acudir a un procedimiento dirigido a elevar a público el documento por el que el promotor adquirió del titular registral”.

RESOLUCIÓN DE 27-12-2010 (BOE: 22-02-2011). PROPIEDAD HORIZONTAL: PUEDE CONSTITUIRSE UN ELEMENTO PRIVATIVO FORMADO POR VARIOS DEPARTAMENTOS.

Se presenta en el Registro una escritura de agrupación de elementos privativos de una propiedad horizontal.

En un edificio en propiedad horizontal el propietario de 9 elementos privativos los agrupa, formando el elemento número tres, y al describirlo se dice que es un conjunto de 18 apartamentos, que se describen físicamente con sus linderos. Cuenta con autorización estatutaria para la agrupación y con licencia municipal, pues se han realizado obras de reforma interior, compareciendo también el arquitecto para certificar su adecuación al proyecto y a la licencia. No se modifica la superficie construida ni la volumetría, ni la estructura del edificio.

Después de esta agrupación el edificio tiene dos locales independientes en la planta baja, y además el elemento agrupado que se va a destinar a una explotación hotelera, integrado por las plantas primera a cuarta en su totalidad, más un vestíbulo y escalera interior privativa que lo comunican con la calle.

La registradora suspende la inscripción pues considera que hay que modificar la obra nueva del edificio (al haber 18 apartamentos) y también entiende que no se puede practicar la agrupación pues en realidad habría que hacer una división material formando las 18 fincas correspondientes a los 18 apartamentos. Considera que la descripción de la finca agrupada no es unitaria, como un solo elemento independiente, ya que alude a la existencia de 18 apartamentos dentro de la misma, que se describen, y a una especie de división material implícita que no se realiza en la práctica.

Resuelve la DGRN revocando la calificación por entender que en el presente supuesto, se prevé una simple agrupación, pues se ha configurado un solo elemento privativo compuesto por 18 apartamentos, y el hecho de que éstos sean susceptibles de aprovechamiento independiente no trae como consecuencia necesaria que hayan de constituirse 18 elementos privativos pues, en el presente caso se pretende que sea un solo elemento de esta clase, que se va a aprovechar de forma conjunta por una sociedad hotelera, aunque físicamente se trate de 18 apartamentos. Agrupación de elementos privativos diversos que, por lo demás, ampara expresamente el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal.

RESOLUCIÓN DE 27-12-2010 (BOE: 22-03-2011). DESAFECCIÓN DE ELEMENTOS COMUNES DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se presenta en el Registro una escritura de rectificación de la escritura de obra nueva y división horizontal de un edificio por el promotor para crear un nuevo elemento privativo (trastero), que se omitió individualizar en la escritura inicial y cuya propiedad se le atribuye al propio promotor.

Ahora el promotor ha obtenido el consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios (pues varios elementos privativos están vendidos) y otorga la escritura con el Presidente de dicha Comunidad. No se modifican las cuotas de la propiedad horizontal de los propietarios no comparecientes ni los elementos privativos. El error se acredita con la manifestación y comparecencia del Arquitecto director de la obra señalando que siempre existió dicho trastero, aunque por error en los planos no se trasladó su existencia a la escritura de obra nueva y división horizontal.

La registradora suspende la inscripción pues considera que tienen que prestar su consentimiento individual y fehacientemente todos y cada uno de los propietarios (y sus cónyuges en gananciales), no bastando el de la Comunidad como acto colectivo, por exigencias del principio de tracto sucesivo.

El notario recurre la calificación pues considera que estamos ante uno de los llamados actos colectivos por no afectar a los elementos privativos, citando

precedentes de resoluciones de la DGRN y por tanto es la Comunidad la que debe de actuar y no individualmente los propietarios.

La DGRN confirma la calificación. Para ello, la DG recuerda su doctrina en la que diferencia los actos colectivos que son competencia de la Junta de Propietarios y los actos individuales, que por afectar al derecho esencial de propiedad exigen el consentimiento individual de los propietarios.

Así en el primer caso se citan como actos colectivos la desafectación de elementos comunes y su venta como elementos privativos (la vivienda del portero, p.ej.) o la vinculación ob rem de los trasteros a las viviendas.

En el segundo caso, como actos individuales, la especificación de los trasteros que corresponden a cada vivienda y la conversión de un elemento privativo en elemento común.

Completa ahora su doctrina la DGRN en cuanto a la modificación de cuotas en la comunidad. Señala que dichos acto requieren como norma general el consentimiento individualizado expreso de todos los copropietarios, excepto en algunos supuestos contemplados por la legislación (fijación de nuevas cuotas para nuevos elementos, siempre que no perjudiquen derechos individuales) o, por analogía, creación de nuevo elemento privativos por desafección de un elemento común, en que la Junta puede acordar variar las cuotas proporcionalmente.

Aplicando la teoría anterior al presente caso la DGRN llega a la conclusión de que SI es necesario el consentimiento individualizado de todos los propietarios (y sus cónyuges en régimen de gananciales), pues a pesar de no verse afectados los elementos privativos ni los coeficientes individuales, hay un elemento común que pasa a ser privativo del promotor, por lo que se ve afectado el derecho de propiedad de cada copropietario.

RESOLUCIÓN DE 05-01-2011 (BOE: 14-03-2011). HIPOTECA POSTERIOR A CAPITULACIONES MATRIMONIALES SUSPENDIDAS.

Se presenta en el Registro una escritura de hipoteca en la que en el apartado título se menciona que la finca se ha adjudicado al marido en una escritura no inscrita por defectos de disolución y liquidación de gananciales. En dicha Escritura, el marido constituye la hipoteca con consentimiento de su esposa, al ser la vivienda familiar.

Por su parte, la finca sobre la que se constituye la hipoteca aparece en el Registro inscrita a nombre de dos esposos con carácter ganancial.

La registradora suspende la inscripción pues considera que o bien se ha de inscribir la mencionada escritura de liquidación de gananciales o bien ha de constituir la hipoteca la esposa, no bastando el mero asentimiento.

La entidad bancaria recurre y alega que consta el consentimiento de los dos titulares registrales, y que es tercero que confía en el contenido del Registro por lo que las vicisitudes de la escritura de disolución de gananciales no le pueden afectar pues no están inscritas. Alega además el precedente de alguna resolución que confirmaría este criterio.

La DGRN confirma la nota. Alude para ello a que no es lo mismo el asentimiento del cónyuge no titular que el consentimiento pleno, como cotitular constituyente de la hipoteca. Reconoce que en alguna resolución ha mantenido la postura contraria, pero por tratarse de un caso muy concreto (títulos presentados telemáticamente a la vez, pero en orden inverso).

RESOLUCIÓN DE 10-01-2011 (BOE: 14-03-2011). EMBARGO CONTRA HEREDEROS INDETERMINADOS: NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR.

Se presenta en el Registro un mandamiento de embargo en procedimiento seguido contra la herencia yacente de los titulares registrales de la finca.

El Registrador deniega la inscripción señalando como defectos: 1.º No haberse designado un administrador que represente a la herencia yacente; 2.º Es necesario expresar la fecha del fallecimiento del causante.

La Dirección confirma la nota y señala: En cuanto al primer defecto: es necesario el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral y el Registrador debe señalar como defecto que impide la inscripción la falta de intervención en el procedimiento del titular registral, ya que lo contrario le originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva. Aunque matiza que esta exigencia no debe ser excesivamente gravosa y debe limitarse a aquéllos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando hay demanda contra personas determinadas como posibles herederos y de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente - Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial -. En el presente caso del Mandamiento únicamente

resulta que el procedimiento se dirige contra la herencia yacente, sin haberse dirigido el procedimiento contra persona determinada alguna en su condición de eventual heredero, de modo que es preciso, como señala el Registrador en su nota, el nombramiento del correspondiente administrador judicial.

En cuanto al segundo defecto: Es incuestionable que, para cumplir el principio de tracto sucesivo, la demanda ha de ser dirigida contra el titular registral, pudiendo dirigirse, en caso de fallecimiento de éste, contra la herencia yacente, pero es indiscutible que en tal caso es preciso acreditar la fecha del fallecimiento del titular registral, y así lo exige expresamente el artículo 166.1 RH.

RESOLUCIÓN DE 13-01-2011 (BOE: 01-04-2011). LA RECTIFICACIÓN DE TITULARIDAD EN LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA REQUIERE CONSENTIMIENTO DEL TITULAR ACTUAL. EL RECURSO GUBERNATIVO: NO PUEDE FUNDARSE SOBRE DOCUMENTOS NUEVOS NO PRESENTADOS EN TIEMPO Y FORMA.

Se presenta en el Registro de la Propiedad de Cuenca la Resolución por la que se modifican las Bases Definitivas y el Acuerdo de Concentración Parcelaria de la zona de Valdemeca.

El Registrador suspende la inscripción por faltar el consentimiento del titular registral actual.

La DG confirma la nota del Registrador ya que “incorporada la Concentración al Registro, la inscripción está sujeta a los principios hipotecarios, sin más particularidades que las de la inscripción obligatoria y la de exigirse acompañar un plano cuando se altere el perímetro de la finca (cfr. artículo 238 del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero). Por ello es correcta la calificación del Registrador al exigir consentimiento del titular actual para el cambio de titularidad, pues el artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige tal consentimiento o resolución judicial, sin que sea suficiente para la rectificación el expediente administrativo.

Es cierto que, en el presente caso existe una sentencia judicial firme que decide en el mismo sentido que la rectificación del expediente. Sin embargo, el testimonio que recoge dicha sentencia no se presentó a calificación, habiendo sido aportado en el momento de la interposición del recurso. Tal circunstancia entra en contradicción con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, precepto que establece taxativamente que debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados a calificación al Registrador”.

Se advierte que la rectificación podrá ser llevada a cabo mediante la presentación del testimonio de la sentencia en la que, siendo demandado el titular registral, se declaró el dominio a favor del demandante.

RESOLUCIÓN DE 17-01-2011 (BOE: 13-04-2011). TUTELA: LOS ACTOS DE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES NO ESTÁN SUJETOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LA ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL TUTOR ESTÁ SUJETA AL JUICIO DE SUFICIENCIA DEL NOTARIO.

Se presenta escritura pública de compraventa por la que se transmite una finca urbana a una menor de edad, representada por su tutora, con pago del precio pactado que se recibe íntegramente en el mismo acto por el vendedor.

La Registradora suspende la inscripción por no haberse acreditado la obtención de la previa autorización judicial, requisito que –a su juicio- es necesario porque se trata de un acto dispositivo susceptible de inscripción e implica un gasto extraordinario. Y añade que no se acompaña el testimonio del auto del nombramiento de la tutora.

La DG estima el recurso señalando que “el legislador español ha optado por someter a control judicial únicamente una serie de actos o contratos que entiende que por su singular relevancia podrían tener una especial incidencia, actual o futura, en la vertiente personal o patrimonial del tutelado. Con este objetivo incorpora una lista exhaustiva y cerrada en los artículos 271 y 272 del Código Civil -considerada por un amplio sector doctrinal como excesiva- y que, dado su carácter excepcional, necesariamente debe ser objeto de interpretación restrictiva. Evidentemente, puede haber otros actos o contratos susceptibles de afectar a la persona o al patrimonio del tutelado al margen de los reconocidos en esa enumeración. Sin embargo, el legislador considera que no justifican la imposición de una restricción tan severa al devenir ordinario de la actividad del tutor. A juicio de este Centro Directivo, la adquisición de un bien inmueble se encuentra precisamente en esta situación.”

Y por lo que se refiere la calificación impugnada en cuanto considera la Registradora que constituye obstáculo a la inscripción solicitada el hecho de que no se acompañe testimonio del Auto de nombramiento, la DG indica que la acreditación de la representación del tutor está sujeta al juicio de suficiencia del notario, y por tanto la calificación del registrador está limitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001. En el presente caso el documento judicial relativo al nombramiento del tutor está correctamente reseñado, aunque falta el juicio de suficiencia del notario, pero esa falta no ha sido alegada por el registrador, por lo que rechaza el defecto.

RESOLUCIÓN DE 18-01-2011 (BOE: 14-03-2011). INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS PRESTAMISTAS EN REGISTRO ESPECIAL.

Se presenta en el Registro una escritura de préstamo con hipoteca a favor de una sociedad limitada que tiene por objeto la realización de operaciones dentro del ámbito de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (LCCPCHySI en adelante).

En la escritura se constata que no se han creado por las comunidades autónomas los Registros de empresas a los que se refiere el art. 3 LCCPCHySI aunque se han cumplido los requisitos que la misma impone, a saber, folleto informativo, información previa y oferta vinculante; pero no se ha cumplido con la inscripción en el Registro de empresas por no haberse creado.

El Registrador deniega la inscripción por falta de acreditación del requisito de inscripción previa en el Registro autonómico o estatal conforme al art. 3.1 y apartado 3 de la Disposición transitoria única LCCPCHySI porque “si tal registro no existe lo que sucede es que, por incumplimiento de la Administración pública de su obligación de constituir el registro público, no puede realizarse la actividad prevista. No cabe defender que el incumplimiento de la Administración traiga como consecuencia que el Registrador de la Propiedad incumpla, a su vez, la obligación que le impone el artículo 18”.

La DGRN revoca la nota sobre la base de una interpretación finalista, lógica y sistemática del art. 18.1 LCCPCHySI. Alega la resolución que ese precepto reafirma el control de legalidad de Notarios y Registradores pero debe interpretarse en sus justos términos, de modo que la falta inscripción en el Registro de empresas no impide que mientras no se cree dicho Registro la prestamista, preexistente a la Ley, siga desarrollando su actividad, ya que el requisito de la inscripción únicamente será aplicable una vez constituidos los Registros Públicos de empresas de la LCCPCHySI.

La resolución se funda en un cuidadoso análisis de los requisitos que deberán ser objeto de calificación registral conforme al art. 18.1 LCCPCHySI. Partiendo del reconocimiento de que la ley reafirma el control de legalidad realizado por notarios y registradores matiza el alcance de tal calificación atendiendo no sólo a la interpretación literal del precepto sino fundamentalmente a la interpretación finalista, lógica y sistemática.

Conforme a lo expresamente señalado por el art. 18.1, el control de legalidad de notarios y registradores se extiende a la legalidad vigente y, muy especialmente a los requisitos de la LCCPCHySI. Se pregunta el centro Directivo cuáles son

esos requisitos cuyo incumplimiento obliga a notarios y registradores a denegar su función. En primer lugar distingue según que tales requisitos sean o no exigibles en el momento de prestar su función por registradores y notarios.

Según el criterio lógico, la empresa prestamista preexistente puede desarrollar su actividad mientras no se constituyan los Registros del art. 3 LCCPCHySI. Según la interpretación sistemática, apoyándose en la Disposición Transitoria única de la LCCPCHySI, se distingue entre requisitos exigibles a partir de la entrada en vigor de la Ley, requisitos exigibles transcurridos los tres meses siguientes y requisitos controlables tras la creación de los Registros de empresas del art. 3.

Entre los primeros, exigibles en las “relaciones precontractuales y en los contratos” la resolución cita “las exigencias relativas a las obligaciones de transparencia en relación con los contratos, información previa al contrato, los requisitos de forma y contenido de los mismos, así como las obligaciones en materia de tasación y servicios accesorios, régimen de compensación por amortización anticipada, comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas y oferta vinculante (artículos 4, 5 14, 15, 16, 17, 20 y 21)”.

A ellos hay que sumar, habiendo pasado ya el plazo de tres meses desde su entrada en vigor, “las exigencias impuestas a las empresas que a la entrada en vigor de la misma no cumplan con los requisitos relativos a las comunicaciones comerciales y publicidad (artículos 12 y 19)”.

Finalmente “la exigencia de inscripción en los Registros objeto de debate en este expediente que, como resulta del apartado 3 de dicha disposición transitoria, únicamente será aplicable «Una vez constituidos los Registros Públicos de empresas a que se refiere el artículo 3»”.

COMENTARIO: Nada se dice ni en la nota recurrida ni en la resolución de la obligación de constituir seguro o aval impuesta por el art. 7 LCCPCHySI: “Con carácter previo a su inscripción en los registros previstos en el artículo 3, las empresas deberán contratar un seguro de responsabilidad civil con entidad autorizada o un aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de intermediación o concesión de préstamos o créditos hipotecarios. La suma asegurada mínima y el importe mínimo del aval se determinarán reglamentariamente.”

Pero no cabe duda que la obligación del art 7 LCCPCHySI es un requisito impuesto especialmente por dicha Ley cuyo incumplimiento obliga a notarios y registradores a denegar su función, eso sí, a partir de la entrada en vigor del

Reglamento que determina la suma asegurada mínima y el importe mínimo del aval.

RESOLUCIÓN DE 19-01-2011 (BOE: 01-04-2011). DISOLUCIÓN DE REM: LA ADJUDICACIÓN DE BIENES NO MATRIMONIALES DEBE HACERSE EN ESCRITURA PÚBLICA.

Se presenta un testimonio de sentencia dictada en procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo, que declara disuelto el matrimonio de los cónyuges demandantes y aprueba el convenio regulador aportado a los autos. En dicho convenio se incluye la liquidación de la sociedad de gananciales, y respecto de la finca que había constituido la última vivienda familiar, se limitan a expresar lo siguiente: «La citada finca fue adquirida con carácter previo al matrimonio, por mitad y proindiviso, siendo aportada la misma de mutuo acuerdo por ambos propietarios a la Sociedad de Gananciales», para añadir que se adjudica en dicha liquidación a uno de ellos quien desde la fecha de la firma del tal documento asume en su integridad el pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la citada finca.

La Registradora suspende la inscripción solicitada por considerar que falta como título previo la escritura de aportación a la sociedad de gananciales a que se refiere la sentencia.

La DG confirma la nota de calificación disponiendo que “ es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, separación o el divorcio. Se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casados”.

Ahora bien, sigue diciendo la DG “como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.”.

Añade que “recientemente la Resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro Directivo, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la

posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. artículo 1.323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio; habrá en ocasiones un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación -a su favor- de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa”.

En definitiva, la DG señala que la distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte a su protección –cfr. artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil– como en su firmeza –cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil–); la indeterminación sobre la existencia de causa negocial propia de una liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, llevan a concluir que el documento calificado resulta insuficiente para acceder a la inscripción solicitada.

RESOLUCIÓN DE 20-01-2011 (BOE: 14-03-2011). VENTA DE BIENES DE MENOR VENEZOLANO: REQUISITOS IMPUESTOS POR EL JUEZ DE DICHO PAÍS.

Se presenta una Escritura en la que se venden varios inmuebles sitios en España en los que un menor venezolano es titular de varias participaciones indivisas (al parecer de 1/16). El menor está representado por su padre, único titular de la patria potestad, y cuenta con autorización judicial de un juez venezolano. La venta se formaliza en Venezuela conforme a las formas documentales de dicho país y posteriormente el documento se protocoliza mediante Acta Notarial en España.

El Registrador suspende la inscripción porque considera que no se acredita haber cumplido lo dispuesto por el Juez venezolano que establecía en su disposición que la parte de precio del menor debía de entregarse mediante cheque nominativo y depositarse en un organismo de control venezolano.

El recurrente alega que el precio fue el mismo que se consignó en la herencia previa –que sí fue inscrita- y que ya contempló el juez venezolano en su autorización.

La DGRN hace un extenso e ilustrativo recorrido por las normas de derecho internacional privado y convenios internacionales susceptibles de aplicación, para concluir que estamos ante una cuestión de capacidad, excluida del Convenio de Roma de 1980 sobre las obligaciones (que ha sido sustituido por el Reglamento europeo 593/2008 denominado Roma I, aplicable desde 17 de Diciembre de 2009), y por tanto no es aplicable la *lex contractus* o sustantiva del negocio jurídico (que sería la española) sino la legislación del Estado que resulte aplicable en virtud de la norma conflictual. En este caso concreto los artículos 10.11 y 9.4 de nuestro código civil remiten a la legislación del menor representado, es decir la venezolana.

La cuestión por tanto es saber si se ha cumplido o no la legislación venezolana, pero para ello al registrador solo le cabe alegar que no se le ha acreditado dicha legislación (si la desconoce) y, en su caso, si la conociera o se le acreditara, fundamentar su defecto en la norma de dicha legislación incumplida, siempre que afecte a la validez civil del acto jurídico. En el caso concreto el registrador no fundamenta adecuadamente el defecto por lo que se estima el recurso revocando el defecto en los términos anteriores.

RESOLUCIÓN DE 21-01-2011 (BOE: 17-05-2011). EMBARGO CONTRA CONYUGES EXTRANJEROS.

Recurso interpuesto por una SL, contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Alcalá de Henares número 1, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo.

Estando inscrita una finca a nombre de dos cónyuges, de nacionalidad rumana para su comunidad matrimonial, se pretende la anotación preventiva de embargo en procedimiento judicial seguido contra el marido, que se ha notificado a su cónyuge.

La Registradora suspende la anotación del embargo al considerar que, a falta de acreditación de la legislación rumana, la anotación del embargo queda supeditada al requisito de que la demanda sea dirigida frente a ambos cónyuges, único modo en que si el procedimiento acabase con la venta forzosa de la finca, la autoridad ejecutante podría actuar en representación de ambos titulares en caso de rebeldía.

El recurrente considera, por el contrario, que basta la notificación al cónyuge del deudor, conforme a lo dispuesto en los artículos 541.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 144 del Reglamento Hipotecario.

La DG confirma la calificación reiterando su doctrina, El artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario permite la práctica del embargo de bienes gananciales en aquellos casos en los que, estando demandado uno de los cónyuges, el embargo haya sido notificado al otro. El precepto, sin embargo, somete la aplicación de esta regla a un requisito material previo: que el régimen económico del matrimonio sea el de gananciales o, por analogía, cualquier otro régimen de comunidad de bienes. En presencia de supuestos de tráfico externo como el presente, la aplicación del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario evidentemente se mantiene, en la medida en que se trata de una regla procesal y, en consecuencia, sometida al juego de la lex fori, pero la verificación del requisito material previo de aplicación de la regla, esto es, que el régimen económico del matrimonio sea uno de comunidad de bienes, únicamente podrá constatarse mediante la previa aplicación de la norma de conflicto contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil. Por tanto, Dado que no se probó el contenido y la vigencia del ordenamiento rumano, y al no realizar la registradora bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la ley extranjera, ya que la indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero es una simple potestad del registrador, sin que tal tarea constituya en absoluto para él una obligación, la aplicación del artículo 144.1 debe quedar descartada, y será necesario dirigir la demanda contra ambos cónyuges.

RESOLUCIÓN DE 22-01-2011 (BOE: 01-04-2011). REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUMPIDO: NECESIDAD DE CITACIÓN AL CÓNYUGE DEL TITULAR REGISTRAL. NECESIDAD DE LA CONSTANCIA DE LA PERSONA DE LA QUE ADQUIRIÓ EL PROMOTOR PERO NO LA DE MÁS CAUSANTES INTERMEDIOS.

Se presenta testimonio de Auto dictado en expediente de dominio reanudador del tracto sobre una finca inscrita en el año 1948 a favor de mujer casada por título de compra en la que el marido declara que el dinero invertido procedía de los bienes parafernales de su esposa.

La Registradora suspende la inscripción por la existencia de 2 defectos: 1- entender que es necesario citar al marido porque considera que el bien es ganancial; 2- porque es necesario determinar el nombre de las personas de las que adquirió las fincas el causante de los promotores del expediente de dominio.

La DG estima parcialmente el recurso: En cuanto al primero de los defectos señalados, indica que “no existiendo en el año 1948 norma equivalente al actual artículo 1324 del Código Civil, la presunción de ganancialidad de los bienes comprados durante el matrimonio, consagrada en el entonces vigente artículo 1407 del Código Civil, hacía que el bien comprado por la esposa con dinero que no estuviese acreditado que fuera parafernial o dotal debía presumirse ganancial,

sin que fuese suficiente, a efectos de dicha acreditación, la confesión de privaticidad del marido”.

Ahora bien, el hecho de que un bien se presuma o repute ganancial, tanto primitiva como actualmente, no debe traducirse necesariamente en que su titularidad registral corresponda a ambos cónyuges y, concretamente, en el caso que ocupa, según el artículo 95 regla segunda del Reglamento Hipotecario en su redacción de 1947 y, conforme el artículo 96 –ya en su redacción de 1959– se desprende nítidamente que la titularidad registral corresponde al cónyuge adquirente, pero que en los actos dispositivos deben intervenir los dos. Por tanto, dado que el expediente de reanudación de tracto tiene por finalidad suplir los títulos traslativos intermedios, conforme a los requisitos exigidos por la legislación aplicable a los mismos, la citación que debe realizarse conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, es no sólo a quien sea titular registral, sino también a quien tiene que concurrir al acto dispositivo, esto es, al cónyuge o sus herederos, lo que no se ha realizado correctamente.

En cuanto al segundo de los defectos apuntados, la DG señala que ”no puede exigirse al promotor del expediente de reanudación de tracto la acreditación de la cadena previa y sucesiva de transmisiones intermedias, ni los nombres de las personas que transmitieron las fincas al transmitente inmediato de las mismas, aunque sí del titular registral y de su cónyuge cuyo consentimiento sea necesario para la disposición del bien cuya titularidad pretenda reanudarse en el expediente de dominio”.

RESOLUCIÓN DE 22-01-2011 (BOE: 01-04-2011). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE DINERO: NO ES ANOTABLE POR FALTA DE TRASCENDENCIA REAL.

Se presenta mandamiento de anotación preventiva de demanda cuyo objeto es la reclamación de una cantidad de dinero.

El Registrador deniega la anotación por tratarse de una demanda de reclamación de cantidad y por tanto carecer de trascendencia real.

La DG confirma el defecto señalado por el Registrador indicando que “ aunque el ámbito de la anotación de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica y por esta misma Dirección General, sólo puede abarcar –al amparo del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria–, además de las demandas en las que se ejercite una acción real, aquellas otras cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral”.

En el caso presente, "ni la demanda interpuesta que se ordena anotar, ni la eventual sentencia estimatoria, afectan a la titularidad jurídica inscrita, por lo que la práctica de la anotación pretendida carecería de utilidad práctica alguna".

RESOLUCIÓN DE 24-01-2011 (BOE: 01-04-2011). ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: ES ANOTABLE LA DEMANDA AUNQUE LA FINCA ESTÉ INSCRITA A NOMBRE DEL DEMANDANTE POR NO ESTAR INSCRITO EL TÍTULO CUYA RESOLUCIÓN SE PIDE.

Se solicita Anotación de Demanda de resolución de un contrato de permuta sobre obra futura, cuando, por no haberse inscrito dicha permuta, las fincas figuran todavía inscritas a nombre de los demandantes. Se acompaña la escritura de permuta de solar por obra futura, aunque no está inscrita, junto con el Mandamiento judicial.

La Registradora suspende la inscripción solicitada por figurar inscritas las fincas a nombre de personas distintas de los demandados.

La DG estima el recurso interpuesto señalando que "si se profundiza en el principio de tutela judicial efectiva, habrá de admitirse tal anotación cuando, de no hacerse, se produciría la indefensión para el demandante, caso que ocurre cuando existe un título de transmisión referente a la finca objeto de la demanda que aún no ha sido inscrito, pero cuya inscripción podría traer como consecuencia la adquisición por un tercero de la finca repetida".

RESOLUCIÓN DE 08-02-2011 (BOE: 22-03-2011). HIPOTECA SIN INTERVENCIÓN DEL DEUDOR Y SIN DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES.

Se presenta una Escritura en la que una sociedad constituye hipoteca de máximo a favor de un banco en garantía de deuda ajena (una segunda sociedad).

El Registrador suspende la inscripción por no intervenir la sociedad prestataria en la Escritura ni hacerse constar las circunstancias de dicha sociedad ni un domicilio para notificaciones.

La Dirección rechaza el defecto dado el carácter accesorio de la hipoteca como derecho real de garantía; aunque en la generalidad de las hipótesis son simultáneos el acto generador del crédito y el negocio constitutivo de la hipoteca y coinciden los sujetos de uno y otro, no significa que cuando crédito y garantía real nazcan en momentos distintos sea precisa la intervención del deudor en la constitución de ésta.

Entiende, en una interpretación flexible del principio de determinación, que basta que se precisen las circunstancias básicas que identifiquen la obligación garantizada o la relación jurídica de la que pueda surgir cuando sea futura. Y en ese ámbito de aplicación flexible del principio de determinación hipotecaria se ha admitido también (R 26/5/1986) que pueda constituirse hipoteca en garantía de deuda ajena sin que sea precisa la intervención del sujeto pasivo de ésta: así lo corrobora la regulación civil sobre los requisitos y condiciones de la negociabilidad del crédito con independencia del deudor (arts. 1198, 1205, 1527 CC), la posibilidad de afianzamiento sin su intervención (arts. 1823 y 1838), la admisión del pago por otro ignorándolo el deudor (art. 1158), o la posibilidad de la hipoteca unilateral (art. 141 LH).

La otra cuestión que se plantea es si es defecto que impida la inscripción de la hipoteca la omisión de alguno de los domicilios para notificaciones y requerimientos, en concreto el del deudor. También rechaza este defecto, pues si bien es cierto que el art. 682.2.2.º LEC exige que el deudor -y, en su caso, el hipotecante no deudor- fije en la escritura un domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y que tal designación tiene la doble finalidad por un lado de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, y por otro garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas, la falta de designación de dicho domicilio no comporta, al no existir precepto alguno que así lo disponga, la ineficacia de la hipoteca ni constituye obstáculo para la inscripción de ésta en el Registro, sin perjuicio de la obligada exclusión de los pactos relativos al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y sobre ejecución extrajudicial. Ello supone que la ejecución de la hipoteca no podrá desenvolverse en tales casos a través de los citados procedimientos al no constar el domicilio del deudor ni los citados pactos de ejecución en el Registro (art. 130 LH), perdiendo con ello una de sus más importantes ventajas, pero no el resto de sus facultades que, no obstante, para nacer al mundo jurídico, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca (art. 1875 CC y 145 LH), precisan de su constatación tabular, la cual no debe ser impedida por el motivo indicado en la calificación.

RESOLUCIÓN DE 22-02-2011 (BOE: 01-04-2011). EXPEDIENTE DE SEGREGACIÓN EN EL QUE NO INTERVINO EL TITULAR DE UNA HIPOTECA. LA CANCELACIÓN DE CARGAS SOBRE TERRENOS DE CESIÓN OBLIGATORIA REQUIERE ACUERDO DE SUS TITULARES.

Se presenta en el Registro expediente, sobre el que ha recaído sentencia firme declarando su validez, para la inscripción a favor del Ayuntamiento de Talavera de la Reina de dos fincas –una de ellas, a la que se refiere el recurso, previa

segregación– como consecuencia del cumplimiento de las previsiones del PERI ordenador de una manzana de dicha población.

La Registradora suspende la inscripción de la segregación y la cesión por no constar en el expediente que se haya notificado el mismo al titular registral de una hipoteca que grava la finca matriz de la que hay que segregar aquella que es objeto de cesión, conforme al artículo 31.2 del Real Decreto 1093/1997, sobre inscripción de actos urbanísticos.

La DG confirma la nota de calificación, disponiendo que “alega el recurrente que la porción que se segrega es un bien de dominio público, por lo que es inembargable, y que la hipoteca constituida, en cuanto a la parcela cuya inscripción se pretende, es nula pues la misma tenía el carácter demanial en el momento en que la hipoteca se constituyó. Sin embargo, tal carácter no resulta del Registro, por lo que es necesaria una previa rectificación del mismo. Para ello, debería haberse iniciado el expediente correspondiente, con objeto de que la parcela que se segrega se hubiera calificado de dominio público y se hubiera liberado de la carga de la hipoteca. De este modo, se habría hecho constar en el Registro esta modificación, con la intervención del acreedor hipotecario, por imperativo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que es un trasunto de la proscripción de la indefensión que deriva del artículo 24 de la Constitución Española.

En tanto no se produzca tal cancelación, el principio de legitimación, plasmado en los artículos 1, párrafo 3.º, y 38 de la Ley Hipotecaria, impide la práctica del asiento solicitado.

Sostiene igualmente el recurrente que los artículos 30 y 31 del Real Decreto 1093/1997 se refieren a los titulares registrales de las fincas, y no a los titulares de gravámenes sobre las mismas, pero no tiene en cuenta que de los artículos 29 y 30 del mismo texto reglamentario se deriva la necesaria intervención de los titulares de todos los derechos que recaigan sobre las fincas y que, por imperativo del artículo 29, han de ser cancelados”.

RESOLUCIÓN DE 16-03-2011 (BOE: 01-04-2011). INMATRICULACIÓN: TIENE LEGITIMACIÓN EL NOTARIO AUTORIZANTE DE UN ACTA DE NOTORIEDAD QUE SE ACOMPAÑA AL TÍTULO CALIFICADO PARA INTERPONER RECURSO GUBERNATIVO.

Se presenta en el Registro escritura de adjudicación de herencia, previa acta de notoriedad de declaración de herederos del causante, acompañada de acta de notoriedad complementaria de título adquisitivo para la inmatriculación de una finca.

El Registrador suspende la inscripción por no declararse la notoriedad de la adquisición por el causante de la herencia. Aparte de ello, entiende que el Notario autorizante del Acta no tiene legitimación para recurrir, pues el documento suspendido es la escritura de adjudicación de herencia, que fue autorizada por un Notario distinto.

La DG revoca la nota de calificación disponiendo que el notario autorizante del acta de notoriedad complementaria tiene legitimación para recurrir por cuanto la legitimación para recurrir deriva de su responsabilidad profesional y del artículo 22 de la LH.

Y en cuanto a la cuestión de si la declaración de notoriedad es adecuada o no, concluye la DGRN que SI, pues aunque hubiera sido deseable mayor precisión es indudable que la notoriedad está referida a lo declarado por el requirente y a las pruebas practicadas, y que todo ello va dirigido a demostrar la titularidad del causante sobre determinadas fincas por lo que la notoriedad solo puede referirse a este extremo.

RESOLUCIÓN DE 16-03-2011 (BOE: 01-04-2011). COSTAS: EL EXPEDIENTE DE DESLINDE DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE DEBE DESCRIBIR INDUBITADAMENTE LA PARTE AFECTADA. EL TITULAR AFECTADO POR EL DESLINDE DEBE SER CITADO EN EL EXPEDIENTE.

Se presenta en el Registro traslado de Orden Ministerial en el que se ordena inscribir un expediente de deslinde de dominio público marítimo-terrestre.

El Registrador suspende la inscripción por los siguientes defectos: 1) No se acompaña la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde. 2) No se determina la parte de la finca afectada por el deslinde y que debe pasar al dominio público. 3) No se acredita la intervención en el expediente del titular registral.

La DG confirma los defectos que son objeto de recurso, el 2 y el 3. En cuanto al defecto 2º señala que "los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 12.2 y 47 a 51 del Reglamento Hipotecario exigen que, para identificar perfectamente la parte de la finca que es de dominio público es preciso describirla de manera indubitada, así como describir la porción que resta".

En cuanto al defecto 3º indica que "en todo caso sería inexcusable –lo que ahora no ocurre– que en la resolución administrativa del deslinde constara que el titular de ese asiento a rectificar ha sido debidamente citado en el expediente, en términos que le hagan inequívoca la trascendencia que la resolución que se dicte podrá tener en su titularidad registral (cfr. artículos 1, 20 y 40 de la Ley

Hipotecaria, y 12.2 de la Ley de Costas, y artículo 23 y siguientes de su Reglamento)”.

RESOLUCIÓN DE 22-03-2011 (BOE: 04-04-2011). FIDEICOMISO DE RESIDUO: EN LA TRANSMISIÓN DE DERECHO SUJETO A FIDEICOMISO DE RESIDUO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN EL FIDUCIARIO SÓLO PARA EL CASO DE NECESIDAD, EL REGISTRADOR NO PUEDE EXIGIR LA ACREDITACIÓN DE LA NECESIDAD QUE JUSTIFICA LA TRANSMISIÓN.

Se presenta a inscripción una escritura de compraventa sobre un bien sujeto a un fideicomiso de residuo con facultad de disposición del fiduciario sólo para el caso de necesidad, que no se acredita.

El Registrador suspende la inscripción por apreciar que no se da la causa de necesidad que legitimaría la transmisión onerosa por parte de la fiduciaria, según consta en el Registro. Considera el Registrador en su nota que el fideicomiso de residuo únicamente facultaba a la fiduciaria para disponer en caso de necesidad y que dado que el precio de la compraventa queda aplazado por un plazo máximo de cinco años, no se entiende que en este caso haya podido producirse dicho caso de necesidad.

La DG revoca la nota de calificación señalando que “se trata de una cuestión que escapa de la calificación registral, entre otras razones, por el alto componente subjetivo que tiene la necesidad. En tal sentido, ya indicó este Centro directivo en su Resolución de 11 de julio de 2003 que « tanto en el usufructo de disposición, como en la reserva de la facultad de disponer y en el fideicomiso de residuo han declarado que la situación de necesidad a que queda supeditada la facultad de disponer es algo que queda al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación, no pudiendo exigirse tal justificación, que queda a la apreciación del heredero”.

Ello, “sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación judicial del acto de disposición por quien, en su caso, corresponda”.

RESOLUCIÓN DE 29-03-2011 (BOE: 04-05-2011). EXPEDIENTE PARA REANUDAR EL TRACTO.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Ronda, por la que se deniega la inscripción de un expediente de dominio por causa de falta de tracto sucesivo.

Se cuestiona en el presente recurso si es inscribible un Auto de reanudación de tracto sobre una tercera parte indivisa de una finca registral cuando la totalidad

de ésta se encuentra inscrita a favor de persona distinta de aquélla que se consideró titular registral en el expediente promovido, al haber accedido al Registro previamente otro expediente de dominio por el que se reanudaba el tracto a favor de otra persona.

Se recurre la calificación alegando la existencia de error de concepto, por ser diferente la descripción de la finca a que se refiere la nota de calificación de la contenida en la certificación presentada en el escrito inicial del expediente.

La Dirección confirma la calificación puesto que es claro que, formalmente, se trata de la misma finca, con idénticos datos registrales, y si está inscrita a nombre de persona distinta de aquella a quien se consideró titular al iniciar el expediente es indiscutible que, de acuerdo con los principios de prioridad (art. 17LH) y tracto sucesivo (art. 18 LH), procede la denegación de la inscripción, máxime cuando quienes promovieron el expediente de reanudación de tracto sucesivo podrían haber anotado preventivamente la demanda (art 274 y 283 del RH) lo que hubiera permitido ganar prioridad respecto de otros títulos presentados con posterioridad. Y si lo que se pretende es la existencia de un error de concepto la rectificación habrá que hacerla por el procedimiento legal, con el consentimiento de todos los interesados y en su caso en juicio ordinario. (arts. 217 y 218 LH).

RESOLUCIÓN DE 01-04-2011 (BOE: 04-05-2011). CONDICION RESOLUTORIA; TITULARES POSTERIORES.

Recurso interpuesto por una SL, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Marbella por la que se suspende la cancelación de una inscripción de dominio, ordenada en sentencia, en ejercicio de una condición resolutoria explícita.

En Sentencia dictada en juicio declarativo se decretó la resolución de un contrato de compraventa de una finca en el que se estipuló el aplazamiento de pago y se garantizó el mismo con condición resolutoria explícita debidamente inscrita, ordenándose la reinscripción a favor del demandante y la cancelación de la inscripción de la compraventa y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores. Se da la circunstancia de que aparece en el Registro una venta otorgada por el comprador. De los documentos presentados se infiere que no se citó a los titulares registrales, entablándose el procedimiento exclusivamente contra el primer comprador.

El registrador deniega la cancelación de la inscripción de la venta posterior por no haber sido citados ni intervenido en el procedimiento los titulares registrales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva.

La Dirección confirma la calificación, pues si bien reconoce que con la inscripción de la condición resolutoria explícita se confiere eficacia real a la eventual acción resolutoria y se evita la afectación a terceros del art. 34 LH, eso no significa que la sentencia declarativa de la resolución de la compraventa dictada en pleito entablado sólo contra el comprador permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último.

Indica la DG que hay que tener en cuenta: 1) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; 2) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; 3) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; 4) que se trata de asientos extendidos antes de la anotación de la demanda de resolución; 5) que los titulares de tales asientos no sólo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución (art 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Reitera su doctrina la DG (R de 19 de junio de 2007 y 9 de junio de 2010) de que entre los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil (y no sólo para la cancelación de las cargas posteriores) se incluye el de que se aporte el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6 Reglamento Hipotecario). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil.

Por ultimo y como «incidenter tantum», se refiere la Dirección a una posible enervación de la resolución que podrían intentar esos titulares de derechos posteriores, que podrían, si así les interesa, pagar lo que falte (art. 1158 C.c.).

RESOLUCIÓN DE 14-04-2011 (BOE: 04-04-2011). DECLARACIONES DE OBRA “ANTIGUA” EN ANDALUCIA.

Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Cuevas del Almanzora a la inscripción de la declaración de obra nueva de una finca.

La Resolución reproduce a lo largo de seis apartados el texto y la doctrina de la R. 24.03.2011, para no exigir licencia de ocupación en obras antiguas en Andalucía.

Sólo al final difiere de ella en cuanto a la exigencia del libro del edificio, puesto que, «acreditado que la edificación es anterior a 1995, no cabe aplicar a la misma una exigencia impuesta por una legislación que entró en vigor con posterioridad a la realización de dicha construcción» art. 7 Ley de Ordenación de la Edificación . Por tanto la DG revoca la exigencia del libro de edificio, así como la licencia de primera ocupación.

RESOLUCIÓN DE 15-04-2011 (BOE: 04-05-2011). ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA A FAVOR DEL TITULAR INSCRITO.

Recurso interpuesto, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Zaragoza nº 13, por la que se suspende la anotación preventiva de demanda por no figurar inscrita la finca a favor del demandado y carecer de trascendencia real todas las pretensiones de la demanda.

Se plantea tomar anotación preventiva de demanda sobre una finca cuando el demandante es el propio titular registral de la misma, por no haberse inscrito la transmisión a favor del demandado. En la demanda que se pretende anotar se solicita la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pago y que se condene a la sociedad demandada a la entrega y restitución de la finca.

El Registrador señala en su nota que carecen de trascendencia real las pretensiones deducidas en la demanda puesto que no pueden provocar ningún asiento registral en tanto la finca figure a favor del propio demandante.

La Dirección admite el recurso: (reitera su doctrina de anteriores R 7 junio 2005, 14 febrero 2006 y 24 enero 2011) aunque en principio para la práctica de la anotación es necesario que la demanda se interponga frente al titular registral, si profundizamos en el principio de tutela judicial efectiva, debemos admitir tal anotación cuando de no hacerse se produciría la indefensión para el demandante, caso que ocurre cuando existe un título de transmisión referente a la finca objeto de la demanda que aún no ha sido inscrito, pero cuya inscripción podría traer como consecuencia la adquisición por un tercero de la finca referida.

Admitida la posibilidad de tomar anotación de demanda en el presente caso pierde sentido el segundo defecto señalado por el Registrador en su nota, puesto que no puede considerarse que la demanda cuya anotación se pretende, en cuanto que solicita la resolución de la compraventa de una finca, carezca de trascendencia real.

RESOLUCIÓN DE 19-04-2011 (BOE: 11-05-2011). EXCESOS DE CABIDA; DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Belmonte de Miranda, por la que se deniega la inscripción de un exceso de cabida, declarado sobre una finca urbana, por existir dudas fundadas sobre la identidad de dicha mayor superficie atribuida a la finca.

La Dirección General reitera su doctrina sobre el acceso al registro de los excesos de cabida, donde dice, “la registración de un exceso de cabida «stricto sensu» sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior, que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados. Fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física, que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional. Sin embargo, para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente (Resoluciones de 16 de mayo de 2005, 1 de julio de 2006, 19 de febrero de 2008 y 2 de febrero de 2010).

En la inscripción de los excesos de cabida, el Registrador debe extremar la prudencia, como impone expresamente el artículo 298.3, párrafo quinto, del Reglamento Hipotecario, al exigirse para la inscripción de un exceso de cabida que el Registrador no tenga dudas sobre la identidad de la finca (Resoluciones de 19 de febrero de 2008, 10 de marzo y 16 de diciembre de 2010).

Por todo ello confirma la nota de calificación del Registrador al argumentar dudas sobre la identidad de la finca, si bien parece que añade un nueva vía al registrador para disipar sus dudas, pues termina la resolución confirmando la nota “mientras no se desvirtúe tal duda con el consentimiento del colindante o en virtud de procedimiento adecuado (cfr. artículo 306 del Reglamento Hipotecario). La vía judicial del art 306 Rh ha sido el camino reiterado para resolver estos conflictos, si bien se añade la posibilidad de que el colindante preste su consentimiento al exceso, entendiendo que realmente es el único posible perjudicado.

RESOLUCIÓN DE 20-04-2011 (BOE: 12-05-2011). VENTA DE BIENES POR ENTIDAD LOCAL “MENOR”.

Recurso interpuesto por el notario de Vitoria, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Vitoria Nº 4, por la que resuelve no practicar la inscripción de una escritura de venta de la Junta Administrativa

de Miñano Menor por ser necesario aportar Certificación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz autorizando la venta realizada.

Se debate en el presente recurso si es posible la inscripción de una venta de finca realizada por una Junta Vecinal sin ratificación expresa por parte del Ayuntamiento al que pertenece, por considerarse que la misma ha sido obtenida mediante silencio administrativo positivo.

El Registrador entiende que no cabe aplicación de la doctrina del silencio positivo en esta materia.

La DG confirma la nota de calificación pues del artículo 38 d) del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local resulta que las Entidades Locales de ámbito territorial inferior al Municipio tan sólo tienen una competencia de mera administración y conservación con relación a su patrimonio, de modo que la enajenación de sus fincas excede de las atribuciones que le son propias. Por tanto la ratificación que el Ayuntamiento debe de otorgar después del acuerdo tomado por la Junta Vecinal para actos dispositivos ha de entenderse como la prestación de un consentimiento expreso, pues el Ayuntamiento es quien ostenta el poder de disposición.

Por otro lado, recuerda la DG la teoría de que en los actos de la Administración hay que diferenciar entre Actos de la Administración en cuanto investida de imperium (que conllevan ejercicio de potestad y son recurribles en vía administrativa) y Actos de la Administración en cuanto actos privados de una persona jurídica (STS de 10 de junio de 1988) .

En el presente caso considera que estamos ante un acto privado de la Administración de venta de un bien inmueble y por tanto conforme al artículo 1261 del Código Civil el consentimiento como vendedor tiene que ser expreso no bastando el consentimiento tácito. Por ello, al faltar el acuerdo expreso del Ayuntamiento, falta el consentimiento de la Administración y ello impide la perfección de la venta.

Tampoco considera aplicable la doctrina del silencio administrativo en el ámbito de las transmisiones inmobiliarias de la Administración, y prueba de ello es que la normativa administrativa exige ratificación, entendida por lo dicho como consentimiento expreso del Ayuntamiento, y no una mera autorización. STS de 28 enero 2009 en donde no cabe silencio administrativo positivo en contra de la ley.

RESOLUCIÓN DE 30-04-2011 (BOE: 14-06-2011). INMATRICULACIÓN POR EXPEDIENTE DE DOMINIO.

Se presenta un auto referente a un expediente de dominio para inmatricular una finca. En el mismo la superficie no coincide con la que figura en la certificación catastral, y se acompaña una certificación del Secretario del Ayuntamiento justificando el exceso de cabida respecto de la certificación catastral y determinando la antigüedad de la obra nueva existente con arreglo al Catastro anterior.

El registrador suspende la inscripción: porque no consta claramente la superficie ocupada y construida de la finca y la obra nueva existente, porque la certificación del Secretario no es documento habil para superar las diferencias descriptivas de la finca y porque no se acredita la antigüedad de la obra nueva.

La DGRN confirma el primer defecto indicando que en el Auto no se hace referencia alguna a la superficie ocupada y la construida, ni en su testimonio inicial ni en la diligencia posterior y además no se encuentra en una certificación de técnico con la firma legitimada y con el visado del correspondiente del Colegio Oficial.

Sin embargo revoca los demás defectos por considerar que la diligencia del Secretario se ha incorporado al auto y le está vedado al Registrador, en el ejercicio de la función calificadora que legalmente le compete, pronunciarse sobre los fundamentos de la resolución judicial, de modo que no puede considerar como defecto que la declaraciones contenidas en el Auto se produzcan con base en manifestaciones del promotor, informes periciales u otra cualquier causa. Igualmente debe considerarse que la antigüedad de la edificación queda acreditada.

RESOLUCIÓN DE 03-05-2011 (BOE: 24-05-2011). HERENCIA; DEMANDA CONTRA LA COMUNIDAD CUANDO CONSTAN LOS HEREDEROS.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Durango por la que se suspende la inscripción de una sentencia por no constar con la debida claridad quiénes son los demandados.

Según la inscripción segunda de una determinada finca registral, la titular según inscripción primera falleció intestada, procediéndose a la declaración judicial de sus herederos abintestato, y, llevándose a efecto partición judicial de la herencia, se adjudicó una cuarta parte indivisa -única objeto de inscripción en la referida segunda- a favor de tres de los herederos, por partes iguales.

En el Juzgado de Primera Instancia de Durango se siguió juicio contra la comunidad hereditaria de la titular según primera –actualmente titular registral de tres cuartas partes de la finca– y contra los herederos titulares de la cuarta

parte restante según inscripción segunda, y por Sentencia firme se declaró el dominio de la finca a favor de otra persona por título de prescripción adquisitiva extraordinaria contra tábulas y la nulidad de la inscripción segunda, ordenando su cancelación y la inscripción del dominio en virtud de Sentencia declarativa a favor del tercero.

Presentado testimonio de la Sentencia en el Registro de la Propiedad de Durango, el Registrador suspende la inscripción por entender que no resulta de la documentación aportada con la debida claridad quiénes han sido los demandados, puesto que en determinadas partes de la Sentencia se alude como demandada a la comunidad hereditaria de la titular según inscripción primera, mientras que en otras se especifican los nombres de los demandados, entre los que se encuentran los titulares de la cuarta parte de la finca según inscripción segunda pero no se alude a todos los herederos que resultan de la declaración abintestato reseñados en dicha inscripción.

La Dirección General desestima parcialmente el recurso y confirma parcialmente la nota de calificación en los siguientes términos:

En cuanto a los herederos de la titular de la finca que inscribieron -por la inscripción segunda- la cuarta parte de la finca a su favor, del texto de la Sentencia resulta explícita e indudablemente que éstos han sido parte demandada en el procedimiento. Deben necesariamente verse afectados por la Sentencia, procediéndose, como prevé la misma, a la cancelación de sus derechos a favor de la usucapiente.

El resto de herederos de la titular registral según inscripción primera. Son reseñados en la inscripción segunda pero no han obtenido inscripción a su favor. En la Sentencia no se alude a todos ellos como demandados, de modo que en unas partes se habla de «comunidad hereditaria» y en otras se designan nominativamente sólo algunos herederos. Con relación a este segundo grupo de herederos, la doctrina de la DG ha dicho que del mismo folio registral resulta la existencia de herederos ciertos y determinados del titular registral, que deben haber sido íntegra y oportunamente demandados para que se pueda proceder a la correspondiente cancelación e inscripción. Se precisa que todos hayan sido demandados, deviniendo imposible la cancelación parcial respecto de los que sí han sido demandados. Por lo que no cabe la posibilidad de inscripción de la Sentencia y consiguiente cancelación de la inscripción primera.

RESOLUCIÓN DE 03-05-2011 (BOE: 24-05-2011). TRACTO SUCESIVO; EXPEDIENTE PARA REANUDAR EL TRACTO.

Recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad interino de Briviesca por la que se deniega la inscripción de un expediente de reanudación de tracto sucesivo.

Se debate en este recurso la inscribibilidad de un Auto firme aprobatorio de un expediente de dominio de reanudación de tracto sucesivo. El Registrador suspende la inscripción por estimar que no existe propiamente tracto sucesivo interrumpido al haber adquirido el promotor del expediente directamente del titular registral, por sucesión hereditaria.

La Dirección confirma la nota, y reitera su doctrina, que el expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido tiene como finalidad suplir los títulos intermedios para lograr la concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, en definitiva para facilitar el acceso al Registro de alguna relación jurídico inmobiliaria de cuyos títulos no puede disponerse, y siempre que realmente haya más de un eslabón roto en la cadena de titularidades (artículo 40, letra a) de la LH); pues en caso de que el promotor sea causahabiente del titular registral lo procedente es aportar el título cuya inscripción falta o acudir a una acción de elevación a público de documento privado o cualquier otra declarativa de propiedad en juicio ordinario.

RESOLUCIÓN DE 04-05-2011 (BOE: 14-06-2011). EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA EXCESO DE CABIDA.

Se presenta un testimonio de un expediente de dominio para hacer constar un exceso de cabida de una finca procedente de otra por segregación.

El registrador tiene dudas acerca de la identidad de las finca y entiende que es preciso el consentimiento de los demás titulares de la finca de la que procedía la segregada.

La DGRN revoca la nota calificatoria considerando que no cabe dudar de la identidad de la finca en los casos de expediente de dominio, solo si se trata de escritura pública o certificación administrativa. Las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas y la decisión corresponde a la autoridad judicial . Y aunque al Registrador le corresponde calificar si se han cumplido los tramites esenciales del procedimiento, ello no puede suponer una nueva valoración de las pruebas.

II.- MERCANTIL.**RESOLUCIÓN DE 03-01-2011 (BOE: 13-04-2011). RENUNCIA DE ADMINISTRADOR ÚNICO: NO ES POSIBLE SU INSCRIPCIÓN SI NO CONVOCA JUNTA PARA SUSTITUIRLO.**

En acta notarial una administradora única manifiesta que fue cesada en Junta general, pero que la inscripción de los acuerdos de dicha Junta fueron denegados por el Registrador mercantil y como consecuencia de ello ahora “renuncia de manera irrevocable a dicho cargo, requiriendo al Notario para que notifique a la sociedad, en su domicilio social, el contenido de dicha Acta. Constan en el Acta, sendas diligencias de la notificación a la sociedad y de su recepción”.

El registrador suspende la inscripción pues “no se acredita la convocatoria de la Junta General que pueda proceder al nombramiento de nuevo administrador, evitando así la paralización de la vida social, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de los Estatutos sociales y en el artículo 45 y siguientes de la Ley de Sociedades Limitadas. Artículos 61.1 y 69.1 de la citada Ley y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 27 de mayo de 1992, 8 y 9 de junio de 1993 y 20 de mayo de 2000”.

La DG confirma la nota de calificación indicando que “En la evolución de la doctrina de este Centro directivo se atisba una distinción entre dos supuestos: Aquéllos en que la renuncia del Administrador deja al órgano de administración inoperante para el ejercicio de las funciones de su competencia –p. ej., renuncia de un Administrador mancomunado o la de la mayoría de los miembros del órgano colegiado– pero permanece en el cargo alguno de ellos; de aquéllos otros en que la renuncia lo es de todos los Administradores, distinción que no deja de tener apoyo tanto lógico como legal.

En el caso de que se mantenga en el cargo algún administrador el conocimiento de la renuncia de otros es inmediato, pues si se ha de notificar a la sociedad (cfr. art. 147.1 en relación con el 192.2 del Reglamento del Registro Mercantil), el llamado a recibir la notificación será aquél y la posibilidad de respuesta ante la situación creada es inmediata, sin necesidad de recabar el auxilio judicial. Por el contrario, si renuncian todos los administradores y pese a que cualquier socio podría tomar la iniciativa de solicitar una convocatoria judicial de la Junta conforme a la norma ya vista, el conocimiento de aquella renuncia y su remedio se puede dilatar durante un largo período de tiempo con el consiguiente perjuicio para los intereses sociales que los renunciantes estaban obligados a defender como consecuencia de la aceptación del cargo que pretenden dejar”.

“La distinción del supuesto en que la renuncia del Administrador deja al órgano de administración inoperante para el ejercicio de las funciones de su competencia pero permaneciendo en el cargo alguno de ellos de aquéllos otros en que la renuncia lo es de todos los administradores –o de la administradora única–, tiene también pleno apoyo legal. En efecto, como se ha apuntado, el artículo 45.4 de la Ley 2/1995 –hoy art. 171.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Capital– distingue entre el supuesto de permanencia de algún Administrador, en que le habilita para que directamente pueda convocar la Junta, y aquel en que tal circunstancia no se da y en el que la legitimación de los socios es para solicitar la convocatoria judicial; con lo que les exige una actividad, la siempre engorrosa promoción de un procedimiento judicial, por más que sea simplificado, con la necesaria anticipación de gastos que siendo inevitable en el caso de que la vacante provenga de la muerte o incapacitación de los administradores o causa similar, deja de serlo cuando se deba al abandono voluntario del cargo por los mismos.”.

RESOLUCIÓN DE 12-01-2011 (BOE: 13-04-2011). TRACTO SUCESIVO: PARA DEJAR SIN EFECTO DETERMINADOS ACUERDOS ES NECESARIO QUE ESTÉN INSCRITOS. PRIORIDAD: LOS REGISTRADORES PUEDEN TENER EN CUENTA DOCUMENTOS PENDIENTES DE DESPACHO RELATIVOS A LA MISMA FINCA AUNQUE HAYAN SIDO PRESENTADOS CON POSTERIORIDAD, O QUE AFECTEN A SU TITULAR.

Se presenta una escritura de elevación a público de acuerdo de una sociedad unipersonal, cuyo accionista único es otra sociedad, y en la que se dejan sin efecto las supuestas decisiones adoptadas por aquélla en determinada fecha, así como cualesquiera otros acuerdos adoptados con posterioridad por el administrador único, cuyo nombramiento también se niega. Además se reitera que el órgano de la sociedad es un Consejo de Administración y no un administrador único. Se confirman las personas que ostentan la condición de Consejeros y se cesa a uno de ellos. Se da la circunstancia de que la decisión en nombre de la sociedad, socio único, la adopta un Consejero Delegado todavía no inscrito.

La registradora deniega la inscripción por tres defectos:

1º. No constar inscritos los acuerdos que se quieren dejar sin efecto.

2º. Existen asientos de presentación vigentes que pueden hacer variar la condición del consejero delegado del accionista único de la sociedad que adopta los acuerdos y

3º. Se estima precisa la previa o simultánea inscripción de otra escritura presentada el mismo día, de la que resulta la designación del representante persona física de la sociedad que es presidente a su vez de la sociedad unipersonal y que firma –junto con el secretario- el acta de Junta.

El primero de los defectos es confirmado por la DG ya que “no es posible registralmente hacer constar en el Registro Mercantil que se dejan sin efecto acuerdos sociales posteriores a determinada fecha, sin que previamente estén inscritos, y se identifiquen con claridad los acuerdos cuya cancelación se pretende”. “el principio registral de tracto sucesivo exige precisamente dicha previa inscripción del título donde se recogen los acuerdos que se pretenden dejar sin efecto (cfr. artículo 11.2 del Reglamento del Registro Mercantil”.

También confirma el segundo de los defectos, puesto que “el principio de prioridad, propio del ámbito registral –también mercantil ex. artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil– obliga a despachar los títulos por su orden de presentación”.

No obstante, revoca la nota de calificación en cuanto al tercero de los defectos. “por cuanto el principio registral de tracto sucesivo impide la inscripción de los actos o contratos otorgados por apoderados o administradores de la sociedad con cargo no inscrito (cfr. artículo 11.2 del Reglamento del Registro Mercantil), pero no se extiende –y por tanto no es defecto impeditivo de la inscripción– a la condición de representante de la sociedad que –como presidente de la Junta– firma el acta cuya elevación a público se pretende”.

RESOLUCIÓN DE 21-01-2011 (BOE: 14-03-2011). SOCIO UNICO Y PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PARA LA INSCRIPCIÓN DE UN ACUERDO DE SOCIO ÚNICO NO ES NECESARIA SU PREVIA INSCRIPCIÓN.

Se presenta en el Registro Mercantil una escritura en cuya virtud cambia el domicilio de la sociedad, mediante decisión del socio único de la sociedad, con certificación expedida y escritura otorgada por la administradora con cargo vigente e inscrito.

El Registrador suspende la inscripción pues, según el Registro, el socio único es persona distinta.

Para subsanar el defecto, se aporta una escritura otorgada por la administradora en la que al mismo tiempo que declara la unipersonalidad, manifiesta que la nueva socia única adquirió parte de las participaciones (no todas) que la convirtieron en socia única, al anterior socio único de la sociedad inscrito en el Registro.

La registradora califica que, según lo manifestado, no se trata de nueva socia única sino de todo lo contrario, es decir de una pérdida del carácter unipersonal de la sociedad, salvo que con anterioridad hubiera la sociedad perdido su carácter de unipersonal. Al propio tiempo se califica la primera escritura como pendiente de la subsanación de la segunda. Como fundamento de derecho en todos los casos se alega el art. 11 del RRM por analogía.

En otra escritura posterior la administradora aclara diversas cuestiones sobre el iter sufrido por la sociedad en cuanto a la titularidad de sus participaciones, considerando aclarada la cuestión.

Esta escritura fue también calificada negativamente pues para la inscripción de la actual socia única debe inscribirse previamente, en la forma prescrita por el art. 203 del RRM, la pérdida de unipersonalidad de la sociedad acaecida con posterioridad a su constitución.

Se interpone recurso por el notario en el que aparte de alegar que la pérdida de unipersonalidad ya debió inscribirse al inscribir un aumento de capital no asumido por el socio único, alega que en la escritura o certificaciones expedidas por la administradora con cargo inscrito, aunque el socio único, según el registro, sea persona distinta de la que resulta de la escritura o de la certificación, debe inscribirse pues se da cumplimiento a la literalidad del art. 11 del RRM.

La DG revoca la nota de calificación y declara tanto la inscribibilidad del cambio de domicilio, como la constancia del cambio de socio único que se solicita.

Se basa para ello en lo siguiente: 1º. El RM es un registro de personas por lo que el principio de tracto sucesivo debe ser aplicado de forma restrictiva.

2º. Es ajeno al RM el tráfico de las participaciones sociales.

3º. La publicación por el RM de una situación de unipersonalidad o de pérdida de dicha situación o de socio único distinto del actual, no debe ser obstáculo para la inscripción de acuerdos sociales adoptados por el actual socio único de la sociedad.

4º. La exigencia de que el socio único conste inscrito en el RM, cuando del documento presentado resulta que adopta decisiones, no viene establecida en precepto alguno, pues en la LSC la única consecuencia de la falta de publicidad de la unipersonalidad de la sociedad es la que afecta a la responsabilidad de dicho socio.

RESOLUCIÓN DE 24-01-2011 (BOE: 01-04-2011). ERROR EN CUANTO A UN APELLIDO DE UN ADMINISTRADOR CESADO. SUBSANADO EL DEFECTO ES POSIBLE EL RECURSO. ADMISIBILIDAD DE LA NOTIFICACIÓN POR FAX.

Se presenta a inscripción un acta notarial de Junta General en la que se acuerdan determinados ceses y nombramientos. El administrador que comparece es identificado por el Notario con un determinado segundo apellido que no coincide con el que se utiliza más adelante para referirse a la misma persona al documentar los acuerdos adoptados, en el que se emplea un apellido diferente y coincidente con el de otro administrador.

La Registradora suspende la inscripción por existir discrepancia en el segundo apellido del Administrador Solidario que presenta su dimisión, entre el consignado en la comparecencia y el que resulta del acuerdo 3.º del acta notarial de la Junta, error a rectificar. Asimismo se plantea por el recurrente y la Registradora la aptitud de la remisión por telefax de la nota de calificación.

Se subsana el defecto y al día siguiente se recurre alegando la inexistencia del error cometido pues sólo se produjo una mezcla de apellidos que no debe impedir la inscripción ya que, como ha dicho la DG “el Registrador debe proceder a la inscripción cuando de la lectura del documento no quepa albergar razonablemente duda acerca del dato erróneo y el verdadero”.

La DG confirma la nota de calificación, en primer lugar, en cuanto al defecto señalado en la nota de calificación, la DG considera que, ante la confusión sobre el administrador que comparece, es “más prudente la rectificación solicitada por la Registradora, máxime teniendo en cuenta la facilidad con la que se puede practicar la subsanación” y advierte que “cosas tan simples no debieran terminar en la tramitación de un recurso contra la calificación registral, concebido para la resolución de problemas jurídicos de mayor entidad y trascendencia dentro del sistema de seguridad jurídica preventiva”.

En cuanto a la notificación de la calificación por fax, la DG señala que “el hecho de que el Notario haya presentado el recurso en los términos referidos, que constan en este expediente, y de que en el mismo 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.”.

Finalmente, en cuanto a la admisibilidad del recurso, “la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del Registrador.”.

RESOLUCIÓN DE 24-01-2011 (BOE: 01-04-2011). OPOSICIÓN A LA INSCRIPCIÓN DEL CESE DE UN ADMINISTRADOR. LA INSCRIPCIÓN DE NOMBRAMIENTOS SÓLO PUEDE ENERVARSE POR EL TITULAR ANTERIOR POR FALTA DE AUTENTICIDAD.

Se presenta en el Registro Mercantil un escrito privado de alegaciones en el que el administrador de una sociedad solicita que se deje sin efecto la inscripción del acuerdo del cese de su cargo, por la oposición prevista en el artículo 111 RRM; el nombramiento del nuevo administrador se había inscrito ya en virtud de Acta de la Junta.

El registrador no admite la oposición por no tratarse del supuesto del citado artículo el cual además, en todo caso, y pese a la oposición, admite la inscripción.

La DG confirma la nota de calificación con tres fundamentales argumentos: 1º. El artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil contempla la práctica de operaciones registrales en virtud de certificación expedida por administrador no inscrito.

2º. El cesado sólo puede oponerse en los términos previsto en el citado artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil

3º. Practicada la inscripción del cese, la oposición no puede determinar la anulación y cancelación de la misma. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales. Todo ello sin perjuicio de impugnar los acuerdos sociales.

RESOLUCIÓN DE 25-01-2011 (BOE: 04-04-2011). REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL: PUEDE EFECTUARSE PARA DOTAR UNA RESERVA VOLUNTARIA INDISPONIBLE.

Se presenta una escritura de reducción de capital social de una sociedad limitada con la finalidad de constituir una reserva indisponible.

El registrador la califica negativamente pues de conformidad con el art. 79 de la LSRL, aplicable en el momento del acuerdo, solo es posible la reducción de capital por pérdidas o por restitución de aportaciones.

La DG revoca el acuerdo de calificación disponiendo que “lo que resulta claro es que la Ley no impide la dotación de las reservas como finalidad de una posible disminución del capital. Por el contrario existen argumentos importantes para su admisión: se refuerzan los fondos propios; no se perjudica a acreedores sino que se refuerza su garantía al incrementar la base patrimonial de la sociedad; la misma Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite sustituir el régimen de responsabilidad de los socios y de la sociedad, en los supuestos de reducción de capital social con restitución de aportaciones, si al acordarse la reducción se dota una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social (artículo 80.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Asimismo, la posibilidad de reducción del capital sin restitución de aportaciones y dotación de una reserva voluntaria ha sido reconocida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en cuyo artículo 317 se admite la posibilidad de reducción de capital por constitución de reservas voluntarias). Finalmente esta posibilidad fue «obiter dicta» admitida por la Resolución de este Centro Directivo de 24 de mayo de 2003”.

RESOLUCIÓN DE 02-02-2011 (BOE: 22-03-2011). FUSION DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR ACUERDO UNÁNIME: NO CABE DISPENSA DEL INFORME DEL EXPERTO INDEPENDIENTE SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL NO DINERARIO.

Se presenta a inscripción una escritura de fusión de sociedades anónimas y limitadas, en la que la beneficiaria o absorbente de la fusión es anónima. En las respectivas Juntas Universales se dispensa por unanimidad, de conformidad con el art. 34.5 de la Ley 3/2009, del informe de expertos independientes sobre el proyecto de fusión y sobre la valoración del patrimonio social no dinerario transmitido a la beneficiaria.

El Registrador suspende la inscripción por no acompañarse el informe del experto independiente nombrado por el RM, a los efectos de la valoración del patrimonio social no dinerario transmitido a la sociedad absorbente. Se señala que lo que puede ser dispensado por la Juntas Generales de las sociedades participantes en la fusión es el informe sobre el proyecto común de fusión, es decir sobre el canje de acciones o participaciones, pues ello es algo que sólo interesa a los socios, pero en ningún caso podrá dispensarse del informe sobre el patrimonio social no dinerario pues ello afecta a los terceros amén de ser exigido por la segunda Directiva de sociedades, por el art. 67 de la LSC para los aumentos de capital en anónimas y por los art. 18.3, 49 y 52 de la propia Ley 3/2009.

Se interpone recurso en el que, entre otros argumentos, se alega la literalidad del art. 34.5 de la Ley 3/2009 y el hecho de que el proyecto de fusión, en el que ya constaba la intención de no solicitar experto independiente para la fusión, fue depositado sin reservas en el registro Mercantil competente.

La DGRN confirma el acuerdo de calificación sobre la base de los siguientes argumentos: 1º. “El informe que sobre el proyecto debe emitir el experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil tiene un doble contenido: por una parte, el relativo a los aspectos propios de esa específica operación de modificación estructural de la sociedad –atinentes, en esencia, al tipo de canje de las acciones o participaciones-; y, por otra parte, la manifestación sobre el hecho de que el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen sea igual, por lo menos, a la cifra en que se aumenta el capital social de la absorbente (cfr. el artículo 34.3 de la Ley 3/2009)”.

2º. La exigencia de dicho informe “no es sino consecuencia del principio de realidad del capital social, según el cual es nula la emisión de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad y no cabe emitir acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal (cfr. artículo 59 de la Ley de Sociedades de Capital)”.

3º. “El informe del experto independiente sobre la equivalencia entre el patrimonio aportado y el aumento del capital de la sociedad absorbente es exigido en interés no sólo de los accionistas sino también de los acreedores sociales, por lo que no puede dejarse al arbitrio de aquéllos exclusivamente. Por ello, la norma del artículo 34.5 de la Ley 3/2009, en cuanto permite prescindir del informe del experto independiente «cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios con derecho de voto... de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión», debe ser interpretada en el sentido de que dicha renuncia puede tener como objeto únicamente el informe sobre el proyecto común de fusión”.

4º. Del examen de las Directivas Comunitarias, en especial de la Directiva 2009/109, resulta “que, pudiendo prescindirse del informe sobre el proyecto de fusión por voluntad de los socios, será siempre necesario un informe de experto sobre la suficiencia económica de la aportación patrimonial que constituya el contravalor del aumento del capital de la sociedad absorbente”.

RESOLUCIÓN DE 05-02-2011 (BOE: 17-05-2011). DENOMINACIÓN SOCIAL.

Recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil central III, a inscribir una reserva de denominación social.

Hechos: 1º. Se solicita del RMC la denominación de “Financiera Naranja”, la cual es concedida. 2º. Una vez caducado el certificado de dicha denominación social, se vuelve a solicitar por la misma persona la indicada denominación, la cual es denegada en base al art. 406 y 407 del RRM.

Se rechaza la reserva de la «denominación 'Financiera Naranja, S.L.', por el Registrador al considerar que puede dar lugar a confusión con una marca notoriamente conocida y en aras de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Induce a confusión con la sociedad 'ING Direct', que utiliza notoriamente como marca distintiva el adjetivo 'naranja' en la mayor parte de sus productos, lo que podría generar la apariencia de que dicha sociedad forma parte de un grupo, o está vinculada a la mencionada entidad.

El hecho de que se hubiese expedido anteriormente una certificación que autorizaba esa denominación no obsta a la actual negativa, puesto que la certificación anterior ya estaba caducada, por lo que se trata obviamente de una nueva calificación que puede ser diferente, bien sea por haberse registrado otras sociedades en el intervalo o bien por adoptarse nuevos criterios.

Se recurre alegando la doctrina de los actos propios, dado que la denominación fue concedida y después denegada y en los diversos significados de la palabra “naranja”.

La DG, en una extensa y fundamentada resolución, confirma el criterio del registrador rechazando el recurso.

Lo primero que dice es que “el Registrador no está vinculado por la calificación previamente efectuada por otro Registrador ni por sus propias calificaciones anteriores pues debe prevalecer en todo caso la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad en la calificación por razones de seguridad jurídica y del tráfico, y sin perjuicio de la necesidad en tales casos de un plus de motivación”.

La Dirección aduce el fundamento del art. 406 RRM, que establece la prohibición de denominaciones que induzcan a error o confusión en el tráfico mercantil, del art. 407.2 RRM, que prohíbe a Notarios y Registradores autorizar e inscribir sociedades cuando les conste por notoriedad que su denominación coincide con la de otra entidad preexistente aunque no constase la misma en el Registro Mercantil Central, sea o no aquella de nacionalidad española, y de la disp. adic. 14 L. 17/07.12.2001, de Marcas, que prevé la denegación del nombre o razón social solicitado si coincidiera o pudiera originar confusión con una marca o nombre comerciales notorios o renombrados, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial.

Añade que la denominación Financiera Naranja, “es evidente que induce a confusión con la sociedad «ING Direct» que utiliza notoriamente como marca distintiva el adjetivo «Naranja» en la mayor parte de sus productos” y concluye que al ser la palabra “financiera” un término genérico “no supone un dato identificativo suficientemente relevante” y por ello la constitución de una sociedad con aquella denominación podría inducir a error a terceros con grave perjuicio para los mismos, y en consecuencia, para el tráfico mercantil, pues podría generar la apariencia de que dicha sociedad forma parte de un grupo, o está vinculada a la mencionada entidad. No es tanto el vocablo «Naranja» el que es objeto de rechazo, vocablo que figura en muchas denominaciones sociales, sino la expresión «Financiera Naranja», por inducir a confusión en el mercado”.

RESOLUCIÓN DE 28-02-2011 (BOE: 10-05-2011). SOCIEDAD LIMITADA; DEPOSITO DE CUENTAS. SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES DE UNA SL.

El registrador no accede al depósito de cuentas de una sociedad por no constar en la certificación, bajo fe del certificador, que todos los administradores han firmado las cuentas (art. 366 RRM) y porque las correcciones hechas en la certificación y otros documentos presentados deben salvarse al final de los mismos por el propio certificador.

Interpuesto recurso por la sociedad, ésta desiste posteriormente de él y la Dirección General acepta el desistimiento.

RESOLUCIÓN DE 02-03-2011 (BOE: 22-03-2011). OPERACIÓN ACORDEÓN EN SOCIEDAD LIMITADA: SI LA REDUCCIÓN ES POR PÉRDIDAS NO ES NECESARIO EL INFORME DEL AUDITOR.

Se presenta una escritura en la que se realiza una reducción de capital por pérdidas en una sociedad limitada, con simultánea ampliación de capital por compensación de créditos adoptado en Junta Universal por unanimidad. No se incorpora a la escritura el informe del auditor que exige el art. 323 de la LSC.

El registrador suspende la inscripción por dicho defecto y el notario recurre alegando, en esencia, que el citado art. 323 no debe aplicarse a la operación acordeón, dado que no hay intereses que proteger pues frente a los acreedores la cifra final del capital social es superior a la inicial y frente a los socios tampoco haya nada que proteger dado que el acuerdo se ha tomado en Junta Universal y por unanimidad.

La DG revoca el acuerdo de calificación del registrador sobre la base de los siguientes argumentos: 1. El recíproco condicionamiento de la operación

acordeón hace que la posición del acreedor pueda quedar incólume si la cifra final de capital social se mantiene o incluso aumenta lo que supone un beneficio para los acreedores.

2. A pesar de ello, las pérdidas deben existir, pero para acreditarlo basta el balance aprobado, de donde resulten dichas pérdidas y la inexistencia de reservas legales y voluntarias, lo que resulta de la escritura calificada.

3. La verificación del balance es una medida tuitiva renunciable por todos los socios.

RESOLUCIÓN DE 04-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOCIEDAD LIMIDATA; DEPÓSITO DE CUENTAS, MODELOS SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE UNA SLP UNIPERSONAL.

Se solicita el depósito de cuentas del ejercicio 2009 de una sociedad, que se califica por parte del registrador con la siguiente nota: «Las cuentas presentadas no se ajustan a los nuevos modelos aprobados mediante Resolución de 6 de abril de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifican los modelos de presentación de las cuentas aprobados por la Orden JUS/206/2009 de 28 de enero. “BOE” núm. 84, de 7 de abril de 2010.

Se recurre alegando que la utilización de dichos modelos, por la fecha de su aprobación, implicaría la modificación y reformulación de las cuentas anuales formuladas y por ello sólo deben ser obligatorios para las que se formulen a partir de dicha fecha ya que la Orden no debe tener efecto retroactivo.

La DG confirma la calificación del registrador y se reitera la doctrina de muchas otras resoluciones sobre el carácter imperativo que tiene para las empresas obligadas a dar publicidad a sus cuentas anuales la presentación de su información contable en los modelos aprobados como anexos a la R.DGRN 06.04.2010, que son conformes a las normas y criterios determinados en el Plan General de Contabilidad, que establece una estructura de documentos contables que en absoluto ha sido alterada por dicha resolución. Y, a mayor abundamiento, el momento en el que puede conocerse cuáles son las cuentas anuales de la sociedad no es el de su formulación, sino el de su aprobación por la Junta General o por los socios, que es además el órgano competente para decidir la aplicación del resultado del ejercicio económico, de acuerdo con el balance aprobado y que dichos modelos se facilitan en los Registros Mercantiles y en las páginas web del Ministerio de Justicia y del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

RESOLUCIÓN DE 07-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE UNA S.L.

Su contenido es idéntico al de la resolución de 4 marzo de 2011 (resumen anterior).

RESOLUCIÓN DE 08-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE UNA SL.

Su contenido es idéntico al de la resolución de 4 marzo de 2011 (resumen anterior).

RESOLUCIÓN DE 09-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE UNA SL".

Su contenido es idéntico al de la resolución de 4 marzo de 2011 (resumen anterior).

RESOLUCIÓN DE 15-03-2011 (BOE: 01-04-2011). ADMINISTRACIÓN SOCIAL: EL PODER CONCEDIDO POR LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS PUEDE SER REVOCADO POR UNO DE ELLOS. EL PODER NO PUEDE SER REVOCADO POR UN ADMINISTRADOR YA CESADO. LA REVOCACIÓN DEL PODER REQUIERE ESCRITURA PÚBLICA.

Dos administradores mancomunados, persona física y jurídica, confieren poder al representante físico de la persona jurídica administradora con determinadas facultades. En posterior escritura, el administrador mancomunado, persona física, reconociendo que su cargo estaba caducado y actuando en su propio nombre, manifiesta que por dos burofax y también según resulta de acta notarial de Junta, el poder queda revocado, lo ratifica en la escritura y se le notifica al apoderado, negando éste la revocación con base en la actuación en nombre propio del administrador.

El Registrador Mercantil deniega la inscripción de la revocación del poder por dos motivos fundamentales: a) porque al tratarse de un poder otorgado por los dos administradores mancomunados en favor de la persona física designada por uno de ellos –persona jurídica– para ejercer el cargo de administrador, considera que la revocación de dicho poder debe ser otorgada por ambos administradores; y b) porque el cargo de administrador del otorgante se encontraba ya caducado en el momento del otorgamiento de la escritura calificada.

La DG confirma el segundo de los defectos “en tanto en cuanto exige que la revocación conste en escritura pública otorgada por el representante orgánico de la sociedad con cargo vigente”, citando en apoyo de su decisión los artículos 18,

20 del Código de Comercio, 5, 7, 94.1.5º, 95.1, 108, 109 del Reglamento del Registro Mercantil, 209 de la Ley de sociedades de capital.

En cuanto al primero de los defectos señalados en la nota de calificación, es revocado por la DG indicando que “de no existir el referido obstáculo, podría ser inscrita la revocación fundada en la manifestación de uno de los dos administradores mancomunados”, añadiendo que “la revocación de las facultades conferidas al otro en el acto de apoderamiento implicará, en la práctica, la imposibilidad de la actuación del apoderado, pues desde ese momento no representará voluntad conjunta de los Administradores mancomunados”.

Aunque en el presente caso el apoderado no sea propiamente la sociedad nombrada administradora mancomunada sino la persona física designada por ésta para ejercer el cargo de administrador, debe entenderse que mientras concurren en esa misma persona las dos condiciones (representante de esa sociedad administradora y apoderado, circunstancias que el Registrador podrá comprobar en los asientos registrales) debe admitirse la posibilidad de que dicho poder quede revocado por la mera manifestación de voluntad revocatoria del otro administrador mancomunado, toda vez que si se exige el consentimiento de ambos administradores dependería del propio apoderado –mientras sea también el representante de uno de aquéllos– la subsistencia del poder conferido, de modo que sería ilusoria la revocabilidad de la representación voluntaria en tal supuesto.”.

RESOLUCIÓN DE 16-03-2011 (BOE: 04-04-2011). AUMENTO DE CAPITAL: NO PUEDE CONDICIONARSE SU INSCRIPCIÓN POR EL CONTENIDO DE LAS CUENTAS DEPOSITADAS.

Se presenta un mero acuerdo de aumento de capital social de una sociedad limitada adoptado en el año de 2006. Se da la circunstancia de que cuando se presenta a inscripción, ya en 2010, están depositadas las cuentas de la sociedad de los ejercicios 2006, 2007 y 2008.

El registrador, sobre esta base y citando la resolución de la DG de 10 de Diciembre de 2008, suspende la inscripción pues “no cabe inscribir un aumento de capital social de fecha 16 de octubre de 2006 sin que previamente se rectifique el contenido de los depósitos de cuentas relativos a los ejercicios 2006, 2007 y 2008, puesto que en los mismos se debe reflejar, en los términos correspondientes, el acuerdo de aumento de capital”. En definitiva que para inscribir el aumento hay que poner de acuerdo las cuentas con dicho aumento.

La DG revoca la calificación del Registrador, disponiendo que “esta Dirección General, ha estimado procedente el rechazo del depósito de las cuentas anuales

cuando la cifra de capital consignada en las mismas no coincida con la que figure inscrita en el Registro Mercantil de modo que, de haberse realizado un aumento de capital en el ejercicio al cual se refieran las cuentas, debe ser previamente inscrito para acceder al depósito registral de las mismas”.

En el presente caso, sin embargo, dice la DG “la situación es la inversa: depositadas las cuentas del ejercicio 2006, el Registrador exige su rectificación para inscribir una escritura de aumento de capital realizado en dicho ejercicio – aunque objeto de subsanaciones o aclaraciones posteriores—. Según tales cuentas, el capital social reflejado en el balance coincide con el inscrito en el Registro” y, en consecuencia, “el contenido de las cuentas depositadas, no puede condicionar ni impedir la inscripción de una escritura de aumento del capital social que, en ausencia de otros obstáculos que la impidan, servirá para concordar el contenido del Registro con la realidad extrarregistral, determinando en sí, en la medida en que prevalece la publicidad del asiento de inscripción, la rectificación del asiento de depósito de las cuentas anuales. No existe contradicción entre el hecho de que las cuentas depositadas de la sociedad correspondientes al ejercicio de 2006 no reflejen las aportaciones correspondientes a la ampliación de capital, pendiente de inscripción en el Registro, como cifra de capital social en el balance, sino como otras deudas financieras”.

RESOLUCIÓN DE 21-03-2011 (BOE: 23-05-2011). SOCIEDAD LIMITADA; CONVOCATORIA POR WEB.

Recurso interpuesto por el notario de Majadahonda, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Madrid a inscribir determinada disposición estatutaria contenida en la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Debe decidirse si es o no inscribible la disposición estatutaria según la cual la Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada «será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, por el procedimiento de comunicación, individual y escrita de burofax con acuse de recibo, en el domicilio designado al efecto por los socios o en el que conste en el libro registro de socios».

El Registrador Mercantil suspende parcialmente la inscripción de dicha cláusula en lo relativo al procedimiento de convocatoria en la página web de la sociedad, “por no ser alternativa al procedimiento de comunicación individual y escrita y porque ante la falta de certeza de su existencia no puede quedar como único medio de convocar la junta (artículo 173 LSL)”.

La Dirección General revoca la calificación, con la siguiente argumentación: “La simplificación de la convocatoria llevada a cabo por el RDL. 13/03.12.2010, en nueva redacción del art. 173.1 LSC, va dirigida a la disminución de los costes en actos frecuentes de la vida societaria, mediante la reducción de obligaciones de publicidad de actos societarios en periódicos, y distingue: una regla general (publicación en el «BORME» y en la web; y, caso de que ésta no exista, en un diario); y otro posible sistema sustitutorio del anterior, que pueden introducir los estatutos, por el que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios....”

En consecuencia, en el presente caso entiende que se ha ejercido esa libertad de configuración estatutaria, mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad y sólo para el caso de que ésta no exista se previene la comunicación individual y escrita remitida a los socios mediante burofax con acuse de recibo. El artículo estatutario no configura dichas formas de convocatoria como alternativas sino una –el burofax– como supletoria de la otra –publicación en la web–.

NOTA: La DG, en su Instrucción de la DG de 18 de mayo de 2011, establece y fija los requisitos para que las sociedades puedan utilizar la web como forma de convocatoria.

RESOLUCIÓN DE 21-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE, UNA SL".

Su contenido es idéntico al de la resolución de 4 de marzo de 2011 (resumen anterior).

Además, en este supuesto alega la registradora la interposición extemporánea del recurso; pero dice la Dirección que no constando en el expediente remitido a este Centro Directivo copia de la recepción por el interesado de la notificación efectuada por el Registro, ha de considerarse interpuesto en el plazo de un mes, previsto en el art. 326 LH.

RESOLUCIÓN DE 21-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE UNA SL.

Su contenido es idéntico al de la resolución de 4 de marzo de 2011 (resumen anterior).

RESOLUCIÓN DE 21-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE UNA SL".

Su contenido es idéntico al de la resolución de 4 de marzo de 2011 (resumen anterior).

RESOLUCIÓN DE 22-03-2011 (BOE: 17-05-2011). SOBRE DEPÓSITO DE LAS CUENTAS DE, UNA SL".

Su contenido es idéntico al de la resolución de 4 de marzo de 2011 (resumen anterior)

Además, alega la registradora la interposición extemporánea del recurso; pero dice la Dirección que no constando en el expediente remitido a este Centro Directivo copia de la recepción por el interesado de la notificación efectuada por el Registro, ha de considerarse interpuesto en el plazo de un mes, previsto en el art. 326 LH.

RESOLUCIÓN DE 25-03-2011 (BOE: 24-05-2011). SOCIEDAD LIMITADA; DEPOSITO DE CUENTAS.

Se solicita el depósito de cuentas de una sociedad del ejercicio 2009 y el registrador lo suspende, de conformidad con el art. 378 del RRM por falta del depósito de cuentas del ejercicio 2008.

Se recurre alegando que la sociedad se constituyó el 12 de diciembre de 2008 y se inscribió el 23 de febrero de 2009, por tanto, hasta dicha fecha carecía de personalidad jurídica.

Se confirma el defecto por la DG, pues según sus estatutos, «dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura pública de constitución», y los ejercicios se cierran el 31 de diciembre, el primer ejercicio comprende desde el 12 hasta el 31 de diciembre de 2008, y deben presentarse las cuentas de ese año, aún cuando la sociedad no hubiera realizado actividad mercantil alguna al cierre del ejercicio 2008.

Existe, por tanto, una obligación legal incumplida que trae como consecuencia el cierre registral, debiendo subsistir dicho cierre, por disposición legal, mientras el incumplimiento persista.

RESOLUCIÓN DE 04-04-2011 (BOE: 04-05-2011). SOCIEDAD ANÓNIMA; MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS, PUBLICIDAD.

Recurso interpuesto por una SA, contra la negativa del registrador mercantil de Santiago de Compostela a inscribir una escritura de elevación a instrumento público de determinados acuerdos sociales de dicha entidad.

En el presente caso se acuerda por unanimidad en Junta Universal de una sociedad anónima la «refundición» de los Estatutos Sociales y, como consecuencia de ella, se añade un párrafo en el artículo relativo al objeto social para especificar que las actividades comprendidas en éste «no incluirán aquellas que por ley queden reservadas en exclusiva a determinadas categorías o formas de personas físicas o jurídicas». Además, se detalla que tales actividades también podrán desarrollarse no sólo mediante la titularidad de participaciones o acciones de sociedades sino también «mediante cualquier otro tipo de asociación, con o sin personalidad jurídica, incluso como socio colectivo de cualquier sociedad comanditaria».

El Registrador suspende la inscripción por entender que es necesario acreditar en la escritura la publicación del correspondiente anuncio en dos diarios de gran circulación en la provincia en la que esté situado el domicilio social, como exige para inscribir cualquier modificación del objeto social el artículo 289 de la Ley de Sociedades de Capital.

La DG revoca el defecto pues las previsiones debatidas no modifican las actividades incluidas anteriormente en la definición del objeto social de la entidad en cuestión, sino que únicamente se limitan, por una parte, a aclarar que no se incluyen aquellas actividades que por ley no puedan ser desarrolladas por dicha sociedad; y, por otro lado, se altera la referencia a uno de los modos en que las actividades ya delimitadas pueden desenvolverse, teniendo meramente carácter explicativo.

NOTA: A la fecha del acuerdo de calificación ya estaba vigente la modificación del art. 289 de la LSC por el RDL 13/2010 de 3 de Diciembre y, por tanto, en lugar de exigir la publicación en dos diarios lo procedente hubiera sido exigir la publicación en la web de la sociedad y sólo en caso de no existir, la publicación en los dos diarios.

RESOLUCIÓN DE 05-04-2011 (BOE: 17-05-2011). SOCIEDAD LIMITADA; REPRESENTACION, CONSTITUCIÓN.

Recurso interpuesto por el notario de Madrid, contra la negativa del registrador mercantil XI de Madrid a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Se trata de una escritura de constitución de sociedad limitada en la que concurren los siguientes elementos sobre los que recae calificación negativa:

1º. Uno de los socios es representado por otro y el notario, al hacer el juicio de suficiencia, se limita a decir que está facultado suficientemente para la constitución de la sociedad. Literalmente «para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, en los términos que expresa la misma». El Registrador alega que no se hace una somera reseña de las facultades del poder lo que impide la calificación del registrador. Art. 98 Ley 24/2001. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2009.

2º. En el objeto, y como una de las actividades de la sociedad, se incluye el “asesoramiento jurídico” sin especificar que la sociedad sólo será mediadora respecto de dicha actividad. Y dice el Registrador , que dado que el asesoramiento jurídico es una actividad profesional, debe especificarse que dicha actividad

El notario interpone recurso y, respecto del primer defecto, dice que lo esencial estriba en “determinar cuáles son los particulares del documento representativo que deben incorporarse para facilitar la función calificadora”. Para su argumentación cita toda la serie de resoluciones de la DG sobre el art. 98, junto con las sentencias que las avalan, concluyendo con la resolución de la DGRN de 2-12-2010 donde se dice que: “el juicio de suficiencia es genérico cuando no se especifica el acto jurídico para el que se emite y por tanto el Registrador no puede calificar la congruencia de dicho juicio con el acto jurídico contenido en la escritura, de lo que se deduce a sensu contrario la suficiencia de la mención efectuada por el Notario cuando se produce dicha especificación como ocurre en este acto”.

Respecto del segundo defecto cita la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2007, añadiendo que, a mayor abundamiento, “el artículo 2º de los Estatutos especifica que la sociedad no ejercerá la actividad profesional «asesoramiento jurídico» en nombre propio como una sociedad profesional sino que dicha actividad la realizará «a través de sus miembros»”

La DG revoca ambos defectos. Respecto del primero, reitera que el registrador “deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado”. Añade, para concretar más su opinión que “este juicio notarial 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.

Por ello añade que, dado que la escritura calificada expresa que el apoderado tiene facultades suficientes a su juicio “para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, en los términos que expresa la misma», dicho “juicio de suficiencia contenido en la escritura es congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en dicho título y con el mismo contenido de éste”

Determina además que “el Notario no tiene por qué especificar cuáles son esas facultades representativas contenidas en la escritura de apoderamiento que considera suficientes” y que “dicho criterio no puede quedar menoscabado por el hecho de que exista determinada Sentencia, como la que cita en su calificación el Registrador, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 13 de mayo de 2009, ya que dicha Sentencia resulta contradicha por otras, entre ellas algunas más recientes de la misma Audiencia Provincial de Madrid, de las que la DG hace un repaso”.

Respecto del segundo defecto relativo al objeto profesional en una sociedad no profesional, reiterando su doctrina de la resolución de 21 de Diciembre de 2007, dice que “no hay sociedad profesional sin socios profesionales que realicen su actividad para la misma”.

La Dirección repasa las diferencias entre las sociedades profesionales en sentido estricto, que requieren un sustrato subjetivo profesional y que desarrollan una actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente y otras sociedades que quedan excluidas del ámbito de dicha Ley, como son las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional; y señala que la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás requisitos o presupuestos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional, no puede ser considerada como obstativa de la inscripción (por ejemplo, la referencia a «actividades profesionales» admitida en el artículo 2.4 de los estatutos tipo aprobados por la O.JUS/3185/09.12.2010).

En el caso concreto entiende la Dirección que para la actividad profesional de asesoramiento jurídico, genéricamente considerada, no se exige la titulación o colegiación específicamente contemplada por la Ley y no teniendo como objeto la sociedad constituida el asesoramiento jurídico como abogado, en ejercicio

colectivo de dicha profesión, ningún reparo puede oponerse a la fórmula empleada; de manera que, al faltar los requisitos estructurales o tipológicos relativos de la sociedad propiamente profesional, no podrá el Registrador exigir una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social, que la Ley no impone, aun reconociendo la utilidad y conveniencia de especificaciones como la exigida por el Registrador.

RESOLUCIÓN DE 06-04-2011 (BOE: 04-05-2011). SOCIEDAD LIMITADA; ACTA NOTARIAL ACUERDOS SOCIALES.

Recurso interpuesto por el notario de Gandía, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles IV de Valencia a inscribir determinados acuerdos sociales de cambio de sistema de administración y nombramiento de administradoras mancomunadas adoptados en junta general de una sociedad de responsabilidad limitada.

Son relevantes los siguientes hechos: 1.- En Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada, se acordó aceptar el cese del administrador único y cambiar el sistema de administración por el de dos administradores mancomunados, nombrando para este cargo a dos socias representadas en dicha Junta.

2.- Dicho acuerdo consta en Acta notarial de la Junta, de la que resulta que asistieron, personalmente y representados, socios titulares de participaciones que representan el 99,97% del capital social. El Notario autorizante hace constar que, al no tratarse de Junta Universal, comprueba –conforme al artículo 101 del RRM– «que la Junta ha sido debidamente convocada por correo certificado con acuse de recibo y con la antelación mínima de quince días que establece la Ley y que asimismo recogen los estatutos.

3.- Mediante escritura pública (denominada de «aceptación y ratificación del nombramiento en el cargo de administradoras mancomunadas») otorgada por las dos administradoras nombradas en la anterior Junta General, éstas se limitan a expresar que en dicha Junta, en la que estuvieron representadas, fueron nombradas administradoras mancomunadas; y aceptan el referido cargo, ratificando la actuación de su representante en dicha Junta.

El registrador califica con un doble defecto: 1.- No consta la fecha de remisión del anuncio de convocatoria a los socios. 2.- En la escritura de aceptación las administradoras nombradas no elevan a público los acuerdos adoptados.

Se recurre por el notario alegando que al tratarse de acta notarial no se le aplica el art. 97 y sí el 101 del RRM y que el acta notarial de la Junta es directamente inscribible.

La DG confirma ambos defectos del acuerdo de calificación: respecto del primero dice que “los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria, son, entre otros, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado cuando no se trate de Junta Universal” y que dicha exigencia no puede entenderse cumplida por “una manifestación tan genérica como la vertida por el Notario autorizante en el presente caso”.

En cuanto al segundo defecto, dado que en el acta se contiene un cambio en la forma de administración de la sociedad, es claro y así lo exige el art. 210.4 de la LSC, que dicho cambio para inscribirse debe consignarse en escritura pública. Por tanto añade que “para complementar el Acta notarial referida no es suficiente la escritura pública presentada en unión de aquella, pues ésta contiene únicamente la ratificación del nombramiento de las personas que han de ejercer el cargo de administradoras y su aceptación”.

RESOLUCIÓN DE 18-04-2011 (BOE: 17-05-2011). CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD “EXPRESS”.

Recurso interpuesto por la notaria de Jijona, contra la negativa del registrador mercantil II de Alicante a inscribir la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Se trata de una sociedad acogida al art. 5.2 del RDL 13/2010, en la cual el notario se limita a decir que, «se regirá por los Estatutos aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 3 de diciembre,...» y en la misma se especifica únicamente la denominación, el capital, el domicilio y el objeto de la sociedad, así como el día de comienzo de las operaciones sociales, la designación de un administrador único, el carácter gratuito de este cargo y su duración por tiempo indefinido, y además con la circunstancia añadida de que la certificación de denominación social fue expedida en papel casi tres meses antes del otorgamiento de la escritura.

Se suspende la inscripción porque falta la incorporación de los Estatutos Sociales a la escritura. Además, considera el registrador que, al no estar otorgada la escritura el mismo día de la obtención de la certificación negativa de denominación del Registro Mercantil Central ni haberse expedido telemáticamente dicha certificación, contiene la advertencia de que no procede la aplicación del plazo de calificación e inscripción establecido del artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre.

La DG confirma el defecto y rechaza la advertencia. En cuanto a la advertencia, reiterando su doctrina de las resoluciones de 26 de enero y 23 de marzo de 2011, rechaza el criterio expresado por el Registrador, pues “la reducción de costes

prevista en los apartados uno y dos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010 no se aplicará cuando falte alguno de los presupuestos que, respectivamente, se exigen relativos al tipo societario, a la composición subjetiva, al capital social, al sistema de administración y –en su caso– adaptación de estatutos a alguno de los aprobados por el Ministerio de Justicia”, pero sí cuando se trata de algún incumplimiento de otros aspectos regulados en el RDL citado, atendiendo a la finalidad de la ley.

En cambio confirma el criterio del registrador en lo relativo a la necesidad de que la escritura incorpore los estatutos, aunque se trata del modelo aprobado por el Ministerio de Justicia. Así dice que “una de las menciones esenciales de la escritura de constitución de toda sociedad de responsabilidad limitada está constituida, precisamente, por los Estatutos Sociales, como normas de organización societaria corporativa”. Añade que el hecho de que no sea necesario reproducir en los estatutos normas legales cuando los estatutos se remiten a ellas, no quiere decir “que los socios fundadores queden exonerados de la obligación de incluir en la escritura de constitución esas menciones estatutarias –necesarias unas y, en su caso, potestativas otras”.

Además, debe entenderse que los referidos modelos no sólo pueden ser completados en algunos aspectos, sino que en otros extremos es imprescindible su concreto detalle, como el relativo al número exacto de administradores solidarios o el concreto número máximo y el mínimo de ellos.

Concluye la DG afirmando que los estatutos son “materia sobre la que ha de recaer el consentimiento de los socios fundadores”, debiendo evitarse que “por temeraria simplificación de la técnica notarial, se quebrante el esquema conceptual del instrumento y pierda éste su fuerza, y aun su razón de ser, al traspasar a dichos modelos de estatutos tipo lo que debe tener lugar obligado en la escritura, para poder recibir en ella precisamente la virtud del otorgamiento y autorización”.

NOTA: la Instrucción de la DG de 18 de mayo de 2011, soluciona, ambos problemas, pues de dicha Instrucción resulta claramente la admisibilidad de la certificación en papel y la no influencia del cumplimiento de plazos por los interesados o el notario a los efectos de que la constitución de una sociedad se pueda acoger a la totalidad de los beneficios del art. 5 del RDL.

En cuanto al defecto relativo a los estatutos es claro y la DG, traza los límites admisibles en la remisión a textos legales, diferenciado perfectamente lo que es admisible y lo que no puede ser admitido en ningún caso.

RESOLUCIÓN DE 29-04-2011 (BOE: 23-05-2011). SOCIEDAD LIMITADA; DISOLUCIÓN, UN SOLO ACREEDOR.

Recurso interpuesto por una SL, en liquidación, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Zaragoza a inscribir una escritura de extinción de dicha entidad.

Se presenta una escritura de formalización de acuerdos sociales de una sociedad ya disuelta, por la que se deja constancia de su liquidación y extinción. En ella el liquidador manifiesta que existe un solo acreedor, al que no se le ha pagado ni asegurado su crédito, por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia total y definitiva, sin activo social alguno, según se acredita con el balance final de liquidación. Añade que no se ha solicitado procedimiento concursal judicial porque la pluralidad de acreedores es presupuesto necesario para la existencia de tal procedimiento. Por ello, se declara liquidada y extinguida la sociedad y se solicita la correspondiente cancelación de su hoja registral al amparo de la Resolución de este Centro Directivo de 13 de abril de 2000, que se cita.

El registrador mercantil resuelve no practicar el asiento registral solicitado por entender que el pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad; porque considera que el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad cuando no hay haber social con el que satisfacer a los acreedores es el concurso de acreedores; porque, a su juicio, la Resolución de esta la Dirección General de 13 de abril de 2000 no es aplicable por ser anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal.

La Dirección, tras analizar el indicado problema doctrinal sobre la necesidad de pluralidad de acreedores para la declaración del concurso, dice que, aunque la vigente Ley Concursal no exige expresamente que exista una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal, la mayoría de los comentaristas infieren la existencia de tal presupuesto, como se deduce de la Exposición de Motivos de la ley y sus numerosos preceptos que se refieren a la pluralidad de acreedores, pero concluye que la cuestión es registralmente intrascendente, pues en el ámbito estrictamente registral no existe norma alguna que supedita la cancelación de los asientos registrales de una sociedad de capital que carezca de activo social a la previa declaración de concurso, por tanto revoca la nota del Registrador.

Se reitera, igualmente, la doctrina de la resolución 13 de abril de 2000, en el sentido de que si resulta acreditada la inexistencia de haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales de la sociedad y que para ello es suficiente que en el balance de liquidación, y bajo la responsabilidad del liquidador, constara la inexistencia de activo alguno para la satisfacción del acreedor.

La cancelación de tales asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma (arts. 390.1, 391.2, 395.1, 398 y 399 LSC y 228 C. de c.; y la R. 05.03.1996).

La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de la disolución, es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación (art. 398 LSC).