

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- ANOTACIONES DE EMBARGO ACORDADAS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES NO AFECTADOS POR SITUACIONES CONCURSALES. INCIDENCIAS POSTERIORES A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO. ADJUDICACIÓN. CANCELACIÓN DE ASIENTOS. Francisco Curiel Lorente.
- 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**ANOTACIONES DE EMBARGO ACORDADAS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES NO AFECTADOS POR SITUACIONES CONCURSALES. INCIDENCIAS POSTERIORES A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO. ADJUDICACIÓN. CANCELACIÓN DE ASIENTOS.**

El artículo 100 del RH establece que la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

A.-COMPETENCIA DEL JUZGADO O TRIBUNAL.

La resolución de la DGRN de 15 de enero de 2009 señala que deben distinguirse dos supuestos:

- a. Aquellos que son apreciables de oficio por el Juez por estar basados en motivos de orden público y donde el Juez que ha intervenido es incompetente, o por falta de jurisdicción (por estar atribuido el asunto a un Juez o Tribunal de diversa índole), o por falta de competencia objetiva (al haber tenido lugar el procedimiento ante un Tribunal de la misma jurisdicción pero de distinto grado) o por falta de competencia funcional (a la que se refiere expresamente el art. 100 LH). Al ser en todos ellos la competencia un presupuesto esencial del proceso, su infracción puede provocar la nulidad del acto.
- b. Aquellos otros supuestos de carácter dispositivo basados en motivos de orden privado, como son los de competencia territorial, donde quepa la sumisión de las partes a un determinado juzgado, bien expresa, bien tácitamente.

El Registrador puede alegar defecto en los supuestos del apartado a) y no admitir el mandato judicial. No así en los del apartado b), pues ello supondría

erigir al Registrador en defensor de los intereses de las partes, que éstas pueden ejercitar en la forma que estimen oportuna.

En la nueva LEC se mantiene como norma general **el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial**, exceptuando de esa disponibilidad las reglas atributivas de competencia territorial a las que la ley atribuye expresamente carácter imperativo (art. 54,1), siendo la falta de competencia territorial apreciable por el Juez (art. 58 LEC).

La LEC contiene varias normas sobre competencia: vg.: ejecución en general (art. 545); ejecución de bienes hipotecados (art. 684); medidas cautelares (art. 723 LEC); juicio cambiario (art.820), etc.

También la Legislación hipotecaria: cancelaciones (art. 84 y 100 LH); conversión de anotación en inscripción (art. 84 LH); expedientes de dominio (art. 201,1 LH); expedientes de liberación de gravámenes (art. 210,1 LH).

B. CONGRUENCIA DEL MANDATO CON EL PROCEDIMIENTO O JUICIO EN QUE SE HUBIERE DICTADO.

La resolución de 9 de julio de 2011 (y las numerosas que se citan en el vistos), dictada contra calificación denegatoria de la anotación de embargo acordada en procedimiento seguido contra la herencia yacente de los titulares registrales considera que la calificación por los Registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al Registrador), sino una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debería dictarse, que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación del Registrador.

C. FORMALIDADES EXTRÍNSECAS DE LOS DOCUMENTOS.

El artículo 98 del RH señala que: El Registrador considerará, conforme al art. 18 RH, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción:

- Las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan las formas de los instrumentos.

- La no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de las circunstancias que según la Ley y el Reglamento deben contener los asientos bajo pena de nulidad.

El art. 257 LH que: para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro se expedirá por duplicado el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias (vg. sentencia firme declarando la nulidad de una compraventa).

El art. 165 RH que: toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro de mandamiento en el que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar, en su caso, que es firme.

Y el art. 206 LEC señala que revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre anotaciones e inscripciones registrales.

No obstante, en esta materia la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha introducido modificaciones en la LEC, disponiendo ahora el art. 545,4 que corresponderá al Secretario Judicial la concreción de los bienes del ejecutado a los que ha de extenderse el despacho de la ejecución, la adopción de las medidas necesarias para la efectividad del despacho y las medidas ejecutivas que procedan.

Los decretos y los autos serán siempre motivados. Toda resolución incluirá la mención de lugar y fecha en que se adopte y si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella (art. 208 LEC).

En las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales se indicará siempre el nombre del que la hubiese dictado, con extensión de su firma (art. 208 LEC).

Lo habitual en los procedimientos de ejecución de títulos judiciales y no judiciales (no en el juicio cambiario, ni en medidas cautelares) es el mandamiento expedido por el secretario en el que se refleja la fecha del auto por el que se despacha la ejecución y se inserta el decreto del Secretario acordando el embargo.

Dicho documento deberá estar autoliquidado del impuesto.

D. CIRCUNSTANCIAS QUE DEBERÁ CONTENER EL DOCUMENTO.

El art. 72 LH señala que: las anotaciones tendrán las **circunstancias que se exigen para las inscripciones en cuanto resulten de los documentos presentados.**

Los arts. 9 LH, 51 RH y 166 RH que: las anotaciones preventivas se practicarán en la misma forma que las inscripciones y contendrán las circunstancias determinadas en general para éstas, haciendo constar, además, las siguientes:

- Art. 166,3 RH: importe que por principal y, cuando proceda, por intereses y costas se trate de asegurar y las circunstancias del que haya obtenido la providencia a su favor y aquél contra quien se haya dictado.
- Art. 166,12 RH: si se trata de anotaciones a cuyos titulares pueda resultar obligado que el Registrador haga comunicaciones, habrán de expresar, además de las circunstancias de identidad, el domicilio con las circunstancias que lo concreten, si consta en el título.

1. ANOTANTE:

Es la persona a cuyo favor se despacha la ejecución: quien pide y obtiene -requisitos cumulativos- la ejecución por decisión del Juez (art. 538 LEC).

Art. 9 LH: ha de constar en el documento el nombre y apellidos, **DNI** (NIF, CIF O NIE si se trata de extranjeros) y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

La ron. de 11 de julio de 2011, citando los artículos 9, 18, 72, 75 y 254 de la LH y concordantes del RH, exige el N.I.F. del embargante como circunstancia necesaria para practicar la anotación.

No es compartida esta exigencia, sin embargo, por muchos Registradores.

La naturaleza del embargo (afección del bien a un proceso que no crea derecho real a favor del embargante) y el control judicial sobre la propia anotación (es él quien puede prorrogarla, modificarla o cancelarla, correspondiendo al anotante únicamente el impulso de la actividad judicial) hacen pensar que no es indispensable el NIF O CIF del embargante para que la anotación de embargo se practique en el Registro. Lo que importa es que esté bien identificado el procedimiento en el que se ordena el embargo.

El art. 72 LH, no hay que olvidarlo, exige la consignación en el asiento de anotación de las mismas circunstancias exigibles para la inscripción, si resultasen de los documentos presentados; pero de otro lado, la inexistencia de

contraprestaciones, la exigencia de la presentación previa del documento en la oficina liquidadora y el nacimiento del hecho imponible con la práctica de la anotación en el Registro, deberían atenuar la exigencia de NIF o CIF en el momento de practicar la anotación, trasladándola, en su caso, a la oficina liquidadora del impuesto.

En cuanto al **domicilio** del anotante, el art. 166,12 del RH establece que la anotación habrá de expresar el domicilio con las circunstancias que lo concreten, si consta en el título.

Es responsabilidad del anotante que tal circunstancia conste en el mandamiento; la falta de consignación condicionará la forma de comunicación que, en su caso, haya de hacerle posteriormente el Registrador (art. 659, 660, 689 de la LEC), pero no afecta sustancialmente a la comunicación en sí. Por estas razones, tampoco se considera imprescindible la consignación del domicilio.

En caso de **pluralidad de anotantes** no ha de precisarse la cuota que a cada uno corresponde en el crédito (ron. 9/12/2010).

¿Cabe practicar anotación a favor de una Comunidad de Bienes?:

Si, pues el hecho de que el art. 21 LPH admita la Anotación de embargo a favor de la Comunidad de Propietarios, no excluye *per se* la anotación a favor de otras entidades sin personalidad jurídica siempre que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, se encuentren identificados a efectos procesales (vg. con el N.I.F.) y se conozca o pueda conocerse por el Juez su composición (número de miembros y participación). En caso de adjudicación, el secretario habrá de precisar nombre y circunstancias de cada uno de los adjudicatarios y cuota que adquieren, pero en el *interin* este dato carece de relevancia. El art. 6 LEC reconoce con carácter general capacidad para ser parte a las entidades sin personalidad jurídica.

Precauciones aconsejables cuando la anotación haya de practicarse a favor de quien sea titular de una hipoteca inscrita sobre la finca:

Aunque se discute por algunos si cabe el embargo a favor del titular de la hipoteca por impago del préstamo (por innecesario y por poder dar lugar a confusión) lo admiten las rones. de 10 de diciembre de 1997 y 26 de julio de 1999 y el artículo 127 LH.

En estos casos es conveniente aclarar cual es el título en virtud del cual se despacha la ejecución. Si lo fuese la escritura de hipoteca, por ejercitarse la acción personal y la real en un procedimiento de ejecución ordinario, ha de

hacerse constar así en el asiento de anotación y mediante nota al margen de la inscripción de hipoteca indicando que ésta ha entrado en fase de ejecución.

Cuando se expida la certificación de cargas se pondrá nota al margen de la inscripción de hipoteca y de la anotación de embargo y se notificará, en su caso, a los titulares de derechos inscritos entre ambos asientos.

Finalizada la ejecución, con el mandamiento se cancelará la hipoteca, la anotación de embargo y los asientos intermedios que corresponda. (Todo ello según ron. de 26 de julio de 1999).

Si, pese a la conveniencia de la aclaración, y dados los problemas que pueden plantearse, sobre todo si existen hipotecas o embargos intermedios, el anotante se niega a solicitar del Juzgado la adición referida, el Registrador no tiene más remedio que practicar la anotación. En este caso, se recomienda hacer una llamada de atención al margen de la anotación, con objeto de que, al solicitarse la certificación de cargas, sí quede aclarado necesariamente cual es el título por el que se despacha la ejecución, al efecto, si se ejecuta el préstamo garantizado con la hipoteca, de poner las notas marginales que correspondan y realizar las notificaciones necesarias para evitar nulidad de actuaciones en caso de existir titulares de derechos anotados o inscritos entre la hipoteca y el embargo.

2. PERSONA CONTRA LA QUE SE DESPACHA LA EJECUCIÓN -Art. 538 LEC-.

Normalmente quien aparezca como deudor en el título, pero también quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la ley o se acredite mediante documento fehaciente. La doctrina considera incluidos dentro de este apartado (**expansión subjetiva de la ejecución**) al hipotecante no deudor, al adquirente de bien perteneciente a una propiedad horizontal por los gastos de comunidad de la anualidad corriente y de la anterior, al tercer poseedor de bien hipotecado, etc.

Puede ocurrir también que el Juez disponga que determinados bienes se vean afectados por la ejecución, aunque pertenezcan a personas frente a las que no se despache la ejecución (son los supuestos que la doctrina llama de **expansión objetiva**, entre los que algún autor incluye el supuesto del art. 541 de la LEC). Tales personas podrán utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado.

El bien embargado deberá estar inscrito a favor de alguna de las personas anteriormente citadas (art. 20 LH). En caso contrario, procederá denegar la

anotación, a salvo las excepciones contempladas por los artículos 20 LH y 105 RH.

No puede existir duda alguna sobre la identidad del ejecutado: en caso de discrepancia del NIF, CIF o NIE con el que conste en el Registro ha de suspenderse la anotación (reiteradas rones. de la DGRN, entre otras la de 17 de marzo de 2003).

En el supuesto de que exista cambio de denominación de la sociedad demandada, si el CIF coincide con el que figura en el Registro y la consulta al FLEI confirma el mero cambio de denominación, no debe suspenderse la anotación.

Si biológicamente, según los datos del Registro, es imposible que exista el ejecutado (por razón de la edad que el mismo tendría según aquellos): se denegará la anotación. No le alcanza la legitimación del art. 38 LH. La resolución que decreta el embargo es nula por haberse dictado en procedimiento seguido contra persona inexistente (ron. 24/07/2003).

Según reiteradas rones de la DGRN el criterio para apreciar las circunstancias relativas al nombre y apellidos ha de ser flexible, debiendo practicarse la anotación cuando de las pruebas presentadas se justifiquen razonablemente las diferencias con las que existan en el Registro.

Si el titular registral ha fallecido: la ron. de 9 de julio de 2011, distingue los siguientes supuestos: a) procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido antes o durante el procedimiento; b) procesos ejecutivos por deudas de los herederos ciertos y determinados del titular registral; c) procesos ejecutivos por deudas de herederos indeterminados –herencia yacente- del titular registral.

a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al Registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de aquél, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales (artículo 166.1º párrafo primero del Reglamento Hipotecario), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente.

b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de herederos ciertos, determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (artículo 166.1º párrafo segundo del Reglamento Hipotecario). En definitiva deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral.

c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de éstos herederos indeterminados – herencia yacente-, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Sobre esta materia, a consulta del Colegio de Registradores, la DGRN ha dictado la **resolución vinculante de 3 de octubre de 2011 que sigue:**

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Tras un abundante "Vistos", el Centro Directivo reproduce lo que considera reiteración de su doctrina, ratificada por el Tribunal Supremo:

A) **Doctrina General:** Parte del **principio constitucional** de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento.

El **principio registral de tracto sucesivo**, muy relacionado con el anterior, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral, determinando el artículo 100 del Reglamento Hipotecario su ámbito de calificación.

Por ello, para que sea inscribible el título, el **titular registral** afectado, cuando no conste su consentimiento auténtico, al menos ha de resultar que **ha sido parte** o ha tenido la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento.

El registrador no puede calificar la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal, ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial -eventuales tramitaciones defectuosas-, pero **sí que ha de calificar el hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento**, pues lo contrario implicaría una inadecuación entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debiera dictarse.

B) **Herencia yacente.** Pasa, seguidamente, a aplicar esta doctrina general a la herencia yacente. **Inicialmente** la DGRN tuvo un criterio más rígido **exigiendo el nombramiento judicial de un administrador** de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra **herederos indeterminados** del titular registral.

Posteriormente ha **aclarado**, para adaptarse a la jurisprudencia, que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la **herencia yacente** no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, debe limitarse a aquéllos casos en que el **llamamiento a los herederos indeterminados sea puramente genérico y no considerarse defecto cuando la demanda se haya dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.**

C) **Argumentos.** El **art. 795 LEC**, entre las medidas de aseguramiento del caudal hereditario en los procedimientos judiciales de división de herencia, prevé el nombramiento de un administrador judicial cuando fallecido el causante no conste la existencia de testamento ni de parientes de aquél. Por ser esta designación subsidiaria, considera razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, a efecto de calificación registral, a los supuestos de demandas a ignorados herederos y considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

La **propia doctrina jurisprudencial** considera que, para que esté correctamente entablada la legitimación pasiva, es preciso al menos que la demanda esté interpuesta contra algún llamado a la herencia que pueda actuar en interés de los demás y que no es suficiente el llamamiento genérico.

Mientras que para entablar acción en **beneficio** de la herencia yacente es preciso acreditar la condición de heredero, para interponer acciones contra la herencia yacente basta que el emplazado tenga un poder de actuación en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos.

CONCLUSIONES:

1ª. El emplazamiento en la **persona de un albacea o del administrador judicial de la herencia yacente** cumplirá con el tracto sucesivo.

2ª. Sólo será requisito inexcusable tal emplazamiento cuando el **llamamiento sea genérico, dirigiéndose la demanda contra herederos ignorados.**

3ª. **No será preciso** tal emplazamiento cuando se haya demandado a un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos.

4ª. En definitiva, la **calificación del tracto sucesivo** se mantiene, no resultando suficiente el mero llamamiento genérico a ignorados herederos cuando cabe identificar a quienes sean los posibles herederos y no se ha nombrado administrador judicial de la herencia yacente.

Opina Pedro Ávila Navarro que "la resolución refunde bien la doctrina anterior; pero sigue sin aclarar qué quiere decir con ese heredero demandado nominativamente y que «pueda» actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos; porque si el «que pueda» quiere decir que tenga un poder, entonces los otros herederos no serán «desconocidos», sino que resultarán de ese poder; y si no es necesario que lo tenga, se estaría en el caso de nulidad de la S. 07.04.1992, por no acreditarse, ni siquiera alegarse, que el emplazado tenga poder. Parece que la doctrina de la Dirección es dejar el asunto en manos de la Autoridad judicial, de manera que si se ha demandado a un heredero y el juez ha «considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente», eso bastará, sin necesidad de que el registrador pida el dudoso poder. Pero llegados a ese punto, **la duda está en si es necesaria una declaración expresa del juez en que dé** por suficiente la legitimación **pasiva**, o basta con que **el juez haya admitido la demanda contra un heredero y los demás desconocidos**. Parece que lo procedente es lo primero, ya que, en principio, las demandas deben admitirse siempre salvo casos muy concretos (arts. 403 y 439 LEC); la falta de legitimación pasiva deben alegarla las Partes como excepción procesal -falta de legitimación pasiva «ad processum», «ad causam» o falta de litisconsorcio pasivo necesario-, al inicio de la vista –verbal- o en la contestación de la demanda para luego tratarlo en la audiencia previa –ordinario-. Y si el Juez no puede apreciar de oficio la falta de legitimación pasiva, tampoco puede entenderse que la «haya considerado suficiente», si no lo hace expresamente.

3. PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE DICTA (CAUSA que da lugar a la anotación -art. 72 LH-):

Títulos no judiciales: El artículo 42,2 de la Ley Hipotecaria dispone que podrá pedir anotación preventiva de su respectivo derecho en el Registro el que obtuviere a su favor **mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo** en bienes inmuebles del deudor.

Cuando la ejecución no se funda en resoluciones del secretario, judiciales o arbitrales que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero (art. 580 LEC), despachada la ejecución, **ha de requerirse previamente de pago** al ejecutado y, sólo si éste no pagase en el acto, se procederá al embargo de sus bienes, salvo que a la demanda ejecutiva se hubiese acompañado acta notarial

acreditativa de haberse realizado requerimiento de pago extrajudicialmente (art. 581 LEC).

Si el ejecutado no se encontrase en el domicilio que conste en el título ejecutivo, podrá practicarse el embargo si el ejecutante lo solicita (art. 582 LEC).

Efectuado el pago en el acto del requerimiento se dará por terminada la ejecución (Art. 583 LEC).

Por ello, hasta que no se lleve a efecto el requerimiento no podrá saberse el resultado de éste ni, en su caso, sí no pudo llevarse a efecto por ausencia del ejecutado.

El requerimiento de pago habrá de constar en el documento judicial o deducirse su realización de su contexto. En otro caso, habrá de suspenderse la anotación hasta que se adicione el mandamiento con la constancia del requerimiento.

Ejecución de **títulos judiciales o arbitrales**: no es menester acreditar el requerimiento de pago (580 LEC).

En los procedimientos de **ejecución provisional** tampoco ha de exigirse el requerimiento de pago, pues éste ya se ha producido con anterioridad y, precisamente por el impago, ha debido acudir al Juzgado y dictar el Juez sentencia de condena (art. 580 LEC).

Medida cautelar: embargo preventivo: necesidad de audiencia del interesado salvo que se acrediten razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, razonándose así en el auto (733 LEC).

Juicio cambiario: inmediato embargo preventivo, por si el requerimiento de pago resulta fallido (821, 2ª LEC).

4. FINCA OBJETO DEL EMBARGO.

No ha de existir duda sobre su identidad. No es obligatoria la referencia catastral al no estar prevista para asientos de cancelación o anotación (art. 38 TR Ley Catastro 05/03/2004).

En caso de posibles discrepancias, si opera el principio de subrogación real la anotación se practicará sobre la finca que proceda: así ha declarado la DGRN que:

- Si se embargan fincas de origen de un proyecto reparcelatorio, puede practicarse la anotación sobre las fincas de resultado adjudicadas en equivalencia de aquellas (ron. de 3 de octubre de 2008).

- Si se embarga un solar y existe sobre el mismo declarada propiedad horizontal, se anotará el embargo sobre los departamentos que estén inscritos a favor del ejecutado (rones. de 29 de mayo de 1987 y 27 de abril de 2000).

Con arreglo a estos criterios, embargado el derecho hereditario de una persona, si al ordenarse la anotación ya se ha concretado dicho derecho sobre una finca concreta podrá anotarse el embargo sobre la finca adjudicada al heredero (ron. de 2 de diciembre de 2011).

Por otro lado, si se embargan varias fincas y se distribuye la responsabilidad entre ellas, se hará constar en el asiento (art. 167 RH); si no se distribuye la responsabilidad se hará constar así en los correspondientes asientos.

Embargándose varias fincas, el procurador puede solicitar que la anotación se haga únicamente sobre las que él determine. La anotación de embargo no es constitutiva (art. 587 LEC); el mandamiento para su anotación se expide sólo si el interesado lo insta (art. 629,1 LEC). Por lo mismo, puede desistir del asiento de presentación, total o parcialmente.

5. DERECHO OBJETO DE LA ANOTACIÓN.

Puede serlo el dominio de la total finca o participaciones indivisas del mismo.

Embargada una cuota indivisa de finca perteneciente a diversos propietarios, ¿como debe actuar el Registrador respecto de la anotación de embargo practicada cuando, durante la vigencia de ésta, tiene lugar la extinción del condominio?.

Parece lo más razonable arrastrar la anotación únicamente sobre la porción que se adjudique al deudor (art. 399 CC). Este el criterio que sigue la ron. de 20 de febrero de 2012.

¿Cabe anotar el embargo trabado sobre una participación indivisa de finca perteneciendo el pleno dominio al ejecutado?

Sin duda alguna. Los problemas podrán plantearse si con posterioridad se embarga de nuevo una participación indivisa y no la totalidad de la finca. Al ejecutante le convendrá en estos casos solicitar que el embargo recaiga sobre la participación indivisa no embargada anteriormente, para evitar que la anotación del mismo sea cancelada por el principio de purga cuando se inscriba la adjudicación derivada del procedimiento anterior. Como pone de relieve la ron. de 3 de noviembre de 2011, una mayor precisión de la cuota posteriormente hipotecada (o embargada) sólo es exigible cuando la cuota lleve aparejada el uso de una porción concreta de la finca (art. 68 RH Y 53 RD 1093/1997), cuando se produce un problema de rango, o cuando la cuota está sujeta a un régimen jurídico específico.

Anotada una demanda de nulidad de una inscripción de dominio, podrá practicarse la anotación del embargo acordada contra la persona que resultaría titular registral de la finca embargada para el caso de prosperar la anotación de demanda (ron. de 17 de octubre y 19 de noviembre de 2002).

Pueden ser objeto de anotación **derechos reales**. Vg. el crédito hipotecario o la facultad resolutoria de un vendedor.

Si el embargo recae sobre la nuda propiedad, al extinguirse el usufructo el embargo se expandirá al pleno dominio (por analogía con el 107, 2º LH).

El usufructo es a veces inembargable (vg. el derecho de viudedad aragonés: arts. 273 y 290 del Código del Derecho Foral de Aragón, aunque sí lo es dicho usufructo si se embarga conjuntamente con la nuda propiedad, art. 290,3 del citado código).

Si el usufructo fuese ganancial, para anotar el embargo, fallecido uno de los cónyuges, el procedimiento habrá de dirigirse contra el sobreviviente y los herederos del fallecido.

Si el usufructo está inscrito con carácter conjunto y sucesivo, es anotable el embargo recaído sobre el derecho de uno de los usufructuarios. Fallecido uno de los usufructuarios, podrá embargarse la totalidad del usufructo del sobreviviente sin contar con los herederos del fallecido.

¿Cabe practicar anotación sobre el crédito de un anotante?

El art. 592,2 LEC admite que los créditos puedan ser embargados. Si éstos están garantizados con hipoteca o con condición resolutoria el crédito es embargable; pero dada la naturaleza del embargo (afección del bien al proceso y no al crédito) y de que lo que accede al Registro es el embargo y no el crédito que lo motiva no parece posible anotar el embargo sobre el crédito anotado al

carecer éste de naturaleza real y no crear a favor del embargante un derecho de tal índole. El titular de la anotación de embargo lo es realmente la autoridad judicial, a cuya disposición se encuentra la anotación de embargo. Y es que de admitirse dicha anotación ¿qué se subastaría en el proceso de ejecución?

6. CANTIDAD RECLAMADA.

El artículo 166,3 del RH exige la constancia del: principal y, cuando proceda, intereses y costas. La especificación de dichas cantidades es imprescindible según la ron 22 de septiembre de 2008.

Según los art. 549, 575 y 825 LEC, es necesario determinar el principal reclamado, los intereses remuneratorios y moratorios devengados más los intereses que se devenguen en el procedimiento y costas de éste (sin exceder del treinta por ciento de la cantidad reclamada, salvo la excepción prevista en el art. 575,1 párrafo segundo).

La cantidad inicial es determinada. La segunda de máximo.

Si han de vencer nuevos plazos de la obligación: podrá solicitarse la ampliación en la demanda ejecutiva, advirtiéndose al ejecutado que si no consigna las cantidades que vayan venciendo, se entenderá automáticamente ampliada la cantidad reclamada (art. 578 LEC).

En cuanto a la importancia de la cantidad que figure en el asiento de anotación debe señalarse que la cobertura actúa como límite únicamente respecto de adjudicatarios en una ejecución posterior: art. 613,3 LEC; en estos casos se tendrá en cuenta la cantidad que figure en el Registro en el momento en que el adjudicatario inscriba su derecho (rons. 4 de diciembre de 2003 y 12 de febrero de 2005).

7. ¿ES NECESARIO QUE LA RESOLUCIÓN SEA FIRME?

En materia de anotaciones, sólo se precisa la firmeza cuando la anotación haya de practicarse a favor del acreedor refaccionario si se opone a ella el titular de un derecho real anterior a la misma, al ser apelable la resolución en estos casos en ambos efectos (devolutivo y suspensivo) (art. 68,2 LH).

En los demás casos, siendo la resolución apelable únicamente en el efecto devolutivo, no es preciso que se indique que la resolución es firme.

En materia de inscripciones y cancelaciones, la resolución sí ha de ser firme. De los arts 82, 83 LH; 174 y 207 LH, y rones de 5 julio y 21 de noviembre de 2006 se infiere que sólo caben medidas de efectividad que no

estén en contradicción con la provisionalidad de la resolución. Y según el art. 524,4 LEC mientras no sean firmes o, aún siéndolo, no hayan transcurrido los plazos para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos registrales.

En estos casos no basta con la expresión: “firme a efectos registrales”, porque el concepto de firmeza es unitario (son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la Ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado, bien porque haya sido desestimado definitivamente: art. 207,2 LEC.) según proclama la resolución de 21 de abril de 2005.

Si el documento indicase, “firme que sea la resolución expídase testimonio de la misma” y entre la fecha de aquella y la de expedición hubiese transcurrido el plazo previsto para el posible recurso, la resolución ha de considerarse ya firme a efectos del asiento que haya de practicarse en el Registro, según doctrina de la DGRN (ron. 8 de junio de 2009).

E. OBSTÁCULOS QUE PUEDEN SURGIR DEL REGISTRO.

1. Finca no inmatriculada:

Según el art. 140, 2 y 3 RH: se suspenderá la anotación y en su lugar se tomará, si se solicita, anotación de suspensión por defecto subsanable, siendo su plazo de duración el de 60 días, ampliable a 180 (art. 96 LH).

2. Finca inscrita a favor de persona distinta:

En principio se denegará la anotación (art. 20 LH); pero excepcionalmente cabe anotar en procedimientos criminales cuando a juicio del Juez existan indicios de que el verdadero titular sea el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.

Los artículos 692,2 LEC y 105 RH permiten suspender y no denegar cuando la causahabencia de la persona contra la que se despache la ejecución resulte del Registro o del título presentado.

Caso de existir presentados documentos contradictorios entre el del mandamiento que ordena el embargo y el del documento que remedie el tracto

del mismo, véase ron. de 12 de noviembre de 2010 y la crítica que de la misma hace Juan Sarmiento.

3. **Art. 144 RH. Distinguiremos tres situaciones:**

a. **Sociedad conyugal no disuelta.**

El acreedor ha de reclamar el pago de quien contrajo con él la deuda: uno o los dos cónyuges, salvo que, contraída solidariamente por ambos, el acreedor decida dirigir la acción sólo contra uno de ellos. En principio la presunción es de mancomunidad (art. 1137 CC).

Contraída la deuda por los dos cónyuges y dirigida la demanda contra ambos (no cabe despachar ejecución frente a la comunidad de gananciales, art. 541,1 LEC), puede el acreedor solicitar el embargo de bienes comunes o de bienes privativos de cualquier cónyuge indistintamente, porque la Ley no establece gradación de responsabilidad entre las distintas clases de bienes, sino la responsabilidad simultánea de todos ellos (art. 1362, 1369 y 1373 CC; art. 219,3 del Código Foral de Aragón.)

En estos casos la anotación del embargo en el Registro no ofrece problema alguno, sea cual sea la titularidad que el mismo proclame, pues se cumplen las exigencias del principio de tracto sucesivo al estar demandados los dos cónyuges.

Si la deuda la ha contraído sólo uno de los cónyuges el acreedor ha de dirigir la demanda contra él como deudor, pudiendo solicitar el embargo de bienes privativos del mismo o de bienes comunes indistintamente (art. 1365, 1368, 1369 y 1373 CC; art. 224,1 y 225 del Código Foral de Aragón).

El hecho de que el acreedor pueda solicitar el embargo de esa clase de bienes indistintamente, no quiere decir que el Juez vaya a decretarlo sin más. A falta de pacto entre acreedor y deudor, el art. 592 LEC establece que el Juez embargará bienes del ejecutado teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado; en su defecto la LEC fija un orden para el embargo de bienes.

Cuando la deuda la contrae uno sólo de los cónyuges, las exigencias para que el embargo se anote en el Registro varían en función de quien aparezca como titular del mismo en el Registro.

Distinguiremos por ello varios supuestos:

a'. **Bienes gananciales o presuntivamente gananciales.**

Basta que uno de los cónyuges, sea o no el adquirente, aparezca demandado y que el embargo haya sido notificado al otro cónyuge para que la anotación de embargo se practique en el Registro (art. 144,1 RH). Ha de indicarse el nombre del cónyuge notificado (ron. de 5 de octubre de 2001) porque el 144,1 del RH pretende proteger los derechos del cónyuge que figure como tal en el Registro, no los del que lo sea en el momento de la traba.

Anotado el embargo sobre el bien ganancial o consorcial, si el cónyuge no deudor estima que de la deuda no deben responder los bienes comunes por ser privativa del cónyuge deudor, puede: o soportar la ejecución y no hacer nada; o tratar de demostrar en el procedimiento del art. 541 de la LEC que la deuda no debe ser soportada por el bien ganancial o consorcial.

Si el acreedor no demuestra que deba la sociedad conyugal soportarla, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal, suspendiéndose mientras tanto la ejecución.

En Aragón el cónyuge puede pedir la liquidación del consorcio sin disolución del mismo, al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo (art. 225 del Código del Derecho Foral de Aragón).

Realizada la división, el embargo se concretará sobre la participación adjudicada al cónyuge deudor mediante la correspondiente resolución y mandamiento.

b'. Bienes inscritos en parte como gananciales o presuntivamente gananciales y en parte como privativos.

Si el cónyuge deudor es el titular de la participación privativa y contra él se ha dirigido la demanda habiéndose embargado la totalidad del bien, bastará que el embargo se haya notificado al otro cónyuge para que la anotación se practique sobre la totalidad del bien.

Por el contrario si la demanda se dirige –por ser él el deudor- contra el cónyuge no titular de la participación indivisa privativa, respecto de dicha participación no basta con la notificación del embargo al cónyuge titular de la misma, habiendo de denegarse la anotación respecto de dicha participación por exigencias del principio del tracto sucesivo.

c'. Bienes inscritos con carácter privativo a favor de un cónyuge.

Basta que la demanda se dirija contra el titular registral, no siendo menester la notificación al cónyuge salvo cuando se trate de vivienda habitual de la familia (art. 144,2 RH).

b. Sociedad conyugal disuelta y no liquidada.

Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos (art. 144,4 RH).

Es doctrina reiterada de la DGRN que, disuelta y no liquidada la sociedad conyugal, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que su participación se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación que requiere la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus herederos hasta que se produzca la división (entre otras las rones de 8 de julio de 1991, 28 de febrero de 1992 y 9 y 10 de octubre de 1998).

La legitimación pasiva que el art. 144,4 RH establece sólo tendrá lugar cuando se pretenda embargar la totalidad del bien; porque, lógicamente, no se veda la actuación dirigida particularmente contra un cónyuge o sus herederos por parte de sus acreedores privativos, si bien en estos casos el embargo, según la DGRN, habrá de pretenderse y decretarse sobre la cuota global que al cónyuge deudor o a sus herederos le corresponde sobre la masa de bienes (ron. de 23 de diciembre de 2002 entre otras).

c. Sociedad conyugal disuelta y liquidada.

En esta situación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquella (art. 144,4 RH).

Respecto de la nueva redacción de este precepto se ha pronunciado la ron de 18 de febrero de 2002, viniendo a sostener, “sin prejuzgar sobre el acierto de la literalidad de aquella”: 1º. Que la declaración de la ganancialidad de la deuda sólo puede realizarse en juicio declarativo seguido contra ambos esposos. 2º. Que no tiene sentido debatir sobre si la palabra “aquella” se refiere a la liquidación o a la ejecución, porque el precepto reglamentario no puede entenderse sino en conexión con la doctrina anterior, conforme a la cual cabe anotar el embargo sobre bienes exgananciales adjudicados al cónyuge no deudor

en procedimiento dirigido contra el cónyuge deudor siempre que la traba y su notificación se hubiesen producido antes de que la disolución de gananciales hubiese producido efectos frente a terceros de buena fe, oponibilidad que se produce desde la constancia de la indicación de los capítulos en el Registro Civil o el folio particular de la finca en el Registro de la Propiedad. Doctrina confirmada asimismo por la ron de 18 de noviembre de 2010.

¿Cabe el embargo de un bien ganancial por razón de un crédito privativo de uno de los cónyuges?

La ron de 17 de agosto de 2010 lo admite en base a la autonomía de los patrimonios privativos respecto del ganancial; de la posibilidad de contratación entre los cónyuges; de la naturaleza del embargo (no es un derecho real en cosa ajena sino una medida cautelar); de la naturaleza de la sociedad de gananciales (comunidad germánica o en mano común sin atribución de cuotas y sin posibilidad de pedir la división).

En derecho aragonés establece el art. 226,5 de su código que *“el pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges, solo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiera pactado o cuando medie justa causa. Es siempre causa justa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio”*.

Parece, pues, inexcusable el pronunciamiento judicial, en defecto de pacto, cuando los cónyuges tengan criterios contrapuestos.

5. Vivienda habitual de la familia.

Establece el art. 144,5 RH que cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación de embargo de vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

El citado artículo 144,5 se aplica asimismo cuando el dominio o el derecho de que se disponga pertenezca proindiviso a ambos cónyuges (ron de 7 de octubre de 1998).

El criterio seguido por la DGRN en cuanto a la exigencia del requisito de la notificación es restrictivo, salvo que de los asientos del Registro resulte que la vivienda tiene carácter familiar (rones de 13 de julio de 1998 y 23 de julio de 2011).

Dado el tenor del precepto, la exigencia de la notificación debe circunscribirse a las situaciones de conyugalidad, quedando excluidas de la protección las parejas de hecho.

En situaciones de proindivisión, debe excluirse la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría a los otros partícipes utilizarla conforme a su destino; por lo que el carácter de vivienda habitual no cabe predicarse de las que ocupan simultáneamente las familias de tres condóminos (ron de 23 de julio de 2011).

F. INCIDENCIAS POSIBLES DESDE QUE SE PRACTICA LA ANOTACIÓN.

A. PRÓRROGA:

La anotación tiene una duración de 4 años, prorrogable por el plazo que el Juez determine (art. 86 LH). Si el Juez no indica plazo, habrá de entenderse prorrogada por cuatro años más.

Las practicadas antes del 8 de enero de 2001 que se encontrasen prorrogadas con anterioridad a dicha fecha tendrán una duración indefinida (art. 199 RH), pudiendo cancelarse transcurridos seis meses desde la finalización del procedimiento con resolución judicial firme (ron de 29 de mayo de 1998).

Computo: se incluyen completos el día en que se practica la anotación y el mismo día del término de la vigencia de ésta; es decir, si el asiento se practicó el uno de diciembre de dos mil cuatro la prórroga sería posible si el documento que la prorrogue tiene acceso al Registro durante las veinticuatro horas del día uno de diciembre de dos mil ocho si éste no es inhábil; si lo es, el dos de diciembre de dos mil ocho (rones de uno de diciembre de 1990 y 27 de abril de 2010)

El documento ha de tener acceso al Registro cuando el asiento esté aún vigente.

B. APRECIACIÓN DE TERCERÍA DE MEJOR DERECHO:

La Resolución de 23/04/1996 señala que: en principio no es imprescindible la constancia en el Registro. De hacerse, se haría constar mediante nota al margen de la anotación de embargo en cuyo procedimiento se haya apreciado.

C. **AMPLIACIÓN DE EMBARGO** (arts 578 y 613 LEC; y rones de 26/04/2003, 04/12/2003 y 12/02/2005):

El secretario, mediante decreto, puede acordarla cuando vengzan nuevos plazos de la obligación o se incremente la cantidad reclamada por intereses o costas.

Se decretará con carácter automático si la ampliación se solicitó en la demanda ejecutiva. En otro caso solo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiese sido atendido.

Se harán constar mediante nota al margen de la anotación de embargo aunque el dueño de la finca embargada ya no sea el mismo.

El plazo de vigencia de la anotación de embargo sigue siendo el mismo y también la prioridad que la misma tenía, salvo respecto de adquirente en ejecución posterior (613,3 LEC).

Distinto del supuesto de ampliación (que hace referencia a la misma finca embargada) es el de **mejora del embargo** que recae sobre fincas anteriormente no embargadas a resultas del procedimiento de ejecución de que se trate, cuando un cambio de las circunstancias (vg. apreciación de una tercería de dominio), permite dudar de la suficiencia de los bienes embargados, y en que se trata de una anotación totalmente nueva. La mejora del embargo la acuerda el Secretario mediante decreto (art. 612 LEC).

D. **MINORACIÓN DE CARGAS** (arts 666 y 657 LEC, y Ron de 21 de junio de 2005):

La vigente LEC establece en su artículo 666 que por el Secretario judicial, antes de la celebración de la subasta, se valoren los bienes descontando el importe de las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se despacha la ejecución. Si el valor de éstos iguala o excede del determinado para el bien, el secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien.

Para facilitar dicha valoración, el art. 657 de la LEC establece que, a petición del ejecutante, se dirijan oficios al ejecutado y a los titulares de los créditos anteriores al que se ejecuta para que manifiesten el estado actual de los mismos. A la vista de la información recibida, si hubiera conformidad sobre ello, el secretario a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el art. 144 LH. De existir disconformidad se prevé una vista ante el Tribunal, que finalizará mediante auto.

El art. 144 LH, desarrollado por el art. 240 RH, establece que no surtirán efectos frente a terceros, si no se hacen constar en el Registro por medio de los asientos que correspondan, los hechos o convenios que modifiquen o destruyan la eficacia de una obligación hipotecaria anterior.

Para llegar a la fase final de ese proceso, sin perjuicio del obligado acatamiento a las resoluciones judiciales, el Registrador, antes de practicar un asiento que suponga la merma o extinción de un derecho inscrito, debe tener la seguridad de que el titular registral afectado ha tenido la debida intervención en el procedimiento de que se trate.

A la vista de los preceptos citados y de la ron. de 21 de julio de 2005, del documento presentado deberá resultar la identidad de la entidad certificante, la suficiencia de las facultades representativas de quien haya actuado en su nombre, la conformidad de la parte ejecutada o el auto dictado en caso de disconformidad, y la identificación del crédito o préstamo (hipotecario o no) de que se trate.

El documento no será apto, en cualquier caso, para producir la cancelación de la hipoteca por ser necesario para ello escritura pública o sentencia judicial (art. 82 LH).

G. EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE TÍTULO Y CARGAS.

Se hará constar mediante nota al margen de la anotación de embargo de que se trate (art. 656 LEC). Si no constase anotación, no se hará constar la expedición de certificación (ron de 2 de marzo de 2010).

No es imprescindible que la certificación sea solicitada por el secretario del Juzgado; tras la reciente modificación de la LEC puede pedirla también el procurador facultado por el secretario (656 LEC), debiendo en tal caso hacerse constar la expedición mediante nota marginal.

En procedimientos de ejecución ordinarios no se considera trámite imprescindible la expedición de certificación. Esta publicidad supletoria solamente es imprescindible cuando se ejecuten bienes hipotecados (ron 25/11/2002).

La falta de comunicaciones a realizar por el Registrador o los defectos formales en las mismas no serán obstáculo para la inscripción a favor del adjudicatario (art. 660,2 LEC).

H. ADJUDICACIÓN DE LA FINCA

Título inscribible (art. 674 LEC): testimonio o certificación del Secretario del decreto firme de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación, del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio y demás circunstancias necesarias para la inscripción según la legislación hipotecaria (arts 9 LH y 51 RH).

Ese testimonio es título apto para inmatricular según la ron de 22 de febrero de 1999.

También para inscribir a favor del arrendatario que, previo requerimiento judicial, manifieste su voluntad de retraer y consigne el precio del remate, expidiéndose a su favor el correspondiente auto de adjudicación (ron 1 de octubre de 1999).

De existir tercer poseedor del dominio posterior a la anotación de embargo que se ejecuta es necesario cancelar ésta simultáneamente: así se manifiestan reiteradas rones de la Dirección General entre otras las de 30 de septiembre de 1999, 11 de noviembre de 2000 y 14 de junio de 2002.

En ejecuciones seguidas contra un cónyuge y los herederos del otro cabe inscribir sin previa liquidación de la sociedad conyugal: ron. de 20 de septiembre de 2002.

No representan obstáculo para la inscripción la existencia de prohibiciones de disponer anteriores cuando éstas deban limitarse al ámbito puramente personal del titular de la finca pues sólo la Ley puede establecer excepciones al art. 1911 del CC (ver ron de 22 de febrero de 1989).

Tampoco es obstáculo para la inscripción de la adjudicación que la finca embargada sea una vivienda de protección oficial (ron de 12 de diciembre de 2007), no exigiéndose autorización administrativa. No existe limitación para el precio a efectos de subasta. En Aragón, en estos casos, no existe derecho de preferente adquisición a favor de la CCA.

Todo ello sin perjuicio de que, como el régimen de protección subsiste, si el adjudicatario no reúne los requisitos exigidos para ser titular de vivienda protegida debe enajenarla al precio legalmente previsto a favor de quien sí reúna requisitos para ello exponiéndose, en caso contrario, a las sanciones previstas al efecto.

El decreto ha de ser firme: ver art 524,4 LEC y Ron. 21 de abril de 2005. No obstante la ron de 5 de junio de 1999 permitió la inscripción de una enajenación realizada en subasta en ejecución provisional de sentencia de condena dineraria.

Cuando se trate de vivienda o local de negocio o finca rústica, ha de hacerse constar la **libertad de arrendamientos** mediante instancia del adjudicatario o acta notarial, salvo que tal extremo resulte expresamente del documento judicial presentado.

En caso de subasta por lotes el art. 643,1 LEC la admite para bienes muebles, pero es aplicable también para inmuebles (655,2 LEC). La ron de 8 de enero de 2003 la rechazó por existir cargas dispares en las fincas adjudicadas, quizá no muy justificadamente porque ni el sobrante, ni su reparto, es objeto de calificación.

Cuando la **adjudicación** se realice en subasta **a favor de un tercer poseedor con título inscrito** en el Registro se plantea la situación problemática de los asientos a practicar y creo que, aunque se entienda que la adquisición del rematante no deriva de su derecho del tercer poseedor sino del ejecutado, es lo cierto que aquél ya adquirió la finca y que la subasta nada añade al dominio que el rematante ya tenía.

Parece lo más lógico respetar la titularidad existente y limitar el mandato judicial a la cancelación de los asientos posteriores, pero no a los recayentes sobre su dominio (embargos o hipotecas), practicados tras la inscripción inicial de su dominio.

Podrían producirse consecuencias perjudiciales en los supuestos en que el estado civil del tercer poseedor fuese diferente en el momento de su adquisición y en el de la adjudicación en subasta.

Situaciones que pueden darse en función de si la anotación de embargo está o no vigente:

1. anotación de embargo vigente:

a) Se presenta sólo testimonio de la adjudicación sin mandamiento cancelatorio (actitud ordinaria de los subasteros).

No hay problema salvo que exista una inscripción de dominio con posterioridad a la anotación de embargo, porque en tales casos se exige la previa

o simultánea cancelación de la inscripción de dominio (rones de 30 de septiembre de 1999 y 11 de noviembre de 2000).

Con la inscripción de la adquisición en plazo subsiste registralmente la preferencia derivada del procedimiento de ejecución. La cancelación de cargas posteriores podrá hacerse en cualquier momento (rones de 28 de julio de 1989, 15 de febrero de 2007 y 11 de diciembre de 2008).

b) Se presenta sólo mandamiento cancelatorio.

El Registrador advertirá al presentante del peligro que representa cancelar la anotación sin inscribir el dominio por la posible aparición de un tercero que adquiera del titular registral.

c) Se presentan ambos documentos, pero el de adjudicación tiene problemas: el Registrador debe entender implícitamente solicitado que la cancelación sea la última operación registral (ron DGRN 22/03/1993).

2. Anotación de embargo caducada.

En los asientos con vigencia temporalmente limitada la caducidad es radical y automática (reiteradas rones de la DGRN, entre otras, las de 8 de marzo de 1999, 17 de marzo de 1999, 16 de abril de 1999 y 8 de noviembre de 2000).

Podrá inscribirse la adjudicación si la finca sigue inscrita a favor del ejecutado, pero ya no pueden cancelarse los asientos posteriores a la anotación caducada porque la siguiente a ésta ha ganado rango preferente (rones de 26 de mayo de 2000, 11 de noviembre de 2000 y 28 de junio de 2001).

Para cancelar la que ha ganado prioridad, dice la DGRN, ha de seguirse el oportuno procedimiento judicial que determine la preferencia entre dichas anotaciones (rones de 13 de diciembre de 1996, 20 de octubre de 2005 y 11 de diciembre de 2006).

Si la finca no está inscrita a favor del ejecutado tampoco podrá inscribirse la adjudicación porque la inscripción de dominio posterior (tercer poseedor de finca embargada) se plenifica una vez caducada la anotación de embargo a la que estaba subordinada (rones de 27 de octubre de 1993, 20 de octubre de 2005 y 11 de diciembre de 2006).

La resolución de 11 de noviembre de 2000 ratifica estos criterios. Supuesto de hecho: extendida anotación de embargo, se inscribe una hipoteca; caducada la anotación de embargo se inscribe la adjudicación derivada del

procedimiento y se deniega la cancelación de la hipoteca. El adjudicatario interpone demanda para que se cancele la hipoteca posterior y la anota. Presentados testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación dimanantes de la ejecución de la hipoteca, se deniega el despacho porque la inscripción de hipoteca, aunque no se encuentre cancelada, ha quedado privada de eficacia a consecuencia de la adjudicación anterior y carece de virtualidad suficiente para provocar la cancelación del adjudicatario del procedimiento de la anotación de embargo que, además, trae causa de un asiento anterior a la hipoteca y no afectado por ésta.

La DGRN aplica el criterio tradicional sin entrar a examinar si procede o no cancelar la anotación de demanda de la cancelación de hipoteca.

El criterio de la DGRN es muy controvertido. Quién anotó vigente la anotación de embargo, debe soportar las consecuencias. Al menos debe resultar decisivo que cuando la adjudicación se realice esté vigente la anotación de embargo. Sugiere Rivas Torralba: desvincular la anotación de embargo con la nota de expedición de certificación, de modo que ésta subsistiera hasta la terminación del procedimiento o entender que, extendida la nota, no quepa cancelar por caducidad la anotación de embargo (art. 131 LH).

I. CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES (arts 674,2 LEC y 175,2 RH):

No basta una diligencia de ordenación, sino que se requiere decreto del secretario según la ron de 22 de octubre de 2011.

Frente al recurso de la secretaria judicial que consideraba no exigible el decreto al no ser necesario motivar la resolución, entiende la DGRN que, pese al silencio del art. 674 del la LEC, que exige decreto para el remate o adjudicación, pero calla en cuanto a la resolución que pueda motivar el mandamiento de cancelación, el art. 206 LEC exige decreto cuando, con carácter general, sea preciso o conveniente razonar lo resuelto, bastando la diligencia de ordenación cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establece.

Para la expedición de mandamiento cancelatorio ha de motivarse el acto, pues la operatividad del principio de purga no es automática, al exigir un acto de valoración previa por la autoridad judicial y, en su caso, la consignación del sobrante a favor de titulares de cargas posteriores, pudiendo existir asientos posteriores no cancelables, (vg. anotación de demanda en la que se inste la declaración de preferencia de un crédito).

La cancelación de asientos posteriores es un efecto impuesto por la Ley y aunque el art. 674 LEC no añade, como hace el art. 134 LH, la frase “**sin excepción**”, las consecuencias se entienden que deben ser las mismas.

Subsistirán, no obstante, según Rivas Torralba:

- Los asientos de rango registral preferente.
- Los que traigan causa de derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta (hipoteca, ejercicio de un derecho de opción o asiento derivado del ejercicio de una condición resolutoria).
- Los asientos que publiquen cualidades de la finca (excesos de cabida, obra nueva y propiedad horizontal, servidumbres, proyectos de equidistribución, etc).
- Derecho de uso de la vivienda inscrito con anterioridad a la anotación de embargo.

La cancelación se hará en virtud de mandamiento firme expedido a instancia del adquirente, con las circunstancias exigidas por la Ley Hipotecaria en el que se ordenará cancelar la anotación de que se trate y la de todas las inscripciones o anotaciones posteriores, incluso las verificadas después de la expedición de certificación (art. 674 LEC).

Ha de entenderse derogada la obligación de reseñar explícitamente el número o letra de la inscripción o anotación a cancelar (art. 233 RH) que, en la práctica, se omite en la generalidad de los mandamientos.

En el mandamiento se hará constar si el importe fue igual o inferior al total crédito del actor, que se consignó el sobrante, en su caso, a disposición de los interesados.

El sobrante queda fuera de la calificación del Registrador (ron 25 de marzo de 1998).

Francisco Curiel Lorente.

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2012

ÍNDICE ANALÍTICO.

AFECCIONES

ANOTACIONES DE EMBARGO

ANOTACIONES DE PROHIBICIÓN DE DISPONER

ARRENDAMIENTOS

CONCURSO

CONDICIÓN RESOLUTORIA

DERECHO DE HABITACIÓN

DERECHO REAL ATÍPICO

DERECHO DE SUPERFICIE

DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO

DOCUMENTOS JUDICIALES

EXTINCIÓN DE CONDOMINIO

HERENCIAS

HIPOTECAS

INMATRICULACIÓN

OBRAS NUEVAS

OPCIÓN DE COMPRA

PACTO COMISORIO

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

PROHIBICIÓN DE DISPONER

PROPIEDAD HORIZONTAL

RENTA VITALICIA

REPRESENTACIÓN

SOCIEDAD CONYUGAL

URBANISMO

VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA

AFECCIONES.

1.-P: Se pregunta por la naturaleza de las afecciones registrales vinculadas a garantizar la devolución de las subvenciones.

R: La Ley General de Subvenciones de 2003 establece en su artículo 31-4 que los bienes inmuebles cuya adquisición o rehabilitación se hubiere subvencionado deberán destinarse al menos durante 5 años al fin concreto para el que se concedió la subvención, cuya circunstancia, así como el importe de la subvención concedida, deberá hacerse constar en la inscripción, quedando el bien afecto al pago del reintegro de dicha cuantía cualquiera que sea su poseedor, salvo que resulte protegido por la fe pública registral.

Como señala Álvaro Martín y José Manuel García –en contra Juan Sarmiento-, parece que estamos ante un tipo especial de afección, que se trata de una verdadera carga real y que el asiento registral deberá contener el destino de la finca, el importe de la subvención y el período de destino, que de no constar será el de 5 años.

No obstante, la resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2009 negó tal carácter por entender que la citada Ley no regula expresamente una especial afección por subvenciones, porque no delimita perfectamente sus perfiles y eficacia, y que, por tanto, la Administración debe acudir para garantizar el reintegro de la subvención a una garantía de las ya existentes o crear una nueva, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, cuyo contenido esté perfectamente determinado.

Pero este criterio es refutado mayoritariamente porque se estima que la Ley de Subvenciones sí establece un tipo especial de afección que, además, respeta el principio de determinación mejor que otras afecciones como las fiscales y urbanísticas al estar determinada *ab initio* la cifra garantizada y que, si se exige la determinación del plazo de destino que es la única concreción legal, este principio se cumple plenamente.

2.-P: ¿Tiene lugar la cancelación de la nota de afección fiscal en caso de cancelación de la inscripción principal que contiene el negocio el pago de cuyo impuesto garantiza la afección?

R: Partiendo del entendimiento de que la afección fiscal se extiende o grava “*al bien o derecho transmitido*”, como indica expresamente el artículo 79-2 de la LGT, se debe considerar que en aquellos casos en que el hecho imponible del impuesto resulte de la transmisión o constitución de derechos reales distintos del dominio, sólo a ellos se extenderá la afección y no al dominio de la finca.

Pues bien, en estos casos, igualmente se debe considerar que cancelado la inscripción del concreto derecho real afecto –y la anotación de embargo si la afección llegó a extenderse en este supuesto-, al no existir derecho que realizar, las respectivas afecciones deben ser canceladas. Es decir, que operaría de modo similar a como lo hace la hipoteca constituida sobre el derecho de usufructo, sobre una concesión administrativa o sobre otra hipoteca extinguidos por su plazo *ex* artículo 107 de la Ley Hipotecaria, sin que sea defendible la extensión de la afección a una especie de parte del dominio en que se integrarían esos derechos reales cancelados, a salvo la especialidad del usufructo, del derecho de superficie u otros supuestos semejantes si los mismos se extingue antes de su vencimiento natural.

Por supuesto en el caso de encontrarse afecto el dominio del bien o cuotas del mismo –o de derechos reales distintos en tanto sigan vigentes-, su transmisión –Ej. Subrogación en la hipoteca-, no produce la cancelación de la afección fiscal, pues precisamente su finalidad es poder ejercitar la acción de derivación de responsabilidad respecto de los adquirentes.

ANOTACIÓN DE EMBARGO.

1.-P: Una finca se encuentra inscrita a favor de unos cónyuges con sujeción al régimen económico-matrimonial de su nacionalidad colombiana y me presentan mandamiento de embargo de la AEAT en procedimiento seguido contra un cónyuge con notificación al otro.

Se pone nota de calificación pidiendo que acrediten que conforme al Derecho de Colombia rige un sistema de comunidad equiparable al de la sociedad de gananciales al efecto de permitir la aplicación del Art. 144.1 RH (demanda al deudor con notificación al otro), y en caso de regir la separación de bienes o no poder acreditarse el régimen extranjero, les pido para anotar el embargo que el procedimiento se dirija contra ambos titulares registrales. Me contestan por escrito proponiendo, ante la imposibilidad de acreditar el régimen económico-matrimonial, la comparecencia ante mi del deudor y de su cónyuge para que presten el consentimiento a la anotación del embargo sobre la totalidad de la finca dado que la anotación se realiza con el fin de servir como garantía al fraccionamiento de pago de las deudas que generaron el embargo.

¿Este consentimiento, aunque fuera en escritura pública, sería admisible para practicar el embargo? ¿No sería más lógica la hipoteca en garantía del fraccionamiento constituida por los dos titulares registrales?

R: Si bien del artículo 82 de la LGT resulta que la garantía natural de los fraccionamientos o aplazamientos de deudas tributarias es el aval solidario de

entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, seguro de caución o hipoteca, prenda o fianza personal, también señala que a solicitud del obligado tributario dichas garantías podrán ser sustituidas por otra medida cautelar y, entre éstas, el artículo 81 de la propia LGT recoge el embargo preventivo ordinario de bienes; por lo que desde esta punto de vista, la anotación solicitada se ajusta a derecho.

Respecto a la necesidad o no demandar al cónyuge del titular registral embargado, se da la circunstancia que el régimen económico matrimonial colombiano es “un régimen de comunidad de bienes diferida” semejante al régimen de participación en las ganancias español y, por tanto, cada cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal será exclusivo titular de todos los bienes que adquiera cualquiera que sea el título por el que lo haga conservando la plenas facultades de administración y disposición.

Aplicado ese régimen jurídico a este caso, si el bien lo adquirió sólo el deudor embargado, la anotación sería practicable, si el registrador consiente en estudiar la vigencia del régimen señalado. Si el bien lo compraron ambos cónyuges, el mismo les debe pertenecer por partes indivisas y, por tanto, debería sustituirse el embargo haciéndolo recaer sólo sobre la mitad indivisa del demandado.

Por último, en cuanto a la eficacia de ese consentimiento del cónyuge del demandado, se entiende que si el régimen fuera de gananciales o similar, al tener que constar el mismo en el procedimiento de apremio a los efectos antes enunciados de sustitución de la garantía, sería válido sin necesidad de escritura pública, pues el consentimiento suple a la demanda; pero al tratarse de un régimen de comunidad diferida y el bien o participación indivisa del mismo privativo, o no será necesario o no permitirá la extensión del embargo a bienes que no pertenecen al demandado.

2.-P: Sobre una finca consta una anotación preventiva de embargo letra A y otra letra B entre las mismas personas –demandante y demandado-. Ahora se presenta un mandamiento de acumulación de dichos procedimientos ejecutivos y ampliación del embargo subsiguiente.

¿Se puede practicar esa anotación? ¿Qué plazo de vigencia sería aplicable?

R: Según el artículo 555-1 de la LEC podrá acordarse la acumulación de procesos de ejecución ordinarios pendientes entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado, por lo que a falta de titulares de cargas intermedias, como ocurre en este caso, ningún inconveniente habrá a esa acumulación.

Igualmente será admisible la ampliación del embargo, siempre que, de conformidad con los artículos 578 y 613-4 de la LEC, tal ampliación se refiera a nuevos vencimientos de la misma deuda, intereses devengados durante la ejecución y las costas de ésta. En consecuencia la nueva anotación de embargo aseguraría la suma de las cantidades de las anotaciones A y B y la de la ampliación.

Y respecto de cuál de las tres fechas determinará la caducidad de la anotación ahora practicada y única vigente, algunos compañeros se inclinaron como más segura por la fecha de la última anotación de acumulación y ampliación, pero mayoritariamente se consideró que la fecha sería la de la anotación A o B, según cuál de los procesos ejecutivos ha absorbido al otro, pues es el único procedimiento vigente y no existe solicitud de prórroga alguna.

3.-P: Una finca se encuentra inscrita a favor de un matrimonio de ucranianos con el carácter que determine “su ley nacional común”, y ahora embargan en un procedimiento de la mujer contra el marido la mitad indivisa de éste. ¿Se puede practicar la anotación?

R: Lo primero que debe determinarse es el carácter del bien, para lo cual, ante la imposibilidad práctica de pedir al juzgado su acreditación y, precisamente por razones prácticas, se recomienda la lectura de los distintos libros elaborados por notarios y registradores sobre los regímenes económicos matrimoniales de los países de los extranjeros que con más frecuencia operan en España, y obrar en consecuencia.

A este respecto, se indica que según una Ley de 1992, el régimen supletorio en Ucrania es el de "Comunidad de bienes adquiridos durante el matrimonio" con gestión por acuerdo de los esposos; por lo que analógicamente con el funcionamiento de nuestra sociedad de gananciales no podrán embargarse cuotas indivisas de las fincas sin la previa inscripción de la liquidación de la sociedad conyugal o, alternativamente, embargar la parte que al cónyuge demandado se le adjudique en la citada disolución (resolución de 6 de noviembre de 2009), o el bien entero con demanda al otro cónyuge, lo que en este caso al ser ese cónyuge el demandante se consideraría cumplida resolución de 30 de marzo de 2003.

Así, la resolución de la DGRN de 16 de enero de 2009, para un caso de embargo de la mitad indivisa que al demandado pertenece sobre un bien inscrito con carácter ganancial, siendo la demandante su esposa, y hallándose ambos separados legalmente; señala que no es anotable, pues, disuelto pero no liquidado el régimen de gananciales, no corresponde a cada uno de los cónyuges una cuota sobre cada uno de los bienes que integran aquél, de la que pueda disponer separadamente, sino que su respectiva participación se predica sobre

todo el patrimonio ganancial considerado en su conjunto, como patrimonio separado sujeto a un especial régimen de gestión y disposición; de manera que sólo cuando concluyan las operaciones liquidatorias esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se les adjudiquen.

4.-P: Embargo de opción de compra (tomado de la lista libre). La TGSS presenta mandamiento en el que ordena que se tome anotación de embargo “exclusivamente” sobre la opción de compra de la que una entidad mercantil es titular. Dicha entidad tiene inscrito a su favor un arrendamiento financiero con opción de compra. ¿Puede ser objeto de embargo la opción de compra separadamente del arrendamiento financiero o para embargar la opción de compra habría de ordenarse el embargo también sobre el arrendamiento financiero?

R: La respuesta dependerá de la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, el conocido como “leasing inmobiliario”, que no ha resultado pacífica en la doctrina por la insuficiente regulación de esta figura más preocupada por los aspectos fiscales, aunque se ha ido perfilando poco a poco con los fallos jurisprudenciales. De estos resulta que se trata de una figura contractual con sustantividad propia, de carácter complejo y causa unitaria, en la que el arrendador financiero es propietario de los bienes cedidos, mientras que el arrendatario financiero es titular de un derecho real de uso con opción de compra.

Desde siempre se ha admitido la embargabilidad tanto de los derechos del arrendador como también los del arrendatario financiero. Respecto de este último la RDGRN de 26/10/1998 concluyó que el denominado derecho de arrendamiento financiero no puede ser calificado sino de derecho real, en cuanto recae directamente sobre la cosa, resulta oponible *erga omnes* y reúne los requisitos estructurales configuradores de este tipo de derechos, de modo que su hipotecabilidad no puede ser negada. Y si puede ser hipotecado es evidente que también podrá ser objeto de embargo.

Ahora bien, lo que se embarga es la global posición jurídica que ostenta el arrendatario financiero que es compleja y a la vez unitaria, comprendiendo tanto el uso del bien como el derecho de opción de compra. No es posible el embargo de éste último de manera exclusiva o aislada del resto de la posición jurídica que ostenta el arrendatario financiero. Y ello porque no es un arrendamiento con una opción donde se haya pactado una mera cesión de uso del bien por tiempo determinado y precio cierto con posibilidad añadida de devenir propietario al vencimiento de aquel plazo. En el arrendamiento financiero la finalidad práctica perseguida por las partes no es la anterior, sino la de producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes al dominio,

transmisión que no se consumará hasta la completa realización por el arrendatario financiero de la contraprestación asumida.

Y en caso de ejecución, lo que será objeto de adjudicación en su caso será precisamente el derecho de arrendamiento financiero con la opción de compra perteneciente al ejecutado. Por ello se entendió por todos los asistentes que no cabe el embargo “exclusivamente” del derecho de opción de compra sino del completo derecho de arrendamiento financiero con opción de compra, pues la naturaleza del derecho impide que pueda existir este derecho de opción de forma independiente o desvinculado de la completa posición jurídica que ostenta el arrendatario y que comprende un conjunto de derechos, pero también de obligaciones.

5.-P: En el Registro figura anotado un embargo sobre el derecho de opción de un arrendamiento financiero. El dueño de la finca consigue judicialmente la resolución del contrato de arrendamiento financiero. La acción judicial no fue objeto de anotación preventiva de demanda. ¿Puede cancelarse la anotación de embargo si el anotante no ha sido citado en el procedimiento? La ejecutoria es de fecha anterior al mandamiento pero no se presentó en su momento.

R: El caso ya ha sido planteado en anteriores ocasiones y resuelto por la DGRN en resolución de 8 de febrero de 2000. En el caso debatido el registrador denegó: en cuanto a la cancelación de una anotación de embargo posterior por no contener la sentencia dictada pronunciamiento alguno sobre la cancelación de la traba; y en cuanto a la cancelación de la inscripción del arrendamiento financiero, porque su cancelación implicaría dejar sin soporte registral la anotación de embargo posterior. La DGRN confirmó el primer defecto (artículos 24 CE y 1, 40 y 82 LH) y rechaza el segundo, puesto que se da el presupuesto contemplado en el artículo 82 LH y se logra la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, evitando que puedan acceder al Registros eventuales actos dispositivos realizados por el titular de un derecho extinguido.

Por lo tanto, no procede cancelar la anotación de embargo al no haber sido parte en el procedimiento el embargante, pero sí debe practicarse la inscripción de la resolución por los motivos expresados. Y, en todo caso, comunicando el asiento practicado al Juzgado donde se sigue el procedimiento en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135 LH y 143 RH.

ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER.

1.-P: Se encuentra practicada una anotación preventiva de prohibición de enajenar y gravar, y ahora se presenta una escritura de venta otorgada antes de la fecha de la anotación y de la resolución judicial que la provocó. ¿Es inscribible?

R: Según doctrina ya consolidada de la DGRN –ver resoluciones de 8 de julio de 2010 y 3 de agosto de 2011-, los actos dispositivos otorgados antes de que se practicara la anotación de prohibición de disponer, pero presentados después de ésta, son inscribibles, pero el registrador no puede cancelar de oficio la anotación; cancelación que sólo puede ser decretada por el juez que ordenó la anotación, previo requerimiento del nuevo titular de la finca (Art. 83 y 84 LH, 145 RH y 726.2 LEC).

ARRENDAMIENTOS.

1.-P: Se presenta una escritura de venta de una vivienda arrendada por contrato sometido a la LAU de 1964. Se ha notificado al arrendatario conforme exige el artículo 47 de dicha Ley, pero al otorgar la escritura han transcurrido más de 180 días desde la notificación, con lo que ésta ha perdido su eficacia. Según el artículo 49 de la misma ley, no se podrá intentar de nuevo la transmisión en el plazo de dos años desde la notificación, con lo que no cabe subsanación con nueva notificación para retracto. Me parece muy grave pero no veo qué solución se les puede dar.

R: La única solución que se aprecia es la obtención del consentimiento a la venta del arrendatario, expresa o por renuncia a su derecho de retracto

CONCURSO* .

1.-P: Examen del nuevo artículo 24 de la Ley Concursal.

R: Este artículo, referido a la forma de inscribir en los Registros de la Propiedad y Mercantil los actos relacionados con el procedimiento concursal, plantea tres cuestiones principales:

1º.- El tipo de asiento a practicar: Respecto de los Registros públicos de bienes o derechos se distinguen dos tipos de asientos que han de practicarse, la anotación y la inscripción, distinguiendo literalmente en función de la firmeza de la resolución, pero en realidad se opina que la anotación será necesaria no solo cuando la resolución judicial no tenga firmeza o cuando el mandamiento padezca de defectos para su inscripción –Ej. falta de aceptación de los administradores- sino, también, cuando el acto en cuestión tenga vocación a este tipo de asientos, como la resolución admitiendo la demanda de concurso o las impugnaciones del convenio o del auto de conclusión del concurso.

Asimismo, aunque respecto del Registro de la Propiedad en el artículo 24-3 no se diga expresamente (sólo se refiere a la declaración del concurso, la

* Las cuestiones de este apartado se han elaborado a partir del debate sobre el trabajo de los compañeros Fernando Curiel, Ernesto Calmarza y Jesús Martínez Rojo.

intervención o suspensión y el nombramiento de administradores), se entiende susceptible de constancia registral todas las resoluciones que lo son respecto del Registro Mercantil y recogen el número 2 del citado artículo 24 y el artículo 320 del RRM.

Así se podrán, también, inscribir: la aprobación judicial del Convenio (Art. 109.2 y 132), su cumplimiento íntegro (Art. 139 y 141) o su incumplimiento (Art. 140); la apertura de la fase de liquidación o al aprobación del plan de liquidación (Art. 144); la conclusión del concurso (Art. 141 y 177 y ss) o su impugnación o la reapertura del concurso en caso de aparición de bienes del concursado persona jurídica, o cuando se declara un nuevo concurso de persona física dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de un concurso anterior por inexistencia de bienes (Art. 179), entre otros.

La anotación, salvo en caso de defectos subsanables en que durará 60 días hábiles, estará sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años, susceptible de prórroga por cuatro años más por decreto del secretario judicial, y sucesivamente otras prórrogas al amparo del artículo 86 LH.

Por último, a la vista de la nueva redacción de los apartados 2 y 5 del artículo 56 que recogen la doctrina jurisprudencial sobre la competencia exclusiva del juez del concurso para declarar que determinado bien o derecho del deudor se encuentra afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor y si, estándolo, resulta necesario para la continuidad de dicha actividad, se considera muy útil que tal circunstancia se haga constar también en el RP en virtud de testimonio de la resolución judicial correspondiente.

2º.- El título hábil. El artículo indica que el título hábil para la práctica de los asientos será, en todo caso, el mandamiento librado por el secretario judicial, en el que habrá de expresarse si la resolución es o no firme.

Se plantea pues la cuestión de si es posible seguir practicando los asientos en virtud de certificación remitida por el Registro Mercantil del asiento allí practicado, y la opinión es afirmativa pues dicha posibilidad viene recogida expresamente en el artículo 323-2 y 3 del RRM, siempre que se remita íntegro el mandamiento judicial que es lo que realmente se inscribe.

Dicho artículo señala que: “2. *Si los datos relativos a los bienes que obraran en las actuaciones y en el mandamiento fueran suficientes, el mismo día en que se hubiera practicado el correspondiente asiento, los registradores mercantiles remitirán una certificación del contenido de la resolución dictada por el juez del concurso al Registro de la Propiedad, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro registro público de bienes competente. 3. La comunicación a los registros públicos de bienes será telemática y estará autorizada con la firma*

electrónica del registrador mercantil o, si no fuera posible, se realizará mediante correo certificado urgente, con acuse de recibo. Esta certificación será título bastante para practicar los correspondientes asientos”.

Además, la justificación legal de este tipo de documento y la no ilegalidad del artículo del Reglamento Mercantil, se encuentra en el párrafo 7 del mismo artículo 24 que establece que “*reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes del concurso”.*

Por lo demás, respecto del título hábil, será, como venía ocurriendo, un mandamiento del secretario judicial, en el que, además de lo expuesto, deberá insertarse la propia resolución en cuya virtud se libra (artículos 165 y 166.4º RH).

3º.- Qué función tiene el aviso telemático del Registro Público Concursal. La nueva redacción al artículo 198 relativo al Registro Público Concursal lo configura como un instrumento de publicidad de los concursos en garantía de todos los sujetos que pueden verse afectados que pueden consultarlo de forma gratuita y telemática.

La publicación en este Registro tendrá un valor meramente informativo o de publicidad noticia y así, a la luz de la información de este Registro Público los interesados podrán, advertidos por esa noticia, acudir al RM o a otros registros de personas, que sí tienen eficacia jurídica, para tener un conocimiento íntegro de la situación del proceso concursal.

Paralelamente, mayoritariamente se considera que los registradores podrán fundamentar su decisión en el momento de calificar el documento presentado en dicho Registro Público con base al artículo 24.7 LC antes citado, que permite establecer reglamentariamente mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos.

Hay que tener en cuenta, a este respecto, que la constancia del concurso en la hoja registral del bien o derecho produce importantes consecuencias: cierre registral (Art. 24.4 LC); comunicación a Juzgados (Art. 135 LH y 143 RH); cancelación de embargos anteriores (Art. 55.3 y 149.3 LC); incidencias en ejecuciones singulares sobre bienes de la masa activa (Art. 55 y 56 LC), etc.

No obstante, algunos compañeros se manifestaron por la imposibilidad de calificar con un Registro de mera publicidad noticia que no es el propio del que califica; y otros que el Registrador deberá notificar de oficio al juez del concurso –Art. 101 RH- el despacho del documento a los efectos oportunos.

Para ello entienden que ese carácter meramente informativo de la publicidad del Registro público concursal, sirve para resaltar que la oponibilidad frente a terceros de la situación concursal y sus consecuencias sobre el patrimonio del deudor no deriva ni del Registro público ni del Libro de Incapacitados, sino, precisamente, de la constancia de la declaración del concurso en el folio correspondiente a cada uno de los bienes del deudor en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles.

2.-P: Examen de la Ley Concursal: Los administradores concursales y limitaciones dispositivas.

R: A.- EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES, la reforma modifica el modelo de administración concursal y establece como regla general que la administración concursal esté integrada por un único miembro, caso que antes sólo estaba previsto para los concursos abreviados, administrador que permite que sea una persona jurídica,

El administrador concursal podrá ser un abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional; un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con igual experiencia; o bien podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas (artículo 27.1 LC).

Como excepción a la regla general, en caso de concursos ordinarios de especial trascendencia, el juez nombrará, además del administrador concursal arriba visto, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. Se consideran concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los supuestos previstos en el artículo 27 bis LC.

En todo caso y aun cuando no concurran estos supuestos especiales pero exista causa de interés público que así lo justifique, el juez podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella.

El primer administrador concursal designado será el que ostente la representación de la administración concursal frente a terceros en los términos previstos para los supuestos de administración concursal única. En estos casos de concurrencia de dos administradores, deberá acreditarse quién es el primer administrador (que será el que reúna los requisitos del Art. 27.1 LC), dado que sólo él representa frente a terceros a la administración concursal.

En los supuestos de concursos conexos el juez podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única, designando auxiliares delegados (Art. 32 LC), en el que podrá delegar sus funciones; entendiéndose que esa delegación puede incluir la representación. Este es el único supuesto admitido de sustitución o apoderamiento de la administración concursal.

El nombramiento del administrador concursal produce efectos desde la aceptación. Aceptado el cargo, el secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal. Dicho documento acreditativo deberá ser devuelto al Juzgado en el momento en que se produzca el cese por cualquier causa del administrador concursal (Art. 29.1 LC).

Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo. En el caso de que la administración concursal corresponda a una persona jurídica en tanto que sociedad profesional, la persona natural designada para representarla deberá ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional, o economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con igual experiencia (Art. 30.1 LC).

Si la administración concursal está integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad resolverá el juez (Art. 35.2 LC).

Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros (artículo 35.3 LC). Se suprimen las actas, así como el libro legalizado en que debían extenderse o transcribirse, según la redacción anterior. A falta de previsión legal sobre el modo de certificar las decisiones y acuerdos, se entiende que se deberán acreditar con el documento firmado por los dos y con firmas legitimadas notarialmente, aunque algunos compañeros entienden que el administrador principal dentro de la facultad de representación incluye la de certificación.

B.- RESPECTO DE LA DISPOSICIÓN DE BIENES DEL CONCURSADO.

El Art. 43.3 LC se ha reformado para introducir dos nuevas excepciones a la disposición de bienes por la administración concursal sin necesidad de autorización judicial:

En el apartado 2 del artículo 43 se mantiene la regla general hasta ahora existente: “*Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.*”

En el apartado 3, junto a la excepción ya contemplada en la redacción anterior que ahora se señala como 3º, se añaden dos más:

3. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:

1. ° Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. Deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad.

2. ° Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si en el caso de inmuebles la diferencia es inferior a un diez por ciento y en el caso de muebles de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. La administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior.

3. ° Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, en los términos establecidos en el artículo siguiente.

Las excepciones contenidas en los números 1º y 2º, que constituyen la novedad de la Ley están redactados en unos términos tan amplios e indeterminados (necesidades de tesorería, indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa, etc.) que quedan bajo la responsabilidad y decisión de la administración concursal. No requieren autorización judicial previa, pero sí comunicación posterior e inmediata al juez del concurso, siendo el cumplimiento de este requisito calificable por el registrador.

A este respecto puede concluirse lo siguiente:

1.- Queda al criterio exclusivo de la administración concursal la apreciación de si en el supuesto concreto concurre alguna de las causas que permiten excepcionar la regla general de la autorización judicial. Se entiende, no obstante, que deberá manifestarse expresamente en el título que se presente la razón por la

que estima que no procede la aplicación de la regla general pues, en caso de omisión, el registrador deberá calificar conforme a ésta y exigir la autorización judicial previa.

2.- Si se apreciara por la administración concursal la concurrencia de estas excepciones y procediera a realizarse el acto de enajenación sin autorización judicial, deberá comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad. Se entiende mayoritariamente, a efectos de calificación, que basta con que se manifieste que se ha dado o que se va a dar cuenta inmediatamente del cumplimiento de esta obligación. Su incumplimiento queda dentro del ámbito de responsabilidad de la administración concursal ante el juez del concurso y no afecta a la validez del acto.

3.- En caso de discrepancia de la administración concursal, en el supuesto excepcional de administración conjunta, decidirá el juez.

4.- Si no concurre la causa justificativa será necesario acreditar la autorización judicial por testimonio de la resolución judicial que así lo acuerde, expedido por el secretario judicial.

3.-P: Examen de los embargos y ejecuciones singulares (Art. 24-4 y 55).

R: Tres situaciones pueden distinguirse:

A) El cierre registral para anotaciones de embargo posteriores (artículo 24.4). Como consecuencia de la regla general de la competencia del juez del concurso para toda ejecución sobre bienes del concursado, se mantiene la regla general de cierre registral para la anotación de embargos posteriores a la declaración del concurso. Decía y dice el Art. 24.4 LC: *“Practicada la anotación preventiva o la inscripción [de la declaración del concurso], no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos [inscritos a nombre del deudor en los registros públicos] más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1”*.

Literalmente, el precepto se refiere a la anotación de embargos posteriores a la declaración del concurso pero, teniendo en cuenta esa suspensión impuesta por el Art. 55 LC que se dirá, parece poco coherente la práctica de cualquier anotación preventiva de embargo anterior cuyo mandamiento se presente con posterioridad a la anotación/inscripción del concurso, cualquiera que sea la fecha de la traba, salvo los supuestos excepcionales del artículo 55.1 LC antes examinados. Téngase en cuenta que el crédito del embargante queda incluido en la masa pasiva del concurso (Art. 49 LC), por lo que nada le aporta que se tome anotación del embargo, pues todas las deudas del concursado quedan afectadas

por el procedimiento concursal y el procedimiento de ejecución ordinario queda en suspenso.

Además, la reforma introducida en el artículo 149.3 LC, permitiendo al juez del concurso cancelar las cargas anteriores, parece dar a entender que el legislador no se plantea la posibilidad de que existan cargas o anotaciones posteriores.

Según esto, tampoco deberá practicarse la prórroga de anotaciones tomadas antes de la declaración del concurso en procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 LC, deban quedar en suspenso, aunque en este caso por razones de prudencia se estima mayoritariamente la posibilidad de su despacho.

Sólo se exceptúan del cierre registral las anotaciones de embargo ordenadas en procedimientos que reúnan conjuntamente los tres requisitos examinados con anterioridad:

1º- Que dimanen de procedimientos administrativos de apremio en los que se hubiere dictado la diligencia de embargo antes de la declaración de concurso; o de ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado antes de igual fecha.

2º.- Que no se haya aprobado el plan de liquidación antes de la aprobación de la adjudicación.

3º.- Que se incorpore o referencie la resolución del juez del concurso que declare que los bienes objeto del embargo no resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Respecto de las hipotecas rezagadas, es decir, escrituradas antes de la declaración del concurso y no inscritas, aunque fueren unilaterales no aceptadas, siguiendo el criterio de la DGRN en resolución de 16 de febrero de 2012, mayoritariamente se aboga por la posibilidad de su inscripción, si bien la ejecución se sujetará a las normas que se dirán.

La respuesta negativa se apoya en el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca y la consideración del crédito hipotecario como crédito con privilegio especial. Dado que el artículo 90 LC exige para el reconocimiento de privilegio especial que se hayan producido los requisitos de oponibilidad al tiempo de declararse el concurso, si se practica la inscripción rezagada y de ella deriva *ex lege* el privilegio especial, se estaría vulnerando lo dispuesto en el citado artículo 90 en perjuicio de los restantes acreedores.

La respuesta afirmativa, en cambio, considera que el contrato por el que se constituye la hipoteca antes de la declaración del concurso es válido –no existía a su otorgamiento limitación de la capacidad del disposición del concursado–, sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de la acción de rescisión si concurrieran los requisitos necesarios para ello. Por tanto, el registrador no puede oponerse a la inscripción rezagada de esa hipoteca. Además, el reconocimiento del privilegio especial no deriva automáticamente de la Ley, sino que de ha ser reconocido dentro del concurso.

Según SAP Barcelona de 5 de octubre de 2006, la garantía real contemplada en los artículos 55.4 y 56 es sólo aquella que atribuye al acreedor privilegio especial, conforme al artículo 90 LC. Y este artículo 90 exige en su apartado 2 que para que los créditos puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

Según esta postura, podría practicarse la inscripción rezagada de la hipoteca anterior, pero su reconocimiento como crédito con privilegio especial correspondería al juez del concurso por los trámites concursales ordinarios. Y sería necesario ese reconocimiento para practicar la inscripción de las adjudicaciones acordadas fuera del concurso, con arreglo a lo antes expuesto.

Como es lógico, finalmente, la hipoteca otorgada por el concursado después de la declaración del concurso no podrá inscribirse (resolución de 26 de enero de 2012), y ello aunque la misma estuviera ya presentada en el Registro al presentarse el mandamiento del concurso, porque el principio de prioridad despliega sus efectos respecto de los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o derechos reales, pero no respecto de los documentos que sólo afectan a la situación subjetiva del otorgante.

B) Ejecuciones singulares: La regla general para las ejecuciones seguidas contra el deudor por razón de créditos concursales, con la excepción de los créditos con garantía real, es que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (Art. 55.1).

Asimismo, la declaración del concurso impone la suspensión de las ejecuciones iniciadas y no concluidas con la aprobación de la adjudicación antes de la fecha de la declaración

Así, respecto de anotaciones de embargo practicadas con anterioridad a la declaración del concurso, se entiende que, salvo las excepciones que se dirán:

- a) El registrador no deberá expedir una certificación de cargas ni practicar la correspondiente nota marginal (Art. 656 LEC).
- b) Tampoco podrá inscribirse el auto de adjudicación de fecha posterior a la declaración de concurso. Si el auto de adjudicación es de fecha anterior a la declaración de concurso se inscribirá conforme a las reglas ordinarias.

Todo ello salvo que se sigan por el juez del concurso que es el competente para su ejecución.

Por excepción, aparte del régimen especial establecido para las garantías reales, la Ley permitía ya la continuidad de determinados procedimientos de ejecución, administrativos y laborales, y la reforma establece ahora importantes modificaciones:

- a) El procedimiento podrá continuarse, pero sólo mientras no tenga lugar la aprobación del plan de liquidación. Una vez aprobado el plan de liquidación, no cabe continuar estos procedimientos si no se ha llegado a la adjudicación del bien, estándose entonces al contenido del plan y procediendo a la satisfacción de los créditos por el orden legalmente establecido dentro del concurso.
- b) Tanto respecto de los apremios administrativos como de las ejecuciones laborales es condición indispensable para su posible continuación que el embargo sea anterior a la declaración del concurso, siendo los elementos de referencia la fecha de la diligencia de embargo y la del auto de declaración de concurso.
- c) En ambos casos también es indispensable que los bienes no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, condición que se acredita, como resulta de la modificación del Art. 56 LC, por resolución expresa del juez del concurso.

C) Ejecución de garantías reales (artículos 55 y 56). Los créditos con garantía real quedan exceptuados de la regla general prohibitiva de ejecuciones singulares establecida en el artículo 55 LC, que se remite respecto de aquéllos, a lo dispuesto en el artículo 56. En este artículo se regula la ejecución de garantías reales, distinguiendo según se trate de bienes afectos o no a la actividad profesional o empresarial del deudor y sean o no necesarios para la continuidad de dicha actividad.

Así, se reconoce la competencia del juez del concurso para declarar la afectación (Art. 56.5): *“A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad*

productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

Y el artículo 56.2 establece que *“Las actuaciones ya iniciadas se suspenderán desde que conste en el correspondiente procedimiento la declaración del concurso, sea o no firme, y aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho”.*

Suspensión que sólo puede ser alzada si se acredita que los bienes o derechos sobre los que recae la ejecución no están afectos o no son necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor (Art. 56.2): *“Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.”*

Por tanto, se debe exigir, en todo caso, que se incorpore o acompañe el testimonio de la referida resolución del juez del concurso para:

- Expedir la certificación prevista en el artículo 688 LEC, y hacerlo constar por nota al margen de la hipoteca que se ejecuta fuera del concurso.
- Inscribir el decreto de adjudicación del bien hipotecado en procedimiento seguido al margen del concurso.

En cuanto al Juzgado competente para la ejecución de las garantías reales, según opinión mayoritaria, las ejecuciones de las garantías reales que afectan a bienes afectos o necesarios para la actividad del deudor que se inicien o reanuden al darse las circunstancias previstas en el artículo 56 -apertura de liquidación, transcurso de 1 año, aprobación de convenio- (Art. 57 LC), son competencia del juez del concurso; pero las que recaen sobre bienes no afectos que se inicien tras la declaración del concurso, se considera, siguiendo el criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales y contra la opinión académica, que son competencia del juez territorial.

El argumento básico de la competencia del juez del concurso sería la vis atractiva de que goza, y a favor del juez territorial el artículo 57 pues si sólo las ejecuciones a que se refiere el artículo 56 anterior –que por lo dispuesto en él se hayan impedido o suspendido- se inician o reanudan ante el juez del concurso, y sólo mientras se tramita el concurso, no por tanto una vez concluida la tramitación procesal con la aprobación del convenio-, es lógico pensar que las ejecuciones que, por no referirse a bienes afectos no deben impedirse ni suspenderse, puedan iniciarse o continuarse ante el juez natural competente.

Ahora bien, en ambos casos, aprobado el convenio concursal, cesan los efectos de la declaración del concurso, aunque continúe la situación concursal por lo que con sujeción a lo que en el mismo se contenga, las ejecuciones se seguirán ante el juez naturalmente competente y no ante el juez del concurso, en tanto no se reanude la tramitación procesal del concurso con la apertura de la fase de liquidación (artículo 147 y ss LC).

Por el contrario, abierta la liquidación, la realización de las hipotecas, sea de bienes afectos o no, es competencia exclusiva del juez del concurso (artículo 147 y ss. LC)

Por último, debe tenerse en cuenta que *“La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor el bien objeto de ésta”*. Lo cual es lógico, porque el tercer poseedor no es deudor. Otra cosa es que se hubiera subrogado en el pago de la deuda, en cuyo caso estaríamos ante la regla general. Lo mismo cabe decir para el caso de que la hipoteca se hubiera constituido por el hoy concursado en garantía de una deuda ajena.

4.-P: La sociedad X es dueña de 48 departamentos independientes de un finca dividida horizontalmente en término de C, todos ellos gravados con hipoteca a favor de una entidad de crédito, Y. En el registro en el libro de incapacitados consta inscrita la declaración de concurso voluntario de la sociedad y la posterior anotación del convenio, en el que consta: *"Se ha dictado con fecha veintitrés de Febrero de dos mil diez, sentencia firme aprobando judicialmente el convenio propuesto por dicha sociedad por el Magistrado de dicho Juzgado, con el siguiente fallo: 1.- Aprobar el convenio de X, que obtuvo el voto favorable de acreedores; 2.- Declarar el cese a todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que se establecen en el propio convenio, sin perjuicio de los deberes del deudor de comparecer ante este Juzgado tantas veces sean requeridos, colaborar e informar en todo lo necesario para el interés del concurso y el convenio; 3.- Se decreta el cese de los administradores concursales sin perjuicio de lo previsto en el capítulo II del título IV de la Ley Concursal. Requierase a los miembros integrantes de la administración concursal a fin de que rindan cuentas de su actuación ante este Juzgado en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente resolución. 4.- Los acreedores privilegiados, ordinarios y subordinados quedarán vinculados en los términos expresados en los fundamentos jurídicos, tercero, cuarto y quinto de la presente sentencia al contenido del convenio;"*

En dicho convenio, en el antecedente de hecho cuarto, se dice: *"para poder abonar a los acreedores lo adeudado se continuará con la ejecución de la promoción que se está llevando a cabo en la población de C, y posteriormente se llevarán a cabo las operaciones de venta de los inmuebles acabados"*

Ahora se presenta escritura por la que dicha sociedad X, reconoce adeudar a Y una cantidad de 4.666.000 euros, y transmite a la entidad de crédito Y, el pleno dominio de todos los departamentos, excepto tres de ellos, que los adquiere en pago de la deuda. Se indica en la escritura que las fincas se valoran en un importe igual al de la deuda que queda extinguida. No obstante, queda pendiente de abonar por X a Y, la parte del préstamo que grava los tres departamentos no transmitidos. Dicho precio de adjudicación de 4.666.000 la parte acreedora Y lo retiene en su poder para hacer frente al pago del préstamo hipotecario que grava las fincas transmitidas, para hacer frente a las obligaciones derivadas de la escritura de constitución de hipoteca, en las que se subroga asumiendo la deuda personal del préstamo que grava las fincas.

La duda resulta del contenido del artículo 100.3 de la Ley Concursal.

R: Resulta evidente, en primer término, que existe un error en la redacción de la escritura puesto que, por un lado, se dice que se transmite el pleno dominio de los departamentos por un precio igual al saldo de la hipoteca que los grava, quedando la deuda extinguida y, por otro, se dice que el adquirente retiene la totalidad del precio para hacer frente a las obligaciones derivadas de la escritura de hipoteca, en las que se subroga asumiendo la deuda personal. Pero como esto último no es posible puesto que, al concurrir en la misma persona la cualidad de acreedor y deudor, el préstamo se extinguiría por confusión de derechos (artículo 1.192 CC) se entendió que, sin perjuicio de las aclaraciones que se estime conveniente solicitar, estamos en un supuesto de adjudicación en pago de deudas garantizadas con garantía real en un proceso de concurso.

Centrado así el tema se plantea la duda de los requisitos exigibles, en concreto si se precisa autorización judicial, a la vista del contenido del artículo 100.3 y 155.4 LC, en su redacción dada por la reforma operada por Ley de 10 de octubre de 2011. Dicen estos artículos:

El 100.3 LC: *“En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.”*

Y el artículo 155.4 LC *“La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con*

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

Como se ha escrito, esta modificación del artículo 155.4 permite que la necesidad de subasta como medio de enajenación de los bienes afectos a una garantía real, en cualquier estado del concurso, pueda ser exceptuada por decisión del juez, que puede ahora autorizar, no sólo la venta directa, sino también la dación en pago o para pago del bien al acreedor privilegiado o a la persona que él designe. Se produce así una modificación sustancial con la regulación anterior cuyo artículo 100.3 no admitía ninguna excepción a la prohibición de ceder bienes en pago o para pago de créditos. Es condición para ello que el crédito privilegiado quede totalmente satisfecho o que el remanente quede reconocido como crédito concursal con la calificación que corresponda y, si se realiza la enajenación fuera del convenio, se cumplan los límites respecto del precio que el precepto establece.

Por lo tanto debe exigirse la autorización judicial como requisito para la validez del negocio, puesto que es el único que puede excepcionar la regla general. Se recordó también que se exige igualmente autorización judicial en los supuestos del artículo 155.3 LC, que no ha sido modificado por la última reforma, relativo a la necesidad de autorización judicial para las enajenaciones de bienes con garantía real, dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, cuando se acuerde la subsistencia del gravamen y la subrogación del adquirente en la obligación del deudor, quedando, en consecuencia, excluida la deuda de la masa pasiva.

CONDICIÓN RESOLUTORIA.

1.- P: Examen de un complejo supuesto de dación en pago con condición resolutoria pactada para el caso de exigencia del pago por terceros al

adjudicante-deudor de los pagarés emitidos por éste que representaban la deuda saldada, y que el adjudicatario primitivo acreedor no ha devuelto por haberlos puesto en circulación. Es también condición que ese pago se imponga por los tribunales de justicia.

Se da la circunstancia de la existencia de cargas posteriores a la condición resolutoria y que dos pagares se han tenido que pagar por el adjudicante-deudor a sus endosatarios por decisión judicial.

Se pregunta por el procedimiento y requisitos para inscribir la resolución de la adjudicación.

R: En primer lugar se puso de manifiesto lo absurdo de la operación o la ingenuidad del adjudicante.

En cuanto al fondo de la cuestión, un grupo de compañeros opinó que el artículo 11 LH regula inscripción de la condición resolutoria por lo que si el Registrador de la Propiedad la inscribió es porque pensó que en el caso de la adjudicación en pago se daba la circunstancia del "dinero o signo que lo represente" (el crédito) que lo permitía; y que una vez inscrita la condición resolutoria, la aplicación de los artículos 59 y 175 RH, que posibilitan el ejercicio "registral" de la misma es una consecuencia jurídica normal.

Cuestión distinta y muy delicada, se manifiesta, es la del cumplimiento de los requisitos necesarios para ello (notificación y consignación), estimándose que, en este supuesto especial, una escritura de reconocimiento de deuda otorgada por el resolvente y puesta a disposición de la misma en favor de los acreedores (vía subrogación) que se ven privados de sus anotaciones es una más que razonable garantía.

Pero mayoritariamente se consideró que en este caso, no obstante los argumentos por analogía para aplicar las normas de la resolución de las compraventas por impago del precio aplazado –Art. 1504 CC, 11 LH y 59 RH-, esa extensión no es posible pues se estima que sólo debe admitirse en el supuesto expreso admitido por el segundo párrafo del artículo 11 LH: “*adjudicaciones en pago cuando una de las partes deba abonar a la otra alguna diferencia en dinero o signo que lo represente*”, lo que no tiene lugar en el caso que nos ocupa.

Por tanto, reconocido por los Tribunales y por la DGRN el carácter autónomo del negocio de adjudicación en pago de deudas y no siendo aplicables las normas de la compraventa al no consistir la causa de la resolución propiamente dicha en un pago entre los contratantes, no es posible el ejercicio unilateral

extrajudicial de la resolución y el artículo aplicable supletoriamente sería el 1124 del Código Civil –aunque no existirían terceros protegidos-, lo que exigiría la intervención judicial, con citación de todos los titulares de cargas posteriores por aplicación de los principios hipotecarios, y sin que sea necesaria la consignación de un dinero que no se ha recibido, aunque sí la aportación del derecho de crédito que el adjudicatario tendría frente al antiguo dueño como consecuencia de la resolución

En definitiva, el que una condición resolutoria, sea de la clase que sea, pactada en virtud el principio de autonomía de la voluntad, se encuentre inscrita, no implica automáticamente la aplicación del artículo del artículo 11 de la LH y su posible cumplimiento extrajudicial, sino que habrá de estarse al régimen pactado y en su defecto a las normas hipotecarias generales si no se ajusta, como se estima en este caso, al tipo del citado artículo 11 y, en consecuencia, la constancia de la condición resolutoria sólo impediría el surgimiento de un tercero protegido.

DERECHO DE HABITACIÓN.

1.-P: En una escritura se constituye por vía de donación un derecho de habitación “con facultad de ocupar las estancias que sean necesarias para sí”, a favor de dos hermanos: “exclusivamente para ellos y ninguna otra persona”, sin señalar las estancias que corresponden a cada uno o si la titularidad es en comunidad romana o con carácter simultáneo y/o sucesivo. ¿Es inscribible?

R: Con carácter general se entiende que el derecho de habitación así configurado adolece de una falta de determinación que impide su inscripción porque es doctrina consolidada de la Dirección General de Registros y del Notariado que, en virtud del principio de especialidad o determinación, para lograr el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos reales es necesario su perfecta configuración, debiendo rechazarse aquellos cuyos elementos estuvieren indeterminados; y ello por imponer dicho principio la delimitación precisa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos cuanto en su contenido, alcance y régimen.

Respecto del derecho de habitación, si bien es cierto que existe una importante dificultad a la hora de fijar su extensión y límites dada la configuración del artículo 524-2 del Código Civil de este derecho como a favor de una persona y los miembros de su familia, lo que determina una extensión objetiva variable pues ésta puede aumentar o verse reducida; no lo es menos que la falta de determinación en el título constitutivo de las dependencias de la vivienda sobre las que recae el derecho no implica que el mismo debe presumirse ilimitado en derecho común –ver SAP Madrid de 24 de julio de 2000-, debiendo a efectos registrales señalarse las concretas piezas de la vivienda que se tiene el derecho a

ocupar, quedando las restantes de uso para la propiedad u otros habitacionistas y sin perjuicio del uso conjunto de las piezas de esta naturaleza.

En el presente supuesto como el derecho de habitación se constituye a favor de dos personas sólo para ocupar las estancias que son necesarias para cada uno y exclusivamente para ellos y ninguna otra persona, la extensión objetiva del derecho de habitación tiene un carácter inalterable que puede ser perfectamente determinado en el momento de su constitución, más si se tiene en cuenta que los habitacionistas se tratan de varón y mujer hermanos, lo que hace improbable el uso de la misma pieza dormitorio y el carácter de sucesivo del mismo a pesar de la dicción del artículo 521 en relación con los artículos 528 y 529 del Código Civil.

Es decir, parece que se tratarían más bien de dos derechos de habitación independientes, con el uso conjunto de las piezas de carácter común, pero en todo caso esta circunstancia, así como las concretas dependencias sobre las que recae cada uno, deben precisarse por las partes para lograr la inscripción registral.

2.-P: En una escritura la titular en pleno dominio con carácter privativo de una vivienda y casada en régimen pactado de separación de bienes, dona la nuda propiedad de la misma a su hija y simultáneamente “se reserva con carácter vitalicio el derecho de uso y habitación de la misma en su favor y en el de su cónyuge para el caso que le sobreviva, quien acepta en este acto..... Este derecho permitirá a su titular utilizar el bien donado personalmente y con carácter exclusivo sin poder arrendarla o cederla a terceros..... El derecho de habitación establecido tendrá carácter privativo”. ¿Es inscribible?

R: Como ya se ha expuesto en el caso anterior, el derecho de habitación, si bien es cierto que existe una importante dificultad a la hora de fijar su extensión y límites dada la configuración del artículo 524-2 del Código Civil de este derecho como a favor de una persona y los miembros de su familia, lo que determina una extensión objetiva variable pues está puede aumentar o verse reducida, y que el derecho de habitación puede constituirse con carácter parcial o total; no lo es menos que la falta de determinación en el título constitutivo de las dependencias de la vivienda sobre las que recae el derecho no implica que el mismo debe presumirse ilimitado en derecho común –ver SAP Madrid de 24 de julio de 2000-, debiendo a efectos registrales señalarse las concretas piezas de la vivienda que se tiene el derecho a ocupar, quedando las restantes de uso para la propiedad y sin perjuicio del uso conjunto de las piezas de esta naturaleza o bien indicarse que se tiene derecho a habitar la vivienda en su totalidad.

En el presente supuesto como el derecho de habitación se constituye a favor de dos personas con carácter sucesivo entre ellas y con aparente carácter exclusivo frente al propietario, se plantean dos cuestiones que impiden su inscripción:

En primer lugar, que el derecho de habitación con carácter general, como se ha indicado, al no presumirse ilimitado no excluye *per se* el uso de la vivienda por parte de su propietario sino que sólo permite ocupar las piezas de la casa que se determinen expresamente en el título constitutivo, sean éstas todas, en cuyo caso lo excluirá, o sólo alguna, en cuyo caso no lo hará, y ello sin perjuicio de ser susceptibles de ampliación si las circunstancias familiares cambiasen.

Además, la expresión “personalmente y con carácter exclusivo sin poder arrendarla o cederla a terceros” del título constitutivo no está claro que se refiera a la exclusión de su uso por el propietario sino que parece referirse más bien a personas terceras ajenas a los habitacionistas y su familia, como se infiere de la alocución “personalmente” y de las prohibiciones reseñadas; lo que incide en la necesidad de aclarar el contenido objetivo del derecho de habitación constituido.

Y, en segundo lugar, siendo que el primer habitacionista es el titular del derecho de usufructo, si bien es posible constituir la habitación por vía de reducción del derecho de usufructo, ello debe ser a favor de un tercero y no del propio usufructuario, pues es de esencia del derecho de habitación recaer sobre casa ajena, y analógicamente no podrá recaer sobre un derecho de usufructo de vivienda propio del habitacionista como superpuesto a éste.

En cuanto al segundo habitacionista, el marido de la donante constituyente, le es predicable también el primer defecto señalado de falta de determinación y, además, tal como está configurado el derecho de habitación, se advierte que sólo podrá ser inscrito bajo la condición suspensiva del fallecimiento de la primera al no constituirse con carácter simultáneo sino meramente sucesivo. Esta constitución no es una transmisión del derecho de habitación, prohibida por el artículo 525 del Código Civil, sino una constitución con carácter sucesivo por el propietario, válida al amparo de los artículos 528 en relación con el 521 de dicho Código.

3.-P: Se presenta una escritura en que el dueño de la mitad indivisa de un piso vende la misma y se reserva el derecho “a habitar todas las piezas de la casa mientras viva” ¿Se puede inscribir?

R: No, porque para constituir un derecho de habitación sobre un piso y la concreción de los elementos a que se refiere, como acto de gravamen del mismo en su conjunto que es –no sobre una cuota indivisa- y como, además, impide a los otros copartícipes utilizarlo según su derecho, exige el consentimiento de éstos en aplicación de los artículos 397 y 394 del Código Civil.

4.-P: En el caso segundo de este apartado, ante la nota de suspensión puesta por el Registrador afectado, el Notario realiza una diligencia de rectificación por sí mismo en el que indica lo siguiente:

“a) Que el derecho de habitación establecido se extiende a la totalidad de las fincas descritas, lo que va implícito en la calificación de la nuda propiedad a la propiedad transmitida a la donataria.

b) Que la expresión “personalmente y con carácter exclusivo” sólo pretende resaltar el goce DIRECTO de las cosas por el usuario, es decir, directo y personal, lo que incluye “para sí y para las personas de su familia como dispone el Art. 524 del CC.

c) Que no existe o se constituye derecho alguno de usufructo que se solape al derecho de habitación, dado que el término “nuda propiedad” no debe inducir a considerar lo contrario, pues legalmente, no es exclusivo de un correlativo derecho de usufructo, pues el Código civil tanto al hablar del derecho de usufructo como del derecho de habitación, siempre habla del “propietario” y nunca del “nudo propietario”

En razón de lo expuesto, sin que suponga alteración sustancial alguna del derecho transmitido o reservado, se aclara la delimitación de dichos derechos, dando la siguiente nueva redacción al otorgamiento de la escritura: “Doña A dona la propiedad de la finca a su hija B gravada con el derecho vitalicio de habitación sobre la totalidad de la finca a favor de la donante y de su cónyuge para el caso que le sobreviva, quien acepta en este acto Este derecho permitirá a su titular utilizar la totalidad del bien donado directa y personalmente, para sí y para las personas de su familia, con carácter exclusivo, sin poder arrendarla o cederla a terceros..... El derecho de habitación establecido tendrá carácter privativo”. ¿Es inscribible?

R: Más allá de lo estrambótico de la argumentación de la rectificación, se entiende por unanimidad que en la misma se está modificando el objeto del negocio jurídico pues propiedad y nuda propiedad, usufructo y habitación, el todo y las piezas, el uso personal y exclusivo y el familiar, son conceptos jurídicos distintos y, por tanto, es necesario el consentimiento de las partes, es decir, del donante y del donatario.

DERECHO REAL ATÍPICO.

1.-P: Se presenta una escritura de constitución de un derecho real atípico de uso para una explotación fotovoltaica de los techos de las pérgolas que cubren las plazas de garajes de un parking público en superficie ¿Es inscribible?

R: Aunque se considera que la figura adecuada es la constitución de una servidumbre, unánimemente se considera que sí, en virtud del principio de autonomía contractual y del sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales, siempre y cuando se cumpla el requisito de la perfecta determinación del tal derecho, tanto en cuanto a la ubicación concreta de zona gravada –situación, extensión, etc- como en cuanto a su contenido.

Por lo demás, si fuere necesario construir un transformador de energía eléctrica, debería señalarse su ubicación exacta, y para el acceso al mismo debería constituirse la correspondiente servidumbre.

DERECHO DE SUPERFICIE.

1.-P: ¿Se puede constituir un derecho de superficie que se concreta “sobre una participación indivisa equivalente al 96,70 del solar, y la participación indivisa antes dicha a su vez se concreta sobre la totalidad del local que mas adelante se mencionará (¿?) así como sobre la totalidad de la parcela, del edificio construido sobre la misma, con la única excepción de un local de 300 m² en planta baja y de las zonas de uso peatonales que se definirán en la división horizontal, que en su día se efectúe”?

Se pacta entre otras cosas: “La entidad superficiaria queda facultada para efectuar durante la vigencia del derecho de superficie, cuantas veces precise, cualquier tipo de obra o instalación, nueva construcción o modificación, tanto en el solar, subsuelo y vuelo de lo que pueda construir o exista construido, sobre todo o parte del volumen o aprovechamiento urbanístico permitido para destinarlo a la actividad propia de su objeto social.”

La superficie objeto del derecho será destinada a la construcción de una edificación destinada a ***** cuyas especificaciones se ajustarán al proyecto preparado por el superficiario.....El destino del edificio construido será el de albergar la explotación mercantil de un negocio de ***** así como albergar un local comercial en planta baja destinado a **contraprestación entre las partes contratantes.....** Asimismo, ambas partes convienen la entrega por parte del superficiario al propietario **mediante contraprestación** de un local con una superficie total de 300 m² de superficie en la planta baja del edificio.....y con la ubicación que figura en el plan que queda unido a la matriz..... El local a entregar ha quedado debidamente definido e identificado en el proyecto preparado por el superficiario y en base al cual se ha concedido la licencia de obras. Dicho local será entregado por el superficiario al

propietario en las condiciones técnicas que se describen en el documento que queda unido a la matriz.....”

R: En principio, se entiende mayoritariamente que el derecho de superficie, por exigencias del principio de determinación debe recaer sobre una porción determinada de terrenos no sobre una cuota indivisa del mismo y, si como ocurre en este caso, lo que pasa es que una parte del edificio a construir se cederá al dueño del suelo, lo que habría que hacer es:

a) Constituir el derecho de superficie sobre toda la parcela, la contraprestación se mencionaría como parte del precio de constitución onerosa del derecho – artículo 10 de la Ley Hipotecaria-, pero tendría un carácter meramente obligacional salvo que expresamente se constituya una condición resolutoria.

b) En su día, el superficiario deberá declarar la obra nueva y constituir propiedad horizontal sobre la misma –posible como tiene declarado la DGRN en resolución de 13 de marzo de 2007-, de la que sería uno de los elementos independientes el local que se entrega en contraprestación.

c) Posteriormente, el superficiario deberá ceder la titularidad superficiaria al titular del suelo de ese local que se ha pactado en contraprestación al derecho de superficie.

Respecto a la posible consolidación de ambas titularidades –suelo y vuelo del local-, se entiende, como ya se indicó en otro caso del seminario –ver número de esta revista- que salvo que el local recaiga sobre una porción de suelo independiente del resto del edificio y no tenga nada construido encima, cada titularidad gozará de vida independiente y el adquirente no podrá cancelar el derecho de superficie sobre dicha local.

2.-P: DERECHO DE SUPERFICIE: MODO DE PRACTICAR LOS ASIENTOS tras la Resolución DGRN de 15/2/2012: 1º En particular, en caso de que la contraprestación consista en la entrega de viviendas o locales del edificio a construir; 2º En particular, cuando se extingue y se produce la reversión total de lo edificado al dueño del suelo.

R: Sobre un solar se constituyó un derecho de superficie a favor de determinada sociedad. Ésta, en uso del citado derecho, construyó un centro comercial que se dividió horizontalmente en varios departamentos independientes. Uno de estos locales se entrega ahora al propietario del suelo en contraprestación de la concesión del derecho de superficie.

La resolución de 15/02/2012 parece inclinarse, aunque no lo imponga como obligatorio, porque la constitución de un derecho de superficie abra folio

independiente a este derecho, puesto que puede ser objeto autónomo de derechos reales y de aprovechamiento independiente. Se consigue así una mayor claridad de los historiales de las fincas, máxime si, como ocurre en el presente caso, la propiedad superficiaria se constituye, a su vez, en régimen de propiedad horizontal formando nuevas fincas independientes. Para ello es innecesario que se realice una segregación en sentido estricto de la propiedad superficiaria. Por el contrario, en el folio de la finca matriz debe seguir constando el dominio con su natural alcance, si bien debe expresarse la limitación que para tal dominio supone el derecho de superficie constituido. Téngase en cuenta que, en principio y salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie, el propietario del suelo sigue siendo propietario del subsuelo (Cf. artículo 41.4 TRLS 2008), y sobre este subsuelo podrá constituir en el futuro un nuevo y distinto derecho de superficie que, convenientemente delimitado en su volumen, podrá abrir nuevo folio independiente, que quedará siempre relacionado con la finca matriz donde consta inscrito el dominio originario. Queda así debidamente conectada en el folio la finca matriz la dualidad propiedad del suelo, propiedad del vuelo y/o del subsuelo; y en el folio que se abra a cada uno de estos derechos se hará referencia a la finca matriz sobre la cual aparecen constituidos. Mientras se encuentre vigente el derecho de superficie estas propiedades tendrán vida jurídica autónoma y podrán ser objeto de tráfico o de gravamen independiente.

Cuando se extinga el derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hará suya la propiedad de lo edificado con extinción de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario (Art. 41.5 TRLS 2008). Si se abrió folio independiente a la propiedad superficiaria lo precedente será entonces trasladar la inscripción de obra nueva al historial de la finca originaria por medio de una nueva inscripción que recoja la extinción del derecho de superficie y la consolidación en el propietario del suelo de la propiedad de lo edificado con la completa descripción de la obra nueva realizada. Si la propiedad superficiaria se hubiera dividido horizontalmente, se hará constar también la constitución del régimen de propiedad horizontal y, en su caso, los estatutos en el cuerpo de esta inscripción, y a su margen se dejarán constancia de los datos de inscripción donde figuran inscritos los departamentos independientes. Respecto de estos se mantendrá su propia numeración y al margen de la inscripción primera de cada uno de ellos se extenderá nota de referencia relativa a la extinción del derecho de superficie, la consolidación de lo edificado en el propietario del suelo y los datos de la finca que pasa a ser la nueva matriz de la división horizontal.

Por lo que se refiere a la inscripción del local adjudicado por el superficiario al propietario del suelo en contraprestación a la concesión por éste del derecho de superficie, se entiende que no debe provocar una consolidación, ni es necesario que se haga constar en el folio de la finca matriz donde consta la propiedad del suelo ninguna extinción parcial. No cabe ninguna consolidación parcial puesto

que, no obstante reunirse en una misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolas separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie (Art. 41.5 TRLS 2008), lo que exige que también se mantengan como dominios separados.

También exige esta separación el diferente régimen jurídico al que están sometidas una y otra propiedad: el régimen especial de propiedad horizontal al que está sometida la propiedad superficiaria, y el régimen ordinario de la propiedad del suelo. Ténganse en cuenta, por ejemplo, que la afección del artículo 9.5º LPH en relación con los gastos comunes recaerá directa y únicamente respecto de la propiedad superficiaria sin afectar a la propiedad del suelo, que no está sometida a este régimen de propiedad y que si como consecuencia del impago de cuotas se procediera al embargo del local, la traba sólo afectaría a la propiedad superficiaria y nunca al suelo. En definitiva, la existencia de una propiedad horizontal modaliza el dominio sobre los elementos independientes pues, en realidad, lo que existe es una comunidad sobre el edificio en su conjunto, con los derechos de uso o propiedad privativa, en este caso superficiaria, de las fincas independientes o la mancomunidad sobre los elementos comunes, que excluye la posibilidad de una consolidación parcial con el suelo.

DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

1.-P: Se pregunta si se están exigiendo las notificaciones a la Comunidad Autónoma en los casos de venta de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

R: Se deben distinguir dos supuestos distintos:

A) Transmisión de terrenos y edificios en bloque. El artículo 182-1-b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 2001 establece, con carácter legal, los derechos de tanteo y retracto para el caso de transmisiones *inter vivos* onerosas o constitución de opciones de compra de terrenos o edificaciones, que por su calificación urbanística deben destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, y también si los terrenos hubieren sido cedidos por la Administración para la construcción de viviendas protegidas o si perteneciendo originariamente a los transmitentes, estuvieren sujetos por convenio a dicho destino.

Como queda dicho estos derechos de tanteo y retracto vienen regulados en el artículo 182-1-b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 2001 y por la Orden 2907/2005 de 23 de Septiembre de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid que delimita los suelos

sometidos al derecho de tanteo y retracto recogido en aquella Ley y, según la opinión más autorizada, sólo son aplicables a los supuestos de venta de terrenos y de edificios en su conjunto –en construcción o acabados-, pero no a las viviendas aisladas.

Por otra parte, en la regulación autonómica de estos derechos, se echa de menos una determinación de su procedimiento y una referencia a sus efectos civiles y registrales. Así, la citada Orden 2907/2005 señala que las notificaciones se harán “al Registro administrativo habilitado al efecto en la Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, sito en la calle Maudes, número 17, de Madrid”, y el artículo 8 letra n) de la Ley 9/2003 de 26 de marzo de Régimen sancionador en materia de Viviendas Protegidas que la omisión de las misma constituye una infracción grave sujeta a sanciones administrativas.

No existe, por tanto, referencia alguna a los efectos que la falta de notificación puede tener en el Registro de la Propiedad ni remisión a norma hipotecaria alguna, no obstante lo cual, dada su naturaleza de retracto urbanístico, entendemos que le son plenamente aplicables los artículos 83 a 86 del RD 1093/1997, siempre que en el Registro conste que los terrenos están calificados urbanísticamente como destinados a la construcción de viviendas protegidas, pero sólo respecto de las transmisiones sujetas aludidas anteriormente.

Este régimen registral se caracteriza por la necesidad, para que puedan inscribirse por el Registrador de la Propiedad los documentos de adquisición de los terrenos que tratamos, de la justificación de que ha tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones de la transmisión a la Comunidad Autónoma, con los requisitos exigidos por ésta; constituyendo la falta de dicha justificación defecto subsanable que implica la suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si en dicho plazo de vigencia se acreditare la práctica de las notificaciones en forma legal (artículo 85-3).

Por tanto, cuando en un término municipal o sección del Distrito Hipotecario se hubieren delimitado áreas de tanteo y retracto, en los términos previstos por la legislación urbanística, los títulos de transmisión onerosa de terrenos o edificios, deberán contener para poder inscribirse o la declaración expresa de las partes de que el terreno transmitido no se halla incluido en área de tanteo y retracto, o, si lo estuviese, que se han llevado a efecto las notificaciones oportunas (artículo 84).

Igualmente deberá suspenderse la inscripción si, aun siendo la declaración negativa, en el Registro constare por nota al margen (artículo 83) que la finca está incluida en áreas de tanteo y retracto. Si sólo existieran indicios de que el

inmueble pudiera estar comprendido en área de retracto, el Registrador comunicará al Ayuntamiento competente el hecho de su otorgamiento, en caso de que el Ayuntamiento no manifieste expresamente en 15 días que la finca o fincas transmitidas se encuentran situadas en área de tanteo y retracto, practicará la inscripción solicitada. En el supuesto de que la respuesta fuere positiva, el Registrador suspenderá el despacho de la transmisión hasta que se acredite la práctica de la notificación (artículo 86).

B) Transmisión de viviendas. Pero debe quedar claro que todo este conjunto de garantías establecidas para asegurar la efectividad de los derechos de tanteo y retracto y el cumplimiento de la normativa sobre viviendas protegidas deben estar amparados por una norma de rango legal a la cual se remita la de desarrollo, y deben establecerse expresamente, sin lo cual no producirán los efectos deseados.

Por ejemplo, no debe olvidarse que la regla general en derecho español es que los tanteos y retractos legales no cierran el Registro de la Propiedad salvo que una norma expresamente lo disponga. Así, no cierran el Registro ni el retracto de comuneros ni colindantes (artículo 1524 del Código Civil), ni el enfiteútico (artículo 1638 del CC), ni el de cooperativistas (artículo 92-2 de la Ley de Cooperativas de 1999), y sólo lo cierran el de arrendatarios urbanos (artículo 25-5 LAU de 1994), el de arrendamientos rústicos (tras el artículo 22-4 LAR de 2005) y el urbanístico (artículo 86 RD 1093/1997) porque expresamente así lo indican.

La regulación en la Comunidad de Madrid está recogida en la Orden 2907/2005, de 23 de septiembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, por la que se delimitan suelos sometidos al derecho de tanteo y retracto regulado en el artículo 182.1.b) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y los declara aplicables a las segundas o posteriores transmisiones onerosas de viviendas sujetas a los siguientes regímenes de protección pública: las viviendas de protección oficial de promoción privada calificadas al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, las viviendas de protección oficial de promoción pública y las viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid, respecto de las cuales subsista el régimen legal de protección.

Pero, como ya se ha indicado, según opinión bastante generalizada*, se considera que el artículo 182-1-b de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid sólo ampara los derechos de tanteo y retracto en favor de la Comunidad de Madrid en las transmisiones onerosas de terrenos, construcciones o edificaciones (no de viviendas aisladas), que por su calificación urbanística,

* Así José Ángel Martínez Sanchíz en la Conferencia “Derechos de tanteo y retracto de la CAM en caso de venta de viviendas con protección pública”.

“deban destinarse” a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública; pero **no** en las segundas o posteriores transmisiones onerosas de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

A esta interpretación se llega comparando el citado artículo, que sólo se refiere al derecho de tanteo y retracto en las transmisiones de terrenos, construcciones y edificios, con los artículos 291 y 297 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 –vigente a la publicación de aquél-^{*} que regulan por separado, el primer artículo los expresados derechos en la transmisión onerosa de terrenos y construcciones, en parecidos términos a la Ley madrileña, para garantizar el cumplimiento de los objetivos del planeamiento en todos sus supuestos (Ej. destino de un terreno a la construcción de viviendas protegidas), y el segundo artículo específicamente los derechos de tanteo y retracto en las primeras y sucesivas transmisiones onerosas de viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial, para garantizar el cumplimiento efectivo de las limitaciones sobre precios máximos de las mismas.

Tampoco están regulados estos derechos ni en la Ley de 6/1997 de 8 de enero de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, ni en el Decreto 11/2005 de 27 de enero por el que se aprueba su Reglamento, ni tampoco en la Ley 9/2003 de 26 de marzo de Régimen sancionador en materia de Viviendas Protegidas de la Comunidad de Madrid, que en su artículo 11-2 sólo prevé el derecho de retracto de la Comunidad como “sanción” cuando la infracción cometida dé lugar al acceso a una vivienda protegida a personas que no cumplan los requisitos legales exigidos para ser titular de este tipo de viviendas o suponga el cobro, por cualquier concepto, de cualquier cantidad no permitida por la normativa vigente; de donde se deduce que con carácter general no existe tal derecho.

Es más, el Decreto autonómico 11/2005 en su afán unificador y simplificador del régimen de las viviendas sujetas a algún tipo de protección pública, no ha recogido los derechos de tanteo y retracto que respectivamente establecieron los artículos 24-3 del RD estatal 2190/1995 respecto de las Viviendas de Protección Pública de promoción privada de Régimen Especial y el 54-2 del RD estatal 3148/1978 respecto de las viviendas de protección oficial de promoción pública, lo que viene a confirmar la intención del legislador autonómico de no establecer estos derechos respecto de las segundas y posteriores ventas de viviendas protegidas, criterio que inopinadamente ha cambiada con la repetida Orden.

Por tanto, en cuanto a los derechos de tanteo y retracto de la Comunidad de Madrid en las segundas o posteriores transmisiones onerosas de viviendas

^{*} Hoy el Texto de refundido de la Ley del suelo de 2008, no contiene una normativa semejante, sin perjuicio de la constancia registral de las limitaciones a los bienes del patrimonio público del suelo en los términos que constan en el artículo 39

sujetas a algún régimen de protección pública, y dado que las limitaciones a las facultades dispositivas de los propietarios están sujetas al principio de reserva de ley del artículo 33 de la Constitución española, se considera necesario la redacción de una Ley en que expresamente se reconozcan, no siendo suficiente para ello una norma con rango de Orden; o bien que su delimitación se reduzca a los supuestos recogidos en el régimen sancionador antes indicado. También se estima que dicha Ley deberá contener una regulación pormenorizada de los derechos de tanteo y retracto (supuestos, plazos de ejercicio, régimen de las notificaciones, etc.) y una remisión, en cuanto a sus efectos registrales, a lo dispuesto en el RD 1093/1997, dada la competencia estatal –artículo 149.1.8 de la CE- de la ordenación de los registros públicos.

A este respecto, es de destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de noviembre de 1993 -criticada por algunos autores- que rechazó la pretensión de retraer ejercida por un Ayuntamiento contra terceros adquirentes de la vivienda, en un supuesto en que en la escritura originaria otorgada por aquél, no se hacía mención del retracto. La sentencia declara que el Decreto estatal de 10 de noviembre de 1978 carece de rango para imponer un retracto legal a la luz de los artículos 33 y 53.1 de la Constitución; y que la exigencia de que se haga constar la existencia del retracto en los contratos de compraventa de su artículo 54, no cuadra con su pretendida naturaleza legal, por lo cual en caso de omitirse no puede trascender a los terceros adquirentes, reconociendo, por tanto, su consideración de retracto convencional.

En cuanto a la actitud que debe adoptar entretanto el Registrador ante las segundas y posteriores transmisiones onerosas de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, al no estar recogidas en una norma de categoría suficiente, no podrán ser aplicados los artículos citados del RD 1093/1997, y el Registrador practicará la inscripción de la transmisión, sin perjuicio de que con carácter voluntario, o si se firma un Convenio, efectúe también una comunicación semejante a la que se refiere el artículo 86-4 del citado RD de acceso al Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística.

Conviene señalar que si el citado RD 1093/1997 regula las consecuencias registrales de las transmisiones sujetas a tanteo y retracto urbanístico de los terrenos y también de las viviendas protegidas situadas en áreas previamente determinadas, es debido a que la citada Ley del Suelo de 1992, regulaba expresamente el cierre del Registro a falta de notificación de la transmisión en sus artículos 296 y 297 para cada uno de los supuestos analizados, pero que su aplicación a cada Comunidad Autónoma depende de los efectos que el correspondiente legislador quiera dar en cada caso a la falta de notificación.

Así, la citada Orden 2907/2005 señala que las notificaciones se harán por los propietarios de viviendas que pretendan su transmisión y por los adquirentes que

una vez realizada la transmisión “al Registro administrativo habilitado al efecto en la Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, sito en la calle Maudes, número 17, de Madrid”, sin referencia alguna a los efectos que su falta puede tener ni civiles ni respecto el Registro de la Propiedad y sin una remisión a las normas generales del RD 1093/1997, por lo que, en defecto de norma específica (salvo lo dicho antes expuesto como recomendación), deberá aplicarse la regla general de nuestro derecho de inscripción de las transmisiones sujetas a tanteos y retractos legales sin necesidad de acreditar notificación alguna.

Por esta razón, el Colegio Notarial de Madrid ha firmado un Convenio de Colaboración de fecha 3 de abril de 2006 con la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, en virtud del cual si el transmitente no acredita al Notario que ha efectuado la notificación de su intención de vender, éste advertirá al comprador de la existencia de este derecho y comunicará a la Comunidad el otorgamiento de la escritura. Asimismo se ha pactado la reproducción en los contratos de compraventa, para vincular al comprador, de la existencia de estos derechos de tanteo y retracto a los efectos de futuras enajenaciones, con lo que se viene a suplir por vía convencional la citada insuficiencia normativa.

DOCUMENTOS JUDICIALES.

1.-P: Por sentencia firme se declara “extinta por destrucción del edificio la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal de la calle... ordenando la inscripción en el Registro del derribo de dicha edificación y la consiguiente extinción del régimen de propiedad horizontal, con la cancelación de la división horizontal y obra nueva... y la descripción del solar resultante, en los términos especificados en el suplico de la reconversión...” ¿Es directamente inscribible?

R: Sí, siempre que hayan sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales de los distintos elementos independientes, el testimonio de dicha sentencia es directamente inscribible, al amparo del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, en cuanto documento público y por cumplir el requisito de la determinación de los asientos a practicar y del contenido de los mismos.

Lo único que parece faltar es la determinación de la nueva titularidad de los dueños de los distintos elementos independientes en el solar, pero este dato – igual que la descripción del solar que figuraría en la primera inscripción de la finca- ya consta en el registro dado que la titularidad en esos elementos independientes, en cuanto a la cuota de cada uno en la propiedad horizontal, se trasladaría por subrogación real a cuota indivisa en el solar. El registrador puede hacer esa asignación de titularidad de oficio sumando las cuotas de cada

propietario en los distintos elementos independientes e indicando asimismo el carácter –ganancial, privativo, etc- de cada una de ellas.

EXTINCIÓN DE CONDOMINIO.

1.-P: Examen de las diversas connotaciones jurídicas de los distintos supuestos de extinción de condominios parciales que están proliferando últimamente, por motivos de índole fiscal.

R: De las recientes resoluciones de la DGRN de 11 de noviembre de 2011 y 9 de diciembre de 2011 se extraen las siguientes consecuencias respecto a la naturaleza jurídica del negocio de extinción de condominio:

a) Cabe el negocio jurídico de disolución parcial de comunidad o extinción de dominio parcial, es decir, aquellos en las que se limitan simplemente a reducir el número de comuneros, que continúan en la comunidad pero con mayor cuota y compensan con abono en metálico –o cuota en otras fincas o derechos- a los que cesan en la misma. La justificación es que se tratan de negocios jurídicos válidos, aunque no se regulen expresamente, por la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad sino existe, como no ocurre en este caso, norma alguna que lo prohíba.

b) El titular del usufructo no forma parte de la comunidad porque a estos efectos es un derecho real sobre cosa ajena –STS de 2 de abril de 2008- y no una parte desmembrada del dominio pleno; y si los títulos de adquisición de las distintas fincas o partes de ellas son distintos –Ej. compra y herencia-, estaremos ante distintas disoluciones de comunidades de bienes que constituyen negocios jurídicos distintos con las consiguientes consecuencias jurídicas, fundamentalmente del carácter de la titularidad ganancial o privativa de la finca o fincas adjudicadas, o fiscales pues, a estos efectos, no se podría hablar de compensación sino de compra o de permuta de fincas o derechos.

c) No se produce una disolución parcial de comunidad propia cuando la situación jurídica de los comuneros no varía entre la comunidad que se disuelve y la resultante porque no existe una disolución sobre la totalidad del objeto común a que la comunidad se refiere sino sólo una transmisión de la parte concreta del comunero que es excluido, de tal manera que los adjudicatarios no eran cotitulares de la participación indivisa adjudicada.

HERENCIAS.

1.-P: Se presenta una escritura de partición de la herencia de un australiano – fallecido casado y con dos hijos- que se encuentra basado en un testamento ológrafo testimoniado por un notario australiano y con la apostilla, otorgada

únicamente por la mujer que fue instituida como heredera universal y como albacea; en el que el notario español autorizante manifiesta que conoce el derecho sucesorio australiano y que en él los hijos no tienen derechos legitimarios y señala que la viuda comparece como albacea y como heredera.

R: Se plantean en este caso dos problemas: a) El formal de la eficacia del testamento aportado en España y b) El sustantivo referido a la no comparencia de los hijos del causante, a la intervención de la mujer como albacea y heredera simultáneamente y a la existencia real de heredero dado los términos del testamento que habla de legar no de instituir.

PRIMERO.- Según el artículo 6 del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 en materia de forma de las disposiciones testamentarias, ratificado por España el 16 de marzo de 1988 –BOE de 17 de agosto de 1988-, *“la aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad”*, es decir, que será de aplicación en España aunque la nacionalidad de los interesados –en este caso Australia- o la aplicable según el Convenio no sea la española y aunque ese Estado no haya ratificado el mismo.

A tal efecto, según el artículo 1 del Convenio, para considerar el testamento válido en cuanto a la forma bastará que se cumpla indistintamente las exigencias formales de cualquiera de las siguientes Leyes internas: la del lugar de otorgamiento, la de nacionalidad o domicilio oficial o residencia habitual del testador en el momento del otorgamiento o del fallecimiento, o, respecto de los inmuebles, la del lugar en que estén situados.

En consecuencia, para considerar válido y eficaz en España el testamento que se presenta, otorgado en Australia por un australiano, es necesario que reúna las exigencias formales de la Ley interna de ese Estado, sin que sea necesaria la forma pública o la protocolización u homologación del testamento ológrafo exigidas por la legislación española ni los requisitos que debe reunir el denominado testamento ológrafo para poder ser protocolizado en España.

Por tanto, debe examinarse cuáles son esas exigencias formales australianas y si se cumplen en el presente supuesto y para ello, sin necesidad de profundizar en el estudio de la Ley interna australiana, basta, según opinión mayoritaria, el simple análisis de los pormenores de los documentos presentados: certificado notarial de un testamento privado debidamente apostillado y Declaración de legalidad del mismo notario debidamente apostillada.

Así, el primer documento se trata, según se infiere de la traducción, de un “certificado notarial de un testamento que se incorpora con indicación exclusiva de que es copia fiel del documento original” y ese testamento se trata, a su vez,

de un testamento privado redactado a máquina por el testador y firmado en presencia de dos testigos que también firman, sin que exista una identificación del testador ni un juicio sobre su capacidad por notario público alguno ni funcionario judicial que permita aplicar la equivalencia de formas. En principio, esa certificación notarial no atribuye o eleva el testamento a la categoría de documento público, a pesar de la indicación de la apostilla “*Este documento público*” que debe entenderse referida a que el certificado o testimonio notarial es documento público no que el documento del que se certifica tenga tal carácter ni que esa certificación, por sí sola, sirva para cumplir la exigencias de forma de la legislación australiana.

Y el segundo documento –válido a los efectos del Art. 36 del RH- expedido por el mismo notario de la certificación, referido, a primera vista, a acreditar la legalidad de ese certificado, indica expresamente que “2. *La legalización de un testamento es un documento legal emitido por la División de Testamentaria del Tribunal Supremo de New South Wales*.....” y que deberá tenerse por válida por los tribunales salvo tacha de validez por falta de capacidad del testador o por coacción en el otorgamiento; de lo que se infiere, en realidad, que la mera certificación notarial no cumple las exigencias de forma de los testamentos privados sino que para entender cumplidas las mismas es necesaria una “legalización judicial emitida por un tribunal especializado”.

En conclusión, al no reunir el documento presentado –o no haberse acreditado adecuadamente- las exigencias formales de la legislación australiana, ni de ninguna otra que le fuere aplicable, no puede tenerse por válido en España y debe rechazarse la inscripción de la partición hereditaria que en él tiene su fundamento.

SEGUNDO.- Sin embargo, la cuestión de las comparecencias y otros sustantivas deben admitirse por las siguientes razones:

1º.- En cuanto a las disposición hereditaria que indica que “*NOMBRE a mi esposa..... como albacea única de mi testamento y OTORGO Y LEGO la totalidad del caudal hereditario, incluyendo tanto bienes inmuebles como derechos reales de cualquier clase y con independencia de dónde estén situados, a mi esposa..... de forma absoluta*”, debe señalarse, en primer lugar, que no debe darse a las palabras –Ej. Lego la totalidad del caudal hereditario- el mismo significado que tienen en España, primero porque la calificación de las particiones, siendo la Ley aplicable la nacional del causante, no puede basarse en consideraciones basadas en el Derecho español –res. de 22 de noviembre de 2006- y, segundo, porque la traducción puede no tener la precisión jurídica deseable en estos casos; por lo que debe primar la interpretación de la real voluntad del testador.

2°.- Pues bien, en este sentido son numerosas las legislaciones que adoptan el criterio objetivo del llamamiento a “cuota” para atribuir la condición de heredero o legatario, es decir, que establecen que las disposiciones testamentarias, cualquiera sea la expresión o denominación utilizada por el testador, más si se efectúa privadamente y sin presencia de notario, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador; lo que aplicado al presente supuesto lleva a la conclusión de que la voluntad del testador ha sido nombrar a su mujer como heredera universal y única de todos sus bienes de cualquier tipo y ello más allá de la expresión o palabra concreta utilizada.

3°.- Por otra parte, la afirmación expresa del notario autorizante de la partición de que “*Yo el Notario, declaro conocer en lo pertinente la Ley nacional australiana en materia de sucesiones y la misma no reconoce legítima alguna a favor de descendientes*”, solo puede ser refutada por el Registrador calificador alegando también el conocimiento de la legislación sucesoria extranjera según la doctrina de la DGRN –ver resoluciones de 19 de diciembre de 2003, 10 de enero de 2004 y 12 de febrero de 2004– y, en caso contrario, la mujer del testador debe tenerse por heredera universal y única interesada en la herencia, sin que sea necesaria la intervención de los hijos.

4°.- Y así planteadas las cosas, es indiferente, por último, que en el derecho australiano sea o no compatible el cargo de albacea y la cualidad de heredero, como parece exigir algún compañero, pues otorgado el documento particional – más bien manifestación de herencia- por la mujer del testador en nombre propio como heredera única y universal, aunque lo haga también como ejecutor del testamento en expresión innecesaria dada por el notario, ello es válido porque la voluntad del causante es que la mujer pueda adjudicarse los bienes sin intervención de ninguna persona más y no existen terceros que puedan resultar perjudicados.

Y, también, porque, incluso en el derecho español, este tipo de partición o manifestación de herencia en que comparecen el albacea y todos los herederos, debe ser considerada como un acto o contrato particional otorgado por el heredero -o herederos en su caso- y no como un acto unilateral otorgado por el albacea o contador-partidor, de cuya intervención, por otra parte, se puede prescindir; y ello porque así lo tiene declarado, en cuanto a la naturaleza de ese acto y salvo que los herederos se limiten a aceptar la herencia, la DGRN en resolución de 18 de diciembre de 2002 entre otras, y lo admite, en cuanto a la posibilidad del prescindir del contador-partidor, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de octubre de 1992.

2.-P: En un testamento se instituye heredera a la madre del causante en cuanto a la legítima y en el resto, al viudo con sustitución vulgar y fideicomisaria de

residuo en favor de los hermanos. El Notario hace la partición y no menciona el fideicomiso.

En otro Registro, se ha inscrito la partición haciendo constar dicho fideicomiso en todos los bienes adjudicados al viudo conforme a lo establecido en el título sucesorio; pero en este caso concurren dos circunstancias: en primer lugar, el viudo es legitimario y, en segundo lugar, al hacer la partición, a la madre se le ha adjudicado una renta vitalicia. Por tanto, el viudo no sólo adquiere por título de herencia –legítima y el resto- sino también por título oneroso el exceso de adjudicación de un tercio y hay varios bienes.

R: Estamos ante un olvido del notario que ha impedido concretar en la partición qué bienes o qué parte de los bienes adjudicados está gravada con el fideicomiso, lo que puede implicar la no inscripción de la partición mientras esa determinación no tenga lugar.

Efectivamente una parte de la herencia correspondiente a la legítima del viudo, por aplicación del artículo 813 del Código Civil, y al exceso de adjudicación derivado de la renta vitalicia, no pueden estar gravadas por el fideicomiso, por lo que caben tres opciones:

- a) Suspender la inscripción hasta que se concreten los bienes o parte de ellos gravados y los libres en atención al concepto por el que se adjudica cada uno.
- b) Practicar la inscripción, como ha hecho el otro registro, con extensión sin más del gravamen fiduciario a todos los bienes, en cuanto la sustitución grava la herencia en su conjunto y no bienes determinados, mientras no sea objeto de concreción, señalando el heredero en qué concepto se adjudica cada bien. A la vista de la nota de despacho deberá ser el heredero el que efectúe la determinación si se encuentra interesado en ello.
- c) La mayoritaria, que se inclinó por practicar la inscripción pero dejando libre de la sustitución una participación indivisa de una tercera parte –legítima de la madre conforme al artículo 809 del Código Civil- y el usufructo de la mitad – legítima del viudo conforme al artículo 837 del Código Civil- de todos los bienes y gravando con la misma sólo la porción restante –1/6 en pleno dominio y 3/6 en nuda propiedad. A la vista de la nota de despacho deberá ser el heredero el que efectúe la determinación de finca si se encuentra interesado en ello.

3.-P: Un señor A fallece en 1978 dejando dos hijos de su primer matrimonio y dos hijos de su segundo matrimonio. Fallece bajo testamento en el que instituyó herederos a los hijos de su primer matrimonio en la propiedad, por iguales partes del piso 1, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes; instituyó herederos a los hijos de su segundo matrimonio, en la propiedad, por

iguales partes, del piso 2, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes. Añade que en ambas instituciones se entenderán que comprenden las respectivas fincas por entero, no obstante la naturaleza ganancial, y en el remanente de sus bienes instituyó heredera a su esposa, con sustitución vulgar a favor de los hijos del testador habidos de su segundo matrimonio o de sus respectivos descendientes en defecto de los mismos.

En 1991 la viuda y los hijos del segundo matrimonio, otorgan escritura de división y adjudicación de herencia, a la acompañan escritura de renuncia pura y simple otorgada por los hijos del primer matrimonio, y se adjudican los bienes. Presentada en el Registro la escritura se denegó la inscripción.

Con relación a la finca 1, la viuda instó procedimiento ordinario, contra los hijos del primer matrimonio de su esposo, sus ignorados legitimarios y cualesquiera otros ignorados herederos del señor A, en el que obtuvo sentencia por la que se declara que la viuda adquirió la propiedad del piso 1, por resultar probado que los herederos demandados vendieron a la actora el citado piso, que habían recibido por herencia de su padre. Presentada en el Registro dicha sentencia sí se inscribió.

Ahora el abogado de la viuda e hijos del segundo matrimonio quiere saber cómo se pueden inscribir el resto de los bienes contenidos en la escritura de partición, si con esa documentación, o cual es la documentación necesaria. La sentencia señala en uno de sus fundamentos de derecho que: “hemos de concluir que en el presente procedimiento únicamente queda acreditada la venta por los herederos demandados de sus derechos sobre el inmueble objeto de actuaciones, no procediendo pronunciarse sobre otros derechos hereditarios que en su caso pudieren corresponderles”.

R: En primer lugar debe señalarse que, según la opinión mayoritaria, lo realizado en el testamento no es una verdadera partición testamentaria del artículo 1056 del Código civil, que sería inscribible sin perjuicio de la impugnación vía artículo 1075 del mismo Cuerpo legal, sino una atribución patrimonial parcial o institución *ex re certa*.

Esta calificación implica, dado que de los términos de la sentencia resulta la aceptación de la herencia por los hijos del primer matrimonio –Art.1000 CC-, pues para vender un bien del causante es necesario haber aceptado previamente la herencia, y dada la conservación de sus derechos hereditarios a la legítima, que la sentencia reconoce implícitamente, la necesidad de una nueva o verdadera partición realizada por todos los interesados en la herencia, lo que exigiría el consentimiento de los hijos del primer matrimonio como legitimarios que son, todo ello por imposición de los artículos 1058 del Código civil y 80 del

Reglamento Hipotecario, además, de exigirlo también el artículo 81-a) de dicho reglamento para la entrega del bien legado número 2.

Efectivamente, sin entrar en la imposibilidad del testador de distribuir los bienes de la comunidad conyugal por no ser suyos –ver STS de 12 de diciembre de 1959 y 17 de mayo de 1974-, dada la ratificación del cónyuge sobreviviente; la distribución de sus bienes por el testador, para excluir una posterior partición por los herederos, ha de ser, como indica Lacruz Berdejo, verdaderamente “partitiva”, es decir, tratando de llenar una cuota o cuotas abstractas expresas o implícitamente señaladas, no siendo verdadera partición cuando se limita a adjudicar algunos bienes o a efectuar una serie de instituciones *ex re certa*.

4.-P: Se presenta una escritura de donación de una cuota indivisa de un bien inmueble realizada por los padres a favor de una hija, que acepta, en la que, en una de sus cláusulas consta literalmente lo siguiente: “*la donación quedará sin efecto y el bien donado volverá a los donantes si la donataria no dejare, a su fallecimiento, descendencia.*”

¿Es inscribible? ¿Implica condición?

R: Sí, en realidad no se trata más que una aplicación de la norma legal del derecho de reversión recogido en el artículo 812 del Código Civil. La única diferencia es que no contiene la previsión de excluir el llamamiento si al fallecimiento del donatario el bien donado no consta en la sucesión, pero se entiende aplicable subsidiariamente las previsiones del Código Civil.

5.-P: Herencia de desaparecidos. Se presenta una escritura de donación de un padre a favor de un hijo de una finca que el padre había adquirido por herencia de otro de sus hijos, respecto del cual, se produjo la declaración de fallecimiento, puesto que había desaparecido, mediante auto de dos de enero de dos mil doce. La escritura de herencia de este hijo fallecido se ha presentado en unión del acta de declaración de herederos.

Dados los términos del artículo 196 del Código Civil, ¿puede el padre disponer a título gratuito antes de los 5 años? Ante mis dudas plantea el Notario que lo inscriba con la limitación prevista en el citado precepto

R: Una vez firme la declaración de fallecimiento se abre la sucesión de los bienes del ausente, procediéndose a su adjudicación. Ahora bien, el Código Civil establece una serie de prevenciones por si, después de la declaración de fallecimiento, se presentase el ausente o se probase su existencia, que consisten, básicamente, en formar notarialmente un inventario detallado de los muebles y una descripción de los inmuebles y una serie de limitaciones en cuanto a la disposiciones de los bienes a título gratuito y entrega de legados durante el plazo

de cinco años después de la declaración de fallecimiento (cfr. Artículo 196 CC). Se consigue así que, ante la eventual aparición del ausente, pueda éste recobrar los bienes en el estado en que se encuentren o, en caso de que se hubieren vendido, el precio que se haya obtenido por ellos o los bienes que con este precio se hayan adquirido.

Se permite la venta, pasando a ocupar el precio obtenido o los bienes adquiridos con éste, por subrogación, el lugar de los enajenados, pero se prohíbe la donación durante el plazo de cinco años. Lo que procede, por tanto, es la denegación de la escritura de donación por infringir una prohibición legal que determina su nulidad de pleno derecho (artículo 6.3 CC) sin posibilidad de subsanación. Lo que no se entendió por ninguno de los asistentes es la pretensión de inscribir el título con la limitación prevista en el artículo 196 cuando los términos de la ley son tan claros y contundentes, careciendo de toda justificación una inscripción en tales términos.

6.-P: Herencias causadas por fallecimiento de A y B. A se casó en primeras nupcias y tuvo dos hijas A1 y A2, y en segundas nupcias se casó con B con quien no tuvo descendencia. Fallece A en 1994 con testamento en el que instituye herederos por iguales partes a A1 y A2, legando el usufructo de la vivienda a B. La esposa B fallece en 2002 sin testamento, y se declaran herederos intestados a sus tres hermanos y una sobrina. En este momento los herederos de B, que no tenían ninguna relación con A, otorgan sendas escrituras de renuncia de herencia en la forma siguiente: *“renuncian pura, simple y gratuitamente a todos los bienes y derechos que pudieran corresponderles en la herencia de B... a favor de A1 y A2, haciéndolo constar así a todos los efectos legales y de conformidad con lo que dispone el artículo 1.008 del Código Civil, en relación con el número 989 del mismo cuerpo legal”*.

Y ahora A1 y A2 otorgan escritura de adjudicación de herencia, y en la misma se adjudican un bien de carácter ganancial propiedad de A y B, señalando en el otorgamiento que: *“Aceptan las herencias de A y B, adjudicándose el bien descrito en la exposición de esta escritura por mitades partes indivisas”*. Y nada más, no hay previa liquidación de gananciales.

La cuestión que se plantea es que no siendo una renuncia a favor de los coherederos, pues A1 y A2 no tienen nada que ver con la herencia de B, no implica una aceptación tácita de la herencia y debería abrirse la sucesión intestada (Art. 912 CC), pues la herencia se entendería renunciada y no aceptada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.000 CC. Y, al no ser otorgada la escritura por los herederos de B, no cabe tampoco inscribir la liquidación de la sociedad de gananciales y, con ella, la herencia de A en favor de A1 y A2.

R: En sentido general, se manifiesta que la renuncia es un negocio jurídico unilateral por el cual el titular de un derecho subjetivo lo extingue espontáneamente. Por eso, no se consideran verdaderas y auténticas renunciaciones las “traslativas”, pues carecen de efecto extintivo, y las bilaterales, al no tener el requisito de la unilateralidad.

En el ámbito de la sucesión se distingue también entre la verdadera renuncia, que es la extintiva, y la renuncia impropia, también llamada traslativa, que tiene lugar cuando se renuncia en favor de alguien. Cuando se produce una auténtica renuncia no se entiende aceptada la herencia (artículo 1.000 CC in fine) y la porción renunciada pasa a quien corresponda según las normas que rijan la sucesión: puede hacer tránsito hacia los sustitutos, si el testamento hubiere previsto una sustitución vulgar que comprendiera el supuesto de renuncia; puede tener lugar el derecho de acrecer si se dieran los requisitos necesarios para ello; o puede dar lugar a que se abra la sucesión intestada. En cambio, si la renuncia se hace en favor de persona determinada, debe entenderse que es una renuncia impropia, de las llamadas traslativas, que implican la aceptación de la herencia. Y así el número 1 de este artículo 1000 CC dispone que se entiende aceptada la herencia cuando el heredero dona, vende o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.

El supuesto planteado encaja en el número 1 de este artículo 1.000 CC, pues el heredero dona su derecho a un extraño, debiéndose entender aceptada la herencia de B por sus herederos y luego donado por éstos el derecho hereditario a los herederos de A; no siendo supuesto subsumible en el número 3 del precepto puesto que éste se refiere siempre a los coherederos, y aquellos -A1 y A2- son extraños respecto de la herencia de B. En efecto, por la renuncia efectuada los herederos de B disponen gratuitamente de una cosa -el derecho hereditario que les corresponde en esta herencia- en favor de unas personas que la aceptan (artículo 618 CC), es decir, realizan una donación en favor de unos extraños, lo cual implica una aceptación tácita de la herencia. Al haberse efectuado la renuncia de forma gratuita y en favor de personas determinadas, aunque sean extraños, debe entenderse que estamos en presencia de un acto de liberalidad, es decir, de una donación que exigirá, para su plena efectividad, la aceptación de los donatarios, lo que queda cumplido en nuestro caso según resulta de la propia escritura de partición presentada.

Lo que ocurre es que en ésta se utiliza una expresión incorrecta cuando se dice que los herederos A1 y A2 aceptan las herencias de A y B, puesto que nunca han sido herederos de B, ni antes ni como consecuencia de la renuncia hecha en su favor. Lo correcto hubiera sido decir que aceptan la herencia de A y la renuncia hecha en su favor por los herederos de B y, como herederos de A y titulares del derecho hereditario de B, proceder a la partición de la herencia.

Aclarada la verdadera naturaleza de la renuncia y lo inadecuado de la expresión utilizada en la escritura, hubo quien se inclinó por exigir una aclaración de los términos empleados para que quedara claro cuál había sido la verdadera voluntad de las partes, evitando que el resultado finalmente conseguido fuera debido a un error. Sin embargo, la mayoría entendió que esta voluntad estaba clara y la causa de la adquisición plenamente justificada y que era lo suficientemente explícita como para poder inscribirse en el Registro sin dar lugar a confusión acerca del carácter de la adquisición o de los efectos de la inscripción, quedando bien determinado el derecho adquirido, la causa la adquisición y los efectos protectores Registro, en especial, respecto de la fe pública registral.

Tampoco se apreció obstáculo en la legitimación de los favorecidos por la renuncia para la liquidación de la sociedad de gananciales de B, pues comprendiendo la renuncia hecha por sus herederos todos los bienes y derechos que pudieran corresponderles en su herencia, debe entenderse comprendida la participación que a éste correspondía en la sociedad conyugal disuelta, por lo que sólo a aquellos corresponde intervenir en la liquidación y partición.

HIPOTECAS.

1.-P: Se presenta un mandamiento de embargo de finca hipotecada siendo el título en base al cual se decreta el embargo la escritura de préstamo hipotecario. Es decir, existe en el Registro una hipoteca a favor del Banco X y el banco en vez de ejecutar la hipoteca por el procedimiento directo, solicita del juzgado el embargo sobre la finca hipotecada y sobre otra finca no hipotecada.

¿Puede el juez ordenar el embargo? Cuestiones relacionadas: Nota marginal de expedición de cargas y purga de asientos posteriores.

R: Algún compañero sostuvo que si sólo se hubiere solicitado el embargo del bien que ya está hipotecado, de la lectura del artículo 579 de la LEC, que dispone que cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto el capítulo 5º de este título, se puede interpretar que no cabe la ejecución por el procedimiento ejecutivo ordinario, sino que se debe acudir al procedimiento de los artículos 681 y siguientes de la misma LEC, de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados.

Pero mayoritariamente se defendió el criterio contrario pues el acreedor hipotecario, salvo que se haya hecho expresa exclusión en la escritura de hipoteca – lo que no es normal-, como titular del crédito hipotecario ostenta una doble titularidad activa, la del derecho de crédito y la del derecho real de hipoteca que

garantiza su pago, lo que se manifiesta fundamentalmente en materia de responsabilidad –universal y limitada- y de acciones para lograr el cobro.

Así, por una parte, como titular del derecho de crédito dispone de acción personal para su cobro, que debe ejercitarse en el oportuno procedimiento declarativo y/o ejecutivo ordinario dirigido contra el deudor o contra su patrimonio en general; y como titular del derecho real de hipoteca dispone de la acción real hipotecaria, que debe ejercitarse en el procedimiento directo hipotecario o en el extrajudicial dirigido exclusivamente contra los bienes hipotecados. El ejercicio de estas acciones produce diversas consecuencias sobre la marcha y efectos del procedimiento que el acreedor es libre de elegir.

Por tanto, no existe inconveniente alguno en que el juez ordene el embargo de referencia, y, en cuanto a la nota marginal, se considera que sólo debe hacerse constar al margen de la inscripción de hipoteca –resolución de la DGRN de 26 de julio de 1999 entre otras-, pues en ésta ya deberá constar por nota marginal el inicio de la ejecución mediante el procedimiento de ejecución que ha motivado la anotación de embargo posterior, y en ésta que se ejecuta el crédito garantizado con la hipoteca, encontrándose ambos asiento, en consecuencia, formando una unidad registral, como lo podrían ser una inscripción de hipoteca y la de su modificación.

Por último, en cuanto a las consecuencias en orden a la purga de cargas posteriores, como tienen reconocido las resoluciones de la DGRN de 10 de diciembre de 1997 y 26 de julio de 1999 entre otras –dictadas después de la reforma de la LEC-, deberán cancelarse todas las cargas posteriores a la hipoteca y no sólo las posteriores a la anotación de embargo, siempre y cuando: a) los acreedores intermedios no sólo tengan conocimiento de la ejecución sino también de que en ésta se estaba haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos, y b) que de los autos y de los anuncios de subasta resulte claramente que se estaba ejecutando la referida hipoteca, a fin de que los postores no descontaran de sus pujas el importe de las cargas intermedias, al estar éstas destinadas a ser canceladas.

Es decir, si el acreedor ejercita simultáneamente ambas acciones personal y real y opta por el ejecutivo ordinario como procedimiento de ejecución o desenvolvimiento de la hipoteca, y esta circunstancia consta claramente en autos y en toda la tramitación, los efectos serán los propios de la ejecución de la hipoteca. Por el contrario, si únicamente se ejercita la acción personal y existe una desconexión en autos entre el procedimiento y la hipoteca, en el improbable supuesto en que el crédito perseguido no se referencie a la misma –Ej. pólizas o avales en que la hipoteca es una contragarantía-, los efectos serán los propios de la anotación de embargo.

2.-P: Se presenta a estudio un nuevo modelo de hipoteca de una Sociedad de Garantía Recíproca en que se garantiza una línea de avales, con indicación como características especiales las siguientes:

- 1.- La hipoteca garantiza el/los aval/avales concedidos y no el saldo de una cuenta.
- 2.- Se pacta el carácter no novatorio de la cuenta liquidatoria respecto de las obligaciones que se contraigan incluidas en la cláusula de globalización.
- 3.- Se establece un plazo de la hipoteca, pero se indica que es prorrogable indefinidamente por plazos de cinco años hasta el integro pago de las obligaciones garantizadas.

Se pregunta si es inscribible.

R: En primer lugar, se señala que la sociedades de garantía recíproca, salvo mejor criterio, no podrán ser titulares de las denominadas hipotecas flotantes o globales del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, pues éste sólo lo permite a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario, que no las incluye. Sí podrían estas sociedades ser titulares de hipotecas en garantía de una cuenta corriente novatoria en el sentido que ha sido admitida por la DGRN en las resoluciones de 4 de julio de 1984 y 23 de diciembre de 1987 entre otras; pero fuera de ella se recuerda el rechazo al margen del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, a la garantía de una pluralidad de obligaciones sin esa cuenta novatoria que se recoge en resoluciones como las de 17 de enero de 1994, 11 de octubre del 2004 y 25 de abril de 2005.

Pues bien, a priori, se entiende, si no fuera porque el acreedor es una SGR, que la operación garantizada podría estructurarse como una hipoteca del 153 bis (relación jurídica básica de la deriven o puedan derivarse en el futuro las obligaciones garantizadas) o como hipoteca en garantía de una cuenta corriente novatoria por aplicación analógica del artículo 153 con los requisitos que para ello ha señalado la DGRN reiteradamente.

Pero lo que ocurre en este caso es que expresamente se señala en la escritura que la hipoteca se constituye para "garantizar el/los aval/es" no para garantizar el saldo de la cuenta y, además, luego se indica que "se consideran causas de exigibilidad de la totalidad de los créditos garantizados" (estip. 8ª) y que la garantía estipulada "no supone alteración o novación de las obligaciones contraídas o que en el futuro se contraigan, pudiendo el acreedor..." (estip. 7ª), que independientemente de la posible ambigüedad o falta de precisión técnica de la hipoteca hacen pensar más bien en que se está queriendo configurar una hipoteca del artículo 153 bis, por lo que la hipoteca debe rechazarse.

En cuanto al plazo pactado para la hipoteca, su indeterminación es rechazable en ambas opciones de configuración, en el caso de la hipoteca del artículo 153 bis LH porque éste exige un plazo de determinado para la hipoteca, y en el caso de hipoteca del artículo 153 LH o figuras asimiladas, porque éste exige un plazo de la cuenta corriente –y por accesoriadad de la hipoteca- y, en su caso, la máxima prórroga posible.

3.-P: Se presenta escritura de compraventa en procedimiento extrajudicial. No se dice nada de si ha resultado con éxito la notificación al deudor en el domicilio señalado al efecto en la escritura de constitución de hipoteca. Sin embargo se dice que se ha notificado posteriormente el requerimiento de pago al deudor “en las oficinas de la sociedad, que constituye su domicilio real” y que es distinto del anterior. Del tenor del artículo 236 c del Reglamento Hipotecario resulta que una vez ha fracasado el intento de notificación al deudor en el domicilio señalado al efecto, se tendría que haber dado por concluida el acta. Me surge la duda de si debe aplicarse con dicho rigor.

R: El artículo 236-c RH dispone que el requerimiento de pago al deudor tendrá lugar en el domicilio que, a efectos de aquél, resulte del Registro y se practicará por el notario, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos. Y añade su último párrafo que si no pudiera practicar el requerimiento en alguna de la formas indicadas el notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda.

Algunos compañeros se inclinaron por una aplicación estricta de esta norma, basados en la excepcionalidad de este procedimiento de ejecución que, además, prevé un sistema de notificación específico distinto del regulado en el artículo 202 del Reglamento Notarial. Y, dados los términos tan tajantes del artículo, entienden que en el supuesto planteado el notario debería haber concluido el acta sin más trámites.

Pero la mayoría se inclinaron por una interpretación finalista de la norma, que no es otra que la de evitar la indefensión del deudor, y estimaron que si de la escritura resultara que se practicó el requerimiento de pago en la persona del deudor y sólo personalmente al mismo, requisito que es calificable por el registrador, no habría obstáculo para la inscripción de la venta extrajudicial.

Además, se precisó que, en este caso, por no haberse hecho el requerimiento en el domicilio fijado por las partes en la escritura de formalización de hipoteca, siempre será necesario que se efectúe, como se ha indicado, personalmente en la

persona del deudor, careciendo de validez y debiendo rechazarse si resultara haberse practicado en cualquiera de las otras personas que se citan con carácter subsidiario en el propio precepto.

4.-P: EJECUCIÓN DE HIPOTECA Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. Se presenta a inscripción testimonio de un decreto de adjudicación derivado de un procedimiento de ejecución hipotecaria seguido sobre una nave industrial. En el historial de la finca consta inscrito, con posterioridad a la hipoteca, un arrendamiento para uso distinto de vivienda. Con el testimonio del decreto se presenta una instancia suscrita por el adjudicatario manifestando la libertad de arrendamientos de la nave. ¿Debe exigirse la notificación al arrendatario puesto que consta en el Registro el arrendamiento?

R: La vigente LAU 1994 ha restringido el derecho de adquisición preferente al supuesto de venta de la finca arrendada (artículo 25 LAU) aplicable al arrendamiento para uso distinto de vivienda (artículo 31 LAU). Sin embargo, ya desde la antigua ley de 1964, con base en el mismo presupuesto legal, se ha entendido por la jurisprudencia y por la DGRN que quedaban incluidas las ventas forzosas derivadas de procedimientos judiciales o administrativos. De ahí la conocida doctrina según la cual debe exigirse en estos supuestos la manifestación sobre la situación arrendaticia de la finca, si bien que suavizada por consentir que sea realizada por el adjudicatario de la finca y mediante instancia firmada o ratificada ante el registrador.

Existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre ambos tipos de arrendamiento en punto a su subsistencia en los casos de ejecución hipotecaria. Tratándose de arrendamiento para uso de vivienda el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años de duración del contrato (artículo 13 LAU). Si el arrendamiento es local de negocio el arrendamiento se extingue.

Por esta razón el TS, en la importante sentencia TS -(Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 792/2009 de 16 diciembre. RJ 2010\702- ha dicho que *“El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los Art. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca -realización de la finca hipotecada-. Sucede, sin embargo, que en el Art. 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1994, 3272) se garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o*

rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta.”

En el caso que se ha planteado -arrendamiento para uso distinto de vivienda posterior a la hipoteca-, se entiende que no es procedente exigir notificación alguna puesto que el contrato de arrendamiento se extingue por la adjudicación del local arrendado y si no subsiste el derecho de arrendamiento, no subsistirá una de sus facultades el derecho de adquisición preferente.

Pero incluso en el caso de que fuera un arrendamiento de vivienda se ha entendido por algunos autores que no procedería tampoco el derecho de adquisición preferente si se hace efectiva una causa de resolución anterior (Vg. hipoteca inscrita antes) al contrato de arrendamiento, con independencia de que el arrendatario tenga derecho a permanecer en la vivienda durante el plazo que reste para cumplir el mínimo de cinco años.

Así Antonio Pau (en el Libro por él dirigido y publicado por el CER del CORPME “El nuevo arrendamiento urbano. Régimen Civil y Registral”, páginas 251 y ss) dice que en estos casos no existe el derecho de adquisición preferente porque la concesión de este plazo adicional no va más allá de dotar de una mínima estabilidad al arrendamiento. Este mismo autor entiende que en el caso de ejecución hipotecaria sólo procederá el derecho de adquisición preferente cuando el arrendamiento es anterior a la hipoteca; cuando es posterior, considera este autor, que no existe derecho de retracto, ni en éste, ni en ninguno de los casos del artículo 13.1 LAU (resolución del derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, o el ejercicio de un derecho de opción de compra). Es más considera que cuando el arrendamiento es posterior no sólo a la hipoteca sino incluso a la nota de expedición de la certificación, no sólo no hay retracto, sino que se extingue el arrendamiento en el momento de la venta, sin que sea de aplicación la vigencia “ex lege” de cinco años que señala el artículo 13.1 LAU.

No obstante, algunos compañeros consideraron que si el arrendamiento subsiste durante el plazo que le queda para llegar a los cinco años, lo es con todas las consecuencias, incluido el derecho de adquisición preferente; no ocurriendo así, si han transcurrido ya los cinco años del arrendamiento cuando se ejecuta la hipoteca, en que extinguido el mismo, no existirá ese derecho.

¿Y qué ocurrirá si el arrendamiento es anterior a la hipoteca? Si estuviera inscrito en el Registro no hay duda de que el arrendamiento subsistirá, aunque

en la instancia se diga que la finca subastada no se encuentra arrendada, y el adquirente quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, pudiendo ejercitar el arrendatario el derecho de adquisición preferente (artículos 14 y 29 LAU). Si el arrendamiento no está inscrito la posición del tercero adquirente dependerá de si concurren o no en él los requisitos del artículo 34 LH. Cuando concurren en el tercero adquirente los requisitos del artículo 34 LH no vendrá obligado a subrogarse en el arrendamiento de local de negocio quedando éste extinguido. Pero si fuere arrendamiento de vivienda sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, pero sin que exista en estos casos, según la tesis mayoritaria expuesta, derecho de adquisición preferente, puesto que el contrato ha quedado resuelto.

5.-P: Examen de las recientes reformas de las subastas de bienes inmuebles, singularmente las relativas a la vivienda habitual, tanto del procedimiento ejecutivo judicial como del procedimiento ejecutivo extrajudicial.

R: Distinguiremos por tipos de procedimiento:

1º.- Procedimiento ejecutivo judicial.

Según los artículos 670 y 671 de la LEC sólo será posible una subasta que, ya se refiera a la vivienda habitual del deudor o no, se aprobará si la mejor postura fuera igual o superior al 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta.

Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 % del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 % del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Si el ejecutado no presentará nuevo postor, el ejecutante podrá pedir la adjudicación del inmueble si es la vivienda habitual del deudor por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60% de su valor de tasación y a la mejor postura.

Y si la finca subastada no se trata de la vivienda habitual del deudor, el ejecutante podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % del tipo de la subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura, y aunque esa cantidad sea inferior al 60% de la tasación inicial (DA 6ª LEC).

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50

% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

Ese mejor postor podrá ser también el propio ejecutante al que se le adjudicaría la finca en las mismas cantidades expresadas sin que le sea aplicable la limitación del 60% que rige para los supuestos en que solicite la adjudicación directa y ello porque mientras en el caso de remate nos encontramos ante una verdadera venta con precio determinado de modo objetivo, en la adjudicación directa, no obstante algunas teorías, según la actual doctrina dominante y el criterio de la DGRN, nos encontramos ante un negocio autónomo de finalidad solutoria en que propiamente no existe precio.

Si en la subasta no hubiere habido ningún postor el acreedor podrá: a) si se trata de la vivienda habitual, pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación, en este caso, aunque con esa cantidad no se cubra lo que se deba por todos los conceptos, y b) tratándose de otra clase de bienes, pedir su adjudicación por una cantidad igual al 50 % del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos (DA 6ª LEC).

2º.- Procedimiento ejecutivo extrajudicial.

A.- Si la finca subastada no fuera la vivienda habitual del subastado, rige el artículo 236-g del Reglamento Hipotecario según el cual se admiten tres subastas.

En la primera subasta, el tipo será el pactado en la escritura de constitución de hipoteca y no se admitirá postura alguna que sea inferior a dicho tipo. Si no hubiere postura admisible en la primera subasta la adjudicación de la finca en pago de su crédito, por el tipo del 100%.

Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se celebrará la segunda subasta, cuyo tipo será el 75 % del correspondiente a la primera, y sin que pueda admitirse postura inferior al mismo. Si en la segunda subasta tampoco hubiere postura admisible, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el tipo de la segunda subasta del 75%.

Si el acreedor tampoco hiciese uso de este derecho, se celebrará la tercera subasta, sin sujeción a tipo. Celebrada la tercera subasta, si la postura fuese inferior al tipo de la segunda, el acreedor que no hubiese sido rematante, el dueño de la finca o un tercero autorizado por ellos podrán mejorar la postura y, en caso contrario, la finca quedará adjudicada al rematante cualquiera que haya sido su puja, aunque dicho rematante haya sido el mismo acreedor, por las razones antes señaladas y dado que el artículo 236-h del RH permite al acreedor concurrir como postor a todas las subastas.

Como en esta tercera subasta no se encuentra prevista la posibilidad de la adjudicación en pago a favor del acreedor, se entiende que sólo caben tres opciones: rechazar su posibilidad y aplicar el artículo 236-n del RH (venta judicial); aplicar el mínimo establecido para este tipo de bienes por la LEC del 50% de la tasación inicial, por aplicación analógica de esa Ley; o admitirla por el tipo de la segunda subasta extrajudicial del 75% del tipo de subasta inicial, por entender que es el mínimo permitido en este procedimiento, solución esta última que es la que goza de la opinión mayoritaria.

A favor de la aplicación del límite del 50% se argumenta, además, que el artículo 12 del Real Decreto Ley 6/2012 de que hablaremos, de aplicación a la subasta de la vivienda habitual, permite la adjudicación por un 60% del tipo en un supuesto en que la protección del deudor debe ser mayor y si el legislador interpretara que, bajo la regulación anterior, el acreedor no podría adjudicarse la finca en caso de quedar desierta la tercera subasta, o que en ningún caso la adjudicación podría superar el 75 % del tipo de la primera subasta, no habría introducido este nuevo umbral de protección para el supuesto de vivienda habitual en paralelo con el señalado por la LEC.

En contra se argumenta que el legislador ha efectuado dos reformas (RDL 8/2011 y RDL 6/2012 de reformas de la subasta judicial y de la subasta extrajudicial sólo de la vivienda habitual respectivamente) y en ninguna ha modificado el artículo 236-g del RH, por lo que debe entenderse su voluntad, por absurda que sea, de establecer un régimen especial en caso de subasta extrajudicial de bienes inmuebles en general, pues pudo limitarse, en cualquiera de ellas, a aplicarle las mismas normas de la subasta judicial o a no distinguir por razón del tipo de bien subastado.

Ello es así porque al tratarse la venta judicial y extrajudicial de dos sistemas de distinta naturaleza, no es posible aplicar analógicamente la LEC a la segunda. Así la fuente de legitimación del procedimiento judicial deriva de la fuerza coactiva del Estado –el control jurisdiccional- y la del procedimiento extrajudicial del previo acuerdo de las partes dirigido a hacer efectivo el *ius distrahendi* como finalidad esencial del derecho de hipoteca –Antonio Gallardo-, es decir, que en este segundo caso no estamos ante un auténtico proceso de ejecución sino ante una venta fundamentalmente privada dirigida al cumplimiento subsidiario de la obligación.

Por otra parte, esa “venta supletoria”, cuya regulación legal ha sido asumida por acuerdo de las partes, sólo es posible, como ya se ha expuesto, a través de la venta notarial en subasta de la finca dada en garantía, y no existe realmente en la simple adjudicación directa del bien al acreedor a su sola instancia, por lo que la posibilidad de adjudicación en pago debe ser objeto de interpretación estricta,

sólo en los supuestos expresamente establecidos por la leyes o reglamentos y, en consecuencia, debe rechazarse una adjudicación directa por el importe del simple crédito debido.

De todo lo cual resulta que dentro de la venta o procedimiento extrajudicial y una vez fallida la tercera subasta por falta de postores, tan sólo cabe reconocer al acreedor la misma facultad de adjudicación de que ya gozaba en la segunda subasta, es decir, la 75% de la tasación convenida en el título, por resultar así de una interpretación teleológica de la norma que valore adecuadamente todos los intereses en conflicto.

B.- Si la finca subastada fuera la vivienda habitual del subastado, rige el artículo 12 del RD-Ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos según el cual:

La realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un importe igual o superior al 70% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura.

Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70% en del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar un tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70% del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Si no esa de esa facultad, el acreedor podrá pedir la adjudicación de la finca por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación, pero independientemente que con ello se cubra o no el importe de lo debido como ocurre en el procedimiento judicial.

Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos.

Ese mejor postor, como en el caso del procedimiento ejecutivo judicial, podrá ser el propio ejecutante al que se le adjudicaría la finca en las mismas cantidades expresadas sin que le sea aplicable la limitación del 60% que rige para los supuestos en que solicite la adjudicación directa.

Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60% del valor de tasación, aunque con ello no se cubra el importe íntegro de lo debido.

Si el acreedor no hiciere uso de la facultad de adjudicación en pago, quedará expedita la vía judicial que corresponda, lo que incluye la posibilidad de una nueva subasta judicial.

Se critica a la nueva regulación dos cuestiones: a) la no necesidad en caso de subasta con pujas de que la adjudicación al acreedor por el mínimo del 60% cubra la totalidad de la suma debida, y b) el por qué debe admitirse dicha adjudicación si la mejor postura es inferior al 70% del tipo de la subasta pero superior al 60%.

Y se concluyó, aun reconociéndose lo opinable de los criterios adoptados, que, respecto de la primera cuestión, se trata de una opción legislativa que se debe respetar en la calificación y, respecto de la segunda, que se trata de un error de redacción y que una interpretación teleológica que tenga en cuenta que la reforma trata de reforzar la posición del deudor en estos supuestos, debe llevar a entender que esa cantidad del 60% debe ser superior a la mejor postura, o si no debe igualarse la misma.

C.- Derecho transitorio.

A falta de norma expresa transitoria sobre el procedimiento extrajudicial, sobre esta cuestión se manifestaron dos posturas principales, una la de los que consideraron que los nuevos umbrales mínimos para la adjudicación directa de los bienes al acreedor en caso de subastarse la vivienda habitual del deudor debían aplicarse siempre que a la entrada en vigor –10 de marzo de 2012- la subasta no se hubiere efectuado o a la siguiente que se efectuará si ya se había celebrado alguna, con base en la finalidad imperativa de la norma; y otros que incidieron que en que el momento determinante es el de los anuncios de la subasta por el notario dado que en los mismos se indica, por imperativo legal (Art. 236-f del RH), el tipo de la subasta, las condiciones de la misma y el número de las subastas posibles.

A favor de este segundo criterio se mencionaron a las siguientes normas de derecho transitorio:

-- Las normas 1 y 3 del anexo del propio RDL 6/2012 que respectivamente indican que: *“No podrán solicitar la reestructuración de las deudas hipotecarias aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución, una vez se haya producido el anuncio de la subasta”* y que *“la dación en pago no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta”*, dado que son las medidas de la reforma que tienen carácter imperativo como las del procedimiento extrajudicial.

La posibilidad que se concede en la norma 2 del anexo del propio RDL 6/2012 de solicitar la quita del capital *“por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta”*, no se entiende argumento en contra, dado que la misma puede ser rechazada por el acreedor.

-- La disposición transitoria tercera del RDL 8/2011 que modificó las subastas judiciales que, aunque no se pronunció respecto del régimen transitorio de las mismas, para el régimen transitorio de los procedimientos administrativos señala que *“Los procedimientos administrativos afectados por los preceptos contenidos en este RDL e iniciados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán por la normativa anterior que les resulte de aplicación”*, pues el inicio debe ser o bien el requerimiento al notario o como mucho los anuncios para la subasta.

A favor del primer criterio, que fue mayoritario, se aludieron las siguientes normas de derecho transitorio:

-- La disposición transitoria sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil que respecto a la Ejecución forzosa establece que *“Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aun puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante”*, pues no celebrada la subasta el régimen de la misma, que es lo que en este caso es objeto de reforma, puede modificarse con sin previa modificación de los anuncios.

-- La normativa de la Ley Concursal 38/2011 que respecto de la ejecución de las hipotecas otorgadas por el concursado señala que *“Las actuaciones ya iniciadas se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho”*, lo que probaría que los anuncios de la subasta no condicionan la aplicación de normas imperativas.

D.- La validez del requerimiento y notificación notarial.

Como cuestión colateral se trató el tema de la validez o no del requerimiento de pago y de las notificaciones eficaces que los notarios efectúan al deudor, no en el domicilio que figura en el registro a tal efecto sino en el domicilio real o actual del mismo que se busca *ad hoc* al resultar fallido el requerimiento o notificación en el domicilio anterior.

A este respecto el artículo 236-c del RH establece que *“el requerimiento de pago tendrá lugar en el domicilio que, a efectos de aquél, resulte del Registro y se practicará por el Notario, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o*

dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo, y si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos. Si el Notario no fuera competente por razón del lugar practicará el requerimiento por medio de otro Notario que sea territorialmente competente”, añadiendo a continuación que “Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por conclusa el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda”.

Y, por su parte, el artículo 236-d del RH señala que las notificaciones al tercer poseedor de los bienes hipotecados y a los titulares de cargas posteriores *“se efectuarán en los domicilios de los interesados que figuren en el Registro de la Propiedad y en la forma prevenida por la legislación notarial. Si los domicilios fueran desconocidos, si no resultase posible la notificación por cédula o por correo con acuse de recibo, o si el Notario dudase de la efectiva recepción de aquélla, se procederá a la notificación por medio de anuncios, que se fijarán en el tablón del Ayuntamiento y del Registro de la Propiedad y se insertarán, cuando el valor de la finca, a efectos de subasta, exceda de 5.000.000 de pesetas, en el Boletín Oficial de la provincia o de la Comunidad Autónoma correspondiente”,* añadiendo a continuación que *“A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, cualquier adquirente de un derecho real, carga o gravamen que recaiga sobre un bien hipotecado podrá hacer constar en el Registro un domicilio en territorio nacional en el que desee ser notificado en caso de ejecución. Esta circunstancia se hará constar por nota al margen de la inscripción del derecho real, carga o gravamen del que sea titular”.*

Ante esta normativa la mayoría de los compañeros sostuvieron la admisibilidad de ese requerimiento o notificación en aras a la efectividad del derecho de cobro del acreedor siempre que se efectuare en la persona del propio deudor; pero por algunos se señaló que las normas contenidas en los artículos 236-c y d del RH fijan una forma de requerimiento y notificación imperativa, que pasa por la constancia registral del domicilio y que excluye la búsqueda alternativa del domicilio real, que sólo se prevé para el procedimiento ejecutivo judicial, por lo que si el requerimiento de pago o notificación no resultan efectivos por esta vía, el notario debe abstenerse de averiguación alguna, debe cerrar el acta y al acreedor únicamente le queda acudir a la vía judicial

3.- Dación en pago negocial.

Nos referimos en este apartado a las daciones en pago ajenas a los procedimientos de ejecución ya sean judiciales o extrajudiciales y que, por tanto, no implican la cancelación de las cargas posteriores.

Pues bien, a este respecto se concluyó que al tratarse de un negocio independiente, rige el principio de autonomía de la voluntad y debe admitirse cualquier valor que las partes acuerden dar a la finca, produzca o no la extinción total de la deuda. Este criterio se considera aplicable aun cuando ya se hubiere celebrado la subasta judicial o extrajudicial, o constare en el registro la nota marginal de inicio de dichos procedimientos, sin perjuicio de la implicación que ello podría tener para la cancelación de la hipoteca de referencia, y aunque, en su caso, la adjudicación tenga lugar ante el mismo notario ante el que se tramitó la venta extrajudicial.

La única excepción tendría lugar, tratándose de vivienda habitual y de préstamo o crédito que no exceda de las cuantías legalmente determinadas, respecto de aquellas entidades que se hubieren sometido al Código de Buenas Prácticas y con relación a aquellos deudores que encontrándose en “en el umbral de exclusión” definido en el artículo 3 del RDL 6/2012, hayan acudido a las medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria previstas en el mismo sin que las mismas hayan resultado viables una vez transcurridos doce meses, pues según su artículo 5-4 del citado RDL, en tales casos, será obligatoria para las entidades acreedoras la aplicación de las previsiones del Código de Buenas Prácticas, incluida la dación en pago solutoria.

En concreto esa dación en pago de la vivienda habitual deberá ajustarse a las siguientes normas que deben ser objeto de calificación:

En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración de la deuda, si la misma no resulta viable por implicar una cuota hipotecaria mensual superior al 60% de los ingresos de la unidad familiar, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del citado artículo 3 podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual y la entidad acreedora estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

Por tanto, esta dación en pago supondrá, independientemente de la cantidad que represente respecto del tipo fijado para la subasta, la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda, y consiguiente cancelación de la hipoteca que la entidad acreedora no podrá soslayar.

Si el deudor solicita en el momento de pedir la dación en pago permanecer en la vivienda en concepto de arrendatario, dicho arrendamiento deberá ser inscrito, si el deudor no solicitara expresamente lo contrario, y deberá calificarse que se cumplen los requisitos fijados por el RDL, a saber: duración mínima de dos años, una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento

de la dación y un interés de demora máximo del 20% para el caso de impago de la renta.

Esta dación en pago no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

En cuanto a la forma de acreditar a efectos de otorgamiento de la escritura respectiva y de inscripción las distintas situaciones jurídicas y trámites señalados para la obligatoriedad de esta dación en pago, se pospuso la cuestión por falta de tiempo a un seminario posterior, señalándose sólo dos aspectos:

a) Que respeto de las entidades que se adhieran al Código de Buenas Prácticas habrá de estarse al BOE que en los primeros 10 días de los meses de enero, abril, julio y octubre publicará un listado de entidades adheridas (Art. 5-3 RDL 6/2012). Se acuerda, no obstante, solicitar al Colegio que se ponga en contacto con la “Secretaría General del Tesoro y Política Financiera” para que remita una comunicación inmediata de cada adhesión, prórroga o denuncia, pues la obligatoriedad de la norma para las entidades de crédito lo es desde la adhesión y no desde su publicación en el BOE (Art. 5-4 RDL 6/2012).

b) Que para calificar la condición o no de vivienda habitual de la finca hipoteca se atenderá a las circunstancias que resulten del registro, debiendo en caso contrario la parte deudora efectuar manifestación expresa de cambio de domicilio.

INMATRICULACIÓN.

1.-P: Se presenta una escritura que documenta la venta de una finca de 9377 metros cuadrados al sitio “las Polvaredas”, que se dice no inmatriculada, pero, examinado el título completo y especialmente el certificado catastral del año 2007 que se incorpora al mismo, en el que constan las superficies catastrales de las fincas colindantes; se entiende que existen motivos fundados para pensar que, en realidad, la finca transmitida forma parte de otra mayor, la registral X en el mismo sitio de “las Polvaredas”, inscrita a favor de R e hijos con una superficie de 54.625 metros cuadrados; ascendiendo la suma de la superficie catastral de dicha finca (45.406 m²) y de la que se pretende inmatricular (9.377 m²) a 54.783 metros cuadrados, es decir, una superficie casi idéntica a la inscrita.

Se da también la circunstancia que el titular registral Don R procedió en el año 2002 a inscribir, con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica del

año 2000 y de un acta notarial de notoriedad, un exceso de cabida en dicha finca registral X de 11.283 metros cuadrados a sumar a los originariamente inscritos 43.342 metros cuadrados.

Las certificaciones catastrales de 2000 y 2007 se refieren a la misma finca catastral –en cuanto al número- que en 2000 se encuentra catastrada a una persona con 54.625 metros cuadrados y en 2007 a favor de otra con 9.377 metros cuadrados.

En la publicidad al notario se indicó que la finca, tal como se describía en la solicitud notarial, no se encontraba inscrita en el Registro. ¿Se debe inmatricular dada esa información registral o se debe calificar sin atender a la misma?

R: Indudablemente se debe calificar atendiendo al contenido integro de la escritura, pues ésta suministra una información –superficie y titularidad catastral de las fincas colindantes- que no se tuvo a la hora de expedición de la publicidad y que permite afirmar que la superficie que se pretende inmatricular forma ya parte de otra de mayor extensión inscrita a favor de otra persona.

Por lo tanto, para poder inscribir la transmisión de referencia se debe aclarar esa discrepancia de los certificados catastrales de los años 2000 y 2007, acreditar de otra forma fehaciente que esos 9.377 m² no se encuentran ubicados en la citada finca colindante inscrita, u obtener la previa rectificación de la superficie de la finca registral x, bien por consentimiento de los titulares registrales bien por sentencia judicial (artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

En defensa de esos argumentos se aluden a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298-1 del Reglamento Hipotecario, que contemplan como presupuesto de la inmatriculación que la finca no esté inscrita o que no existan dudas de que procede de una finca inscrita y artículo 20 de la Ley Hipotecaria, según el cual, en los demás casos, para inscribir títulos por los que se transmita el dominio de una finca, deberá constar previamente inscrito el dominio a favor de la persona que otorgue el acto de transmisión.

2.-P: Se presenta una sentencia en la que se declara el dominio a favor de la parte actora de 141 metros, que se dice han sido invadidos por la sociedad demandada. Se decreta, además, que se proceda al deslinde correspondiente y a la demolición de la edificación existente, y posteriormente a la "rectificación e inscripción registral de lo declarado anteriormente".

Sobre la finca que debe ser objeto de demolición existe posteriormente constituida una hipoteca, sin que dicho acreedor hipotecario haya sido parte en el procedimiento. ¿Qué se debe hacer?

R: Indudablemente la hipoteca no puede ser cancelada por aplicación de los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria que exigen para poder cancelar y una inscripción el consentimiento de los titulares de la misma o sentencia judicial firme dictada en procedimiento en que los mismos hayan sido parte.

Por lo demás, respecto de los asientos a practicar, debe aclararse si se trata de un supuesto de doble inmatriculación, en cuyo caso el asiento a practicar será una reducción del exceso de cabida de la finca del demandado y la cancelación de la inscripción de obra nueva; o si la finca de la parte actora no estuviera inmatriculada, en cuyo caso debería cancelarse la inscripción de obra nueva y proceder a la segregación de la superficie demandada, con arrastre de la hipoteca e inscripción a favor del actor.

OBRAS NUEVAS.

1.-P: Examen del Informe de la Subdirección General de Urbanismo acerca de la interpretación del nuevo artículo 20.4 de la Ley del Suelo.

R: Se considera acertado el mencionado informe que confirma el criterio mantenido por este seminario –ver números 31 y 32 de esta revista- de que la inscripción de las obras nuevas ha de practicarse en todo caso mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado a) del artículo 20, número 4, de la Ley del Suelo sin que sea necesaria la aportación de la declaración municipal de “*fuera de ordenación*” del edificio, toda vez que es perfectamente posible que tal edificación se ajuste a la ordenación vigente en el momento en que se declare la obra.

La reforma, dice el Informe, tiene por finalidad reforzar la protección del propietario y a los posibles compradores de las edificaciones, no favorecer que los ayuntamientos puedan paralizar la inscripción de las obras nuevas cuya demolición no puede tener lugar por haber prescrito las acciones que podían provocarla.

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

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

OPCIÓN DE COMPRA.

1.-P: Se pregunta por la cancelación de los derechos de opción no ejercitadas.

R: Se considera unánimemente aplicable el artículo 177 del RH según el cual pueden cancelarse por caducidad los asientos registrales relativos a derechos que tuvieran un plazo de vigencia para su ejercicio cuando hayan transcurrido 5 años desde su vencimiento, salvo el caso de prórroga legal y siempre no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado o modificado el derecho o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.

Este supuesto de caducidad, fiel al principio de inoponibilidad respecto de terceros de lo no inscrito, pues el derecho se ha podido ejercitar extrarregistralmente, encuentra su base legal en el artículo 82 párrafo 2º de la Ley Hipotecaria y para su efectividad es aplicable el artículo 353-3 de su Reglamento.

PACTO COMISORIO.

1.-P: En una primera escritura se formaliza una hipoteca en garantía de un préstamo entre particulares y en el número siguiente de protocolo se concede por el deudor hipotecante un derecho de opción de compra a favor de acreedor hipotecario.

En la segunda de las escrituras, se contienen entre otras las siguientes cláusulas:

- Se fija un importe para la compra similar al garantizado con la hipoteca.
- El plazo para el ejercicio de la opción es durante un mes a contar desde la fecha señalada para el vencimiento del préstamo hipotecario.
- Se pacta el posible ejercicio unilateral de la opción, facultándose al optante para otorgar por sí mismo la correspondiente escritura pública y realizar cuantas operaciones jurídicas fuesen necesarias para inscribir la finca a su nombre libre de cargas.
- Se pacta que en caso de existir cargas anteriores podrá el optante detracer del precio de la compraventa la cantidad a que asciendan las mismas, bien

consignando notarialmente su importe, o bien liquidando directamente los que procedan o subrogándose en ellos si fuera posible.

-- Para hacer esta liquidación directa, el concedente, da poder al optante aunque incida en la figura jurídica de autocontratación.

-- Se pacta, así mismo, que podrá detrarse del precio los gastos que se originen para cancelar las cargas anteriores.

¿Es inscribible?, ¿puede el registrador en su calificación apreciar la circunstancia de la existencia de pacto comisorio?

R: Se plantean tres opciones de calificación:

A) Hacer una calificación conjunta de ambos documentos, como un negocio jurídico complejo, en cuyo caso podemos llegar a la conclusión que estamos en presencia de una hipoteca con pacto comisorio no permitido en nuestro ordenamiento (arts. 1859 y 1854 CC). La facultad de compensación no se pacta de modo expreso pero queda establecida cuando se permite deducir del precio el importe de las cargas anteriores y además, todo ello, de forma unilateral por el optante.

B) Calificar la segunda escritura denegando la facultad de descontar del precio el importe de las cargas preferentes de modo que fuera obligatoria la consignación del precio, pero parece que el resultado final sería el mismo.

C) Finalmente, optar por calificar positivamente ambas escrituras, sobre todo porque en ningún momento el ejercicio de la opción se condiciona a la falta de devolución del préstamo garantizado con la hipoteca previamente inscrita. En principio no parece haber vinculación entre ambos negocios jurídicos, salvo la que claramente inducimos.

Se recuerda que la calificación de un contrato como de pacto comisorio es una cuestión de interpretación de las estipulaciones concretas de cada uno y, por tanto, subjetiva, y que una pequeña diferencia en alguna de ellas puede llevar a una apreciación distinta. En este caso, se opta con gran mayoría por la primera solución con base en la resolución de la DGRN de 26 de marzo de 1999, que para un caso similar rechazo la inscripción por la apreciación de existir pacto comisorio, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2011 que permite el levantamiento del velo de las sociedades.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-P: Se presenta una sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo que anula un acuerdo del ayuntamiento por considerarlo lesivo, cuando en base a cuyo acuerdo se realizó una permuta por escritura publica por el ayuntamiento

con unas personas de una finca del patrimonio público del suelo del mismo, personas que constan como demandadas y, en cuyo procedimiento, se demandó también a un adquirente posterior de la finca. Hay, además, una hipoteca posterior, cuyo titular no ha sido parte en dicho procedimiento.

La sentencia únicamente declara lesivo el acuerdo y lo anula y el mandamiento se limita a indicar que se inscriba la sentencia. ¿Se puede inscribir?

R: Aunque existieron criterios contrarios favorables a la inscripción de la sentencia mediante simple cancelación de la permuta y otros añadiendo la cancelación de la venta posterior, mayoritariamente se consideró que no se puede practicar cancelación alguna mientras el juzgado, en trámites de ejecución de sentencia –ver resolución de la DGRN de 19 de febrero de 2007-, no determine los asientos concretos a cancelar, determinación que deberá incluir, también, el asiento de la otra finca permutada e inscrita a favor del ayuntamiento. La hipoteca, en todo caso, no se podía cancelar al no haber sido su titular registral parte en el procedimiento (artículo 40 LH).

Entre tanto, se estima, por aplicación analógica el artículo 75 del RD 1093/1997 relativo a la constancia registral de la declaración de ilegalidad de la licencia de edificación, que sólo se podrá practicar una nota marginal de “declaración de lesividad de la permuta” con efectos de publicidad noticia.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

1.-P: CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN. Se ha presentado un mandamiento de la Agencia Tributaria, con firma escaneada y Código Seguro de Verificación, el Registrador lo suspende. Ahora, se presenta un documento titulado "Diligencia de subsanación de defectos", firmado (con firma manuscrita) por el mismo funcionario cuya firma escaneada figura en el mandamiento. En él se dice que:

“Mediante la presente CERTIFICO que los documentos que fueron presentados en fecha 28/10/2011, que motivan esta diligencia de subsanación, son auténticos, y que han sido firmados electrónicamente por mí, con el certificado de usuario personal que me identifica en el sistema informático de la AEAT, y con la competencia que me otorga mi cargo. Dicha autenticidad puede ser verificada mediante el Código Seguro de Verificación que incorpora cada uno de los documentos en la Sesión Electrónica de la página Web de la Agencia Tributaria, www.agenciatributaria.gob.es

Por todo ello, SOLICITO que se tengan por subsanados los defectos advertidos en los documentos presentados en fecha 28.10.2011, de falta de autenticidad, y proceda a su inscripción en ese Registro.”

¿Se puede proceder a la inscripción?

R: Se plantean dos opciones posibles:

A) Entender que con esto no se subsana nada, y ello, por dos motivos:

- Porque el documento que ha de servir de título inscribible sigue sin ser auténtico, puesto que la competencia del firmante sigue sin estar acreditada en legal forma y el documento sigue sin hacer fe por sí sólo.

- Porque lo que corrobora el documento es que el procedimiento de firma usado es el CSV, no el de firma electrónica reconocida, ni el procedimiento que figura en el convenio. Y el CSV sigue sin estar amparado por la Ley 11/2007.

B) Entender que sí se subsana, porque implica una ratificación por escrito con firma autógrafa del escrito inicial.

Ante el desconocimiento técnico de los presentes se remitió la cuestión al informe elaborado por el vocal colegial del servicio de sistemas de la información de 17 de mayo de 2011 que se mostraba partidario de admitir el sistema de Código seguro de Verificación como firma electrónica, lo que elimina el problema planteado incluso en la primera nota de despacho. En concreto el citado informe concluye:

“El CSV se convierte en firma electrónica, y en consecuencia, en medio autónomo de comprobación de la autenticidad del documento (cfr. artículo 30.5 de la Ley de acceso electrónico), cuando el documento:

- (a) ha sido generado con carácter electrónico,
- (b) por la propia Administración —titular, se entiende, de la sede de que se trate—,
- (c) ha sido autorizado por funcionario, que dentro de dicha Administración, tiene legalmente la competencia que se ejercita (cfr. artículo 3.6 de la Ley de firma electrónica),
- (d) mediante la utilización de cualquier sistema adecuado de firma electrónica (incluidos, en su caso, el sello electrónico y el CSV),
- (e) trasladándose a papel el documento electrónico, con impresión de aquella referencia o identificador lógico.

De cuanto antecede **deben derivarse las siguientes consecuencias:**

1º.- El CSV está previsto legalmente como firma electrónica.

2º.- El CSV está legalmente previsto tanto para actos automatizados como para aquellos que requieran la identificación del autor.

3º.- En este último supuesto, el CSV puede configurarse como firma electrónica de autenticación personal, que permite vincular la firma electrónica con un determinado funcionario público.

4º.- En consecuencia, el soporte del documento electrónico tiene el carácter de prueba documental.

5º.- Rige, en consecuencia, la presunción general del carácter real y auténtico del documento electrónico, al igual que rige esa presunción para los documentos en papel, conforme a los artículos 3 de la Ley de Firma Electrónica, 319, 320 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y especialmente en esta materia, a la vista de la presunción de legalidad del artículo 57 de la Ley 30/1992.

6º.- Debe ponerse en relación el art. 30 de la Ley 11/2007 con el art. 46 de la Ley 30/1992”.

Por esas mismas razones no se pide ningún tipo de legitimación de firma en documentos judiciales y administrativos y por eso mismo debe interpretarse en sentido diferente la autenticidad de los documentos y firmas electrónicas de esas autoridades respecto de otros funcionarios públicos y de los particulares.

2.-P: Se ha presentado un mandamiento de embargo por vía telemática de la Agencia Tributaria de la Comunidad de Madrid y al utilizar le Código Seguro de Verificación que incorpora, no se ha podido efectuar la comprobación oportuna. ¿Cómo operar en estos casos?

R: Se indica que efectivamente no es posible efectuar la comprobación con el navegador de Windows –Internet Explorer- que es el habitual de los registros, pero sí con otros como el “Mozilla Firefox”. Se hablará con la Comunidad para intentar solucionar este problema.

3.-P: Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2012 sobre legitimación registral para recurrir las resoluciones de la DGRN.

R: La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2012 como la de 20 de septiembre de 2011 han reducido este ámbito de la legitimación registral para recurrir las resoluciones de la DGRN reconocido por la mayoría de las Audiencias Provinciales –principio *pro actione*, defensa de la legalidad, representación de terceros, etc- al señalar que esa legitimación de los registradores -y de los notarios- “*Se trata de una legitimación sustantiva y extraordinaria que no se identifica con el que resulta de la defensa de legalidad o disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos a disposiciones cuya protección se le encomienda, ni con un interés particular que le impediría calificar el título por incompatibilidad según el artículo 102 del RH, sino con aspectos que deberán concretarse en la demanda normalmente vinculados a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si la nota de calificación*”

hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN” y que “el registrador es titular de un interés legítimo que dimana de su propia actuación profesional al emitir una calificación negativa en el ámbito de sus competencias y que como finalidad pretende salvaguardar dicha actuación ante la apertura de un hipotético expediente disciplinario y defender su posición ante el principio legal de responsabilidad profesional del cual pudieran derivarse efectos negativos sobre su esfera patrimonial”.

Hasta aquí estas expresiones idénticas en ambas sentencias dejarían planteada una nueva cuestión, que es si esa legitimación existirá siempre porque siempre será posible exigir al registrador de la propiedad en caso de revocarse su nota de calificación por la DGRN una *eventual o hipotética* responsabilidad civil o disciplinaria, o si, por el contrario, es necesario para admitir la legitimación que esas responsabilidades se hayan sustanciado previamente. Pues bien, esta última solución parece deducirse de la segunda sentencia que ahora comentamos cuando, como aclaración de su doctrina, señala que “...*Reiteramos como doctrina jurisprudencial que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado siempre que éste acredite o justifique su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario o se le exija responsabilidad civil...*”, lo cual resulta absurdo pues se hace depender la legitimación de lo que decida la DGRN o el eventual perjudicado por la calificación negativa que con no manifestar su intención de exigir responsabilidad la eliminarían, cuando la realidad es que siempre será posible la incoación posterior de un expediente disciplinario mientras no prescriba la eventual infracción o la interposición de una demanda patrimonial mientras no prescriba la respectiva acción.

PROHIBICIÓN DE DISPONER.

1.-P: Existe una prohibición de disponer testamentaria, impuesta sobre tres fincas y las edificaciones existentes durante un plazo de 50 años. La cuestión es si la prohibición se extiende o no al aprovechamiento urbanístico no materializado que se reconoce a esas fincas por el Plan General de Ordenación aprobado después del fallecimiento de la causante o sólo al aprovechamiento vigente en el momento de la sucesión.

R: Una interpretación literalista de la prohibición de disponer, defendida por buen número de compañeros, implicaría que la misma se extiende a todo el dominio o aprovechamiento atribuible al heredero en fincas resultantes en la unidad de ejecución y ello supondría también el vuelo de la misma por lo que la nueva edificación quedaría sujeta a la prohibición de disponer (Art. 350 CC).

Ahora bien, a este respecto se aclara que la materialización de ese exceso de aprovechamiento sólo puede tener lugar mediante un expediente reparcelatorio en el que parte del aprovechamiento urbanístico "nuevo", o asignado por el Plan con posterioridad a la apertura de la sucesión se transmita por la sociedad heredera para, con el importe obtenido, poder financiar la reparcelación y las obras de urbanización y edificación que le corresponden; todo lo cual implica, a su vez, el derribo de las edificaciones existentes y su sustitución por una nueva que agote el aprovechamiento materializable, constituyendo sobre ella un complejo inmobiliario en el que se integran los otros propietarios de la unidad y el adquirente del mencionado exceso materializable.

Partiendo de esta realidad, mayoritariamente se consideró que es posible la transmisión del nuevo aprovechamiento materializable con base en los siguientes argumentos:

1.- La interpretación restrictiva de la DGRN respecto de las limitaciones dominicales, que tiende a mitigar la eficacia de las prohibiciones de disponer, de la que son buenos ejemplos la resoluciones de 22 de Febrero de 1989, admitiendo la enajenación forzosa, y de 26 de Febrero de 2008, permitiendo la hipoteca bajo límite de no ejecutarse mientras esté vigente la prohibición.

2.- El cumplimiento de los deberes de contribuir a los gastos de urbanización y de construir según el Plan municipal vigente es un requisito configurador del dominio moderno, cuya omisión podría ser incluso determinante de una expropiación o una enajenación forzosa de las fincas, con la consiguiente cancelación de la prohibición, con lo que si ello no es posible llevarlo cabo por si mismo por el heredero, de no permitirse la transmisión del exceso de aprovechamiento se estaría imposibilitando realmente el cumplimiento de la voluntad del testador.

3.- Además, como consecuencia de ello, el otorgamiento de una escritura de cesión onerosa del aprovechamiento urbanístico reconocido por el Plan con posterioridad a la apertura de la sucesión constituye la cesión de un derecho cuyo contenido, -la facultad de edificar agotando el aprovechamiento-, y cuyo objeto,- lo edificado-, no forman parte del caudal relicto, de forma que no puede entenderse extendida al mismo la prohibición de disponer.

4.- La aplicación analógica del artículo 798 del Código Civil según el cual cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario no pueda tener efecto la institución o el legado en los exactos términos que haya ordenado por el testador, deberá cumplirse en otros lo más conformes posibles a su voluntad.

5.- La consideración del artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Patrimonio de las

Administraciones Públicas, artículo en el cual se contempla que el mantenimiento de su destino a un fin o servicio público admite que, no obstante, sean desafectados o desadcritos los aprovechamientos urbanísticos que de ellos deriven a los efectos de su participación en la ejecución de la actuación; previsión que admitiría la analogía con la cuestión tratada en esta consulta en la medida en que en ella se parte de un bien inalienable, lo mismo que los demaniales, aunque sí, sin embargo, los aprovechamientos o, en otro sentido, los derechos al aprovechamiento derivados de uno y otro.

PROPIEDAD HORIZONTAL.

1.-P: CIUDAD DE LOS PERIODISTAS. Este complejo se integra por cinco manzanas y cada manzana, se forma por tres bloques de 68 elementos independientes cada uno, que registralmente constan como una SOLA PROPIEDAD HORIZONTAL DE MANZANA que comprende en total 204 elementos independientes.

Como, desde su origen, 1971, se advirtieron los problemas de funcionamiento que tenía la gestión de una comunidad tan numerosa, resolvieron constituir por la vía de hecho UNA COMUNIDAD POR CADA BLOQUE, que han venido funcionando autónomamente desde entonces.

En 1977, los Presidentes de las Comunidades de cada uno de los bloques, otorgaron un ACTA DE PROTOCOLIZACION DE ACUERDOS -no inscrita- en la que se hace constar los problemas que llevaron a generar tres COMUNIDADES DE PROPIETARIOS (año 1976) y no una como consta en el Registro. En ella se hace un repaso de la situación: 1º.-Dificultad de funcionar como una sola comunidad cuando realmente son tres. 2º.-Estructura de la construcción independiente que hace que los problemas de un bloque nada tengan que ver con el vecino. 3º.-Falta de solidaridad de los vecinos de un bloque con los problemas del contiguo. 4º.-Dificultad para la adopción de acuerdos.

Como consecuencia de todo ello los Presidentes de cada uno de los bloques acuerdan reconocer la existencia de TRES COMUNIDADES DE PROPIETARIOS, desconociendo la COMUNIDAD DE MANZANA y para el caso de que se pretenda la INSCRIPCION REGISTRAL: a) aceptar los Estatutos inscritos entendiendo que cuando habla de manzana debe entenderse bloque y que la cuota de participación es la misma multiplicada por tres; b) elevar a escritura pública el presente documento protocolizado.

PREGUNTA: ¿se podría practicar ahora la inscripción mediante escritura en la que comparecieran los presidentes de los tres bloques ratificando aquellos acuerdos?

R: En primer lugar se estima que la forma más conveniente y operativa de proceder, es la constitución de tres subcomunidades de bloque dentro de cada Comunidad de manzana, lo cual al no implicar una modificación de cuotas de la única propiedad horizontal inscrita, posibilitaría la adopción del acuerdo de constitución por bloques, sin tener que efectuar una reunión de toda la comunidad de manzana, y ratificando si acaso en cada subcomunidad de bloque la constitución de las otras subcomunidades.

En este sentido cabe citar la resolución de la DGRN de 15 de junio de 2011, según la cual, la modificación del título constitutivo, para hacer constar que los estatutos inscritos de una supracomunidad inmobiliaria integrada por las Fases I y II requiere el correspondiente acuerdo de los propietarios de ambas Fase, pero ello no impide que los propietarios de cada Fase puedan crear una comunidad específica para cada una, con sus propios estatutos.

El hecho de que sea esta solución exija un nuevo acuerdo de las comunidades y no valga el anterior de 1977, no debe ser obstáculo para la operación, pues dichas comunidades se reúnen todos los años, y porque, en todo caso, al existir nuevos propietarios inscritos a los que de conformidad con la doctrina reiterada de la DGRN no les afectaría ese acuerdo antiguo de modificación estatutaria, será siempre necesario el indicado nuevo acuerdo (ver resoluciones de la DGRN de 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008 y 22 de septiembre de 2009).

Por último, cumplidos todos los requisitos para la validez de estos nuevos acuerdos, su elevación a escritura pública, según criterio mayoritario, exigirá únicamente la comparecencia de los tres presidentes de las nuevas subcomunidades, dado que no afectan a los derechos individuales de cada propietario sino que constituyen acuerdos colectivos imputables a la Junta como órgano comunitario, acuerdos que no constituyen una modificación real del régimen de la propiedad horizontal inscrito, que seguirá funcionando igual respecto de las zonas comunes de la manzana, operando únicamente las nuevas subcomunidades respecto de las cuestiones que atañen exclusivamente a cada bloque.

2.-P: Sobre una vivienda unifamiliar, con una antigüedad de unos 100 años, ¿se puede constituir un régimen de propiedad horizontal sin ningún tipo de licencia?

R: Dadas las recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, que excluye, frente a un anterior criterio de la DGRN, la posibilidad de constituir propiedades horizontales sobre bienes que tengan la calificación urbanística de vivienda unifamiliar, se estima que para poder constituir dicho régimen sobre las denominadas “casas de pueblo antiguas” situadas en los cascos históricos será

necesario bien la correspondiente licencia municipal, en cuanto un uso más del suelo, o bien el certificado del ayuntamiento relativo a que en el plan general el destino urbanístico de dicha “casa” no lo constituye exclusivamente el de ser vivienda unifamiliar, por permitirse bien la apertura de locales o bien el carácter plurifamiliar.

3.-P: MODIFICACIÓN DE CUOTAS DE PROPIEDAD HORIZONTAL. La comunidad de propietarios decide cambiar las cuotas por entender que las vigentes son erróneas. Se celebra Junta de Propietarios que por unanimidad de los asistentes acuerda modificar las cuotas y establecer unas nuevas. Puesto que hay copropietarios no asistentes ¿puede aplicarse el consentimiento presunto del artículo 17 LPH y considerar como votos favorables los de los ausentes debidamente notificados que no se opongan o tienen que consentir de forma expresa? ¿Qué requisitos son necesarios?

R: La respuesta fue negativa porque la modificación pretendida afecta individualmente al derecho de propiedad separada y privativa de corresponde a cada uno de los copropietarios lo que exige su consentimiento individualizado, a diferencia de los actos que afectan a los elementos comunes y que, por tanto, puede ser adoptados con los requisitos del artículo 17 LPH. Debe tenerse que la cuota determina no sólo la participación en los gastos sino que es una auténtica cuota de copropiedad sobre el conjunto del inmueble y sus elementos comunes.

La DGRN ha venido distinguiendo, desde hace tiempo, entre aquellos acuerdos que son imputables a la Junta como órgano colectivo y que han de adoptarse por unanimidad de la misma, conforme a la LPH, y aquellos actos que afectan individualizadamente al derecho de los propietarios, y que requerirán que cada uno de éstos preste su consentimiento en escritura pública para poder acceder al Registro, una vez cumplido el requisito del tracto sucesivo (es decir, en este segundo tipo de actos no nos hallamos ante un acuerdo de junta, sino que se trata de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a los requisitos de capacidad, legitimación y forma propios de las declaraciones de voluntad personales). La diferencia entre uno u otro supuesto puede resultar complicada en ocasiones y se va resolviendo en función de las circunstancias concretas de cada caso. Así ha declarado que basta el acuerdo comunitario para: desafectación de determinados elementos comunes y ulterior venta de los mismos (RR. 4-3-2004, 23-3-2005 y 30-11-2006), la vinculación ob rem de los trasteros a las viviendas, como anejos (R. 31-3-2005) o determinadas modificaciones de los estatutos (R. 5-7-2005); por contra, y por tratarse de actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio, ha resuelto que es necesario el consentimiento individualizado de cada propietario: para la especificación del trastero que corresponde a cada uno de los pisos, aclarando la genérica expresión sobre este particular contenida en los estatutos (R. 12-12-2002), para la conversión de un elemento privativo en común (R. 23-6-2001), y

para la modificación de las cuotas o la creación de un nuevo elemento privativo, con la subsiguiente alteración de la cuota de otro elemento (R. 27-12-2010).

Precisamente en esta última resolución de 27/12/2010 se contiene una extensa argumentación acerca de si la modificación de cuotas debe considerarse como un acto colectivo de la Junta o se trata más bien de aquellos otros que requieren el consentimiento singular de todos los propietarios. Para ello analiza la significación jurídica que tiene en la propia Ley la cuota de participación y llega a la conclusión de que las modificaciones de la misma, en tanto en cuanto afecten al contenido esencial del derecho de dominio, habrán de realizarse con el consentimiento individual y singular de todos los propietarios afectados, en escritura pública, a falta de una norma en que la Ley atribuya expresamente a la Junta de Propietarios competencia para ello. Y en este sentido la previsión del artículo 3, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal relativa a que la cuota de participación podrá variarse «por acuerdo unánime», debería interpretarse no como acuerdo de la Junta en tanto que órgano comunitario, sino como acuerdo unánime de todos los propietarios, individualmente considerados, por afectar el acuerdo al contenido esencial de cada uno de sus respectivos derechos.

Otra cuestión sería que se hubiera planteado un acuerdo de variación de las cuotas participativas en su significación de criterio determinativo de la contribución a los gastos de la comunidad, y no tanto como cuota de participación en la copropiedad de los elementos comunes del inmueble. El TS ha venido admitiendo la competencia de la Junta, como órgano colectivo, para la modificación del título constitutivo por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de coeficientes participativos distintos e incluso más gravoso que el precedente, así como para fijar exclusiones, por ser de su competencia el sistema de distribución de gastos.

Y también la ley atribuye a la Junta de Propietarios la competencia para la fijación de las nuevas cuotas de participación en los casos de división, segregación, agrupación o agregación de los pisos o locales (artículo 8 LPH) pero en estos casos queda sujeta a un doble límite: en primer lugar, la modificación debe hacerse sin alteración de las cuotas restantes; y, en segundo lugar, se exige, además del consentimiento de la Junta, el consentimiento individual de los titulares afectados. Y por la doctrina de la DGRN se ha venido admitiendo, por asimilación a estos casos, los supuestos de desafectación de elementos comunes, señalando la competencia de la Junta, como modificación estatutaria que ha de adoptarse por unanimidad de los propietarios con los requisitos del artículo 17 LPH, para fijar o alterar la cuota de propiedad del nuevo elemento privativo, con el consiguiente reajuste proporcional de las demás cuotas; y adviértase que se exige aquí que este reajuste sea proporcional.

Pero fuera de estos supuestos, relativos al ámbito relativo a la fijación de la medida de participación en los gastos comunitarios, a la fijación de nuevas cuotas como consecuencia de las modificaciones hipotecarias vistas sin alterar las cuotas de los restantes elementos no afectados, o el reajuste necesario de cuotas en los supuestos de desafectación de un elemento común en donde se exige que aquél se realice proporcionalmente, la modificación de la cuota de participación, en tanto en cuanto afecta al derecho individual de cada uno de los propietarios de los pisos o locales, requiere el consentimiento individualizado y singular de los propietarios afectados, prestado en la escritura correspondiente

RENTA VITALICIA.

1.-P: Se presenta una escritura en que se dice que se transmite el dominio de una finca a cambio de una renta vitalicia que durará 15 años, salvo que el rentista muera antes y se remite a su regulación a los artículos 1802 a 1808 del Código Civil. ¿Es posible constituir la de esta forma?

R: Se entiende que no se trata de un auténtico contrato de renta vitalicia regulado en los citados artículos del Código Civil pues éste exige que la pensión se pague durante la vida de una o más personas y un carácter aleatorio que, en parte se pierde por la limitación temporal de la renta.

No obstante lo anterior, se considera inscribible al amparo del principio de autonomía de la voluntad contractual –artículo 1255 del Código Civil-, por lo que se podrá inscribir pero como otro negocio y así, se podría poner en el acta “por su título de transmisión o cesión onerosa a cambio de una renta temporal condicionada”.

No se consideran, sin embargo, aplicables los artículos 1802 a 1804 que se refieren al supuesto puro de renta vitalicia, ni el 1807, que recoge un negocio de carácter gratuito y no oneroso.

REPRESENTACIÓN.

1.-P: Se trata de una SIP en que una serie de Cajas segregan su negocio financiero a favor de un Banco creado al efecto, éste otorga un poder a favor de esas mismas Cajas que luego intervienen a través de sus representantes. ¿Es posible esta representación?

R: No se trata de un supuesto normal de representación en este tipo de operaciones (los nuevos Banco suelen otorgar nuevos poderes o asumir los anteriormente otorgados por las Cajas), pero no se ve inconveniente en su otorgamiento dado que las Cajas siguen ostentando personalidad jurídica e incluso podrían tener como objeto secundario el de gestión. Ahora bien, a los

efectos del negocio bancario ordinario deberá tener cuidado con el contenido concreto del poder en cada caso.

2.-P: Se presenta una escritura de partición de herencia en la que existen cinco herederos, dos de ellos están representados por otro heredero. El apoderado, dice que está facultado por poder para ejercitar las siguientes facultades, que el Notario transcribe " vender a la persona o personas que acuerde la propiedad o participación indivisa que le corresponda de dicha finca, por el precio, pactos y condiciones que convenga.... y en general realizar cualesquiera actos de administración, disposición y dominio sobre la finca piso....(finca objeto de la escritura si bien en poder 5 A y en Registro 5 izquierda) y ello aunque incida en la figura jurídica de autocontratación, concurrencia o contraposición de intereses o múltiple representación". El notario, bajo su responsabilidad, manifiesta que tiene capacidad y facultades suficientes para el otorgamiento. A continuación, manifiesta: "Respecto de ambos poderes se hace constar, están facultados los apoderados para realizar actos de administración, disposición y dominio con relación a dicho inmueble que es el único objeto de la presente herencia y además implica en si misma la venta la aceptación tácita de la herencia, por lo que al adjudicarse estrictamente con arreglo al testamento y manifestar los comparecientes la correspondencia del piso A con la izquierda y coincidir el número registral de la finca, considero el poder suficiente para formalizara la presente herencia".

No se realiza más que la aceptación y partición de la herencia, adjudicándose la finca los herederos por iguales partes. ¿Se puede inscribir, dados los términos del poder?

R: Parece claro que el juicio de suficiencia del notario no es congruente con el contenido del negocio documentado. En el supuesto planteado una persona otorga a otra un poder para vender y lo que se formaliza una aceptación y partición de herencia. Dándose facultades para vender una finca lo cierto es que, si se llegara a inscribir la escritura presentada, el poderdante quedaría dueño de una participación indivisa de la finca por título de herencia. Los términos del poder son claros y las facultades concedidas se limitan a la venta de la propiedad o participación indivisa que le corresponda en una finca y no comprende las facultades de aceptar la herencia y mucho menos de partir. La partición es un negocio jurídico que exigiría, en su caso, que las facultades se concedieran de modo expreso y sin dejar lugar a dudas. Tampoco lo debía ver muy claro el notario autorizante cuando, después de reseñar muy correctamente las facultades concedidas respecto de los dos poderes, se ve obligado a tener que dar una explicación adicional para justificar por qué, a su juicio, está facultado el apoderado para hacer lo que no resulta del poder.

Conforme al artículo 1.000 CC se entiende que se produce la aceptación tácita de la herencia cuando un heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos, pero no parece correcto extraer de aquí la conclusión de que el hecho del otorgamiento de un poder con facultades para vender la propiedad o participación indivisa de una finca que pertenece al causante del poderdantes implique la aceptación de la herencia, y mucho menos la partición de la misma. La aceptación pura y simple de la herencia implica que queda el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (artículo 1.003 CC) y por eso se exige para poder hacerlo el tener la libre disposición de los bienes (art. 992 CC), lo que implica, si se hace por representación, mandato expreso (art. 1.713 CC). Además el artículo 1.000 CC sólo se refiere, literalmente, a la enajenación del derecho hereditario y no de bienes concretos de la herencia.

Pero, aunque se entendiera implícito en el hecho de la concesión de poder la aceptación tácita de la herencia, que como se ha dicho es mucho suponer pues no cabe una concesión tácita de estas facultades, para lo que no se faculta en ningún caso es para hacer la partición, que exigiría igualmente mandato expreso, en cuanto que negocio jurídico por el que se transforma el derecho hereditario in abstracto que corresponde a cada heredero en el pleno dominio sobre bienes determinados o participaciones indivisas de los mismos. Debe calificarse, en consecuencia, como incongruente el juicio de suficiencia hecho y proceder a la calificación negativa de la escritura en tanto no sea ratificada en todos sus términos por los poderdantes.

Este es un caso más, como otros muchos que se vienen planteando en el Seminario, que evidencia la necesidad de que en los negocios que pretenden acceder al Registro, y en donde haya interesados que se encuentren representados por otros, se realice una calificación de las facultades representativas. El sistema registral y el de seguridad jurídica constitucionalmente diseñados así lo exigen, constituyendo la calificación del registrador una garantía esencial de su funcionamiento. Y ello es así, no por un problema de competencia de funciones sino, fundamentalmente, porque las personas que intervienen en el sistema diseñado atienden a intereses distintos que, en ocasiones, pueden matizar la interpretación de los supuestos y hacer que éstos se vean desde ópticas distintas: uno atiende al interés perfectamente legítimo y digno de protección pero particular de quien pretende ingresar en el Registro; y el otro al interés general, sometido en exclusiva a la ley, y que comprende, claro está, aquél interés, pero también el de la persona que, como consecuencia de la inscripción, va ser expulsado del Registro. Y este planteamiento no ha variado con la introducción del artículo 98 de la Ley 24/2011, reformado por la Ley 24/2005; lo que ha ocurrido es que el sistema se ha intentado modificar por la vía indirecta en base a ciertas interpretaciones que del mismo se ha venido haciendo.

En efecto, este precepto impone al registrador el deber de calificar la congruencia del juicio notarial de suficiencia del notario con el contenido del título presentado, extremo éste que ha ratificado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2011. Y, como ha dicho la reciente e importante RDGN 27/02/2012, BOE 29/03/2012, *“este control de congruencia, para poder ser ejercido, exige que del propio juicio de suficiencia resulte la coherencia entre la conclusión a la que se llega y las premisas de las que se parte. Un juicio jurídico, efectivamente, para merecer el nombre de tal, presupone la fijación de unas premisas y la afirmación de una conclusión y es coherente solo si es posible derivar ésta de aquéllas. Por tanto la revisión de la congruencia del juicio de suficiencia con el contenido del título, exige imperativamente que se aporten los datos necesarios para hacer una comparación entre las facultades que presupone la apreciación de la representación y el acto o contrato documentado, sin que basten meras fórmulas de estilo o apodícticas como las que se limitan a hacer una simple aseveración o afirmación de que la representación es suficiente para el acto o negocio documentado.”*

Esa doctrina aporta un poco de luz y sensatez al debate y, además, lo hace además con sentido común y sin merma alguna de las funciones y competencias que la ley atribuye a cada uno de los protagonistas, como acertadamente ya señaló la olvidada Resolución DGRN de 12 de abril 2002 por la que se resolvía la consulta vinculante hecha por el CGN, y cuyo acatamiento por el propio Centro de la que emanó hubiera evitado los múltiples perjuicios y problemas que se han ocasionado desde entonces, tanto a los profesionales como, principalmente al usuario de las oficinas.

SOCIEDAD CONYUGAL.

1.-P: Se presenta una escritura de cesión onerosa realizada por una Sociedad Limitada a favor de una persona física, del usufructo temporal por quince años a contar desde el otorgamiento de la escritura, sobre un bien inmueble de la entidad.

La adquirente por cesión está casada en régimen de gananciales, pero en la estipulación correspondiente no se hace indicación alguna del carácter privativo o ganancial del derecho de usufructo. La cesión temporal del usufructo se realiza como contraprestación a los trabajos realizados por la adquirente, a favor de la entidad cedente.

¿Cuál es el carácter del derecho de usufructo adquirido, privativo o ganancial?

R: Se entiende que dado el carácter oneroso de la cesión y que según el artículo 1347-1º del Código Civil son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, dicho usufructo tendrá a efectos registrales el carácter de presuntivamente ganancial, debiendo señalarse el nombre del marido ex artículo 51-9-a) del Reglamento Hipotecario.

URBANISMO.

1.-P: En una reparcelación hay un arroyo, y se plantean las siguientes preguntas:

- 1) ¿Tiene que aceptar la Confederación Hidrográfica del Tajo el deslinde de la finca de reemplazo si no consta deslindado previamente el cauce?
- 2) El informe de zona inundable en los últimos 500 años, ¿es calificable su ausencia o congruencia con lo aprobado?

R: Según el artículo 108 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, todos los propietarios o afectados por la Compensación urbanística deberán ser notificados individualmente de la existencia de este Proyecto.

Por su parte según el artículo 7-11 del RD 1093/1997 en el expediente de reparcelación debe constar expresamente que todos los propietarios de las fincas incluidas en la unidad han sido notificados en el expediente y, en consecuencia, el río y su cauce deben incluirse como finca de procedencia y de resultado y, también, deberá haber sido parte en el expediente la Confederación Hidrográfica respectiva como titular del arroyo y su cauce o su consentimiento en escritura pública a posteriori.

Por último, conforme al artículo 51-2 reformado de la Ley del Suelo nacional, si la inscripción se practica, se deberá notificar la inscripción a la Comunidad Autónoma de Madrid, notificación que algunos compañeros estiman que deberá practicarse aunque no se llegue a practicar la inscripción.

2.-P: En 2005 un Ayuntamiento aprueba un estudio de detalle en relación a una manzana completa que se identifica con la finca registral 50.000. En virtud de dicho estudio, el PGMOU queda modificado en el sentido de que dicha parcela, de uso dotacional-zona verde, se destina a la construcción de 44 viviendas en dos bloques separados por un vial público.

El promotor construye uno de los bloques, escritura e inscribe la obra nueva y la división horizontal, y vende todas las viviendas. Sobre el resto del solar constituye, a su favor, un derecho de sobre-edificación que le autoriza a edificar “conforme al estudio de detalle” de 2005, de forma que cuando edifique “las viviendas construidas se proyectarán sobre el 60% de la total propiedad, y las ya

existentes, sobre el 40%”. Todo lo cual consta inscrito en el Registro, en el folio de la matriz.

Ahora, se presenta escritura de modificación del derecho se sobre- edificación, por la cual se suprimen todas las menciones al estudio de detalle. El Registrador suspende, básicamente, porque es preciso el consentimiento de todos los propietarios, y porque de aceptar tal modificación, el derecho queda como carga perpetua y vacía de contenido.

Se plantean dos calificaciones sustitutivas, que pierde el solicitante. Finalmente, se realiza la siguiente consulta: *“Puesto que según el estudio de detalle, la finca estaba destinada a formar dos unidades diferenciadas y separadas por el vial, y puesto que el vial ya existe como tal, ¿puede procederse a la separación de las titularidades de las dos fincas, de forma que el promotor quede como dueño de la porción sobre la que se va a ejercer el derecho se sobre-edificación, y pueda operar sobre ella sin el consentimiento de los interesados?”*.

DATOS DE INTERÉS: Todos los titulares registrales han manifestado ya conocer y consentir el estudio de detalle y su modificación. El Ayuntamiento reconoce oficialmente que los compromisos urbanísticos están todos cumplidos. La legislación castellano-manchega admite que los estudios de detalle abran viales públicos, pero no si con ello se amplía la edificabilidad máxima de la unidad de ejecución (es decir, el estudio de detalle puede abrir viales exteriores, pero no viales que atraviesen la manzana).

R: Se plantean tres opciones:

-Que el ejercicio del derecho de sobre-edificación, mediante la correspondiente escritura de obra nueva y división horizontal, se conceptúe como ejecución del estudio de detalle, y de lugar a la segregación de la finca sobre la que se construye sin necesidad de licencia de segregación, que quedaría como propiedad del promotor. Todo ello, sin consentimiento de los propietarios, que ya conocían, por constar en el Registro, la existencia del derecho de sobre-edificación y su vinculación al estudio de detalle.

-Que se haga lo anterior, pero con licencia de segregación, a fin de que el Ayuntamiento intervenga en el acto urbanístico de separación física de las parcelas.

-Que se considere que el estudio de detalle, como instrumento de planeamiento, requiere a su vez de un instrumento de ejecución, que no puede ser otro que la reparcelación, en este caso “vertical”, contemplada por la legislación castellano manchega.

Cualquiera de las tres opciones puede ir acompañada de la necesidad del consentimiento de los propietarios de la primera propiedad horizontal a través de la actuación de sus órganos colectivos, consentimiento que algunos compañeros consideran necesario, igual que algunos consideran necesario la aportación de licencia de parcelación.

Sin embargo, mayoritariamente se optó por la primera opción por aplicación del artículo 82 del RD 1093/1997 que prevé prácticamente este supuesto.

3.-P: Examen de un complejo supuesto de expropiación forzosa a efectos de gestión urbanística: Se trata de un supuesto de expropiación con beneficiario, que se trata de una UTE, en el que el pago se acuerda en fincas de la unidad de ejecución objeto de la propia expropiación. Al inscribir la expropiación se abrió un folio independiente al “aprovechamiento urbanístico” que constituía la indemnización indicando que se concretaría en la adjudicación de unas fincas determinadas del Proyecto de equidistribución y al inscribirse éste se hizo constar que esas determinadas fincas estaban afectas al pago de la indemnización por la expropiación.

Ahora se presenta unas escrituras de dación en pago de los gastos de urbanización a diversas sociedades que son precisamente los miembros de la UTE titular registral. ¿Qué valor tiene la constancia registral de la afección al pago de la indemnización?, ¿Se puede inscribir la dación en pago?

R: En primer lugar, se precisa que las inscripciones practicadas sobre el aprovechamiento urbanístico son correctas al amparo de lo dispuesto en los artículos 44 y 42 del RD 1093/1997, y que las fincas adjudicadas en expropiación se inscriben libres de cargas -artículo 26-1 del RD 1093/1997-, y también libres de la afección a los gastos de urbanización al tratarse de una adquisición originaria, por lo que esas deudas señaladas serían personales de la promotora de la unidad –la UTE- sin que las fincas estuvieran afectas a su pago. Esta circunstancia impide que las fincas a las que nos referimos se adjudiquen por una deuda propia de las fincas en cuanto tales como si de una expropiación por impago de su parte en los gastos de urbanización se tratara.

Ahora bien, si las fincas a adjudicar al expropiado como justiprecio estaban determinadas de antemano, a su nombre debieron inscribir al asentar el proyecto de equidistribución y simultáneamente con la cancelación del folio abierto al aprovechamiento urbanístico, pero no habiéndose efectuado así, debe precisarse la naturaleza de esa “afección al pago de la indemnización por expropiación” y, a este respecto, mayoritariamente se consideró que se trata de una mera mención de un derecho personal sin efecto jurídico alguno, no una carga propiamente dicha, pues no se indica expresamente que se constituye garantía real a favor de los expropiados ni consta anotación preventiva de su reclamación, por lo que

como tal mención puede cancelarse al amparo de los artículo 98 de la Ley Hipotecaria y 353-2 y 3 de su Reglamento. Y ello porque aunque el artículo 23 del RD 1093/1997 exige para la inscripción de la expropiación que se acredite el pago del justiprecio o la consignación de su importe y esa indicación tabular previa a la adjudicación al expropiado se considere una obligación legal para obtener la inscripción, a lo más que podría asimilarse es a una adjudicación para pago de deudas, lo que implicaría el efecto cancelatorio antes enunciado como se dispone en el citado artículo 353-2 del Reglamento Hipotecario para otros supuestos de adjudicación para pago de deudas.

4.-P: Presentada en el Registro certificación administrativa expedida por el Ayuntamiento de Madrid relativa a la aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, existe, sobre varias de las fincas aportadas, anotado preventivamente una declaración de concurso. La citada anotación se practica con posterioridad a la nota marginal del art. 5 del RD 1093/1997.

En este caso, se plantea si es necesaria la intervención de los administradores concursales o simplemente, bastaría con un mandamiento del Juzgado de lo Mercantil rectificando en los términos de los arts. 14 y siguientes del RD 1093/1997. También habrá que tener en cuenta que sobre las fincas de resultado, existirán las cargas urbanísticas, como créditos privilegiados, derivadas del proyecto de reparcelación.

R: Hubo asistentes que se inclinaron por la aplicación directa de la regla del artículo 15 RD 1093/1997 (relativo a la cancelación formal de los derechos y cargas inscritos con posterioridad a la fecha de la nota) y así proceder a cancelar formalmente la anotación de concurso y, a continuación, extender al margen de las fincas de resultado la nota de referencia prevista en el artículo 16. Para llevar a efecto la rectificación y levantar el cierre registral que estos preceptos imponen deberá presentarse documento rectificatorio del que provocó la anotación de concurso expedida por el Juzgado de lo Mercantil, salvo que la correspondencia entre las fincas de origen y de resultado se deduzcan directamente de los asientos del Registro y se solicite por el titular del derecho cancelado que bien puede ser la administración concursal. Y ello siempre que no se hubiera cancelado la nota por caducidad por el transcurso del plazo legal previsto en el artículo 5 RD 1097, pues si así hubiera ocurrido estaríamos ante otro problema añadido que pareciera exigir el consentimiento expreso de la administración concursal.

Otros, en cambio, mostraron sus dudas sobre una aplicación estricta y en sus propios términos de las normas de artículos 14 y ss RD 1093/1997, pues mientras estos preceptos hacen referencia a la cancelación de derechos y cargas, el concurso no tiene tal consideración sino que afecta a la situación subjetiva en que se encuentra el concursado. Como ha dicho la DGRN en R 26/01/2012, la

declaración de concurso, así como su inscripción o anotación, no constituye, propiamente, una carga específica sobre una finca o derecho, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio de aquéllos, conforme al principio de prioridad consagrado por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. La constatación registral de la declaración del concurso hace pública la situación subjetiva en que se coloca al concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el conjunto de bienes, derechos y obligaciones integrados en su patrimonio, de modo semejante a las inscripciones de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria (RDGR 21/07/2011). Además, el régimen de intervención o suspensión de las facultades del concursado no nacen con la inscripción o anotación del auto, sino que es eficaz desde la fecha del auto de declaración del concurso, «que producirá sus efectos de inmediato... y será ejecutivo, aunque no sea firme» (artículo 21.2 de la Ley Concursal), con independencia del conocimiento que de él tengan los otorgantes y de que se haya dado o no al auto la publicidad extrarregistral y registral prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal. Desde ese momento, los actos que tienen por objeto bienes integrados en el patrimonio del concursado deben ser calificados de conformidad con las restricciones impuestas por el auto de declaración del concurso.

Por ello, estiman que la anotación de concurso no debe afectar tan rigurosamente a la inscripción del proyecto de reparcelación puesto que la situación concursal de la sociedad seguirá afectando de igual manera a todas las fincas de las que ésta sea titular, tanto si son de origen como si son de resultado, y con independencia de la constancia registral o no del concurso. Como se ha dicho en otras ocasiones en este seminario la nota del artículo 5 RD 1093/1997 tienen una finalidad fundamentalmente notificadora y si, como es el caso, la anotación de concurso se practicó con posterioridad a la extensión de aquella nota, en la nota de despacho del mandamiento que la ordenó se debió dejar constancia del contenido de la misma, lo que surte el efecto de tener por notificado al Juzgado de lo Mercantil y a la Administración Concursal. Lo que sí se entendió conveniente, en caso de que se estimara inscribible el proyecto de reparcelación, es notificar al Juzgado de lo Mercantil su inscripción para que tenga conocimiento de las nuevas fincas de resultado adjudicadas al concursado y, sobre todo, de la afección real que desde el momento de la inscripción pasa a gravar las fincas de resultado con los efectos propios de una carga real expresa, con rango preferente respecto de las cargas inscritas sobre las fincas de origen y que se trasladen a aquellas, en orden a la adecuada calificación que, dentro del concurso, se deba hacer de estos créditos que parece deben ser calificados como créditos con privilegio especial (artículo 90 LC) por estar garantizados con garantía real, tal como se deduce con carácter general del artículo 16.2 TR LS 2008.

5.-P: Desarrollo urbanístico en una localidad de Madrid en el que fue constituida la Junta de Compensación en fecha 12 de mayo de 2005 e inscrito el proyecto de reparcelación del ámbito en fecha 14 de agosto de 2006. Posteriormente, como consecuencia de una modificación del Plan Parcial del Sector fue modificado el proyecto de reparcelación, que implicaba nuevos y mayores costes de urbanización para determinadas fincas resultantes, en fecha 22 de febrero de 2008. Consecuentemente, la afección al pago de los costes de urbanización que consta en la inscripción de cada finca de resultado caduca los días 14 de agosto de 2013 y 22 de febrero de 2015.

Al día de la fecha existen morosos en la Junta de Compensación que adeudan importantes cantidades, frente a los que se está siguiendo la vía de apremio desde hace tres años (julio de 2009), sin que hayan sido resueltos los recursos contenciosos interpuestos, y no se estima posible que los procedimientos de ejecución concluyan antes de agosto de 2013. Además, existen obligaciones pendientes de cumplimiento cuya finalización no se prevé tenga lugar antes de diciembre de 2014, las cuales se sufragan con nuevas derramas que se acuerdan mensualmente.

En una parte importante de las parcelas han sido promovidas edificaciones (unifamiliares y en régimen de propiedad horizontal) y previsiblemente transmitidas a terceros.

Preguntas: ¿Puede la Junta de Compensación promover ahora que se tome nota marginal de afección de los bienes (fincas resultantes de la reparcelación) al sistema de compensación conforme al artículo 105 de la Ley 9/2001 de Suelo de la Comunidad de Madrid y el artículo 169.1 del Reglamento de Gestión Urbanística? Esta afección no está sujeta en la Ley a plazos de caducidad y debería poder practicarse por tiempo indefinido conforme al art. 73 del RD 1093/97, ¿es posible? ¿Podría practicarse nueva nota de afección al amparo del artículo 5 del RD 1093/97? Téngase presente que los titulares de las fincas traen necesariamente causa de quienes constituyeron la Junta de Compensación y que conforme a los Estatutos y al art. 16 TRLS 2008, *ope legis*, se subrogan en la posición del transmitente haciendo innecesario que presten nuevo consentimiento, si es que fuera requerido, considerando que las obligaciones de que se trata son legales y provienen del estatuto jurídico de la propiedad del suelo urbanizable. Por otro lado, las obligaciones derivadas de la pertenencia a una Junta de Compensación pueden ser mayores que las de costear las obras de urbanización (por el propio sostenimiento de la Junta: alquiler de locales, compra de mobiliario, asesoramiento jurídico y económico, gerencia, publicidad, gastos financieros para costear expropiaciones, etc.) lo que aconsejan la practica de la nota marginal hasta la disolución de la Junta de Compensación.

A la vista del enorme retraso que acumula la vía de apremio administrativa, la Junta se está planteando el ejercicio de las acciones judiciales civiles contra los titulares de las fincas de resultado en su configuración actual (solares y edificaciones, divididas horizontalmente o no) ¿es posible, si así lo acuerda el Juzgado, la anotación preventiva de embargo para hacer valer la afección de los suelos al pago de los costes de urbanización? El objetivo es que ese embargo quede anotado antes de que caduque la afección al pago de los costes. La Ley de suelo de la Comunidad de Madrid (arts. 19.1 y 105) y el Reglamento de Gestión Urbanística (arts. 168.1 y 174.4 en relación al art. 126) no condicionan la exigibilidad de la afección al tipo de procedimiento en que se exija el cumplimiento del deber de levantar las cargas de urbanización, de modo que el art. 19.2 del RD 1093/97 no debe entenderse en el sentido de que excluye la posibilidad del ejercicio de acciones civiles, que en todo caso deberán dirigirse contra el titular o titulares del dominio y notificarse a los que lo sean de otros derechos inscritos o anotados sujetos a la afección.

En el caso de que se inicien acciones judiciales o administrativas para reclamar el pago de los costes que determinen la realización de los bienes afectos para el pago de las deudas, los adquirentes de los mismos en pública subasta deberán hacerse cargo de los costes de urbanización pendientes, de modo que la afección, si no hubiere caducado, no se cancelará hasta tanto no se acredite el pago del saldo de la cuenta de liquidación definitiva o transcurra el plazo de caducidad. ¿Es correcta esta conclusión?

R: Como se ha dicho en otras ocasiones en la legislación urbanística hay tres tipos de notas marginales: las de publicidad de los artículos 73 y ss RD 1093/1997 que no tienen otro efecto que el de dar a conocer, a quien consulte el contenido del Registro la situación urbanística de la finca en el momento al que se refiere el título que las origine; las de garantía del cumplimiento de los deberes urbanísticos de los artículos 19 y ss RD 1093/1997, que son tasadas; y las de iniciación de los procedimientos urbanísticos del artículo 5 del RD 1093/1997.

También se ha escrito (vid informe de la Comisión de Calificación 15/02/2012 acerca de las afecciones urbanísticas) que, según el grado de transformación urbanística, se pueden distinguir tres situaciones:

La afección urbanística previa a la aprobación del expediente y carente de toda expresión registral, sobre la que no existe regulación legal específica.

Aquella en que se ha producido la constancia registral de la afección en las fincas de origen sin que haya tenido lugar todavía la aprobación del proyecto de reparcelación, según la posibilidad prevista en algunas legislaciones, por ejemplo en el artículo 105 Ley del Suelo de Madrid, según el cual “*El*

establecimiento y la definición del sistema de compensación determinará la afección real de la totalidad de los terrenos incluidos en el ámbito de actuación, sector o la unidad o unidades de ejecución al cumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes al mismo, con inscripción en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal.”

La afección que, firme el acuerdo de aprobación definitiva del proyecto, se ha concretado en cada una de las fincas de resultado y se ha hecho constar en el folio de cada finca.

Entrando en el examen de la primera de las cuestiones planteadas, se descartó que pudiera practicarse una nota marginal por tiempo indefinido al amparo de lo previsto en los artículos 73 y ss. RD 1093/1997 ya que, como se ha apuntado antes, tales notas tienen un efecto meramente informativo o de publicidad noticia sin producir los efectos propios de una carga real expresa con su propio rango.

Tampoco pareció oportuno extender la nota del artículo 5 del RD 1093/1997, que presupone la iniciación del procedimiento, cuando consta ya inscrito en el Registro la aprobación definitiva del proyecto. Además esta nota implica la expedición de una certificación y su alcance es meramente notificador, pues obliga a la notificación de todos los titulares de derechos que consten inscritos o anotados sobre las fincas en ese momento, y respecto de los que, con posterioridad a esta nota, inscriban o anoten algún derecho sobre la finca produce los efectos de los artículos 14 y ss RD 1093/1997.

Y en cuanto a la afección prevista en el artículo 105 Ley del Suelo de Madrid, que se pronuncia en términos similares al artículo 16.2 TRLS 2008, debe entenderse que, una vez inscrito el proyecto de equidistribución mediante el acuerdo de aprobación definitiva y concretada la constancia registral de dicha afección en las fincas de resultado, su regulación será la contenida en los artículos 19 a 21 del RD 1093/1997 de 4 de julio. Respecto de la eficacia de esta afección se aconseja la lectura detallada del informe de la Comisión de Calificación de 15 de febrero de 2012, sobre todo en punto al plazo de duración de la afección donde se distingue: i) entre la posición jurídica de los titulares del dominio y demás derechos reales cuyo objeto se transforma como consecuencia del expediente de gestión urbanística, respecto de los cuales no puede operar el plazo de caducidad reglamentaria porque su sujeción a la obligación de pago de los gastos de urbanización no deriva de la constancia registral de la afección, regulada por el RD 1093/1997, sino de la afección legal que establece el artículo 16.2 TRLS 2008; ii) y los titulares de dominio y otros derechos reales adquiridos sobre las fincas de resultado una vez terminado e inscrito el expediente, respecto de los cuales se ha de entender que el apremio seguido para el cobro de los gastos garantizados por la afección sólo podrá perjudicarles en la medida en que

la afección resulte inscrita y dicho apremio haya comenzado vigente el plazo previsto en el artículo 20 RD 1093/1997.

En el caso que nos ocupa y estando afección urbanística inscrita y vigente, extrañó a los asistentes que una vez iniciada la vía de apremio no se haya procedido al embargo de las fincas el cual, una vez publicado mediante la correspondiente anotación preventiva conectada, a su vez, con la afección, permitiría a ésta extender el plazo de su vigencia. Se comentó que lo procedente sería practicar ahora el embargo y solicitar la anotación preventiva, aunque alguno apuntó incidentalmente que los Ayuntamientos son muy reacios a adoptar estas medidas cuando en las fincas se han construido viviendas que han pasado a manos de terceros compradores por el alto coste social y de desgaste político que conlleva una medida de este tipo.

Respecto de la segunda cuestión, se manifestó acuerdo con el planteamiento expuesto en el sentido de que la posibilidad prevista legalmente de exigir estas deudas por la vía de apremio no excluye la de hacerlas valer mediante el ejercicio de las acciones civiles correspondientes. El problema que se planteará en este caso es doble: por un lado, que para la ejecución será necesario un previo proceso declarativo donde se obtenga un título ejecutivo, ya que el certificado de la deuda expedido por la Junta de Compensación no parece que tenga, por sí solo, tal carácter a la vista de la enumeración del artículo 517 LEC y, por otro, que quede perfectamente indicado, de manera que no de lugar a dudas, que la deuda que se está reclamando corresponde con las que se encuentran garantizadas con la afección registral del artículo 19 RD 1093/1997. Para evitar que, por la caducidad de la afección urbanística, se pierda la prioridad que ésta ostenta, se deberá solicitar la anotación preventiva de la demanda que se interponga o bien la adopción de un embargo cautelar, pero en todo caso será imprescindible que la demanda se dirija contra el titular actual del dominio y se notifique a todos los titulares de cargas posteriores que se vayan a ver afectados. El supuesto será similar al previsto para hacer constar en el Registro la preferencia de las deudas por los gastos de comunidad en una propiedad horizontal ex artículo 9.5º LPH, habiéndose señalado por DGRN (vid. RDGRN 03/03/1999) que el gravamen establecido por dicho precepto supone procesalmente el ejercicio de 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. En nuestro caso la afección real ya tiene reflejo registral, pero para que la anotación de la demanda o del embargo cautelar se pueda conectar con aquella debe notificarse a los titulares de los derechos que consten inscritos o anotados con posterioridad. Sólo así podrá desplegar todos sus efectos la preferencia derivada de la afección urbanística: por un lado, que llegada la ejecución, puedan cancelarse todas aquellas cargas frente a las cuales fue declarada preferente; y, de otro, que de ultimarse antes la ejecución de alguna de esas

cargas postergadas, la correspondiente adjudicación se produzca con subsistencia de la medida cautelar adoptada.

Y si se hubiere obtenido ya una sentencia condenatoria del pago y en el proceso de ejecución de este título judicial se embargare la finca, también se podrá solicitar la constatación registral de que la deuda que se está ejecutando deriva de la afección urbanística y gozará de la preferencia de aquella, a lo que se podrá acceder siempre que hayan sido notificados todos los titulares de los derechos y que consten inscritos o anotados y que se van a ver perjudicados, como se ha dicho anteriormente (artículo 19.2 RD 1093/1997).

Por último y, respecto de la tercera cuestión, también se estimó correcta la conclusión aportada. La afección urbanística tiene un plazo de caducidad de siete años, salvo que se hubiere hecho consta antes en el Registro el saldo definitivo. Por lo tanto, no garantizando dicha afección una deuda determinada y líquida sino todas las que resulten del cumplimiento de la obligación de urbanizar, su exigencia a través de la vía de apremio no implicará su cancelación y el tercer adquirente de la finca en pública subasta deberá asumir los pagos pendientes en tanto la afección se cancele por caducidad o por haberse satisfecho el saldo de la cuenta de liquidación definitiva.

6.-P: En una zona en la que el suelo es urbano consolidado existe una zona de calles, zona verde y parque que, en su día sobre los años setenta, se cree que se cedió por la constructora al Ayuntamiento al conceder las licencias de segregación de los solares y obra nueva, pero no se encuentra la escritura de cesión. ¿Puede hoy el Ayuntamiento unilateralmente elaborar una documentación que le permita inscribir este terreno a su nombre en base a lo dispuesto en los artículos 29 y ss del RD 1093/1997 de 4 de julio? Y si es posible ¿qué requisitos se necesitan?

R: La cesión o entrega obligatoria de suelo para dotaciones públicas es una obligación legal, un imperativo legal impuesto al propietario o promotor de la transformación urbanística. Así se ha venido recogiendo en las sucesivas legislaciones sobre el suelo a partir de la Ley de 12 de mayo de 1956, cuyo artículo 67.3 ya establecía a los propietarios de suelo urbano la obligación de ceder los terrenos viales y de parques y jardines. Desde entonces ha sido una constante de nuestro legislador: la Ley 19/1975 de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana y, en concreto, el TR aprobado por RD de 9 de abril de 1976 lo preveían en sus artículos 83 y 84; en la Ley 8/1990, de 25 de julio la obligación de cesión se incluyó en su artículo 20 letras a) y c); en la Ley 6/1998, de 13 de abril, lo correspondía al artículo 14; y finalmente la Ley 8/2007, y el TR LS aprobado por RDL 2/2008, de 20 de julio, lo recoge en su artículo 9, como contenido del derecho de propiedad del suelo y, más concretamente, en relación con los deberes de la promoción de las

actuaciones de transformación urbanística el artículo 16 impone la obligación de entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención. Estableciendo su artículo 18 que el acuerdo aprobatorio de los instrumentos de distribución produce el efecto de transmitir a la Administración el pleno dominio libre de cargas de los terrenos a los que se refiere el reseñado artículo 16. Para la Comunidad de Madrid se regula en los artículos 17 a 22 de la Ley 9/2001.

Por ello, cuando el proceso de transformación urbanística se produce de manera sistemática, no se plantea problema registral alguno y con la inscripción del acuerdo de aprobación definitiva del proyecto quedan todas las superficies afectadas inscritas con la nueva descripción, carácter y titularidad resultantes del mismo, incluidas, por supuesto, las cesiones obligatorias (artículo 30.1 RD 1093/1997). El problema se nos plantea en ocasiones con actuaciones antiguas que no se han realizado de manera sistemática, vía segregaciones, donde, como en el caso planteado, no se han formalizado las cesiones, o que habiéndose formalizado no se inscribieron en el Registro figurando ahora los terrenos inscritos a nombres de otras personas. En la mayoría de los supuestos estos terrenos tienen una clara apariencia de públicos pues son objeto de uso público continuo, y no se suele plantear un problema de dominio que normalmente no se discute, sino de acreditar la titularidad formal, por ejemplo, porque se pretende desafectar el subsuelo para construir plazas de aparcamiento. Como dice Rafael Arnáiz, la norma está pensando en núcleos urbanos consolidados, en los que la red viaria o las zonas verdes permanecen inscritos a favor del titular originario o a favor incluso de los titulares de las fincas edificadas, de forma que cuando el Ayuntamiento se decide a la obtención de la inscripción registral, ésta es difícil por inexistencia del cedente o por lo inconveniente que genera la prestación del consentimiento por una multitud de titulares registrales.

La solución a estos supuestos, desde el punto de vista registral, pasa por la regulación contenida en el capítulo IV del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, cuyos artículos 29 y ss contemplan la posibilidad de inscripción a solicitud unilateral de la Administración cesionaria cuando no es posible la comparecencia del propietario de los terrenos objeto de la cesión, basándose en que es una cesión obligatoria de terrenos, cuya adquisición se produce ex lege como consecuencia de la aprobación del proyecto de transformación.

Concretamente, para el caso planteado donde la edificación permitida por el plan está totalmente consolidada se permite la inscripción de los terrenos objeto de cesión obligatoria a favor del órgano actuante, sin que medie el consentimiento del titular registral, en virtud de la certificación prevista en el artículo 31 RD 1093/1997. Este precepto reglamentario permite dar salida a situaciones de discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, cuando la actuación

urbanística ha sido asistemática y, además, es imposible la comparecencia del titular actual de las superficies a ceder, bien por haber desaparecido bien por ser de un número tan elevado que hace imposible la prestación de consentimiento por una multitud de titulares registrales. Para su inscripción, en esta certificación administrativa deberá constar:

a) *“La resolución en la que se acordó la ocupación de las fincas que han de ser objeto de cesión a favor de la Administración actuante, con especificación de su destino a cesión, conforme a las previsiones del plan”*. Según Rafael Arnáiz Eguren –ver “La inscripción registral de actos urbanísticos”–, se trata de un acto administrativo que exige la constatación precisa de una serie de circunstancias: la determinación el Plan del que directamente resulta la exigibilidad de la cesión; la descripción registral de las fincas que han de ser objeto de cesión; la determinación de los titulares registrales obligados a la cesión; y la justificación que se han consolidado en su totalidad las edificaciones permitidas por el Plan.

b) *“Que el expediente previo a la resolución ha sido notificado a los titulares registrales de las fincas objeto de la cesión y que se les ha concedido un plazo no inferior a treinta días para solicitar la tramitación del proyecto de equidistribución, si fuera oportuno.”* Esta notificación es una exigencia derivada de la aplicación del artículo 20 LH, y debe reflejar el texto literal de la resolución anterior, comprendiendo no sólo la voluntad de ocupar y obtener la cesión, sino también la advertencia de que dispone de treinta días para la tramitación del expediente de equidistribución que corresponda. La notificación debe hacerse en el domicilio que conste en el Registro y, no siendo posible, como parece ser que ocurre en el caso planeado, deberá notificarse por Edictos, en la forma prevenida por la legislación general. Este puede llegar a ser el punto más conflictivo si el titular está desaparecido o se ha extinguido, o si existen un elevado número de titulares, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso, por ejemplo, que en los Estatutos de las Propiedades Horizontales se ha previsto ya la cesión de determinados espacios para viales o jardines. En caso de edificios en régimen de propiedad horizontal que se asienten en terrenos de donde deba segregarse los destinados a cesiones obligatorias, además de hacerse personalmente o vía edictual con todos los titulares registrales, será conveniente la notificación al Presidente de la Comunidad, a quien corresponde en juicio y fuera de él la defensa de los intereses comunes.

No dice nada el precepto de los titulares de las cargas. No obstante, si se tiene en cuenta que en estos casos el aprovechamiento urbanístico ha de encontrarse plenamente materializado, que la cesión debe hacerse libre de cargas y que se trata de una obligación *ex lege*, dice el autor citado que se puede hacer un tratamiento similar al previsto para la expropiación forzosa, de forma que se cancelen cuando tenga lugar la inscripción.

c) *“Si hubo o no dicha solicitud y, en caso afirmativo, los términos en que se dictó la resolución motivada en la que se exprese que no resulta procedente la equidistribución solicitada por haberse consolidado totalmente la edificación permitida o legalizada por el planeamiento en cuya virtud se exige la cesión”*. En último caso será necesario la formulación de dos actos administrativos, el correspondiente a la decisión de ocupar y obtener la cesión, y el de la negativa a la equidistribución solicitada. Éste último también habrá de ser notificado pero sólo a aquellos que hayan solicitado el trámite reparcelatorio.

d) *“Que la resolución administrativa en la que se acordó la ocupación unilateral no es susceptible de recurso alguno, administrativo o jurisdiccional, salvo el posible recurso de revisión”*. Constituyendo este requisito una de las excepciones a la posibilidad de inscripción de los actos administrativos que agoten la vía administrativa como ocurre con los acuerdos de aprobación definitiva de los proyectos de equidistribución.

VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA.

1.-P: ESTUDIO DE MODELO DE VENTA DE EMVS de Madrid. En una escritura de compraventa de una Vivienda que está sujeta a las prohibiciones y limitaciones derivadas del régimen de Viviendas de Protección Pública se pacta: 1) una condición resolutoria consistente en el incumplimiento de la obligación de ocupar la vivienda en el plazo de doce meses, con una previsión para su cancelación automática en el Registro si no se cumple en determinado plazo; 2) prohibición de transmisión intervivos o ceder el uso por cualquier título durante el plazo de veinte años; 3) Durante el plazo de veinte años derecho de tanteo y retracto a favor de la EMVS de Madrid, con una regulación muy detallada. Y, además de lo anterior, se estipula lo siguiente: *“En el supuesto de no ejercer el derecho de tanteo y retracto el vendedor en primero y ulteriores transmisiones estará obligado a hacer efectivo el veinte por ciento del precio de la transmisión a la EMVS de MADRID S.A. si ésta se verificara antes de los veinte años desde la venta de la vivienda en escritura por parte de la EMVS de Madrid. Esta obligación se configura como condición resolutoria de la compraventa que por medio de la presente se formaliza.”*

R: Esta última obligación de pago a la EMV de parte del precio de compra suscita muchas dudas sobre su admisibilidad. La cuestión ya se planteó en otro Seminario (Vid. Cuadernos del SCHC N° 14. CASOS PRÁCTICOS. VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL) y entonces se concluyó unánimemente que no era inscribible tal cláusula pues carece de trascendencia real. Pero además se consideró que la misma es contraria a derecho pues, como el Tribunal Constitucional tiene declarado, la función social de la propiedad constituye un elemento estructural o inherente del derecho de propiedad privada que delimita su contenido, siempre y cuando se respete su contenido esencial

(artículo 53-1 de la CE). Por ello, el contenido de la propiedad de una vivienda libre no es el mismo que el de una vivienda sometida a algún régimen de protección oficial, el cual dependerá, a su vez, dado el actual marco competencial de la CE, de lo que establezca la respectiva Comunidad Autónoma (artículo 148-3).

Pues bien, la Comunidad de Madrid no contiene una norma que permita imponer el citado derecho al precio de venta, por lo que se entiende que no puede ser impuesto a los compradores. Fijando la Ley el derecho de retracto y la limitación del precio máximo de venta, se considera que éste, junto con las demás limitaciones legales, constituye el contenido esencial del derecho de propiedad del comprador de tales viviendas, del cual no puede ser privado el comprador de manera convencional y luego por una decisión unilateral de una administración (artículo 1256 del Código civil), que incurriría en un supuesto de enriquecimiento injusto. “Las limitaciones a las facultades dispositivas de los propietarios están sujetas al principio de reserva de ley del artículo 33 de la Constitución española” (Ángel Valero Fernández-Reyes, número 13 de estos Cuadernos, ASPECTOS REGISTRALES DEL RÉGIMEN DE VIVIENDAS PROTEGIDAS: SU APLICACIÓN A LA LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID.)

La novedad que se plantea ahora es que se ha pretendido reforzar el carácter real diciendo que se configura como condición resolutoria de la compraventa que se inscribe, pretendiendo así conseguir su acceso al Registro. Sin embargo los obstáculos para la inscripción siguen siendo los mismos: supone una limitación del dominio que no tiene amparo –a diferencia de las otras pactadas: prohibición de disponer y tanteo y retracto- en la legislación de VPO. No tiene justificación ninguna cuando el precio máximo de la venta está fijado por la propia Administración, la transmisión requiere su propia autorización y es titular además un derecho de adquisición preferente. Supone una limitación al derecho de propiedad que no tiene base en la legislación ni causa que la ampare, pues la que resultaría de su calificación de VPO están más que garantizadas con las limitaciones legales.

Supone además un enriquecimiento injusto pues se dan los rasgos que la jurisprudencia ha exigido para delimitar esta figura: un enriquecimiento para la EMVS vendedora (de hecho pudiera parecer que con ello se pretende abrir una vía de financiación); el correlativo empobrecimiento del propietario, ahora vendedor; una relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; y una falta de causa del desplazamiento patrimonial, puesto que no responde a ninguna contraprestación ni obligación lícita. Se trataría más bien de una figura similar a los ingresos que se reciben sin contraprestación alguna, que es la definición de los tributos, puesto que supone imponer por vía convencional un tributo en contra de los preceptos constitucionales que exigen, en todo caso, reserva de ley.

Téngase en cuenta que en las transmisiones de estas viviendas, al existir unos precios máximos de venta y una serie de controles previos para la transmisión, no deben existir plusvalías, por lo que si se impone la obligación de entregar a la EMVS el veinte por ciento del precio de una futura transmisión se hará a costa de la pérdida efectiva del propietario y no a costa de la participación en un eventual beneficio.

Finalmente tampoco es muy adecuado configurar esta obligación como condición resolutoria. Está claro que con ello lo único que se pretende es que acceda al Registro la cláusula en cuestión, pero la tan usada y problemática condición resolutoria no parece que dé para tanto. En primer lugar, porque lo que no se puede conseguir por vía directa tampoco debe poder conseguirse por vía indirecta. Así cuando el artículo 27 LH rechaza el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer en actos o negocios a título oneroso, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento (y la condición resolutoria sólo es una garantía real de modo indirecto), se está refiriendo a la posibilidad de asegurar o garantizar la indemnización de daños y perjuicios que, para el caso de incumplimiento de la prohibición, deberá satisfacer el incumplidor precisamente por no tener tal incumplimiento eficacia respecto de terceros, pero no autoriza a que se pueda inscribir la prohibición de disponer bajo el amparo de una condición resolutoria.

Y en segundo lugar, el texto de la cláusula no parece responder a la naturaleza jurídica de la condición resolutoria en el sentido de acontecimiento futuro e incierto del que se hace depender la resolución del negocio jurídico. Según ha escrito Peña con la condición resolutoria explícita el propio dominio o derecho real adquirido depende del acontecimiento que implica la condición, y en este sentido opera como un derecho real de garantía indirecta. En nuestro caso se transmite el dominio pleno. Lo que ocurre es que con la repetida cláusula, en la práctica, se viene a imponer una obligación a cualquiera que en el futuro sea propietario del bien inmueble transmitido, nótese que se impone al vendedor “en primero o ulteriores transmisiones”. Nos encontramos así con una figura similar al derecho real o, por lo menos al no poder hacerse efectivo el derecho directamente sobre la cosa, con una figura intermedia asimilable a las llamadas obligaciones propter rem, que son aquellas que generan a cargo del obligado un auténtico deber de prestación, como en cualquier relación obligatoria, con la particularidad fundamental de que el sujeto pasivo de esa obligación se individualiza por su posición jurídica con relación a determinado bien, de manera que si se transmite el bien cambia el sujeto pasivo; en nuestro caso, será sujeto pasivo de la obligación la persona que en cada momento sea titular del dominio de la vivienda. Quien en cada momento sea titular de la vivienda está obligada a pagar ese canon a una entidad que ya no tiene ningún derecho ni relación alguna sobre la cosa, salvo que admitiéramos esta figura como obligación propter rem.

Y llegados a ese punto nos encontramos con las mismas dificultades para su acceso al Registro, pues en principio nuestro sistema registral rechaza la inscripción los derechos personales u obligaciones (artículo 98 LH), si bien se ha admitido la constancia registral de las obligaciones propter rem cuando son cauce de satisfacción de necesidades que de otro modo no se podría lograr (por ejemplo, estatutos de urbanizaciones privadas). Pero cuando estas obligaciones propter rem no están insitas en el contenido de un derecho real determinado y típico, cuando son independientes y surgen de la autonomía de la voluntad, sólo deben admitirse cuando responden a una causa justificada y válida, ya que, aunque aceptado en nuestro derecho el sistema de numerus apertus en materia de derechos reales, siempre se imponen ciertas exigencias estructurarles para su admisión. Así el principio de libertad de la propiedad exige que no pueda la voluntad de las partes imponer limitaciones o gravámenes que no respondan a una razón o causa permanente que socialmente justifique los correspondientes efectos reales de la concreta limitación o gravamen de la propiedad que se pretenda establecer. El derecho real creado o la limitación deben tener un mínimo de justificación racional (R 30 de septiembre de 1987). Justificación racional y causa socialmente justificada que no parecen existir en nuestro caso puesto que la prevención contra posibles abusos especulativos en la venta de este tipo de viviendas tiene sus instrumentos a través de una serie de mecanismos que vienen, en todo caso, impuestas por la legislación que las regula (prohibición de disposición, autorización, precio máximo de venta, establecimiento de derechos de tanteo y retracto). La pretensión de imponer la obligación de participar en el precio de las futuras transmisiones haciendo efectivo el veinte por ciento, no sólo al adquirente actual sino a los futuros adquirentes: i) queda a la exclusiva voluntad del transmitente en contra del artículo 1.256 CC, pues se hace depender el nacimiento de la obligación de que la EMVS no ejerciera su derecho de adquisición preferente, sin necesidad de justificación ni expresión de causa por tal inacción; ii) es incompatible e incoherente con un sistema donde se ha previsto una prohibición de disponer y unos derechos de adquisición preferente (resultaría contrario a todos los principios de buena administración que una entidad ejercitara un derecho de adquisición preferente con la consiguiente obligación de pagar el precio y los gastos necesarios hechos por el adquirente para luego recuperar, en el mejor de los casos, el importe de un precio que en todo caso ha de ser tasado, cuando puede simplemente no hacer nada y como premio a su omisión ganar el veinte por ciento del precio de la transmisión); iii) esta ganancia lleva una correlativa pérdida en el propietario ya que, al existir legalmente unos precios máximos de venta, no existirán nunca plusvalías implicando su aplicación un enriquecimiento injusto; iv) supone imponer de facto un tributo sobre la propiedad sin la necesaria cobertura legal (artículo 133 CE).

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

PRIMER TRIMESTRE DE 2012

ÍNDICE

-- Acuerdo de 23 de febrero de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las Normas Regulatoras 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 70, jueves, 22/03/2012.**

-- Decreto 55/2012, de 15 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen legal de protección contra la contaminación acústica en la Comunidad de Madrid. **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm 74, martes, 27/03/2012.**

-- Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid. **Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid - Núm 79, lunes, 02/04/2012.**

LEY 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid.

PREÁMBULO

El artículo 51 de la Constitución Española establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo, promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y les oirán en las cuestiones que puedan afectarles.

En cumplimiento de este mandato constitucional, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre](#), incorpora, en el ámbito de las competencias estatales, el régimen general de la protección de los consumidores y usuarios.

El artículo 27.10 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por [Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero](#), atribuye a la Comunidad la competencia para el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y ejecución en materia de defensa del consumidor, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución Española.

La Comunidad de Madrid, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 51 de la Constitución, aprobó la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, que establece los derechos de los consumidores y su protección jurídica, administrativa y técnica.

Entre otros derechos básicos de los consumidores madrileños, la citada Ley se refiere en el artículo 3, a la protección de sus legítimos intereses económicos y al derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes, productos y servicios.

La finalidad de la presente Ley es garantizar, en el ámbito de las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de consumo, la transparencia de la información que las entidades de crédito y empresas deben facilitar al consumidor en la contratación referida a créditos y préstamos con garantía hipotecaria de manera que los consumidores dispongan de la información necesaria para la correcta comprensión de los elementos esenciales y de las implicaciones financieras del contrato. Un consumidor debidamente informado podrá comparar entre las distintas ofertas y, en su caso, seleccionar la que considere más beneficiosa a sus intereses reforzándose con ello su libertad de elección.

La Ley se estructura en un título preliminar, dos títulos y tres disposiciones finales. El título preliminar, "Disposiciones generales", se refiere al objeto y ámbito de aplicación de la norma; el título I es el relativo a la información que se debe facilitar al consumidor en la fase previa a la formalización de los contratos de crédito o préstamo con garantía hipotecaria; y por último,

el título II especifica el régimen sancionador de aplicación tipificando las infracciones a lo dispuesto en la presente Ley.

La presente Ley ha sido informada por el Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 6/1991, de 4 de abril, de creación de este órgano consultivo y por el Consejo de Consumo en aplicación del artículo 25.h) de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid. De acuerdo con lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se ha solicitado dictamen de dicho órgano consultivo. TÍTULO PRELIMINAR

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

La presente Ley tiene por objeto garantizar la transparencia en la información que las entidades de crédito y empresas referidas en el artículo 2 han de suministrar en la fase previa a la formalización de los contratos de crédito y préstamo con garantía hipotecaria, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario tenga la condición de consumidor, de acuerdo con la normativa vigente.
- b) Que tales contratos pretendan celebrarse en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, o deban entenderse celebrados, de acuerdo con la legislación aplicable, en el territorio de la Comunidad de Madrid.

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

- a) Consumidor: Toda persona física o jurídica que, de acuerdo con el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.
- b) Entidad de crédito: Cualquiera de las enumeradas en el artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas.
- c) Empresa: Toda persona física o jurídica que, no siendo entidad de crédito, realice, de manera profesional, una actividad consistente en la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.a) 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.

TÍTULO I. Información al consumidor

Artículo 3. Información previa a la oferta vinculante

1. Con carácter previo a la oferta vinculante, las entidades de crédito o empresas concedentes deberán facilitar por escrito al consumidor que pretenda contratar un crédito o préstamo con garantía hipotecaria, una información especialmente detallada, cuya redacción deberá ser transparente, clara, concreta y sencilla. El tamaño de letra será el apropiado para facilitar su lectura, de modo que permita al consumidor obtener un conocimiento real del contenido de la información previa. En dicha información habrán de constar necesariamente los siguientes extremos:

a) Identificación del tipo de crédito o préstamo a suscribir e identificación de la entidad de crédito o empresa concedente.

b) Importe total estimativo a satisfacer por el crédito o préstamo.

c) Obligaciones que el consumidor contraerá, en caso de formalización del contrato, así como las demás condiciones contractuales del préstamo o crédito. En particular, deberán incluirse los costes de tasación, comisiones y demás gastos que sean a cargo del consumidor.

d) De manera destacada deberá incluirse la especificación de si se trata de un préstamo o crédito hipotecario cuya garantía alcanza al valor de la vivienda hipotecada y al resto de los bienes y derechos presentes y futuros del consumidor o bien si, al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, dicha garantía queda limitada únicamente al valor de la vivienda hipotecada, especificando las condiciones financieras de cada una de las opciones.

2. Las entidades de crédito y empresas concedentes del préstamo o crédito con garantía hipotecaria deberán hacer entrega al consumidor de la totalidad de la información antes referida, mediante cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna de su recepción por el destinatario de la misma, sin que en ningún caso las entidades de crédito o empresas puedan quedar exoneradas de esta obligación.

Artículo 4. Oferta vinculante.

Una vez efectuada la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del eventual prestatario, las entidades de crédito o empresas concedentes, si estiman viable la concesión del referido préstamo o crédito, deberán efectuar una oferta vinculante, que trasladarán al consumidor por cualquier medio por el que quede constancia de la recepción, en los términos del artículo 3.2. En todo caso, la oferta deberá contener todas las menciones previstas en la normativa vigente de aplicación.

Artículo 5. Información contractual.

1. El consumidor, si acepta la oferta vinculante de forma expresa por cualquier medio por el que quede constancia de la recepción, tendrá derecho a examinar el proyecto de documento contractual y obtener copia del mismo por parte de la entidad concedente, todo ello con una antelación mínima de tres días hábiles al otorgamiento de la escritura pública en el despacho del Notario autorizante.

2. Dicho proyecto de documento contractual deberá ajustarse a la normativa vigente de aplicación.

3. La entidad concedente deberá informar al consumidor sobre cualquier discrepancia, o mejora de las condiciones financieras, entre el documento contractual y la oferta vinculante.

Artículo 6. Información al avalista.

El avalista, en caso de existir, deberá ser informado del alcance de las obligaciones y de la responsabilidad que pueda asumir, en los términos previstos en el artículo 4 y en el artículo 5.

El avalista, en caso de existir y ostentar jurídicamente la condición de consumidor, deberá ser informado del alcance de las obligaciones y de la responsabilidad que pueda asumir, en los términos previstos en el artículo 4 y 5.

TÍTULO II. Régimen sancionador

Artículo 7. Potestad sancionadora.

1. La contravención de las normas previstas en esta Ley solo tendrá los efectos sancionadores que se establecen en este título para proteger a los consumidores.

2. En todo lo no previsto en la presente Ley, en relación con la potestad sancionadora y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en el título V de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

Artículo 8. Infracciones en materia de información al consumidor.

Constituirán infracciones administrativas en materia de protección al consumidor, las siguientes:

a) El incumplimiento del deber de facilitar al consumidor la información previa, en los términos previstos en el artículo 3.

b) El incumplimiento del deber de facilitar al consumidor la oferta vinculante en los términos previstos en el artículo 4.

c) El incumplimiento del deber de facilitar al consumidor la información sobre cualquier discrepancia entre el documento contractual y la oferta vinculante.

Artículo 9. Sanciones.

1. Las infracciones tipificadas en el artículo 8 serán sancionadas como infracciones en materia de protección del consumidor, de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

2. Las infracciones en materia de protección del consumidor previstas en esta Ley serán sancionadas con multas que se graduarán en los siguientes términos:

- a) Infracciones leves, hasta 15.000 euros.
- b) Infracciones graves, de 15.001 euros hasta 100.000 euros.
- c) Infracciones muy graves, de 100.001 euros hasta 600.000 euros.

3. La graduación de las sanciones se efectuará de acuerdo a los criterios establecidos en el artículo 54 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

DISPOSICIÓN FINAL

Primera. Título competencial

La presente Ley se dicta al amparo de la competencia legislativa de la Comunidad de Madrid en el ámbito de la protección de los consumidores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27.10 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por [Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero](#), dentro del marco de la legislación básica del Estado.

DISPOSICIÓN FINAL

Segunda. Desarrollo reglamentario

Se faculta al Gobierno de la Comunidad de Madrid para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de esta Ley.

DISPOSICIÓN FINAL.

Tercera. Entrada en vigor

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

Por tanto, ordeno a todos los ciudadanos a los que sea de aplicación esta Ley que la cumplan, y a los Tribunales y Autoridades que corresponda, la guarden y la hagan guardar.

Madrid, a 26 de marzo de 2012.

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

**ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA ACTIVA
(PRÉSTAMO HIPOTECARIO): ACCIONES DE
REINTEGRACIÓN Y ACCIÓN PAULIANA [SENTENCIA DE
LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 28ª)
DE 16 DE DICIEMBRE DE 2011.]**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco.

Antecedentes.- Se constituyeron sendos préstamos hipotecarios por una entidad bancaria a favor de un matrimonio y de su hijo, con la finalidad expresada de «refinanciación de posiciones deudoras». Los bienes dados en garantía (un piso y varias plazas de garaje) pertenecían al matrimonio, casado en régimen de sociedad de gananciales. Tras ser declarado en concurso el matrimonio, la administración concursal impugnó la constitución de los préstamos hipotecarios ejercitando para ello, entre otras acciones, las acciones de reintegración de la masa activa del concurso o, subsidiariamente, la acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores.

En Primera Instancia se estimó el ejercicio de la acción pauliana y se declararon rescindidos los contratos por fraude de acreedores (las acciones de reintegración ejercitadas no podían prosperar por haber transcurrido el plazo). Recurrída la anterior sentencia, fue anulada por la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el ejercicio de la acción pauliana.

Doctrina.- La administración del concurso está legitimada para el ejercicio de la acción pauliana (artículo 71.6 de la Ley Concursal –artículo 71.7, conforme a la redacción actual-, y artículo 72 de la Ley Concursal). Son presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana la prueba de la lesión del crédito y la prueba de la intención de defraudar o del conocimiento del fraude en deudor y tercero (pudiendo aplicarse presunciones de fraude que facilitan el ejercicio de la acción si se tratase de actos gratuitos, entre otros).

No procede el ejercicio de la acción pauliana cuando la parte demandante no ha acreditado debidamente el conocimiento de la lesión del crédito que concurría en deudor y tercero al tiempo de la realización del acto perjudicial.

CARMEN JEREZ DELGADO

ACCIÓN REAL REGISTRAL (ACCIÓN DE CESACIÓN DE OBRAS POR PERTURBAR E INVADIR LOS LÍMITES DEL DOMINIO DEL ACTOR): ALCANCE DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 13ª) DE 23 DE DICIEMBRE DE 2011.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto de Bustos Gómez-Rico.

Antecedentes.- El titular registral de un inmueble ejercitó, frente al titular registral de la finca vecina, una acción de cesación de obras, por perturbar e invadir los límites de su dominio al desarrollar la actividad de construcción o edificación. Se amparó para el ejercicio de la acción en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. La acción fue desestimada en ambas instancias.

Doctrina.- El artículo 41 de la Ley Hipotecaria protege «la titularidad de la finca inscrita, no su configuración material ni su realidad extraregstral, pues las circunstancias físicas de las fincas, como la naturaleza rústica o urbana, situación, linderos y superficie no están comprendidas en el principio de fe pública registral».

La institución registral se basa en las declaraciones de los otorgantes, razón por la cual no garantiza los datos de hecho que publica como ciertos. Los datos de hecho no están amparados por la fe pública registral.

La acción prevista en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, no sólo requiere para su ejercicio que el actor acredite su titularidad registral sino que, además, el demandado no oponga un título también inscrito en virtud del cual realice los actos que originaron el conflicto. El cauce que se inicia con la acción real registral prevista en este artículo es un procedimiento sumario en que no puede resolverse el conflicto de intereses originado entre dos titulares registrales referido a datos de hecho. Tal conflicto debe resolverse ante la jurisdicción civil ordinaria.

CARMEN JEREZ DELGADO

URBANIZACIÓN NO CONSTITUIDA FORMALMENTE EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: PAGO DE GASTOS DE COMUNIDAD [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 8ª) DE 15 DE DICIEMBRE DE 2011.]

Ponente: Ilma. Sra. D^a. M^a Margarita Vega de la Huerga.

Antecedentes.- La demandada era propietaria de una vivienda unifamiliar ubicada en una urbanización en Majadahonda. Habiendo sido reclamada por la Comunidad de propietarios la cuantía que supuestamente debía en concepto de gastos de comunidad, la demandada se negó al pago.

En Primera Instancia, fue condenada al pago de los gastos de comunidad reclamados. La demandada recurrió la sentencia ante la Audiencia Provincial de Madrid, alegando que no forma parte de una comunidad de propietarios, pues su vivienda es independiente, no existen elementos ni servicios comunes de carácter común, sino que los únicos servicios comunes son llevados a cabo por el Ayuntamiento (entre otros, recogida de basura, vigilancia de la urbanización, alumbrado, mantenimiento de viales, alcantarillado).

La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso y condenó a la demandada al pago de las cantidades reclamadas en concepto de gastos de comunidad.

Doctrina.- Para considerar la existencia de una comunidad de propietarios y de las obligaciones y derechos inherentes a la misma no es preciso que se haya constituido como tal formalmente en escritura pública ni que conste inscrita en el Registro de la propiedad, sino que será suficiente que concurren los elementos a los que hace alusión la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1969 y el Código civil (artículo 396). Es decir, será suficiente con que existan elementos privativos que comparten, a su vez, elementos comunes que resultan anejos a la titularidad de aquéllos. La falta de un título constitutivo del régimen de propiedad horizontal y de su inscripción en el Registro de la propiedad sólo supone la inoponibilidad de lo pactado frente a terceros que lo desconozcan.

En particular, tratándose de urbanizaciones, la reforma introducida en la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley 8/1999, de 6 de abril, deja claro que se aplicará subsidiariamente lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal a los conjuntos inmobiliarios en que concurren las características indicadas, es decir, que la titularidad de los elementos privativos lleve aneja la cotitularidad sobre determinados elementos o servicios comunes (artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, introducida la reforma).

La existencia de cartas de la Junta de propietarios dirigidas a la demandante (y a otros propietarios) animándoles a que no dejaran la comunidad de propietarios e indicándoles las condiciones de pago por liquidación de gastos que esto supondría no es indicio de que la demandada hubiera dejado de pertenecer a la comunidad, toda vez que no se presenta prueba de haber efectuado dichos pagos ni acuerdo admitiendo el cese, de un lado, y que existen elementos comunes, aunque pocos (en particular, una caseta de guarda y un equipo de bombeo).

CARMEN JEREZ DELGADO

EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ADJUDICACIÓN DEL BIEN HIPOTECADO AL ACREEDOR Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL DEL DEUDOR HIPOTECARIO: ¿JUSTO O INJUSTO? [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 18.ª) DE 23 DE ENERO DE 2012.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Rueda López.

Antecedentes.- Ante el impago de las cuotas de amortización de un préstamo hipotecario se inició un proceso de ejecución hipotecaria por parte de la entidad bancaria B (acreedor hipotecario). La vivienda hipotecada fue subastada y se adjudicó a la entidad ejecutante por precio inferior a la deuda, quedando pendiente de pago la suma de 19.525,64 euros más 22.214,08 euros de intereses a la fecha de la subasta.

Posteriormente la entidad bancaria B. ejercita una acción personal de reclamación de cantidad contra P. (prestatario) y contra F y G. (en calidad de fiadores) para que, de forma solidaria, abonen la cantidad de 78.540,72 euros en concepto de parte del capital e intereses de demora derivados del préstamo con garantía hipotecaria constituido en escritura pública sobre una vivienda sita en Madrid y que está inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 16 de Madrid y que no se logró cobrar mediante el proceso de ejecución hipotecaria (téngase en cuenta que la suma reclamada se ha incrementado hasta la cantidad de 78.540,72 euros dado el tiempo transcurrido desde la subasta hasta la interposición de la demanda que da origen a esta sentencia).

El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Madrid estima la demanda interpuesta por la entidad financiera B y condena a los codemandados al pago de la cantidad reclamada. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Madrid lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia.

Doctrina.- La Audiencia Provincial de Madrid mantiene en esta sentencia que la pretensión de la entidad bancaria demandante es conforme a Derecho porque el art. 105 LH dispone que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 CC y, por tanto, el deudor y sus fiadores solidarios continúan respondiendo de la obligación con todos sus bienes presentes y futuros hasta que no se salde la totalidad de la deuda.

Ahora bien, la Audiencia Provincial realiza en el Fundamento de Derecho segundo unas interesantes afirmaciones encaminadas a poner en cuestión lo

acertado de nuestra legislación en esta materia. Dice textualmente la sentencia lo siguiente: *“no puede obviarse la aparente justicia o equidad de las argumentaciones de la parte y lo deseable de una previsión legislativa que moderase el rigor de la aplicación del principio de responsabilidad universal en supuestos de ejecuciones hipotecarias, o la exigencia de una valoración objetiva del inmueble que se entrega en pago total o parcial de la deuda garantizada hipotecariamente, pero tampoco puede ser ignorado que la legislación vigente establece tal principio, que la misma impone la reducción de la deuda por el importe que se consiga en la subasta o en que se adjudique el bien, y que la valoración que de la finca se establece en la escritura de constitución de la garantía hipotecaria lo es a los efectos de servir de tipo a la subasta, siendo así que el precio real es aquél que efectivamente se consiga, en base al aforismo tantum valet quantum vendi potest”*.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

CERTIFICACIONES CATASTRALES: NO SON PRUEBA DEL DOMINIO POR SI SOLAS [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 9.ª) DE 26 DE DICIEMBRE DE 2011.]

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

Antecedentes.- Una Comunidad de propietarios interpone una demanda contra los propietarios del local bajo derecha del citado edificio (don L. y doña D.), solicitando se les condene a ejecutar cuantos actos materiales sean precisos para demoler la construcción realizada sobre el patio de la comunidad reponiendo las paredes, muros y suelos a su estado primitivo, así como a retirar cuantas instalaciones hayan realizado en el patio común y que resulten de la prueba practicada, reponiendo los elementos comunes que se hayan visto afectados.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 63 de Madrid desestima la demanda interpuesta por la Comunidad de propietarios, con fundamento en la carencia de prueba sobre la propia existencia del patio común, alcanzando tal conclusión tras un riguroso análisis de la prueba aportada y acudiendo a la descripción registral del local ante esa carencia de prueba y, por otra parte, a los efectos puramente dialécticos en la que consideraba actuación incurso en el abuso de derecho por parte de la Comunidad de propietarios, pues la existencia de autorización previa por parte de ésta y su consentimiento durante años de la situación.

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 expone en esta sentencia el régimen legal del Catastro y su virtualidad cuando se trata de decidir sobre el derecho de propiedad. Conforme al artículo 1.1 del Texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo), el Catastro se define como un registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales tal y como se definen en esta norma. La citada normativa establece en el art. 3 que "a los solos efectos catastrales, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos". Afirma la Audiencia Provincial que se trata de una presunción *iuris tantum* que, como el precepto señala expresamente, es únicamente "a los solos efectos catastrales", de naturaleza administrativa, sin que condición la titularidad del dominio a efectos civiles.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 2 de marzo de 1996, 16 de octubre de 1998, 30 de julio de 1999 y 26 de mayo de 2000) mantiene que las certificaciones catastrales no tienen por sí solas fuerza probatoria sobre la titularidad del dominio y no sirven para acreditar la certeza de los datos físicos de las fincas

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

RECTIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA REGISTRAL: PROCEDIMIENTO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 14.ª) DE 24 DE OCTUBRE DE 2011.]

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Paloma Garcia de Ceca

Antecedentes.- Se interpone una demanda contra la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Registro de la Propiedad núm. 8 de Madrid, solicitando se dicte una sentencia que imponga la obligación de practicar la rectificación de la inscripción de la finca registral número x del Registro de la Propiedad núm. 8 de Madrid, en cuanto a linderos y paraje, con arreglo a lo que figuraba en el título inicial.

La demanda se interpone por los interesados, conforme al art. 328 LH, para impugnar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 2010, en virtud de la cual se desestima el recurso interpuesto por los ahora demandantes frente a la nota de calificación del titular del Registro de la Propiedad núm. 8 de Madrid de abril de 2009, en la que se denegaba la rectificación registral instada por los demandantes (en esencia la pretensión de los demandantes se dirige a rectificar la descripción de la finca registral, propiedad de los actores, sin necesidad de acudir al procedimiento legalmente establecido en el art. 40 LH, al amparo de la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado).

El Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid desestima la demanda e interpuesto recurso de apelación por los demandantes, 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 Dirección General de los Registros y del Notariado permite la rectificación de errores materiales en los asientos registrales, prescindiendo del procedimiento establecido en el art. 40 d) LH, cuando el error afecte a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, mediante la mera aportación de los documentos que aclaren el error producido (en este sentido, véanse las resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 1992, 8 de mayo de 1999, 10 de septiembre de 2004, 11 de enero y 1 de junio de 2006 y 13 de octubre de 2009).

Asimismo señala la Audiencia Provincial de Madrid que el art. 40 c) LH permite la rectificación del Registro a instancia del titular del dominio erróneamente inscrito, cuando la inexactitud tuviere lugar por error de algún asiento y en la

forma prevista en el título VII de la propia Ley (arts. 211 y siguientes LH). Por su parte, el art. 211 LH diferencia entre errores materiales y de concepto, y el art. 212 LH define los errores materiales declarando que "*se entenderá que se comete error material cuando sin intención conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia formal de los asientos o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por ello el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos*". Por todo ello, cuando la rectificación pretendida implique ineludiblemente un cambio o alteración del sentido general de la inscripción de la finca registral y de sus conceptos definatorios o linderos, no procede la aplicación de lo dispuesto en los arts. 40 c) y 212 LH.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

PRIMER TRIMESTRE DE 2012

I.- PROPIEDAD

RESOLUCIÓN DE 21-10-2011 (BOE: 17-01-2012). AUTOCONTRATACIÓN. APODERADO

Se presenta escritura otorgada el 13 de agosto de 1993 por la que un apoderado, en representación de su poderdante, vende a su esposa una finca. La esposa compra para la sociedad de gananciales que tiene con el apoderado.

El Centro Directivo aborda dos cuestiones sustantivas:

- 1) Si las reformas operadas por las Leyes 24/2001 y 24/2005 se aplican a una escritura en la que interviene un apoderado y que se otorgó en 1993.
- 2) Si es o no admisible la autocontratación y, en caso positivo, que requisitos debe cumplir para ser válida y acceder al Registro.

Con respecto a la primera cuestión, entiende la DGRN, en línea con su Rs. 20 de enero de 2004, que no; la cuestión debe resolverse con arreglo a la normativa vigente en el momento del otorgamiento de la escritura, aunque la escritura se haya presentada en el Registro después de la entrada en vigor de las leyes citadas.

Con respecto a la segunda, la DGRN sigue el criterio de la STS de 29 de noviembre de 2001 según la cual; “el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo, en principio, es válido. No lo será cuando la ley lo prohíbe expresamente (1459.2 CC y 267 CCom) o cuando, sin prohibición legal, hay conflicto de intereses; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación.

Por tanto, la autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la autorización del poderdante, y no es necesario que reúna requisitos especiales de forma. En el caso analizado, no existía tal autorización ni se

acredita que el apoderado estuviera facultado para vender a si mismo o a su esposa por lo que la DG desestima el recurso.

RESOLUCIÓN DE 25-10-2011 (BOE: 17-01-2012). ANOTACIÓN. PRORROGA. CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Mediante instancia se solicita la cancelación por caducidad de una anotación de embargo preventivo a favor de la Agencia Tributaria, prorrogada por seis meses, al haber transcurrido el plazo de la prorroga.

La DGRN, en línea con su resolución de 11 de marzo de 2010, confirma la calificación en el sentido de que el plazo de duración de tales anotaciones no es de seis meses sino de cuatro años, puesto que el artículo 81 de la LGT establece un plazo de seis meses prorrogables por otros seis, pero entiende que estos plazos se refieren al embargo preventivo (que es medida cautelar) y no a la anotación preventiva (que hace efectivo erga omnes el embargo trabado). Por tanto, al no existir un plazo especial de vigencia de la anotación de embargo preventivo, ni establecerse su caducidad, debe de aplicarse el plazo general de caducidad de las anotaciones del artículo 86 LH.

La DGRN distingue las siguientes hipótesis:

1) Si la conversión se acuerda después de transcurridos seis meses desde el embargo preventivo; no podrá practicarse la conversión del embargo preventivo en definitivo, deberá cancelarse la anotación de embargo preventivo y practicarse nueva anotación con el rango que corresponda a la fecha de presentación del mandamiento en el Registro.

2) Si la conversión se acuerda durante el plazo de seis meses pero se presenta transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación; tampoco podrá practicarse la conversión por haber caducado el asiento.

3) Sólo se conservará la prioridad si la conversión se acuerda en el plazo de seis meses y se presenta el mandamiento en el registro durante la vigencia de la anotación.

En el caso analizado, no procede la cancelación pues no ha transcurrido el plazo de cuatro años ni se ha acreditado el hecho o causa de la posible cancelación mediante documento expedido por la autoridad que decretó el embargo (artículos 83 LH y 173 LGT).

RESOLUCIÓN DE 27-10-2011 (BOE: 17-01-2012). DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO- TERRESTRE. COMPRAVENTA FINCA COLINDANTE.

Se suspende la inscripción de una escritura de compraventa porque la finca objeto de la venta se encontraba en zona de colindancia con el dominio público marítimo-terrestre.

La DGRN dice “a la hora de resolver el presente recurso debe solventarse con carácter previo la cuestión de si el artículo 35 del Reglamento de Costas se extralimita en su desarrollo de la Ley de Costas, o al contrario se limita a completar sus parámetros. Esto es, si supone o no una extralimitación exigir un certificado de no invasión del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones, cuando la Ley sólo lo exige para las inmatriculaciones”.

La DGRN confirma su cambio de criterio y, en línea con las STS de 16 de octubre de 1996 y 27 de mayo de 1998 y su resolución de 6 de octubre de 2008, dice que “debe entenderse plenamente aplicable el artículo 35 del Reglamento de Costas que exige a las segundas y ulteriores transmisiones los mismos requisitos que para la inmatriculación en lo relativo a la acreditación de la no invasión de la zona de dominio público marítimo-terrestre”.

Entiende el TS que la aplicación del artículo 35 del Reglamento de Costas tiene su fundamento en el artículo 10 de la Ley que desarrolla, es otra medida para adecuar la realidad física de las fincas a la jurídica y tiene por fin impedir que terrenos de dominio público accedan al Registro como si fueran de propiedad privada.

RESOLUCIÓN DE 23-11-2011 (BOE: 17-01-2012). INMATRICULACIÓN DE UNA PORCIÓN INDIVISA. CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRAFICA.

Presentado en el registro un auto, dictado en expediente de dominio para la inmatriculación de una porción indivisa de finca ya inscrita en cuanto a las demás porciones, se suspende la inscripción por la falta de aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica.

La DGRN revoca la calificación pues “la necesidad de certificación catastral, que es de gran utilidad para la adaptación el Registro a la realidad física extrarregistral, tiene su sentido en las inmatriculaciones pero no en este supuesto de hecho, que más que un acceso por primera vez de una finca al Registro supone la primera inscripción de un nuevo titular con respecto a una finca ya inscrita. En consecuencia no existiendo modificaciones descriptivas (de superficie o linderos), ni excesos de cabida (superiores a la quinta parte) ni acceso ex novo de una finca al Registro resulta irrelevante la certificación.

RESOLUCIÓN DE 02-12-2011 (BOE: 17-01-2012). ADJUDICACION POR DEUDAS DEL HEREDERO ÚNICO. TRACTO ABREVIADO.

Se pretende la inscripción de un auto de adjudicación de bienes dictado en un procedimiento seguido contra la heredera única del titular registral por deudas de la propia heredera; solicitándose, si fuera preciso, la previa inscripción a favor de la heredera de los bienes adjudicados, como tracto abreviado.

El registrador suspende la inscripción pues los bienes objeto de la adjudicación figuran inscritos a favor del causante, esposo de la demandada. Del Registro resulta, respecto de otras fincas, la protocolización parcial de la herencia del causante a favor de su esposa y heredera universal.

La DGRN, tras recordar su resolución de 9 de julio de 2011 que distingue las diferentes hipótesis que pueden plantearse en la aplicación del artículo 166.1 RH, se plantea la cuestión de si el artículo 20.3 LH (previsto para la inscripción de las ejecuciones derivadas de procedimientos seguidos contra los herederos del ejecutado por deudas de éste) puede aplicarse a la inscripción de adjudicaciones derivadas de procedimientos de ejecución por deudas del heredero del titular registral.

El centro directivo sostiene una postura afirmativa siempre que se acredite:

1) Carácter de heredero, a través de las circunstancias del artículo 166 RH. Es decir, certificados de defunción del causante, el del RGAUV y testamento, que, en este caso, resultan del Registro.

2) y su aceptación de la herencia, pues la ejecución es por deudas propias y, siendo heredero único, no se plantean las dificultades propias del derecho hereditario en abstracto. Aceptación que también resulta del Registro en la escritura de protocolización parcial de la herencia.

Con base en ello, entiende la DGRN que no hay obstáculo para practicar la inscripción a favor del adjudicatario, previa inscripción, por tracto abreviado, a favor de la heredera única.

RESOLUCIÓN DE 03-12-2011 (BOE: 17-01-2012). REPARCELACIÓN. ANOTACIÓN DE NULIDAD DE MODIFICACIÓN DE LA REPARCELACIÓN EN SENTENCIA NO FIRME.

Se plantea en el recurso si, sobre las fincas resultantes de un proyecto de reparcelación, puede practicarse anotación preventiva de una sentencia no firme que declara la nulidad de la modificación de la reparcelación o si, según

entiende el Registrador, de los artículo 42 LH, 51 y 52 de la Ley del Suelo y 67 a 70 del Real Decreto 1093/1997 se deduce que sólo cabe la AP de la interposición de un recurso contencioso administrativo y la inscripción de una sentencia firme.

La DGRN revoca la calificación y estima el recurso al afirmar “es doctrina reiterada de este Centro Directivo (resolución de 2 de marzo de 2006) que las resoluciones judiciales no firmes (con pronunciamientos llamados a desembocar en asientos definitivos) puedan acceder a los libros mediante un asiento acorde con su provisionalidad como las anotaciones preventivas. De esta forma, se impide que los principios de legitimación y fe pública puedan desplegar sus efectos ante eventuales transmisiones de los bienes o derechos afectados por la sentencia.”

Añade la DGRN que la posibilidad de anotar preventivamente sentencias con trascendencia real resulta del artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y éste es aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 129.1 y DF 1ª de la Ley 29/1998 de 13 de julio de la jurisdicción contencioso administrativa).

RESOLUCIÓN DE 09-12-2011 (BOE: 17-01-2012). EXTINCIÓN DE CONDOMINIO CON DESMEMBRACIÓN DEL DOMINIO.

En una escritura de disolución de comunidad una de las copropietarias se adjudica el usufructo vitalicio y otra la nuda propiedad con compensaciones en metálico.

El registrador deniega la inscripción en base a una serie de defectos que desestima la DGRN:

1) Si el negocio jurídico presente, con independencia de su denominación, es válido en cuanto a su consentimiento, objeto y causa.

Considera, en general, que es necesario expresar la causa de los negocios para que conste en el Registro, pero que la causa está expresada en la escritura (la intención de cesar en el condominio) y que es onerosa (las contraprestaciones).

Respecto del objeto recuerda que según el TS no existe comunidad en caso de desmembración del dominio, y que debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad si consienten todos los interesados. Por todo ello, considera válido el negocio inscribible.

2) Si hay indeterminación en la naturaleza, privativa o ganancial, del bien y si es necesario el consentimiento del cónyuge del titular registral.

Entiende la DG que si el Registro publica que los bienes son privativos, los derechos adjudicados también serán privativos y no es necesaria la intervención de ningún cónyuge.

3) Si el notario autorizante de la diligencia de subsanación era o no competente para autorizarla. Puede subsanar no sólo el notario autorizante sino también el sucesor en el protocolo, limitándose la subsanación a errores materiales, omisiones o defectos de forma, como ocurre en el expediente.

RESOLUCIÓN DE 26-01-2012 (BOE: 12-03-2012). HIPOTECA EN GARANTÍA DE DEUDA AJENA.

Resolución de 26 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad interino de Riaza, por la que se suspende la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.

Presentada copia de una escritura por la que una persona, casada bajo régimen de gananciales, reconoce una deuda a favor de una sociedad, a la vez que su cónyuge constituye sobre bienes privativos hipoteca en garantía del pago de aquella deuda. Existe presentado con posterioridad un mandamiento judicial del que resulta que ambos cónyuges fueron declarados en concurso voluntario de acreedores mediante auto de fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura. El registrador suspende la inscripción de la hipoteca por dos defectos:

El primero, porque hallándose el deudor y el hipotecante en situación de concurso y no habiéndose nombrado aún a los administradores concursales, es necesaria la intervención judicial para constituir obligaciones patrimoniales que aumenten la masa pasiva y constituir hipoteca y el segundo por la falta de identificación real de los titulares reales de la sociedad mercantil a cuyo favor se constituye la hipoteca.

El recurrente no se opone directamente al primer defecto señalado por el Registrador, sino que se basa en que los principios de prioridad y oponibilidad de lo no inscrito impiden que el Registrador puede tener en cuenta, para su calificación, documentos presentados con posterioridad. La DG, en consecuencia, en el primer defecto trata las dos cuestiones, a saber, si el Registrador puede o no tener en cuenta el mandamiento presentado posteriormente que declara el concurso y si es o no necesaria la intervención judicial.

Respecto a la primera cuestión la DG concluye que los principios de prioridad e inoponibilidad despliegan sus efectos respecto de títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, determinando la doctrina del Centro de que el registrador no puede tener en cuenta en su calificación documentos presentados después, contradictorios o incompatibles con el primeramente presentado, si con ello se produce una desnaturalización del propio principio de prioridad. Sin embargo, “(...) esos principios y esa doctrina, en cambio, no juegan respecto de documentos que sólo afectan a la situación subjetiva del otorgante del documento, los cuales no plantean un conflicto objetivo con el documento presentado con anterioridad, sino que, al contrario, ofrecen la posibilidad de realizar una calificación más adecuada a la legalidad a la vista de la capacidad de los otorgantes (artículo 18 Ley de la Hipotecaria)”.

La declaración de concurso produce sus efectos desde la fecha del auto correspondiente aunque no sea firme (artículo 21.2 de la Ley Concursal), con independencia del conocimiento que de él tengan los otorgantes y de que se haya dado o no al auto la publicidad extrarregistral y registral prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal, por lo tanto, el Registrador en su calificación debe tener en cuenta las restricciones vigentes al tiempo del otorgamiento de la escritura y que derivan, no de la presentación del mandamiento judicial, sino del auto mismo que declara el concurso, pues la propia Ley Concursal considera anulables los actos otorgados por el concursado y dispone que no «podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme» (artículo 40 de la Ley Concursal).

En cuanto a la segunda cuestión, la DG confirma el defecto, señalando que no estando nombrada aún la administración concursal, sería necesario, para la constitución de la hipoteca por el concursado, que se acreditase la existencia de la autorización judicial sin que dicho acto pueda considerarse como propio de su giro o tráfico imprescindibles para la continuación de su actividad, a que se refiere el artículo 44 de la Ley Concursal, pues si ya es difícil otorgar tal categoría cuando, aún tratándose de un empresario individual, se constituye en garantía de una deuda ajena, con mayor razón lo será si se constituye por persona física no empresaria, que, por principio, carece de ese giro o tráfico ordinario.

Por último, en relación al segundo defecto señalado por el registrador en su nota, relativo a la falta de manifestación por los comparecientes de la identificación de los titulares reales de la sociedad acreedora, el Centro señala que si bien, los Registradores se encuentran entre los sujetos obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, a

identificar formal y realmente a cuantas personas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones o, en caso contrario, abstenerse de ejecutar o intervenir en las mismas, el último párrafo del artículo 19 de la citada establece taxativamente, respecto de los registradores, que dicha obligación de abstención en ningún caso impedirá la inscripción del acto o negocio jurídico en los Registros de la propiedad, mercantil o de bienes muebles. “De ello se infiere, pues, que la omisión de la reseña relativa al cumplimiento por parte del notario –no por parte de los comparecientes- de la obligación de identificación real de la sociedad interviniente en la escritura no lleva consigo un cierre registral”.

RESOLUCIÓN DE 01-02-2012 (BOE: 01-03-2012). OBRA NUEVA BASADA EN CERTIFICADO CATASTRAL: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Resolución de 1 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Fraga, por la que se suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva terminada.

Hechos. Se presenta escritura de declaración de obra nueva terminada sobre una finca situada en Candanos (Huesca), justificada por una certificación catastral descriptiva y gráfica que coincide con la obra descrita en el título y cuya inscripción se pretende, pero que no es totalmente coincidente en cuanto a la superficie total de la finca tal como figura inscrita en el Registro de la Propiedad. La edificación tiene una antigüedad superior a cien años, sin que conste en el Registro de la Propiedad práctica de anotación preventiva por infracción de expediente de disciplina urbanística. Y de la referida certificación catastral, resulta plena coincidencia con el nombre y número de la calle, así como con los linderos, y acreditada la antigüedad de la finca, así como las coincidencias de los linderos reseñados con la realidad física del inmueble; en cuanto a la extensión de la finca, aparecen en la citada certificación, 547 metros cuadrados de superficie construida –idéntica a la mencionada en la declaración de obra nueva que se hace en el título-, y una superficie de suelo de 268 metros cuadrados, lo que no corresponde con el título anterior –218 metros cuadrados, que figuran en el Registro como superficie del solar – si bien en la escritura objeto del expediente, sólo se declaran ocupados por la edificación 203 metros cuadrados.

Defecto alegado por la registradora: no resultar acreditada la adecuación de la obra nueva declarada al cumplimiento de los requisitos de legalidad urbanística de conformidad con los artículos 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, tras la nueva redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio,

y 45 y 52 del real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, por no resultar la identidad entre la finca a que se refiere la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada y la finca sobre la que se pretende la inscripción de la obra declarada.

La DGRN revoca la nota en cuanto a este defecto (único recurrido), teniendo en cuenta que:

a) La identidad entre la finca registral sobre la que se declara la obra realizada, y la finca catastral cuya certificación se aporta, únicamente importa ahora a los efectos de constatar que la obra realizada es anterior de la Ley del Suelo de 1990, lo que está claramente acreditado.

b) Entre las descripciones registral y catastral de la finca, existen apreciables coincidencias: nombre y número de la calle, y substancialmente los linderos.

c) La coincidencia entre los metros edificados y los de superficie de suelo, que se reseñan en el título calificado y el certificado catastral.

d) Las posibilidades de adquirir mayor certidumbre sobre la identidad de estas fincas, por el examen de los historiales de las fincas colindantes.

En cuanto a la discordancia de la certificación catastral y la cabida de la finca, es cierto que existe una diferencia de cabida de las fincas referidas, por lo que se podría discutir sobre excesos de cabida, pero la inscripción de ese exceso no fue solicitado.

A efectos del citado art. 52 RD 1093/1997, de 4 de julio, se incorpora certificación catastral descriptiva y gráfica de la que se deduce que la construcción de la edificación data del año 1887 y su descripción resulta coincidente con la misma escritura.

En definitiva, la identidad entre la finca registral sobre la que se declara la obra realizada y la finca catastral cuya certificación se aporta, únicamente importa ahora a los efectos de constatar que la obra realizada es anterior de la Ley del Suelo de 1990 y la duda de esa identidad de la finca no es en este caso fundada.

RESOLUCIÓN DE 02-02-2012 (BOE: 01-03-2012). DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD SIN CERTIFICACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL SOBRE EL ESTADO DE DEUDAS.

Resolución de 2 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Olmedo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de disolución de condominio, liberación de deudor y afianzamiento.

Hechos. Se pretende inscribir una escritura de disolución de comunidad con adjudicación del inmueble y asunción de la totalidad de la deuda garantizada con hipoteca a uno de los comuneros, que compensa al otro comunero, por la diferencia, en metálico.

Defectos alegados por el Registrador:

1º. Falta de aportación del certificado de la comunidad de propietarios, art. 9.1.e) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, modificada primero por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, y modificada después por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Propiedad Horizontal.

2º. Falta de claridad en la redacción de la escritura en lo relativo al contenido del contrato y el pago del precio.

La DGRN revoca los dos defectos.

En cuanto al primero, señala, por un lado, que el art. 9.1.e) de la LPH responde a la necesidad de la protección del tercer adquirente de la finca perteneciente a una comunidad de propiedad horizontal, ya que las cargas derivadas de las cuotas de gastos y mantenimientos así como la procedentes de las derramas pendientes por actuaciones en la comunidad tienen una naturaleza real que afecta y grava la finca, de forma que el adquirente de la misma soporta esas cargas como si de las registrales se tratase. Y, por otro lado, que no nos encontramos ante una transmisión de propiedad ordinaria, sino ante una adquisición como consecuencia de una disolución de comunidad que no tiene una clara naturaleza traslativa (hace referencia a la reiterada doctrina de este Centro Directivo respecto a la naturaleza traslativa o declarativa de las disoluciones de comunidad, si bien por cuestiones relativas a la justificación del título como medio para la inmatriculación).

Y ambas circunstancias, por un lado, la de que se trata de un acto de discutida naturaleza traslativa, y por otro, la de que el adquirente –que es la persona protegida por la exigencia del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal– es el condueño junto con la que cede su derecho de propiedad, hace que la utilidad de la exigencia de la certificación de cargas, al menos en este caso, sea inocua, ya que el adjudicatario no es un tercero, pues ya era propietario antes del otorgamiento de la escritura.

Respecto a la mención que se hace por el registrador en virtud del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, se remite a la doctrina anterior de este Centro directivo: ni el incumplimiento de las obligaciones que se imponen al transmitente ni la prohibición de autorización de la escritura pública afectan «a la validez del negocio celebrado, por lo que si el mismo, en este caso una compraventa, reúne los requisitos que para su validez exigen las leyes (artículos 1261 y siguientes y 1300 del Código Civil) no existen obstáculos para que pueda acceder al Registro, todo ello al margen de las acciones que al adquirente competan frente a quienes hayan incumplido o quebrantado aquellas obligaciones y prohibición, en cuanto, pese a la inscripción, habrá de soportar la afección real de la finca transmitida que la misma norma impone por razón de tales gastos». Y es que la omisión que el registrador achaca a la escritura calificada no se sanciona especialmente por la ley como defecto impeditivo de la inscripción.

En cuanto al segundo defecto, lo revoca igualmente, pues, después de una lectura de la escritura, considera que no hay lugar a dudas en su redacción y en el contenido del acuerdo plasmado, declarando además que la redacción se ajusta a lo dispuesto en el Reglamento Notarial.

RESOLUCIÓN DE 03-02-2012 (BOE: 01-03-2012). PROTOCOLIZACIÓN DE OPERACIONES PARTICIONALES SIN INCORPORAR EL AUTO APROBATORIO.

Resolución de 3 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Coria, por la que se deniega la inscripción de un acta de protocolización de un auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Coria, por el que se aprueban las operaciones de división de herencia, ante notario de Coria.

Hechos. Se otorga una escritura de protocolización de operaciones particionales de herencia aprobadas por un Auto Judicial y la escritura se presenta a inscripción por uno sólo de los herederos.

Defectos alegados por el Registrador:

1º. No se acreditan las circunstancias personales de tres de los cuatro herederos, art. 9.4 L.H. y 51.9 R.H.

2º. No se acompaña el título sucesorio, es decir, el Acta de Declaración de Herederos, art. 14 L.H.

La DGRN confirma la nota de calificación.

En cuanto al primer defecto, porque en la instancia de solicitud de inscripción se ha marcado la casilla «inscripción total» y cfr. art. 6 de la Ley Hipotecaria, ha de entenderse solicitada la práctica de todos los asientos que procedan a la vista del documento calificado. Son, por tanto, necesarias las circunstancias personales de todos los herederos cfr. arts. 9 LH y 51 RH, puesto que una mitad indivisa de la finca descrita se adjudica a esos herederos.

Respecto al segundo de los defectos, cfr. arts. 14 LH y 76 y 78 del RH, señala que el título fundamental de la sucesión es, entre otros, el testimonio del auto de declaración de herederos abintestato –que no se ha acompañado–, debiendo presentarse con el título inscribible o insertarse de modo integro o al menos en relación respecto de los elementos necesarios para la calificación, en la documentación presentada, pues todos los extremos del mismo han de ser objeto de calificación registral del total título inscribible, para que el procedimiento registral no quede viciado por omisión de un trámite esencial.

RESOLUCIÓN DE 03-02-2012 (BOE: 01-03-2012). SENTENCIA QUE DECLARA ILEGAL UNA LICENCIA SIN INTERVENIR TITULARES REGISTRALES

Resolución de 3 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lleida n.º 1 a practicar la inscripción del fallo de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Hechos. Con fecha 2 de noviembre de 2010 se expide mandamiento por el Juzgado Contencioso Administrativo número 1 de Lleida, por el que se ordena practicar la anotación del fallo de la sentencia dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad número 1 de Lleida fue calificado desfavorablemente, resumidamente por el defecto de no haber sido citados los titulares de derechos de determinadas entidades registrales. Recurrida dicha calificación, esta Dirección General desestimó el recurso mediante resolución de fecha 3 de marzo de 2011 (BOE número 97, de 23 de abril de 2011).

Con fecha 27 de septiembre de 2011 se presenta en el Registro de la Propiedad número 1 de Lleida nuevo mandamiento de fecha 25 de julio de 2011 dado por el Juzgado Contencioso Administrativo número 1 de Lleida por el que se ordena la inscripción del fallo de la sentencia antes citada, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, manifestándose que el «Banco Sabadell, S.A.» ha sido notificado. Se

acompaña testimonio de fecha 26 de julio de 2011, expedido por el secretario del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Lleida. El registrador califica negativamente, resumidamente, por no haberse citado a todos los titulares de las entidades registrales, ni a todos los titulares de derechos reales y anotaciones de embargos existentes sobre los diversos elementos que configuran la propiedad horizontal.

Se debate en este recurso la posibilidad de practicar la inscripción de un fallo judicial dictado en un procedimiento contencioso administrativo sobre ilegalidad de la licencia de una construcción, donde no han sido citados o emplazados todos los titulares registrales de derechos reales o cargas sobre los elementos privativos que lo integran, o, al menos, la constancia de la anulación de la licencia de construcción por medio de la nota marginal regulada en el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

La DGRN confirma la nota. Aunque el art. 19 del RDleg 2/2008, de la Ley del Suelo prevé que la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma, la cuestión que se plantea en el presente recurso no es determinar el alcance de la sucesión ex lege de los deberes del propietario conforme a la legislación urbanística, sino el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro la declaración de nulidad de una licencia de edificación por resolución judicial. El Registrador tiene la obligación de calificar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, -art 24 de la Constitución y 20 LH-, de forma que aunque los titulares en el momento de la iniciación de tal procedimiento fueran citados, no se puede dejar indefensos a los titulares actuales. No habiéndose instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda (art. 67 del D 1093/1997), no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia contra el actual titular registral que no ha tenido participación en el procedimiento.

No quiere esto decir que los intereses urbanísticos queden sin protección, sino que la Administración debe iniciar una nueva actuación contra el titular registral con el objeto de acomodar los pronunciamientos registrales a la normativa urbanística, a través de un procedimiento en el que el titular registral sea oído y pueda alegar lo que a su Derecho convenga. Pero no constando en el expediente la citación, ni la participación en el procedimiento de todos los titulares registrales, no procede la práctica de la nota marginal de declaración de

ilegalidad de la licencia ni la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de la licencia.

RESOLUCIÓN DE 03-02-2012 (BOE: 01-03-2012). TRACTO SUCESIVO: NO ESTÁ INTERRUMPIDO SI EL PROMOVENTE ADQUIRIÓ DEL TITULAR REGISTRAL.

Resolución de 3 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Aguilar de la Frontera, por la que se deniega la inscripción de un auto de reanudación de tracto sucesivo.

Hechos. Se presenta expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo, expedido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Puente Genil.

Defecto alegado por el Registrador: figurar inscrita la finca en favor de los cónyuges que vendieron dicha finca a los promotores del expediente por contrato formalizado en documento privado, por lo que nunca se habría perdido el tracto sucesivo, no siendo, por tanto, el expediente de dominio título adecuado para reanudar un tracto que no se ha interrumpido.

La DGRN confirma la nota y reiterando su propia doctrina señala que no cabe acudir al expediente de reanudación de tracto, cuando no existe propiamente tracto interrumpido, como ocurre en los supuestos en los que el promotor ha adquirido del titular registral, incluso cuando adquirió de sus herederos (Resolución de 15 de noviembre de 2003). La razón es el carácter excepcional y supletorio de este expediente respecto de los supuestos de rectificación de inexactitud registral contemplados en la legislación hipotecaria que considera como supuesto normal el de la aportación del título correspondiente (cfr. art. 40.a) LH).

El título inscribible sería la escritura pública de elevación a público del documento privado otorgada por quienes suscribieron dicho documento privado o por sus herederos, formalizada bien voluntariamente, bien judicialmente.

RESOLUCIÓN DE 04-02-2012 (BOE: 01-03-2012). EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULAR: DUDAS SOBRE SI LA FINCA FORMA PARTE DE OTRA MAYOR INSCRITA.

Resolución de 4 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granadilla de Abona a hacer constar la inmatriculación de una finca.

Hechos. Mediante auto de 1 de septiembre de 2010 dictado, dentro de un expediente de dominio, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Granadilla de Abona se declaró justificado el dominio de la finca en cuestión a favor de la solicitante, «habiéndose cumplido en el expediente las formalidades y citaciones previstas en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, y se ordenaba que se le expidiese testimonio de la expresada resolución» para que le sirva de título para la inscripción solicitada. Dicho testimonio se presenta en el RP.

Defecto alegado por el registrador: el objeto para el que se ha tramitado el expediente de dominio es incorrecto, por cuanto que la finca cuya inmatriculación se pretende, forma parte de otra de mayor cabida inscrita a nombre de un tercero.

La DGRN confirma la nota. Sostiene que las dudas del registrador sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso sólo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o por certificación administrativa –cfr. artículos 208, 300 y 306 del Reglamento Hipotecario–, pero no en los supuestos de expediente de dominio, porque cuando estas dudas se ventilan en un expediente judicial, por definición, se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. En el marco del expediente de dominio el registrador sólo emite su juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación a que se refiere la regla segunda del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, certificación que constituye un requisito procedimental de estos expedientes, correspondiendo al juez la valoración final de su contenido.

En estos supuestos, como el que nos ocupa, en los que el registrador ha expresado sus dudas en la referida certificación, al igual que ocurriría si el registrador hubiese certificado que la finca cuya inmatriculación se pretende ya consta registrada, con igual o diferente descripción, es preciso que el auto judicial desvirtúe tales dudas o aclare la inexistencia de doble inmatriculación, previa audiencia de las personas que puedan tener algún derecho según la certificación registral, sin que baste al efecto un auto genérico acordando la inmatriculación

Resuelve la DGRN que no se han cumplido los requisitos establecidos por los artículos 201 y 202 LH, en orden a la intervención en el expediente de la persona titular de la inscripción contradictoria o sus causahabientes de quienes puede proceder la finca, por lo que o bien el juez hace una expresa valoración de falta de identidad de la finca o bien se procede a los trámites de la reanudación de tracto, en cuyo caso sería precisa la cancelación de la inscripción contradictoria. No basta tampoco que en el auto se haga constar que «se han

cumplido en la tramitación del expediente las formalidades legales, citándose en él a todos los interesados y publicándose los correspondientes edictos convocando a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada», ya que el art. 201.3.^a, prevé la citación de los titulares de los predios colindantes, y el artículo 286 exige –para los excesos de cabida y con mayor razón para las inmatriculaciones– que se acredite la forma en que se han practicado las citaciones, entre las que figura la citación a colindantes que es esencial en sede de inmatriculación.

RESOLUCIÓN DE 06-02-2012 (BOE: 01-03-2012). SENTENCIA QUE DECLARA LA RESOLUCIÓN DE UNA COMPRAVENTA SIN ORDENAR FORMALMENTE NINGUNA CANCELACIÓN.

Resolución de 6 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Pontearreas a hacer constar una sentencia firme por la que se declara la nulidad de una compraventa inscrita.

Hechos. Mediante escritura de 15 de septiembre de 2008, que tuvo acceso al Registro, la Diócesis de Tuy-Vigo, Parroquia Eclesiástica de Santa María de Paraños, había vendido una finca a unos consortes. Posteriormente, por incumplimiento de contrato, la entidad vendedora solicitó la resolución de la compraventa, y habiendo sido estimada su demanda por el Juzgado, en virtud de sentencia, que alcanzó firmeza, se declaró resuelto el contrato de compraventa formalizado mediante la escritura antes indicada. Se había practicado en el Registro la correspondiente anotación preventiva de la demanda que inició el pleito, no resultando del expediente que hubiese derechos inscritos o anotados a favor de terceros sobre la finca concernida. Se presenta en el Registro de la Propiedad un testimonio de la indicada resolución judicial.

Defecto alegado por la registradora: la sentencia a la que se refiere el mandamiento presentado no ordena específicamente la cancelación de la inscripción registral correspondiente, siendo así que las inscripciones sólo pueden cancelarse, según el art. 82 LH, por sentencia firme contra la que no se halle pendiente recurso de casación.

La DGRN analiza de nuevo el problema de la inscripción y de la calificación de los documentos judiciales y el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables sin calificar fundamentos ni trámites, pudiendo sólo valorar los extremos recogidos en el art. 100 RH y en especial tratando de evitar la indefensión procesal patente (art. 24 CE). Y, seguidamente, distingue (citando como antecedente la R. 20 de abril de 2002):

1°. Las sentencias de condena, incluyendo las de otros tipos que contuviesen pronunciamientos de condena, requieren para su eficacia plena, y por tanto para su acceso registral, la tramitación del correspondiente proceso de ejecución.

2°. Las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria, que son directamente inscribibles en los libros del Registro -salvo las dictadas en rebeldía-, si de éste no resultan obstáculos que lo impidan, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial, que acredite su contenido así como la firmeza de la misma.

En el presente caso, la DGRN revoca la calificación, porque, “en puridad, no procede la práctica de cancelación alguna, es decir, no procede la extensión de ningún asiento cancelatorio, a pesar que la resolución de la compraventa lleva consigo la ineficacia del anterior título inscrito. Por el contrario, será el asiento que refleje el acto traslativo inherente a la resolución declarada, mediante el que se opere la «reinscripción» a favor del vendedor, lo que determine la extinción del asiento que contiene la titularidad del comprador, que ha quedado resuelta”, citando a tal efecto el art. 76 LH.

No resultando del expediente la existencia de derechos de terceros, ni de sus correspondientes asientos, no procede cancelación alguna por razón de la resolución que declara la sentencia firme, cuyo testimonio fue objeto de presentación en el Registro, sino la reinscripción a favor de la entidad vendedora, con el efecto extintivo sobre el asiento que le precede en el tracto.

Así las cosas, resulta aplicable el art. 23 LH, en virtud del cual el cumplimiento de las condiciones... resolutorias se hará constar en el Registro... por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse.

RESOLUCIÓN DE 06-02-2012 (BOE: 01-03-2012). NO HAY INTERRUPCIÓN DEL TRACTO CUANDO EL PROMOVENTE ADQUIRIÓ DE LOS HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL.

Resolución de 6 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de San Clemente a la inscripción de un auto conclusivo de un expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo de una finca.

Hechos. Se presenta en el Registro testimonio de auto por el que se declara justificado el dominio a favor de los promotores, a los efectos de la reanudación del tracto sucesivo de una finca. Del mismo resulta que la esposa

promotora adquirió la finca por herencia de su madre, que es la titular registral, habiendo aportado con posterioridad la misma a la sociedad de gananciales que tiene con su esposo.

Defecto alegado por la Registradora: no hay una verdadera interrupción de tracto. El expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo es un medio excepcional, que tan solo se admite cuando ha existido una ruptura en la cadena de titularidades.

La DGRN confirma la nota, en los mismos términos que la Resolución de 3 de febrero de 2012 anteriormente resumida. No cabe acudir al expediente de reanudación de tracto, cuando no existe propiamente tracto interrumpido. Esto ocurre en los supuestos en los que el promotor ha adquirido del titular registral, incluso cuando adquirió de sus herederos (Resolución de 15 de noviembre de 2003). La razón es el carácter excepcional y supletorio de este expediente respecto de los supuestos de rectificación de inexactitud registral contemplados en la legislación hipotecaria que considera como supuesto normal el de la aportación del título correspondiente (cfr. artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria).

RESOLUCIÓN DE 07-02-2012 (BOE: 03-03-2012). INSTANCIA PARA CANCELAR UNA HIPOTECA POR CONFUSIÓN DE DERECHOS.

Resolución de 7 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Caja Rural de Salamanca, Sociedad Cooperativa de Crédito, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Ledesma, por la que se deniega la práctica de una cancelación de hipoteca por confusión de derechos.

Hechos. En un procedimiento de ejecución de un embargo, una entidad bancaria se adjudica la propiedad de una finca sobre la que dicha entidad bancaria era previamente y continúa siendo titular de un derecho de hipoteca. Ahora la entidad presenta una instancia privada, con firma legitimada notarialmente, en la que solicita la cancelación registral de la hipoteca por confusión de derechos al recaer en la misma persona el carácter de titular del derecho hipotecario y de propietario de la finca.

Defecto alegado por la registradora: no ser la instancia privada documento hábil para practicar dicho asiento en el Registro, cfr. a lo dispuesto en los arts. 3 y 82.1 LH y 174.2 RH.

La DGRN revoca la nota de calificación y declara que, al reunirse la hipoteca y la propiedad en una misma persona, por regla general debe entenderse que aquélla queda extinguida, ya que se ha producido una verdadera confusión de derechos. Aclara que la extinción del derecho de hipoteca, no

resulta de la instancia sino del propio historial registral, que publica una misma titularidad para el dominio y para el derecho real de hipoteca (artículo 1192 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010), representando la instancia únicamente la solicitud exigida por el art. 190 RH - precepto que encuentra su base legal en el art. 82.2 LH-, atendiendo al principio de rogación registral. Este supuesto guarda parecido con la solicitud, en instancia privada, de la cancelación de una hipoteca, por transcurso del plazo, en los términos previstos en el art. 82.5 LH, en los casos en que la extinción del derecho resulte del propio Registro.

RESOLUCIÓN DE 07-02-2012 (BOE: 05-03-2012). EXCESO DE CABIDA EN EXPEDIENTE DE DOMINIO SOBRE FINCA TODAVÍA NO INSCRITA.

Resolución de 7 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Margadin, SA, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Valdepeñas, a la inscripción de un expediente de dominio para la registración de un exceso de cabida.

Hechos. Se presenta en el Registro testimonio de un expediente de dominio tramitado al efecto de inscribir un exceso de cabida de una finca, declarando (fundamento de Derecho 3º) acreditado el dominio: «Por lo tanto queda acreditada la mayor cabida de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad inicialmente, consecuencia de la agregación de las fincas propiedad de la actora». Como documento complementario se acompaña una escritura de agregación a la finca en cuestión de otras fincas colindantes. El problema que se plantea es el de dilucidar si mediante un expediente de dominio puede suplirse una escritura que no ha sido inscrita.

Defecto alegado por la registradora: falta de previa inscripción de la escritura de agregación.

La DGRN confirma la nota después del estudio de tres conceptos registrales que son de carácter básico:

1º. El ámbito de calificación de los documentos judiciales. Recuerda la doctrina reiterada del Centro Directivo del deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan. No obstante, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal permite extender la calificación registral frente a actuaciones judiciales en los términos establecidos en el art. 100 RH (en consonancia con el art. 18 LH).

2º. La naturaleza del exceso de cabida. La registraci3n de un exceso de cabida stricto sensu s3lo puede configurarse como la rectificaci3n de un err3neo dato registral referido a la descripci3n de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificaci3n no se altera la realidad f3sica exterior que se acota con la global descripci3n registral. Para la registraci3n de exceso de cabida es preciso que no existan dudas sobre la identidad de la finca (cfr. art. 298 inciso 3ltimo RH).

3º. La naturaleza del expediente de dominio. Se3alando que es un procedimiento supletorio, por lo que no puede utilizarse cuando se dispone del documento que originariamente causa la mayor extensi3n.

Consecuencia de todo lo anterior es: a) Que el Registrador puede calificar si el documento presentado, aunque sea judicial, es el cauce adecuado para la inscripci3n que se solicita (calificaci3n de la congruencia del mandato con la operaci3n registral solicitada); y, b) Que, si el exceso de cabida es la consecuencia de una agregaci3n de fincas, es el documento que produjo tal agregaci3n el que debe causar la inscripci3n registral, pero nunca la inscripci3n del exceso pues la misma no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta 3ltima a una nueva realidad f3sica que englobar3a la originaria finca registral y una superficie colindante adicional.

Finalmente concluye la resoluci3n que “siendo el expediente de dominio para la inscripci3n de un exceso de cabida un t3tulo supletorio, el mismo no puede utilizarse cuando existe un t3tulo original, cual es la escritura de agregaci3n, y si la misma tiene alg3n defecto que impida la inscripci3n, lo procedente es subsanar tal defecto”.

RESOLUCI3N DE 08-02-2012 (BOE: 05-03-2012). DERECHO DE REVERSI3N SOBRE FINCA EXPROPIADA. LEGISLACION APLICABLE. RETROACTIVIDAD. INFORME DEL REGISTRADOR.

Resoluci3n de 8 de febrero de 2012, de la Direcci3n General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificaci3n extendida por el registrador de la propiedad de Madrid n.º 14, por la que se deniega el despacho de una instancia por la que se solicita se haga constar el derecho de reversi3n a favor de causahabientes del expropiado

Hechos. Se pretende hacer constar en el Registro de la Propiedad el derecho preferente de reversi3n frente a terceros posibles adquirentes respecto de una finca expropiada a favor del Ayuntamiento de Madrid en 1984, conforme a lo dispuesto en el art3culo 54.5 de la Ley de Expropiaci3n forzosa en la

redacción dada a tal precepto por la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

El defecto alegado por el registrador es que: atendiendo a la fecha de la expropiación, resulta aplicable la regulación anterior a la reforma del art. 54.5 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, regulación aquella que no posibilitaba el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de reversión, por tratarse de un derecho que tenía su origen en la ley, similar en su concepción a los retractos legales, que existen pero carecen de publicidad registral.

La DGRN confirma la nota después de realizar un amplio estudio sobre la figura de la reversión, su naturaleza y reflejo registral conforme a la legislación aplicable en cada momento.

Concluye que respecto de los derechos de reversión latentes nacidos de las expropiaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 38/1999 respecto de las que no se hubiere todavía solicitado a tal fecha la reversión, y aunque el título expropiatorio hubiere sido ya inscrito en un momento anterior a la misma fecha de la entrada en vigor de la reforma, cabe solicitar su constancia registral en el Registro de la Propiedad (que podrá en tal caso practicarse, y a falta de previsión legal expresa al respecto, mediante una nota al margen de la inscripción de la expropiación)

Ahora bien, lo que sucede en este caso es que precisamente por la aplicación retroactiva de la nueva redacción del reiterado artículo 54 de la Ley, resultan aplicables en este supuesto las limitaciones temporales del derecho de reversión, de forma que por razón del principio de concordancia del Registro y la realidad extrarregistral y del principio de legalidad y legitimidad registral, con sus consiguientes presunciones de existencia y validez de los derechos inscritos (cfr. artículos 18, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria), no cabe dar acceso registral, generando una apariencia contraria a la realidad, a un derecho de reversión que legalmente no haya llegado a nacer, en caso de haberse mantenido la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social durante diez años, o se haya extinguido por caducidad, al no haberlo ejercitado en el plazo de veinte años desde la toma de posesión (cfr. artículos 54 n.º 2 b) y n.º 3 a) de la Ley).

Debe destacarse también de esta resolución, desde un punto de vista formal, que recoge el contenido del informe del registrador en defensa de su calificación, adecuándose así a la doctrina reiterada por los tribunales de justicia en el sentido de considerar que dicho informe no es un mero trámite.

RESOLUCIÓN DE 11-02-2012 (BOE: 08-03-2012). RECURSO GUBERNATIVO. DOCUMENTOS PRESENTADOS

Resolución de 11 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Málaga nº 12, por la que se deniega la inscripción de un testimonio de un auto judicial.

Se presenta en el Registro testimonio de un auto recaído en un procedimiento de ejecución de lo acordado en Sentencia firme, en la que se establece la condena a la SA demandada a otorgar escritura pública de venta una nave a favor de la actora, “ (...) con rectificación, en su caso, del título de propiedad vigente en el registro, para adecuar al registro al presente título de adquisición”.

El Registrador rechaza la inscripción porque la finca no se encuentra inscrita a favor de la SA demanda sino que se halla registrada, por mitad y proindiviso, con carácter privativo, a favor de dos personas físicas, por título de adjudicación en liquidación de la sociedad mercantil.

Contra la anterior nota de calificación, el procurador de los Tribunales, interpone recurso al que acompaña la Sentencia estimando la condena, en la que expresamente contempla la cancelación de las inscripciones contradictorias que aparezcan diferentes al demandado.

La DG señala, por un lado, que el objeto del recurso lo constituye exclusivamente la calificación del registrador emitida en relación a la documentación presentada, de modo que no han de ser tenidos en cuenta en el seno de este recurso los documentos no aportados en aquel momento (cfr. Resoluciones de 21 de enero de 2006, 21 de mayo de 2007 y 18 de enero de 2010).

Por otro lado, ante la alegación del Procurador de que el Registrador no puede entrar a calificar el fundamento de la resolución dictada por el Juez (Res. 15 de diciembre de 2010), la DG recuerda que una de las funciones de la calificación del Registrador es velar por el efectivo cumplimiento del principio de interdicción a la indefensión procesal lo que exige control de la necesaria intervención o posibilidad de intervención del titular registral afectado en el procedimiento del cual resulta el asiento solicitado. “Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento”.

Finalmente, admite la DG que aunque “ (...) nuestra legislación contempla la posibilidad de que se anoten medidas cautelares aunque el titular registral no sea la persona contra la que se ha dirigido el procedimiento, pero no lo es menos que dicha previsión está limitada a los procedimientos criminales y que este Centro Directivo ha exigido el cumplimiento puntual de los requisitos establecidos en el último párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 14 de febrero de 2008)”.

RESOLUCIÓN DE 13-02-2012 (BOE: 08-03-2012). PODER. JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA.

Resolución de 13 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Santiago de Compostela n.º1 a inscribir parcialmente una escritura de préstamo hipotecario.

Se presenta el Registro escritura por la que se concede un préstamo con carácter solidario a 2 sociedades y en garantía del mismo se constituye hipoteca sobre una finca propiedad una sola de las sociedades.

La Registradora suspende la inscripción por falta de congruencia en el juicio notarial de suficiencia, al existir una autocontratación que genera conflicto de intereses por intervenir los mismos administradores tanto en nombre de la sociedad deudora no hipotecante, como en la deudora hipotecante lo que exigiría que el Notario lo hubiese salvado expresamente en su juicio de suficiencia acerca de las facultades representativas. Señala la Registradora que, si bien la DG (Resoluciones de 27-11-2006, 25-2-2007 y 5-6-2007) ha considerado innecesario que el Notario autorizante del título exprese que en el poder acreditado se salva la autocontratación, no puede aplicarse esta doctrina a la representación orgánica ya que en ésta las facultades de los administradores derivan de la Ley, por lo que el Registrador sí puede apreciar de la propia escritura que existe una falta de congruencia en el juicio notarial de la representación.

Retirada la escritura, se aporta nuevamente acompañada de instancia suscrita por el presentante del documento, representante del banco prestamista, en el que solicita que se proceda a la inscripción solamente a favor del deudor hipotecante. Dicha solicitud fue calificada igualmente de forma negativa, fundamentalmente, por el principio de unidad negocial que exige la inscripción del completo negocio jurídico tal ha sido configurado por los otorgantes, en el que media el conflicto de intereses anteriormente expuesto.

La DG confirma el defecto señalando que la autocontratación (y no distingue entre representación orgánica o voluntaria), si hay riesgo de conflicto

de intereses, debe entrar siempre en el ámbito de la calificación registral, conforme al artículo 18.1º de la Ley Hipotecaria, pues, la falta de imparcialidad del autocontratante y el potencial perjuicio para el representante, excluiría directamente la representación, determinaría la nulidad del negocio y sería incongruente, pues, con el juicio notarial de suficiencia. “Todo ello en concordancia con los principios hipotecarios por los que se rige nuestro sistema registral; en concreto, a parte el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria cuando el transmitente sea el perjudicado, muy especialmente el de salvaguarda judicial de los asientos del párrafo 3º del artículo 1º de la Ley Hipotecaria y el de fe pública registral del artículo 34 de la misma cuyo sustento, no es otro que la confianza que el mercado deposita en la legalidad de los asientos registrales, lo que, en este caso, en defensa de los derechos del representado o poderdante, exige se extreme el control de legalidad, ante el riesgo de que pueda perder la acción de nulidad, que de la autocontratación deriva, si surge un tercero protegido por la fe pública registral”. Todo ello sin perjuicio, de que el representado pueda, voluntariamente, permitir la autocontratación lo que constituiría, según la DG, “(...) una particular forma de poder de representación (poder para autocontratar); una modalización del genérico poder de representación; o una autorización o licencia distinta del mero negocio de apoderamiento, (...)” lo que exigiría, pues, un concreto juicio de suficiencia respecto a la existencia de esa licencia, autorización o ratificación del «dominus negotii».

Respecto a la segunda cuestión planteada, la posibilidad de inscripción parcial, la DG señala que, al ser los deudores (hipotecante y no hipotecante) solidarios, respecto al crédito garantizado, no basta, para la exclusión del deudor no hipotecante en la inscripción del préstamo hipotecario, el consentimiento del acreedor, sino que también sería necesario el consentimiento del deudor hipotecante, pues la potencial situación de conflicto de intereses se da en las relaciones entre los dos deudores solidarios. “Pero es que, además, como puso de manifiesto la Resolución de 18 de abril de 1994, la inscripción parcial del título, aún solicitada por los interesados, no procede cuando pueda entenderse que tal solicitud altera o afecta sustancialmente al contenido del título, en cuyo caso el registrador debe denegar o suspender la inscripción del mismo.” Y esto es lo que sucedería en el caso concreto pues, “(...) la inscripción parcial solicitada desnaturalizaría el negocio que ha sido celebrado por las partes, puesto que el Registro publicaría que la hipoteca garantiza una obligación no con pluralidad de deudores, como originariamente se había acordado, sino con un deudor único. Se estaría, en consecuencia, transformando uno de los elementos esenciales de la obligación.” Además, dicha inscripción parcial no subsanaría el conflicto de intereses, pues éste concurre en la formación misma del negocio lo que determinaría su nulidad por falta de facultades suficientes para autocontratar y todo ello sin perjuicio de su eventual sanación mediante la ratificación posterior.

RESOLUCIÓN DE 14-02-2012 (BOE: 08-03-2012). TRASLADO DE ASIENTOS MOTIVADOS POR ALTERACIONES TERRITORIALES EN LA DEMARCACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

Resolución de 14 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Madrid n.o 44, por la que se deniega el traslado de varias fincas al registro de la propiedad de Coslada.

La DG rechaza el recurso pues, como señala la Orden del Ministerio de Justicia de 23 de noviembre de 1989 sobre traslado de asientos motivados por alteraciones territoriales en la demarcación de los Registros de la Propiedad, las alteraciones territoriales de los municipios no afectan inmediatamente a la demarcación registral, sino que es necesaria la revisión de ésta para que aquélla afecte a la competencia de los Registros.

Añade la DG que “Pese a que las fincas aún pertenezcan al distrito hipotecario del Registro de la Propiedad de Madrid número 44 -en tanto no se reviste la demarcación registral-, no impide que el titular de este Registro pueda abrir un libro nuevo como sección independiente a las fincas aún pertenecientes a su demarcación que han quedado situadas ahora, como consecuencia de la referida alteración administrativa, en el término municipal de Coslada. Así el registrador de Madrid número 44 deberá realizar el traslado interno a esa nueva Sección del término municipal de Coslada ubicada en su Registro, si se solicita certificación a estos efectos por los interesados”.

RESOLUCIÓN DE 15-02-2012 (BOE: 13-03-2012). DERECHO DE SUPERFICIE.

Resolución de 15 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad accidental de Huelva n.o 2 a inscribir una escritura de constitución de un derecho de superficie sobre las cubiertas de determinadas naves industriales.

Se presenta en el Registro escritura en la que se formalizó la compraventa de títulos administrativos de proyectos solares fotovoltaicos y constitución de derechos de superficie sobre las cubiertas de diversas naves a fin de instalar, montar, explotar, mantener, conservar y reparar, por sí o por un tercero, instalaciones solares fotovoltaicas sobre la cubierta con todos sus elementos y componentes. El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el derecho de superficie constituido en la escritura no cumple con las exigencias del principio de especialidad, pues al no constituirse sobre la

totalidad de la finca es necesaria la previa individualización de la parte de finca sobre la que recae, «por cualquiera de los medios previstos en la legislación hipotecaria, como puedan ser la segregación, división material, constitución en régimen de propiedad horizontal, constitución de complejo inmobiliario, etcétera».

La DG revoca la calificación, señalando que, “(...) para la inscripción del derecho de superficie constituido en el presente caso -sobre la cubierta de determinada nave industrial que se describe íntegramente- no es necesaria la segregación o individualización a que se refiere el Registrador en su calificación, ya que cumple las exigencias derivadas del principio de especialidad y de la concreta regulación legal en esta materia (artículos 9 y 30 Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario), al constar suficientemente definida la finca cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende, de modo que (...) resulta compatible con la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral”.

La Resolución, además, aborda la cuestión, anteriormente debatida, acerca de la naturaleza del derecho de superficie recordando que existe amplio consenso en considerar que el superficiario es titular del dominio sobre lo construido o sobre la construcción en suelo ajeno, si bien de modo temporal, y del derecho de tener o mantener lo edificado. Así aparece configurado en la actualidad en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y en los antecedentes de esta norma (así los artículos 57.1 de la Ley de 12 de mayo de 1956, 171.1 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y 287.1 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

RESOLUCIÓN DE 16-02-2012 (BOE: 13-03-2012). OBRA NUEVA.

Hechos: se presenta Acta Notarial de Fin de Obra nueva; no se incorpora el certificado del arquitecto de fin de obra, pero sí otra documentación del ayuntamiento que lo justifica.

La DGRN señala que cabe suplir el certificado técnico visado colegialmente por otros medios si el documento sustitutivo es expedido por órgano competente en materia urbanística, para lo que se apoya en el artículo 32 del Reglamento de Disciplina Urbanística, en el artículo 208 del Reglamento Hipotecario, en el artículo 308 de la Ley del Suelo, y en el artículo 20 de la Ley del Suelo 2011.

RESOLUCIÓN DE 16-02-2012 (BOE: 13-03-2012). TRANSMISIÓN: CAUSA. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Resolución de 16 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Fuenlabrada n.o 3 a la inscripción de una transmisión de inmuebles en ejecución de contrato de obra.

Se tratan por la DG diferentes cuestiones, como fundamentales:

Se plantea si es necesaria la expresión en el título de la causa de la modificación jurídico real sujeta a inscripción Respecto a la primera cuestión la DG recuerda su tradicional doctrina acerca de la causa y la necesaria expresión de la misma en el título, pues, “aparte de que sería muy difícil la calificación, no podrían cumplirse exigencias formales expresas de la inscripción, pues nuestra Ley Hipotecaria exige la expresión de la «naturaleza del acto o contrato» (cfr. artículos 245 de la Ley Hipotecaria), y el «título genérico de adquisición» (cfr. artículo 51.10 del Reglamento Hipotecario), es decir, el tipo de negocio causal a que obedece la transmisión, como requisito básico para la calificación registral.” Cita las Res. de 20 de febrero de 2003 y de 10 de marzo de 2004.

La personificación de las Uniones Temporales, respecto de lo cual afirma que “(...) es unánime la doctrina sobre la carencia de personalidad jurídica de este tipo de entidades, cualquiera que sea el grado de consideración de las mismas (...) por lo que el dominio corresponde directamente a las entidades que integran la Unión en proporción a su participación en ella y, por tanto, los actos dispositivos sobre tales bienes han de quedar afectados por la situación subjetiva en que, eventualmente, se encuentren (cada una) de aquéllas.

Y en cuanto a la cuestión de si la registradora puede tener en cuenta la situación de concurso, la cual no resulta de su Registro, sino del Registro Mercantil, la DG trata de armonizar las doctrinas contradictorias emanadas con anterioridad.

Así parte de la base de que la declaración de concurso produce sus efectos desde la fecha del auto que se declare, el cual será ejecutivo aunque no sea firme (artículo 21.2 de la Ley Concursal) y que afecta a la totalidad de los bienes y derechos que forman el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso, los cuales quedan integrados en la masa activa que queda sujeta a un régimen legal específico, incluida su realización forzosa en caso de apertura de la fase de liquidación (artículos 76.1, 148 y 149 de la Ley Concursal). La publicidad registral de esta situación se realizará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 198 de la Ley Concursal, y las específicas normas previstas en la legislación hipotecaria, del Registro Mercantil y del Registro de resoluciones concursales vigentes (artículos 2.4 y 42.5 Ley Hipotecaria, 10, 142, 143, 166.4.o y 206 Reglamento Hipotecario, 320 a 325 del Reglamento del Registro Mercantil y Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de

resoluciones concursales, y su modificación por Real Decreto 158/2008, de 8 de febrero).

Y llega a la conclusión de que, si bien, “el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, (...), no permite utilizar datos conocidos por el registrador extrarregistralmente, pero tal proscripción no debe alcanzar a los datos que puedan ser conocidos por medios oficialmente establecidos para coordinar los diferentes Registros públicos, con el fin de permitir una calificación más acorde con el superior principio de legalidad, siempre, claro está, respetando las exigencias de principios registrales básicos como el de prioridad, inoponibilidad de lo no inscrito y fé pública registral, consagrados por los artículos 17, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria”.

“Por tal motivo, el registrador no puede, desconociendo tales restricciones, permitir el acceso al Registro de actos otorgados por el deudor concursado que la propia Ley Concursal considera anulables y dispone que no «podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme» (artículo 40 de la Ley Concursal). En cuanto tales efectos se producen desde la fecha del auto de declaración del concurso y no se detienen ante la buena fe o ignorancia de quienes fueron parte en el contrato, también han de ser tenidos en cuenta a la hora de calificar el acto viciado, siempre que la situación concursal le conste de forma fehaciente al registrador”.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria “habla únicamente de los asientos del Registro sin añadir, conforme habría hecho de haber sido ésa su intención, «de que sea titular». Hay que recordar por ello el principio hermenéutico en cuya virtud «donde la ley no distingue, no se puede distinguir». Es más, el artículo 65.4.o del mismo cuerpo legal, al hablar de la calificación, apunta que se hará en base a lo que resulte de «los asientos del Registro con él relacionados». Dada la literalidad del precepto, es obvio que el pronombre «él» que utiliza no se refiere al registrador sino al título, por lo que hay que concluir que la calificación ha de basarse en todos los asientos, sea cual fuera el Registro en que consten, que se refieran al título que recoja el acto o contrato.

Por otro lado, la referencia del artículo 18.1.o de la Ley Hipotecaria a los medios de calificación consistentes en los documentos presentados y en los asientos del Registro no es una limitación intrínseca de la función calificadora sino que significa que el Registrador no puede fundar su calificación en meras noticias o documentos privados no inscribibles y que el procedimiento registral requiere un requisito previo antes de la calificación, que es la presentación, por lo que dicho carácter no impide, sino todo lo contrario, que se presenten otros documentos principales o complementarios, para un mejor acierto en la calificación e incluso por exigencias del deber de calificar.

Ha de tenerse finalmente en cuenta, en relación con este punto, que la limitación cognoscitiva que en el procedimiento registral se establece por el legislador no obedece sino a razones de agilidad y evitación de costos adicionales al interesado. Ninguna de estas finalidades se ve perturbada por el hecho de consultarse el Registro Mercantil ya que tal consulta se efectúa sin costo adicional ni económico ni temporal para el usuario.

A lo anterior debe añadirse que el ya citado artículo 222.8.2.o de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre, establece que «los Registradores, en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, así como con los Órganos jurisdiccionales, las Administraciones públicas y los Notarios».

RESOLUCIÓN DE 16-02-2012 (BOE: 13-03-2012). TRANSMISIÓN: CAUSA. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Resolución de 16 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Fuenlabrada n.o 3 a inscribir una escritura de transmisión de inmuebles en ejecución de un contrato de obra.

Resolución que confirma la línea de la DG en cuanto a la necesidad de que el Registrador utilice todos los datos que puedan ser conocidos por medios oficialmente establecidos para coordinar los diferentes Registros públicos, con el fin de permitir una calificación más acorde con el superior principio de legalidad, siempre, claro está, respetando las exigencias de principios registrales básicos como el de prioridad, inoponibilidad de lo no inscrito y fé pública registral, consagrados por los artículos 17, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, lo que implica, en consecuencia, el Registrador no sólo puede, sino que debe consultar el RM así lograr una calificación más ajustada a las exigencias de nuestro sistema de seguridad jurídica registral.

RESOLUCIÓN DE 17-02-2012 (BOE: 13-03-2012). EXPEDIENTE DE DOMINIO. TRACTO SUCESIVO

Hechos: se presenta Auto, en expediente de reanudación del tracto. El registrador lo deniega, porque no considera haber interrupción del tracto al haber adquirido antes, en documento privado de los herederos del titular registral. El recurrente alega que no se sabe con certeza quiénes son, al haber fallecido varios herederos y no saberse quiénes son lo suyos.

La DG confirma la calificación, al considerar el citado Expediente como excepcional, fundándose en los arts. 20 Lh y 209 Rh.

RESOLUCIÓN DE 18-02-2012 (BOE: 13-03-2012). SERVIDUMBRE CANCELADA. UBRIQUE

Hechos: el registrador cancela por certificación una servidumbre de aguas, al agruparse en el mismo titular el predio dominante y el sirviente. Posteriormente se divide la finca y su titular solicita, vía instancia privada y acta de conciliación con el nuevo titular del predio sirviente, la reinscripción de la servidumbre.

El registrador considera que al estar inscrito el bien como presuntivamente ganancial, es necesario el consentimiento del cónyuge del titular del predio sirviente, ex art. 20 Lh.

La DG confirma la calificación, y establece que la constitución de la servidumbre tiene naturaleza de acto dispositivo, no englobándose en el art. 94.2 Rh (como alegaba el recurrente) sino en el art. 94.3 Rh.

RESOLUCIÓN DE 20-02-2012 (BOE: 13-03-2012). CONDICIÓN SUSPENSIVA

Hechos: dos personas son titulares de una finca; se divide materialmente y se disuelve la comunidad; sobre una mitad indivisa hay varias cargas, y se solicita que se concreten, por subrogación, en una de las dos nuevas fincas. Tal división y disolución se sujetan a la condición suspensiva de que se citen a los titulares de cargas, y sólo consta que se ha notificado a uno, y otro se opone en su nombre y en representación de otro titular cargas.

El registrador considera que los acreedores tienen derecho de oposición conforme el art. 404 del CC; cita además el art. 123 de Lh.

La DG establece la primacía del derecho a extinguir el condominio sobre el derecho de oposición de los acreedores; éstos pueden solicitar medidas cautelares o impugnar la disolución, no impedir la.

Aclara la DG el alcance del art. 123: si la carga recae sobre toda la finca, la división no le afecta, al aplicar el art. 123; si recae sobre una cuota, por subrogación, se arrastra a la finca del deudor.

El recurso es desestimado al estar el negocio supeditado a condición suspensiva que no se ha cumplido.

RESOLUCIÓN DE 20-02-2012 (BOE: 13-03-2012). EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIA.

Hechos: en procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca, se solicita por el notario certificación de domino y cargas del art. 236 Rh; antes constaba inscrita la declaración de concurso, pero ha transcurrido más de un año de la declaración y no consta en el registro que el bien esté afecto a la actividad profesional.

El registrador señala que sólo por resolución judicial cabe la ejecución separada, dada la “vis atractiva” del concurso, si el juez lo autoriza, o en determinados casos que no se dan en éste.

La DG confirma, ex art. 56 LC que entra en vigor en 2013: en tanto no conste el pronunciamiento del juez de que el bien no está afecto a la actividad profesional, o que, estando afecto, ha pasado un año de la declaración sin abrir fase de liquidación, o que se haya abierto la fase de convenio y el bien no esté incluido, no cabe ejecución separada.

RESOLUCIÓN DE 21-02-2012 (BOE: 16-03-2012). USUFRUCTO. EXTINCIÓN

Hechos: el titular del usufructo vitalicio de una finca cede, a título oneroso, al titular de la nuda propiedad su derecho. Sobre el mismo existía una anotación preventiva de embargo anterior; muere la usufructuaria y se solicita la cancelación del usufructo y la anotación preventiva.

El registrador no cancela el usufructo ni la anotación, exigiendo que autorice el juez la cancelación de la anotación.

La DG estima el recurso al aplicar el art. 175,1 del Rh: se extingue el usufructo por una hecho ajeno al usufructuario, conllevando también la de la anotación.

RESOLUCIÓN DE 22-02-2012 (BOE: 16-03-2012). TRACTO SUCESIVO

Hechos: sobre una finca se solicita anotación preventiva de embargo por causa criminal, estando inscrita a nombre de tercero.

El registrador (de Leganés) Deniega, al faltar el tracto y provocar indefensión del titular registral, al no ser citado en el procedimiento.

La DG establece como requisitos para aplicar el último párrafo del art. 20 de la Lh que se pida la anotación en causa criminal (que se da) y que del auto existan indicios que el verdadero titular del bien es el imputado, extremo que no se acredita.

RESOLUCIÓN DE 22-02-2012 (BOE: 13-03-2012). COMPRAVENTA. DOCUMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO

Hechos: se presenta documento otorgado en Venezuela, que contiene una venta de A a B de una finca sita en Madrid. Al final, luego de las firmas, hay diligencia notarial fechada en Caracas el día 8 de Julio de 2008.

El registrador estima que es necesaria la escritura pública, conforme el art. 3 Lh y 1280 del Cc; el documento presentado no tiene juicio de conocimiento, ni de capacidad.

La DG confirma la calificación y establece en primer lugar la norma aplicable: el Convenio de Roma de 1980, porque el Convenio de Roma I, que lo sustituye, es para contratos posteriores al 17 de Diciembre de 2009. Ese convenio establece como punto de conexión La Lex Rei Sitae, pero el mismo no se aplica a la Capacidad, que se rige según las normas de Derecho internacional Privado que recoge el Código civil, en concreto el art. 10.3.

La Lex Rei Sitae rige para el acceso al registro de la propiedad de los negocios relativos a los inmuebles; aplicando el art. 608 del Cc que se remite a la Lh, hay que estar a lo dispuesto en los arts. 3 y 4 de la Lh y al art. 36 del Rh. Así mismo, el art. 323 de la LEC no exige los requisitos de la ley notarial española para los documentos extranjeros, sino que para que éstos tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, siguiendo lo establecido en la Sentencia de La Audiencia Provincial de Tenerife de 2006, se necesita que cumplan los requisitos del país de otorgamiento, tengan la apostilla y demás requisitos de autenticidad y cumplan las Normas de Derecho Internacional Privado sobre Capacidad, Objeto y Forma recogidas en los arts, 8 a 10 del Cc y en el Convenio de Roma.

RESOLUCIÓN DE 22-02-2012 (BOE: 16-03-2012). PRINCIPIO REGISTRAL DE LEGALIDAD

Hechos: se presenta Decreto de homologación de una transacción judicial, derivado de un procedimiento de ejecución por impago de deudas alimenticias en el que se pacta que en pago se deuda se entregue un bien determinado.

El registrador entiende que no es título válido porque excede del contenido del convenio regulador de liquidación de los bienes conyugales, y exige escritura notarial.

La DG entiende que sí es título válido y que se deriva no del convenio regulador, sino del procedimiento de ejecución por impago, y dentro del mismo cabe la transacción.

RESOLUCIÓN DE 24-02-2012 (BOE: 16-03-2012). COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCIÓN Y EXTINCIÓN

Hechos: en una comunidad de bienes existen bienes privativos y gananciales. Se disuelve la misma y se adjudica a la sociedad de gananciales un bien privativo.

El registrador entiende que se ha desnaturalizado la liquidación, no habiendo tal sino una permuta, n pudiendo inscribir al ir en contra del principio de especialidad.

La DG entiende que existe un único negocio de liquidación y que existe consentimiento de las partes, por lo que es válido conforme al principio de autonomía de la voluntad recogido el art. 1255 del Cc.

RESOLUCIÓN DE 25-02-2012 (BOE: 12-03-2012). CONDICIÓN RESOLUTORIA. REQUISITOS PARA OBTENER LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Sanlúcar la Mayor nº 2 por la que se suspende la inscripción de un acta de resolución de un contrato de compraventa autorizada por una notaria de Sevilla.

La Resolución viene a confirmar la doctrina del Centro Directivo en cuanto a los requisitos necesarios para verificar la reinscripción a favor del vendedor derivada del cumplimiento de la condición resolutoria consignada en la propia escritura de venta y en su posterior inscripción, a saber:

“1. Debe aportarse el título del vendedor (Cfr. artículo 59 del RH), (...);

2. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave, (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa

conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993, 20 de febrero y 16 de marzo de 1995);

3. 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 del 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. (...). Respecto de la cláusula penal que se haya estipulado para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, no cabe deducción alguna de la cantidad que deba ser consignada, basándose en la cláusula, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil (Resoluciones 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero 1988, 28 de marzo de 2000), sin que quepa pactar otra cosa en la escritura (Resolución 19 de julio de 1994). Todo ello implica que en el importe que en tal caso se consignara por el transmitente podrá existir cantidades que fueron indebidamente consignadas porque la deducción posible no pudo de momento ser determinada”.

RESOLUCIÓN DE 25-02-2012 (BOE: 12-03-2012). CONDICIÓN SUSPENSIVA.

Resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Roquetas de Mar nº 3 a la constancia registral de incumplimiento de condiciones suspensivas.

Se plantea la forma de acreditar el cumplimiento de las condiciones suspensivas a las que se encuentra sujeta una compraventa inscrita. La DG admite las dificultades que existen en la mencionada tarea, recordando la Res. de 7 de octubre de 1929 en la que afirmó que era éste uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria, pues para ello es preciso atender a hechos y circunstancias que se desenvuelven fuera del Registro. Y la de 10 de enero de 1944 que dijo que “el cumplimiento (a lo que hay que equiparar el incumplimiento, a salvo el tema de la prueba de los hechos negativos) de las condiciones puede justificarse en el Registro bien por la notoriedad del suceso, bien por la documentación que ponga de relieve el hecho, bien por la decisión judicial que así lo declare”.

“En definitiva, y como ha dicho anteriormente este Centro Directivo, la constancia del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones requiere la demostración fehaciente de la realidad del hecho, y, no siendo así, es

imprescindible el consentimiento de ambas partes contratantes o resolución judicial”, siendo esta última imprescindible en el caso de hubiera dudas de que una de la parte beneficiada por el incumplimiento de la condición hubiera impedido voluntariamente tal incumplimiento, a tenor de lo consignado en el art. 119 del CC.

RESOLUCIÓN DE 26-02-2012 (BOE: 12-03-2012). HIPOTECA.

Resolución de 26 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Lugo n.o 2 a inscribir una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.

Los defectos que se plantean son dos:

Por un lado, un problema de tracto, pues la hipoteca se constituye sobre una finca que no aparece inscrita a nombre del hipotecante sino de un tercero, que compró a aquél la finca, si bien, figura anotada preventivamente en el Registro una sentencia no firme por la que se declara al hipotecante como pleno propietario de dicha finca. La DG entiende que frente a la prohibición de disponer de la cosa litigiosa por el demandado o por el demandante de nuestro Derecho anterior al Código Civil, en la actualidad nuestra legislación hipotecaria –desde 1869- permite la hipoteca sobre bienes litigiosos, si bien, dicha regulación debe interpretarse conforme a las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo, que exige que sea titular registral quien constituya la hipoteca (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), pues la anotación de la sentencia no firme en la que se declara nulo el título del actual titular registral únicamente enerva la fe pública respecto a titulares posteriores de derechos sobre la finca pero no produce ninguna modificación jurídico- real en favor del anotante.

Por otro lado, un problema relativo a la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza, de modo que la garantía real no puede extenderse más allá de los límites de la obligación a la que sirve de cobertura. En este sentido, señala la DG que la hipoteca no puede garantizar intereses sin que previamente se haya pactado que la obligación los devengue (cfr., respecto de intereses ordinarios, las Resoluciones de 11 de octubre de 2004 y 25 de abril de 2005), ni tampoco puede garantizar intereses por un periodo superior al pactado en la obligación, “(...) ni que la cobertura hipotecaria quede definida por referencia a un tipo de interés distinto del estipulado, como ocurriría en el caso debatido, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia «erga omnes» de sus pronunciamientos (Resoluciones de 5 de noviembre de 1999 y 14 de septiembre de 2002)”.

Igualmente, a partir de las alegaciones del recurrente, la DG reitera su doctrina sobre el principio de determinación en relación con los intereses en el sentido de que no cabe englobar, a efectos de extensión de la garantía hipotecaria, intereses remuneratorios y los intereses moratorios. “Una y otra obligación por intereses tiene naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta otra obligación, que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero, por exigencia del principio de especialidad (cf. artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria) ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos (como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984), ni puede englobarse, tampoco, en la cifra por intereses del préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados, deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad (cfr., entre otras, las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 11 de febrero de 1998)”.

RESOLUCIÓN DE 27-02-2012 (BOE: 29-03-2012). URBANISMO. PROYECTO DE COMPENSACIÓN

Hechos: Se presenta certificación del Secretario del Ayuntamiento de aprobación del proyecto de reparcelación, en la que la cesión obligatoria de terrenos al Ayuntamiento, se cambia por dinero, y no se acredita el pago simultáneo de la cantidad acordada.

El Registrador manifiesta que no basta que el Alcalde diga que “tal pago se hará...”, es necesario presentación de la documentación que lo justifique y por otro lado tampoco resulta el consentimiento de los acreedores de la aprobación de al distribución de las cargas que gravan la finca de origen, que debe ser previo a la inscripción.

La DG confirma la calificación del Registrador.

RESOLUCIÓN DE 27-02-2012 (BOE: 29-03-2012). PARTICIÓN DE HERENCIA

Hechos: La presente resolución trata la cuestión de si basta para cumplir los requisitos del Art. 296 de la Ley de Derecho civil gallega la notificación

hecha por el notario a los herederos de una herencia que residen en el Reino Unido, por vía postal sin acuse de recibo.

La DG distingue dos tipos de actas, por un lado el acta de remisión por correo, que no produce los efectos de la notificación y por otro lado, las actas de notificación y requerimiento que conforme al Art. 206 del RN, exige para que produzcan efectos fuera del territorio nacional que contengan bien el exhorto notarial o el consular, y si se trata de destinatarios miembros de la UE, es necesario el cumplimiento de los requisitos del Art. 16 del Reglamento 1093/2007, hecho que no se acredita en este supuesto.

RESOLUCIÓN DE 27-02-2012 (BOE: 29-03-2012). JUICIO DE SUFICIENCIA. DACIÓN EN PAGO DE DEUDAS. CONVENIO CONCURSAL

Hechos: Dos sociedades mercantiles, A y B, se encuentran en concurso. A en pago de los créditos concursales, cede a B una finca, ambas actúan por sus representantes ordinarios, no por los administradores concursales. El Registrador consultando el Registro Mercantil, el BORME, y el Registro Concursal, le consta que la sociedad A está en concurso con convenio aprobado y la sociedad B no tiene convenio aprobado.

El Registrador manifiesta la existencia de falta de congruencia en el juicio notarial de suficiencia del poder para actuar porque:

- Respecto de A si no tiene inscrito el convenio, no se aplican las reglas del mismo; está en concurso todavía y deben intervenir la Admón. Concursal.

- Respecto de B, al solo constarle la declaración de concurso por la consulta anteriormente mencionada, es necesario acreditarse por la certificación del Registro Mercantil o por resolución judicial la aprobación del convenio para actuar por sus representantes, no por los administradores concursales.

La DG resuelve varias cuestiones:

1.- Si cabe consultar otros registros para la calificación: Si, según los arts. 17 y 32, 319 y 321 de la LH.

2.- La congruencia del juicio notarial respecto de A: al conocerse la existencia del convenio por los medios anteriormente mencionados, no es necesario la intervención de los Administradores Concuriales

3.- Si es necesario respecto de B la previa inscripción del convenio, considerando el centro directivo que no es necesario a efectos del tracto

sucesivo, pero si que es necesario la aportación, no la inscripción del convenio al registro a los efectos de adecuar la calificación de la dación del pago y para saber la modalidad del asiento a practicar ex art. 434 del RH y 137 LC.

4.- La mercantil B adquiere un determinado bien; la adquisición según la DG no es un acto de administración por lo que lo pueden hacer sus representantes ordinarios. Es un acto de incorporación del bien al patrimonio social y como tal el acto necesario y previo para realizar actos de administración o disposición posteriores, en los que si sería necesaria la intervención de los administradores concursales.

No entra a calificar la dación como acto inscribible al no plantearse en el recurso.

RESOLUCIÓN DE 28-02-2012 (BOE: 04-05-2012). DOMICILIO INCOMPLETO DEL APODERADO.

Resolución de 28 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lepe, a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Calificación registral: El registrador de la propiedad puede calificar teniendo en cuenta la consulta al Registro Mercantil

Se trata de «una escritura de préstamo con garantía hipotecaria en la que, respecto del apoderado de la entidad prestamista, se expresa que tiene domicilio en determinada calle y número de la misma, pero sin indicar la población».

El Registrador suspende la inscripción porque, al no constar la localidad a la que pertenece el domicilio de dicho apoderado, resulta incompleto, cfr. arts. 9 LH y 51.9 RH.

Por un lado, la DGRN reitera que la calificación registral debe contener la íntegra motivación de los defectos alegados, y dice que, «en el presente caso, habida cuenta la escasa entidad del defecto expresado y la omisión en que consiste, la cita de los preceptos legales aplicables es suficiente para la tramitación del expediente». Y, aun reiterando también que «el correcto ejercicio de la función calificador del registrador no implica, en vía de principio, que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud u omisión del mismo cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo u omitido y cuál el dato correcto», dice que «lo que no puede hacer el notario autorizante de la escritura calificada es trasladar al registrador la

responsabilidad de la subsanación de la omisión» (dando por supuesto que la calle indicada es la de la población en que se otorga la escritura), y que son razonables las dudas expresadas por el registrador. La subsanación de la omisión se podría haber hecho de forma más simple, incluso por simple instancia sin necesidad de interponer un recurso sobre algo que no es «cuestión jurídica sustantiva merecedora de aclaración en vía de recurso».

Por otro lado, señala que hubiera bastado la pertinente consulta al Registro Mercantil, en los términos expresados en la R. 27.02.2012, dado que el registrador tiene «la facultad, y también el deber, de aportar la [prueba] que se encuentre en su poder por resultar de los asientos del Registro y de proveerse de la que esté a su alcance, esto es, de aquella que el propio interesado le debería entregar pero a la que él puede acceder con facilidad, no paralizando así el procedimiento y sirviendo, en consecuencia, al principio de celeridad y, en último término, a la satisfacción del interés general». «Esta doctrina por lo demás se ajusta a la sentada en la Resolución de consulta –vinculante no sólo para los registradores sino también para los notarios- de 12 de abril de 2002, dictada al amparo del art. 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, a solicitud del Consejo General del Notariado con audiencia de la Junta del Colegio de Registradores, en la que se entendió con carácter general que el registrador podía atender a los asientos del Registro Mercantil en el ejercicio de su función calificadora».

RESOLUCIÓN DE 29-02-2012 (BOE: 04-05-2012). SOLICITUD PARA CAMBIAR EL CARÁCTER DE UN BIEN DE GANANCIAL A PRIVATIVO.

Resolución de 29 de febrero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de A Coruña n.º 2, a practicar la modificación registral de la titularidad de una finca.

Recurso gubernativo: sienta la doctrina de que en el informe del recurso el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación. Así dice: «El informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos (cfr. arts. 326 y 327 LH y la R. 14.12.2010)».

Bienes gananciales: La adjudicación en herencia de un bien confesado ganancial requiere intervención de los legitimarios del confesante

Fallecidos los dos cónyuges que tienen una finca inscrita como ganancial, los herederos de la esposa pretenden adjudicarla como privativa de ella, sin consentimiento de los herederos forzosos o legitimarios del esposo, basándose en la confesión que éste hace en su testamento de que el bien en cuestión era privativo de la esposa por haberse adquirido con dinero privativo de la misma. «Como ya dijera esta Dirección General (R. 04.12.2010), la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fije frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el art. 1361 C.c. (cfr. art. 1324 C.c.) [...] La confesión no vincula a los legitimarios [...] si bien no bastaría con invocar su condición de herederos forzosos para impugnar el carácter privativo que su padre y causante atribuyó a los bienes adquiridos por la demandada, sino que tendrían que acreditar que con tal confesión se perjudican sus derechos legitimarios; para ello, sería preciso practicar la correspondiente partición hereditaria, con las correspondientes computaciones e imputaciones [...] En la escritura de partición de la herencia del cónyuge que hizo la confesión [...] nada se dice en relación a esta cuestión, ni se ratifican, como legitimarios, en la confesión realizada por su padre, ni se hace manifestación expresa de que la confesión hecha no perjudica sus legítimas. Si se tiene en cuenta, como se ha dicho, que la confesión sólo vincula a los cónyuges en vida pero no a los legitimarios una vez fallecido quien la hizo, y que los consentimientos presuntos o tácitos se avienen mal con el carácter formal y los rigurosos efectos derivados del procedimiento registral, habrá que concluir que mientras los legitimarios no ratifiquen expresamente la confesión de privatividad hecha por el causante en su testamento, no será posible que los legatarios del cónyuge favorecido por la confesión inscriban a su favor los bienes como si de bienes privativos de éste se tratara».

RESOLUCIÓN DE 03-03-2012 (BOE: 04-05-2012). SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN AL NO ACREDITARSE LA LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO.

Resolución de 3 de marzo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad interino de Markina-Xemein a la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Calificación registral: Debe suspenderse la calificación ante la falta de justificación de la liquidación del impuesto.

Hipoteca: Distribución: Es necesario distribuirla entre dos elementos de la propiedad horizontal aunque estén inscritos en el folio de la matriz

Hechos. Se presenta en el Registro de la Propiedad telemáticamente copia autorizada de una escritura de préstamo hipotecario, por la que en garantía de un préstamo se hipotecan dos fincas registrales, distribuyéndose la responsabilidad entre ambas.

El registrador practica el asiento de presentación y suspende la calificación, de conformidad con el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, al no haberse acreditado la liquidación del impuesto.

Una vez aportada copia física de la escritura debidamente liquidada, el registrador suspende la inscripción del documento al considerar necesaria la distribución de la responsabilidad entre los tres elementos independientes que integran la propiedad horizontal (el elemento número 1, que es una de las fincas registrales, y los elementos números 2 y 3, que constituyen la otra finca registral) ya que en la escritura la distribución se ha practicado respecto del primer elemento y respecto de los otros dos conjuntamente.

La DGRN, desestima el recurso y confirma tanto el acuerdo del Registrador de suspender la calificación, como la propia calificación registral negativa:

1º. Calificación registral. Del art. 254 LH se desprende la exigencia para la práctica del asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, de la previa justificación de que se ha solicitado o practicado la liquidación de los tributos que graviten sobre el acto o contrato cuya inscripción se pretenda o sobre el documento en virtud del cual se pretenda la inscripción (cfr. R. 16.11.2011). Dicho precepto es la reproducción en el ámbito de la legislación registral de lo dispuesto con carácter general en el art. 54 TRLITPAJD –que deja a salvo lo dispuesto en la legislación hipotecaria, lo que supone que sin necesidad de tal justificación es posible la práctica del asiento de presentación (arts. 255 LH y 100 RISD).

Para el acceso al Registro de la Propiedad, es necesario con carácter general, y cualquiera que sea el soporte electrónico o papel en el que se presente el documento, que se acredite, mediante la aportación del correspondiente justificante, bien lo sea también en soporte electrónico o papel, los siguientes extremos: que se ha producido la presentación del documento y su autoliquidación, bien lo haya sido esta última con ingreso o bien con simple alegación de exención o no sujeción. La calificación del acto como exento no dispensa de esta obligación de presentación al sujeto pasivo ni de la necesidad

de la justificación de su cumplimiento por el interesado para poder practicarse la correspondiente inscripción.

Presentación que no puede entenderse realizada ni suplida por las obligaciones formales impuestas a los Notarios de suministro de información, ni por el conocimiento que pueda tener otra Administración Tributaria distinta de la competente, sino que sólo se entiende realizada por la presentación del documento ante la Administración Tributaria competente; «únicamente están dispensadas, de conformidad con el art. 54.2.c RDLeg. 1/24.09.1993, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las copias de las escrituras y actas notariales que no tengan por objeto cantidad o cosa valuable». [...] Todo lo anterior fue confirmado por la Res. Dirección General de Tributos 17.07.2008.

Ante la falta de justificación de la presentación, los arts. 254 y 255 LH establecen un sistema de cierre registral y suspensión de la calificación.

La Dirección General interpretó en los últimos años que la calificación registral debía ser unitaria, de manera que no era posible que «el registrador esgrimiera en una primera calificación la falta de liquidación del título presentado a inscripción con base en los arts. 254 y 255 LH, para calificar de modo ulterior aduciendo otros defectos del mismo título» (ver R. 01.03.2006 o R. 29.10.2011). Pero esa interpretación «ha sido desvirtuada por reiteradas sentencias judiciales que han declarado la nulidad de varias de las resoluciones que consagraban la citada doctrina». Y según esos pronunciamientos jurisdiccionales, «es conforme a Derecho la suspensión por parte del registrador de la calificación por falta de pago del impuesto o justificación de su exención o no sujeción, rechazando que en estos casos el registrador haya de realizar una calificación global, pues si bien las normas se pueden interpretar, no se puede llegar a extremos que supongan su vaciado de contenido, dada la clara redacción del precepto».

2º. Distribución de responsabilidad en la hipoteca. En cuanto a la cuestión de fondo, gira en torno a la necesidad o no distribución de la responsabilidad hipotecaria entre dos elementos de una propiedad horizontal que figuran inscritos en el folio de la finca matriz en su conjunto y no en folios independientes, entendiéndose el registrador que tal exigencia deriva de la directa aplicación al caso del art. 119 LH, desarrollado por el art. 216 RH. Las dudas surgen por el hecho de que las fincas hipotecadas (vivienda y desván respectivamente) no constan inscritas en folios independientes, sino en el folio abierto al conjunto del edificio.

El Centro Directivo, en primer lugar, teniendo en cuenta la importancia del principio de especialidad registral, cuestiona la vigencia de la doctrina

(Resoluciones de 19 y 21 de julio de 1966, sobre la base de los números 4 y 5 del art. 8 LH) que consideró facultativo y no obligatorio la apertura de folio independiente para cada uno de los pisos y locales integrados en una propiedad horizontal.

La Dirección entiende que «el hecho de que los diferentes pisos o locales de un edificio en propiedad horizontal hayan podido inscribirse en el mismo folio abierto al conjunto del edificio, no quiere decir que pierdan su condición de finca material independiente, en el sentido de constituir objeto autónomo de tráfico jurídico, y es a este criterio de autonomía funcional y de tráfico al que hay que atender para interpretar la exigencia impuesta por el art. 119 LH [... Es de] especial relevancia la existencia o no de una vinculación 'ob rem' entre los distintos elementos y la constancia registral o no de las fincas en folios independientes (cfr. R. 08.01.1998, R. 19.04.2004 y R. 13.12.2004). En el presente caso no existe ninguna vinculación entre los dos elementos que se hipotecan que pueda eximir de la distribución de la responsabilidad».

II.- MERCANTIL.

RESOLUCIÓN DE 14-11-2011 (BOE: 20-12-2011). RESOLUCION DE 14-NOVIEMBRE- 2011.

HECHOS. Se constituye una SRL por el procedimiento establecido en el Real Decreto – Ley 13/2010, de 3 de Diciembre (art. 5-2), con los Estatutos-tipo ajustados a la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de Diciembre de 2010, con un capital de 3.267 €y en el objeto social se incluyeron todas las actividades enumeradas en el art. 2 de los citados Estatutos –tipo.

El Registrador suspendió la inscripción por no serle aplicable el procedimiento de tramitación del indicado Real Decreto-Ley 13/2010, al exceder el capital social del señalado en el art. 5-2 y utilizar en el objeto social expresiones genéricas y ninguna referencia concreta al objeto principal, una clínica dental.

Posteriormente se extendió una diligencia complementaria en la escritura para rectificar el error padecido en la cifra del capital social, que debía fijarse en 3.069 € Presentada nuevamente la escritura con la diligencia incorporada, se inscribió el mismo día. Poco después, se interpuso recurso contra la calificación negativa.

DOCTRINA DE LA DGRN. La DG revocó la calificación porque la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás requisitos de la sociedad profesional, no puede impedir la inscripción.

COMENTARIO. Esta Resolución hace un minucioso estudio de los requisitos que deben concurrir en una sociedad profesional, en la misma línea de la Resolución de 5 de abril de 2011, según la cual el Registrador no podrá exigir una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social, que la Ley no impone. Por esas razones, no es necesario que, en el objeto social, se haga una referencia expresa a la clínica dental.

RESOLUCIÓN DE 18-11-2011 (BOE: 17-01-2012). CONFLICTO ENTRE ADMINISTRACIÓN CENTRAL Y AUTONÓMICA SOBRE AUTOLIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD EXPRESS.

HECHOS. Se constituye una SRL por el procedimiento establecido en el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de Diciembre (art. 5-2) con capital no superior a 3.100 € y Estatutos-tipo, ajustados a la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de Diciembre de 2010.

El Registrador suspende la inscripción por no acreditarse la presentación en el Oficina Liquidadora competente para la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y acompaña un oficio de la Directora General de Tributos de la Comunidad Valenciana, indicando que la única forma de acreditar una exención es mediante un justificante expedido por la Generalitat.

Contra esta calificación se interpuso recurso y, presentada nuevamente la escritura, se inscribió con la misma fecha, citando el mencionado oficio.

DOCTRINA DE LA DGRN. La DG revoca la nota de calificación porque, de la normativa vigente (arts. 86 RRM, 54 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y 123 de su Reglamento), se deduce que para la inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no es necesaria la presentación del documento de autoliquidación alegando la exención.

La Instrucción de la DG de 18 de mayo de 2011 establece que, una vez practicada la inscripción, el Registrador Mercantil remitirá telemáticamente a la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma correspondiente la notificación de que ha practicado la inscripción; de esta forma, quedan salvaguardados la finalidad de la norma y los intereses de las Administraciones Tributarias. En este sentido, Resoluciones de 4, 15, 21 y 29 de junio y 29 de octubre de 2011.

La regulación del Registro Mercantil es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 de la Constitución y sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 1997), por lo que la comunicación de la Dirección General de Tributos de la Comunidad Valenciana no es aplicable respecto de aquellos Registros jurídicos, como el Registro Mercantil, que no son competencia de la Comunidad Valenciana, sin perjuicio de las competencias de gestión y liquidación que le corresponden.

COMENTARIO. El Código Civil establece como principio general que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3º) y es evidente que, con la aplicación de la electrónica e informática al derecho, al mercado de bienes y a las relaciones de las Administraciones Públicas con los contribuyentes, no hay ninguna razón que justifique el cierre registral por falta de cumplimiento de las obligaciones fiscales, lo que contribuye a agilizar la actividad económica sin perjudicar los intereses de la Administración Tributaria.

RESOLUCIÓN DE 07-12-2011 (BOE: 17-01-2012). DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE, PARTICIPACIONES PRIVILEGIADAS Y EXTENSIÓN DE LOS PRIVILEGIOS.

HECHOS. En junta universal, con asistencia de Notario, de una SRL se amplía el capital y se modifican los estatutos; en ellos figura esta cláusula: Las participaciones 1 a 172, ambas inclusive, llevan incorporado privilegio en cuanto a voto, siempre que la titularidad de las mismas corresponda a C.C.C., consistente en que su titular emitirá dos votos por cada voto que emitan los titulares de las participaciones ordinarias.

En dicha junta se acuerda por el socio titular de todas las participaciones con voto privilegiado, lo que representa el 75% de todos los votos posibles, y el voto en contra del restante 50%, la modificación de los estatutos en el sentido de que el privilegio de votos de CCC lo puedan ejercer “ sus herederos legales y posteriores herederos “. En la escritura se da nueva redacción al artículo estatutario con fidelidad al acuerdo adoptado.

La Registradora suspende la inscripción por los siguientes defectos:

1º.- No respeta el derecho de suscripción preferente de los socios, pues no puede entenderse que, al estar presentes todos los socios, ya no es necesaria comunicación alguna, pues eso debió manifestarse expresamente en la junta (arts. 305 y 307 LSC).

2º.- La escritura no contiene manifestación alguna de haber sido desembolsado íntegramente en los términos previstos (art. 198 RRM).

3º.- En cuanto a la extensión del privilegio del socio CCC:

A.- La expresión utilizada “sucesores” no es equivalente a lo acordado “los herederos legales y posteriores herederos”.

B.- La escritura no contiene la declaración de que desde la convocatoria el texto íntegro de la modificación propuesta ha estado a disposición de los socios (arts. 287 LSC y 195 RRM).

C.- La extensión del privilegio del derecho de voto afecta a los derechos individuales de los restantes socios, por lo que será necesario el consentimiento de todos los afectados por el acuerdo (arts. 292 LSC y 195-2 RRM).

4º.- No se inscribe la revocación de poder contenida en el acta notarial al ser necesaria escritura pública (art. 95-1 RRM).

El Notario recurre sólo los defectos señalados con los números 1, 2 y 3, letras B y C.

DOCTRINA DE LA DGRN. Primer defecto.- Los socios asistente a la junta, si bien tienen exacto conocimiento del acuerdo del aumento, desconocen el momento en que se inicia el plazo para ejercitar su derecho. La Resolución de 5-Julio-2001 señaló que la observancia de las garantías legales para ejercitar el derecho de suscripción preferente condiciona la validez de la ejecución del acuerdo. La DG confirma este defecto.

Segundo defecto.-El RRM refuerza la concordancia del acuerdo con su ejecución, pero, si esa concordancia ya resulta de la escritura, esa manifestación resulta innecesaria; en un tema similar se pronunció la Resolución de 24-julio-2007. La DG revoca este defecto.

Tercer defecto.- Se centra en determinar si la extensión del derecho de voto que tenía CCC a favor de sus herederos legales y posteriores herederos requiere el consentimiento de los demás socios por entender que afecta a sus derechos individuales.

La cláusula estatutaria en su redacción original establecía un privilegio de voto plural con base en un doble criterio, objetivo y subjetivo: objetivo, recae en las participaciones 1 a 172; subjetivo, que sean de CCC. Con la nueva redacción de dicha cláusula se mantiene el criterio objetivo, mientras que el subjetivo no determina personas concretas en el momento del acuerdo.

En la redacción original de la cláusula estatutaria debatida los socios aceptaron un derecho de voto privilegiado referido a unas participaciones concretas y un titular concreto, con la expectativa de acrecentar en el futuro su influencia en la sociedad, al extinguirse dicho privilegio si se producía la transmisión de dichas participaciones, por cualquier modo; sin embargo, con la modificación de la misma se suprime esa expectativa y un privilegio limitado en el tiempo se convierte en indefinido. En el momento de constitución de la sociedad es perfectamente posible la creación de participaciones de voto plural, pero, una vez constituida, debe rechazarse toda creación de participación de voto plural o la extensión de sus efectos si no tiene el consentimiento de todos los socios que van a verse perjudicados.

En definitiva, la DG desestima el recurso en cuanto a los defectos señalados bajo los números 1 y 3 C y lo estima en los números 2 y 3 B.

COMENTARIO. Esta Resolución tiene importancia porque, aparte de las cuestiones formales, aborda dos problemas de gran trascendencia práctica.

El primero es si, en caso de junta universal, a efectos de ejercitar el derecho de suscripción preferente, la celebración de la junta equivale a la notificación que debe hacerse a los socios para ejercitar ese derecho. Se concluye que si los acuerdos se toman por unanimidad o por mayoría, pero de la propia certificación resulta que los socios se dan por notificados o renuncian a ese derecho, la notificación no será necesaria. Pero si los acuerdos no se toman por unanimidad, si no consta que se dan por notificados o no renuncian a ello, la junta debe fijar un plazo para el ejercicio de ese derecho y los administradores hacer las notificaciones.

El segundo es que no es admisible un acuerdo que transforma un privilegio temporal, limitado, en indefinido, sin contar con el consentimiento de todos los socios que van a verse perjudicados con ese acuerdo.

RESOLUCIÓN DE 25-01-2012 (BOE: 12-03-2012). CONSTITUCIÓN DE S.L.- ACTIVIDAD.

Resolución relativa a la concreción estatutaria del objeto social. Se constituye una sociedad limitada de intervención en la venta de seguros sin especificar si se va a dedicar a una actividad de mediación de agencia o correduría, pues al ser dos actividades incompatibles entre sí –según el art. 7 la Ley de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados-, entiende la Registradora que es necesario que tal punto se concrete en los estatutos. Por el contrario, el Notario recurrente entiende que basta con la referencia genérica, pues es sólo para los agentes vinculados y para los corredores de seguros para los que se exige por Ley precisión estatutaria -de

modo que si nada se detalla debe entenderse que la sociedad se dedicará a la agencia de seguros exclusiva-, correspondiendo la apreciación de tal extremo a la Dirección General de Seguros en el momento de despachar la inscripción del mediador de seguros en el Registro administrativo especial, y no a la registradora Mercantil.

La DG rechaza el recurso. Reitera su doctrina acerca de la importancia que tiene el objeto social “(...) tanto para los socios y administradores como para los terceros que entren en relación con la sociedad (lo que) justifica la exigencia legal de una precisa determinación del ámbito de actividad en el que debe desenvolverse la actuación del nuevo ente (...)”.

Entiende que la doctrina surgida con relación a las sociedades constituidas con Estatutos-tipo al amparo del Real Decreto- Ley 13/2010, de 3 de diciembre - sociedades express-, que permite una relajación en orden a la determinación del objeto, pues posibilita que puedan incluirse uno, varios o todos los especificados en la Orden JUS 3185/2010 e Instrucción de 18 de mayo de 2011, pudiendo concretarse las actividades a un tipo de productos o servicios, queda circunscrita a dichas sociedades y su peculiar forma de constitución, siendo necesario, en los demás casos, una determinación de modo “(...) que acote suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil legal o socialmente demarcados”.

En el caso concreto que de las sociedades de mediación de seguros y al ser incompatibles en cuanto a su ejercicio al mismo tiempo por las mismas personas físicas o jurídicas -según los artículos 7.1, 19 y 31 de la citada Ley 26/2006- la condición de agente de seguros exclusivo, de agente de seguros vinculado y de corredor de seguros son incompatibles entre sí se hace imprescindible especificar, como señala la registradora en su nota, cuál de las actividades de intervención constituye el objeto de la sociedad cuya creación se pretende.

RESOLUCIÓN DE 26-01-2012 (BOE: 12-03-2012). S.R.L.- CONSTITUCIÓN.

Se presenta telemáticamente en el RM escritura de constitución de una SL, sin que se acompañe a la misma justificación de haber sido presentada a liquidación.

La DG parte de la diferencia existente entre los conceptos de exención y no sujeción, así, mientras que en los casos de no sujeción no se realiza el hecho imponible y, por lo tanto, no existe obligación de presentación al pago del impuesto, en los supuestos de exención sí existe dicha obligación de

presentación pues el hecho imponible se realiza, aunque la Ley lo declare exento.

La DG interpreta la Instrucción de 18 de mayo de 2011 -dictada a raíz del RDL 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo-, en la que entre otras medidas se establece una exención en el ITPAJD para la constitución de sociedades, según la cual, cuando la escritura de constitución de la sociedad de capital se presente telemáticamente y no venga acompañada del documento de autoliquidación, una vez practicada la inscripción, el registrador, de forma inmediata, remitirá de oficio por vía telemática a la agencia tributaria correspondiente, la notificación de que se ha practicado la inscripción- en el sentido de que la misma es, en este punto, sólo es aplicable cuando se trate de constitución de sociedades domiciliadas en territorios donde, en ejercicio de sus competencias en materia tributaria, no se hayan dictado normas o instrucciones en materia de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (que incluye la modalidad de operaciones societarias) con relación al modo de acreditación del pago o la exención del impuesto en la constitución de sociedades. De modo que el Registrador Mercantil únicamente deberá comprobar la existencia de la justificación de la presentación ante los órganos de la Administración Tributaria en los supuestos en que los órganos tributarios autonómicos competentes hubieran dictado normas específicas de actuación con relación a la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los demás la falta de presentación no será obstáculo para la inscripción pero una vez practicada el Registrador deberá remitir de oficio, por vía telemática, a la agencia tributaria correspondiente, la oportuna notificación.

RESOLUCIÓN DE 01-02-2012 (BOE: 01-03-2012). HIPOTECA MOBILIARIA SOBRE UNA OFICINA DE FARMACIA: NO ES NECESARIA LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRAVENTA DE LA OFICINA.

Hechos. Se presenta en el Registro de Bienes Muebles la escritura de compraventa de la farmacia que después se hipoteca y la hipoteca de la misma farmacia.

La registradora extiende las siguientes notas de calificación:

a) Respecto a la escritura de compraventa: falta la previa inscripción de la escritura de compraventa ... que se cita en el apartado «Título» de la escritura.

b) Por su parte la hipoteca recibe la calificación siguiente: conforme a los artículos 18 del C. Comercio y 10 del RRM, al existir previo documento

presentado..., al cual se le han atribuido defectos que impiden su inscripción, se suspende la práctica del asiento solicitado, posponiéndose la calificación definitiva del precedente título hasta la caducidad de aquél asiento de presentación o, en su caso, la inscripción de dicho documento previo, no existiendo ningún otro defecto imputable a este título.

La DGRN revoca ambas notas de calificación:

1º. No constituye objeto del expediente la primera de las notas de calificación pues la presentación de la escritura de compraventa no tenía por finalidad la de practicar la inscripción de la misma, sino la de servir de complemento a la segunda escritura de constitución de hipoteca, a fin de acreditar la titularidad del constituyente de ésta.

2º. Cabe la inscripción de la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria sin la previa inscripción del título de adquisición de la misma. El que el RBM sea un registro de titularidades no significa que deba aplicarse el régimen propio de los bienes inmuebles por transposición automática, especialmente en el caso de inmatriculación, dado que son de aplicación preferente los preceptos específicos de la legislación mobiliaria aplicable. El art. 68 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, que rige, desde un punto de vista sustantivo, la hipoteca de ciertos muebles, establece que “en ningún caso será necesaria, en dichos Registros, previa inscripción alguna a favor de la persona que otorgue los títulos mencionados, salvo cuando se trate de aeronaves”.

Ahora bien, lo anterior no impide que la adquisición del dominio sobre el bien hipotecado pueda ser inscrita, con carácter facultativo o voluntario, cfr. art. 13 del Reglamento de la LHMPD, que prevé la posibilidad de inscribir o anotar también los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de ser hipotecados, siendo obligatoria dicha inscripción previa en el caso de buques y aeronaves. El principio de tracto sucesivo dentro del RBM y en relación a los bienes susceptibles de hipoteca sólo regirá en el caso de que el bien conste previamente inscrito de manera voluntaria.

RESOLUCIÓN DE 04-02-2012 (BOE: 01-03-2012). AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL SRL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS: NO ES NECESARIO CUMPLIR LAS NORMAS SOBRE EL DERECHO DE ASUNCIÓN PREFERENTE.

Hechos. Se presenta escritura autorizada el 15 de septiembre de 2011 por la que se elevan a público los acuerdos adoptados por unanimidad en la junta general de la sociedad «Jardinería Sotojardín, S.L.», consistentes en aumentar el capital social por compensación de determinados créditos que ostentaba uno de los socios. Uno de los socios no asistió a la referida junta.

Defectos alegados por el registrador: “En el aumento por compensación de créditos en sociedad limitada ha de respetarse el derecho de asunción preferente”. A pesar de que la redacción del artículo 304 de la Ley de Sociedades de Capital puede suscitar la duda de si ahora en sociedad limitada ocurre como en la sociedad anónima, en la que sólo existe derecho de suscripción preferente en caso de aportación dineraria, si tenemos en cuenta los antecedentes legislativos y el alcance limitado que debe tener un texto refundido que no debe modificar las soluciones arbitradas por la ley, debemos optar por la interpretación contraria. Hay que tener en cuenta que el derecho de asunción preferente es uno de los derechos mínimos que ostenta el socio (art. 93 LSC) y tiene como función dotarle de un medio para evitar que su participación social se diluya.

La DGRN revoca la nota estimando, tras hacer un repaso detallado sobre la evolución legislativa en materia de derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital tanto de SA como de SL, que el art. 304 LSC es aplicable claramente a ambas formas sociales y, por tanto, salvo que se trate de aportaciones dinerarias, se ha suprimido legalmente el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con aportaciones in natura.

Reconoce, no obstante, que de ello “puede derivarse una eventual desprotección del socio en los casos en que la extinción de los créditos contra la sociedad a cambio de las participaciones creadas pudiera no estar justificada en el interés de la sociedad” (STS de 23 de mayo de 2008), pero en estos casos quedará siempre a salvo la posible impugnación de los acuerdos sociales, cuyo conocimiento corresponde a los tribunales.

RESOLUCIÓN DE 06-02-2012 (BOE: 01-03-2012). AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL SRL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS: NO ES NECESARIO CUMPLIR LAS NORMAS SOBRE EL DERECHO DE ASUNCIÓN PREFERENTE.

Igual contenido que la Resolución de 4 de febrero de 2012 anteriormente resumida.

RESOLUCIÓN DE 07-02-2012 (BOE: 03-03-2012). ESTATUTOS SOCIEDADES PROFESIONALES: ES POSIBLE ESTABLECER UN PLAZO DE PREAVISO PARA LA SEPARACIÓN VOLUNTARIA DEL SOCIO.

Hechos. Se plantea la posibilidad de que en los estatutos de una sociedad profesional, constituida por tiempo indefinido, se pueda modalizar el derecho de separación “ad nutum” que en dicho caso tienen los socios, estableciendo una

obligación de preaviso de un plazo no inferior a dos meses, período durante el cual, el socio peticionario deberá continuar cumpliendo con sus obligaciones sociales y profesionales en el seno de la sociedad, salvo dispensa del Órgano de Administración.

Defecto alegado por el registrador: “el artículo 13 de la LSP, no permite condicionar el ejercicio del derecho de separación estableciendo un plazo de preaviso, por cuanto que la ley configura el derecho de separación de los socios profesionales como un derecho libremente ejercitable por éste en cualquier tiempo, siendo eficaz, desde el momento en que se notifique a la Sociedad”... y “sin que sea posible que los estatutos puedan introducir correcciones en este punto tales como prohibir su ejercicio durante un cierto tiempo o establecer un plazo de preaviso, sin desvirtuar su configuración legal (artículos 13 LSP y 30 de la LSRL)”.

La DGRN revoca la nota de calificación declarando la inscribibilidad de la cláusula estatutaria debatida por las siguientes razones:

1º. El derecho de separación legalmente establecido es de «ius cogens», pero tal carácter no impide toda modalización de su ejercicio. Así dice “La amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social”.

Y que “Cuando la sociedad de responsabilidad limitada es el tipo elegido para constituir una sociedad profesional se hace necesario el reconocimiento legal de un derecho de separación aun más extenso en favor de los socios profesionales. En efecto, el hecho de que las participaciones correspondientes a los socios profesionales lleven necesariamente aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social (art. 17.2 LSP), así como la intransmisibilidad de tales participaciones sin que medie el consentimiento de todos los socios –o de la mayoría de ellos fijada en el contrato social– (art. 12 LSP) tiene como consecuencia que se permita a los socios profesionales separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido «en cualquier momento», de modo que el ejercicio de tal derecho «sea eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad» (art. 13.1 LSP)”.

2º. Pero “No debe rechazarse la previsión estatutaria de cautelas, como la constituida por la cláusula de preaviso cuestionada en el presente caso, toda vez que contribuye a salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de

la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución), y tampoco puede estimarse contraria al fundamento del derecho de separación «ad nutum» que se establece en interés del socio profesional”.

3º. Por tanto, “La cláusula debatida es inscribible, toda vez que no puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad o contradiga los principios configuradores del tipo social elegido (cfr. artículos 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 1255 y 1258 del Código Civil), caracterizado por la flexibilidad de su régimen jurídico (vid. apartado II.3 de la exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)”.

RESOLUCIÓN DE 08-02-2012 (BOE: 05-03-2012). COMPETENCIA PARA LA CONVOCATORIA DE JUNTA. CIERRE REGISTRAL POR NO DEPOSITAR CUENTAS.

Hechos. Se trata de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales en la que concurren las siguientes circunstancias:

1º. Comparece el nuevo administrador único y el antiguo Presidente del Consejo.

2º. Resulta que la convocatoria se hizo por el presidente.

3º. A la junta asiste el 60% del capital. Al parecer el otro socio, titular del 40%, se personó en la junta manifestando que no estaba legalmente constituida.

4º. No se aprobaron las cuentas de los ejercicios 2009, 2010 y 2011(sic) por no haber sido formuladas.

Defectos alegados por el registrador:

1.-Según resulta el Registro, el presidente cesó en sus cargos de Presidente del Consejo de Administración y Consejero-Delegado con anterioridad a la convocatoria de la junta, por lo que carece de facultades para efectuarla -defecto insubsanable-, salvo que se acredite el acuerdo del Consejo de Administración sobre la convocatoria de la Junta, art. 166 LSC.

2.-La Sociedad no ha depositado sus cuentas anuales debidamente aprobadas correspondientes al ejercicio 2009, por lo que su hoja Registral se encuentra cerrada, de conformidad con lo establecido en el art. 378 RRM (defecto subsanable). A los efectos oportunos se hace constar que, a esta fecha, la Sociedad no ha depositado sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

La DGRN confirma la nota de calificación. Respecto del primer defecto, declara que es “esencial que la convocatoria de la junta haya sido realizada por persona legitimada para hacerlo” y es evidente la falta de legitimación de la persona que lleva a cabo la convocatoria de la Junta en este caso. El TS ha reiterado, en múltiples ocasiones, que la convocatoria de la Junta es competencia del órgano de administración de conformidad con las previsiones legales, por lo que, cuando existe un Consejo de Administración, es de su competencia (y no de su presidente) llevar a cabo dicha convocatoria. Sólo en caso de administradores caducados se permite convocatoria sin acuerdo de Consejo. No hay convalidación del defecto de convocatoria pues la junta no se transforma en universal, no siendo admisible a tal efecto el hecho de la presencia del socio minoritario, para oponerse a la celebración de la Junta.

Respecto del segundo defecto lo confirma porque la certificación elevada a público y de la que resulta la causa por la que no se han depositado las cuentas anuales no ha sido expedida por la persona legitimada al efecto, art. 109.1a RRM.

RESOLUCIÓN DE 09-02-2012 (BOE: 08-03-2012). SOCIEDAD LIMITADA. NO PUEDE CONSTAR LA WEB DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL, COMO FORMA DE CONVOCATORIA, SI ANTES NO SE HAN MODIFICADO LOS ESTATUTOS EN TAL SENTIDO.

Hechos. Se pretende, por certificación expedida por el administrador, hacer constar en la hoja de la sociedad una página web a los efectos del art. 173.1 LSC y la Instrucción de la DGRN de 18 de mayo de 2010. Concorre la circunstancia de que los estatutos de la sociedad establecen como forma de convocatoria la de correo certificado, con acuse de recibo.

Defecto alegado por el registrador: “siendo según el artículo 13º de los estatutos sociales inscritos el sistema de convocatoria de la Junta, comunicación individual y escrita, si la voluntad social es cambiar dicho sistema de convocatoria por la publicación del anuncio de convocatoria de la junta en la página web de la sociedad, será necesario acuerdo de la junta general de modificación del artículo 13 de los estatutos sociales formalizado en escritura pública (arts. 11 bis y 173 LSC y punto noveno de la Instrucción de la DGRN de 27 de mayo de 2011)”.

La DGRN confirma la nota de calificación. Tras hacer un repaso de las distintas redacciones del art. 173 de la LSC por el RDL 13/2010 y la Ley 25/2011 y su Instrucción de 18 de mayo de 2010, dice que “el artículo de los estatutos de la sociedad recurrente que regula la forma de convocatoria de la

Junta no ha perdido su eficacia y pese a la entrada en vigor de las nuevas normas está plenamente de acuerdo con las mismas pues se trata de un sistema sustitutivo del legal y establecido en los estatutos sociales que son de aplicación preferente a lo dispuesto en la propia Ley con carácter supletorio”.

Añade que “parece claro que la intención del órgano de administración de la sociedad es la de establecer dicha web para poder realizar las convocatorias de la junta general por medio de un anuncio insertado en la misma, dada la remisión al artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital, prescindiendo totalmente de la regulación estatutaria establecida por acuerdo unánime o mayoritario de los socios” lo que “supondría dejar al arbitrio de los administradores la forma de la convocatoria, con menoscabo del derecho del socio a saber en qué forma ha de esperar ser convocado”.

Concluye afirmando que “para la constancia de la web en la hoja de la sociedad, lo primero que debe hacerse es modificar los estatutos sociales en el punto relativo a la forma de convocatoria y una vez establecida como forma de convocatoria, al amparo del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la web social es cuando podrá hacerse constar la concreta dirección de dicha web en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil” “y ello es claramente incumbencia de la junta general debiendo además tenerse en cuenta que la “creación de una página web corporativa, conforme con lo establecido en el nuevo artículo 11 bis de la Ley de Sociedades de Capital, es también competencia de la Junta General, pues la web a que se refiere dicho artículo, bajo el epígrafe de «sede electrónica», es la que debe servir para todas las finalidades establecidas en la propia ley o en los estatutos de la sociedad”.

RESOLUCIÓN DE 14-02-2012 (BOE: 08-03-2012). JUNTA GENERAL. NOMBRAMIENTOS.

La escritura cuya inscripción se suspende y recurre fue objeto de nueva entrada en el Registro, que no de nueva presentación, en solicitud de que se expresara que la calificación había sido realizada con la conformidad de los cotitulares del registro conforme al artículo 15.2 del

Reglamento del Registro Mercantil. El registrador extiende nueva nota en la que se limita a confirmar la anterior calificación por haber sido ya calificado el documento y no existir ningún cambio respecto de la primera, señala, también en la segunda nota, los recursos que caben contra la calificación y procede a una nueva notificación al Notario autorizante.

Según la DG en la nota de calificación se plantean tres cuestiones: “La primera, si es posible nombrar presidente de un consejo de administración, cuyo número estatutario es de doce miembros, cuando está vacante una de las

vocalías, precisamente la del anterior consejero-presidente que renunció a su cargo. La segunda, si es posible ese mismo nombramiento cuando de los doce miembros del consejo, uno ha renunciado a su cargo y otros seis tienen el cargo caducado por transcurso de su plazo de duración, siendo uno de los consejeros afectados por la caducidad el nombrado presidente, o si es precisa la previa reelección de los mismos. La tercera cuestión que plantea la nota de calificación es la relativa a la no constancia en la certificación de la aprobación del acta del consejo”. Además, la DG se plantea 2 cuestiones previas: “Si el recurso ha sido interpuesto en plazo y si la nota o acuerdo de calificación está suficientemente motivado”.

Respecto a las cuestiones previas la DG estima que el recurso ha sido interpuesto en plazo, pues entiende que hay que estar al respecto al párrafo 2º del artículo 326 de la LH del que resulta que el plazo para recurrir se cuenta desde la última notificación de la nota en la que se indicaban los recursos posibles contra la calificación, habiéndose indicado en ambas notas, el plazo deberá contarse desde la última, en este sentido se manifestaron, también, las Rss. de 24-11-2010 y 12-11-2011.

En cuanto a la segunda, si bien es cierto que la fundamentación jurídica del registrador es escasa, habiendo el interesado podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, “(...) entiende que procede resolver el fondo de la cuestión para evitar dilaciones innecesarias (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988, 30 de diciembre de 1989 y 2 de marzo de 1991)”.

Respecto a los defectos advertidos por el Registrador señala:

En cuanto a la posibilidad de que el consejo compuesto por once miembros pero que, según el Registro, ha de estar compuesto por doce consejeros nombre a su presidente, la DG lo rechaza, pues dicha circunstancia “(...) no debe impedir ni su válido funcionamiento, ni la posible inscripción de los acuerdos que el mismo adopte. Cualquier otra solución llevaría a la conclusión de que la renuncia o el fallecimiento o incapacitación sobrevenida de un consejero paralizaría la vida de la sociedad haciendo inoperante el consejo con las consecuencias negativas de todo orden que ello implica (...)”, además de que, en el caso concreto, la propia Ley reguladora de la Corporación, para evitar las consecuencias negativas que se derivan del especial procedimiento de designación de los miembros del consejo, prevé que el mismo pueda seguir funcionando ante dicha anomalía.

El segundo defecto plantea la caducidad del nombramiento de una serie de consejeros y la falta de previa inscripción de la reelección de estos también es rechazado por la DG, pues la Ley reguladora de la corporación prevé una

renovación parcial de los consejeros cuya ratio legis” es, precisamente, impedir la paralización del funcionamiento del Consejo ante la especial complejidad del proceso de nombramiento de sus miembros. Este mismo criterio aparece confirmado por el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital que permite la convocatoria de la junta por los administradores que permanezcan en el cargo, aunque el órgano de administración no esté debidamente constituido, siempre que esa convocatoria se limite al acuerdo relativo al nombramiento de nuevos administradores.

Por último, respecto a la tercera cuestión, la relativa a la competencia para la designación de los miembros del consejo de administración y para la elección de su presidente, la DG desestima el recurso pues de la citada Ley se desprende que la competencia para el nombramiento del presidente corresponde al Congreso por mayoría de dos tercios, “(...) dada la transcendencia social de los servicios públicos de información, y de la ausencia de otras excepciones que la prevista respecto del momento constitutivo de la Corporación, incluida en el régimen transitorio de la Ley, y la prevalencia de las especialidades señaladas en ésta sobre el régimen común de la legislación mercantil sobre las sociedades anónimas (...)”.

RESOLUCIÓN DE 15-02-2012 (BOE: 13-03-2012). SOCIEDAD NUEVA EMPRESA. AUMENTO DE CAPITAL. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

La DG trata dos cuestiones: La primera si la compensación de créditos debe ser considerada como una aportación dineraria, y por lo tanto ser admitida como contravalor en el aumento de capital de una sociedad limitada nueva empresa; y la segunda si la modificación introducida en este punto por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en relación con la Ley 2/1995, de sociedades limitadas, rebasa o no los límites de la delegación legislativa.

Respecto a la primera cuestión, la DG, a la vista del título III de la Ley de Sociedades de Capital regula las aportaciones sociales y de los arts. 132, 133, 189, 190 y 200 del RRM, llega a la conclusión de que “(...) la diversidad de objetos que pueden ser aportados a una sociedad se subsumen en dos grandes categorías: aportaciones de dinero y aportaciones en especie (es decir que no sean en metálico) llamadas por la generalidad de la doctrina aportaciones «in natura» o no dinerarias y dentro de esta última categoría está la aportación de derechos de crédito (cfr. artículo 65 de la Ley de Sociedades de Capital) y la llamada compensación de créditos como especial modalidad de aumento de capital (cfr. artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital), figura que, como resulta de la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de julio de

1992), sin perjuicio de su peculiar naturaleza como vía de conversión de deuda social en capital, participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias”.

En cuanto a la segunda alegación de recurrente, esto es, determinar si la variación introducida constituye o no un exceso por parte del Gobierno respecto de la delegación legislativa concedida por las Cortes Generales, y en caso de respuesta afirmativa a tal cuestión previa, establecer los efectos que de ello se derivan, el Centro directivo señala que la divergencia radica en que frente al artículo 135.2 de la Ley 2/1995, que después de fijar capital mínimo y máximo para dicha sociedad, establecía que «2. En todo caso, la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias», el actual artículo 443.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone ahora que «1. El capital de la sociedad nueva empresa no podrá ser inferior a tres mil euros ni superior a ciento veinte mil euros. 2. El capital social sólo podrá ser desembolsado mediante aportaciones dinerarias».

La diferencia entre ambos preceptos estriba en que, según el primero, sólo el capital mínimo es el que debe ser desembolsado con aportaciones dinerarias, mientras que en el segundo, en su dicción literal, todo el capital de la sociedad, hasta su cuantía máxima, debe ser desembolsado con aportaciones dinerarias.

Después de analizar la naturaleza y fuerza de obligar de los Reales Decretos-Legislativos por los cuales se aprueban textos refundidos de leyes, llega a la conclusión de la fuerza vinculante de los mismos, pues “(...) aunque se estimara, como hipótesis meramente dialéctica, que se ha incurrido en una extralimitación por parte del Gobierno en la delegación concedida por las Cortes Generales respecto de los límites de la norma habilitante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no permite descartar sin más la aplicación de la norma que haya incurrido en «ultra vires»”.

“En este caso ni se ha producido una anulación del artículo 443.2 del Real Decreto-Legislativo 1/2010, ni cabe apreciar de forma clara y concluyente que la modificación operada por este precepto en la materia objeto de la misma exceda el mandato de regularizar y armonizar los textos legales concedido al Gobierno por la Ley 3/2009, de 3 de abril, por lo que en virtud del principio de seguridad jurídica proclamado por la Constitución (cfr. artículo 9.3 de la Constitución española) dicho precepto debe entenderse como una disposición con rango de ley y como tal ley debe ser respetada por todos los ciudadanos y por todos los operadores jurídicos”. Solución ya adoptada por el Centro Directivo en su Resolución de 4 de octubre de 2011.

“Por todo ello y dado que la redacción del precepto aplicable a la cuestión debatida es claro en su redacción, imperativo en sus términos literales, está englobado dentro del capítulo III del Título XII que trata del capital social, no

sólo el inicial, sino el que debe tener la sociedad durante toda su existencia (...).”

Por último, destaca la DG, que el hecho de que los créditos sean anteriores a la entrada en vigor del TRLSC, y aunque su fecha fuera fehaciente, ello no es óbice para la validez de lo anteriormente dicho, pues es la fecha del acuerdo de la Junta la que determina el momento en que el crédito se convierte en capital y dicho momento, determina la legislación aplicable.

RESOLUCIÓN DE 25-02-2012 (BOE: 29-03-2012). REDUCCIÓN DE CAPITAL. COSTE DE LA PUBLICACIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. INFORME DE AUDITORÍA. NOTA DE AUTOLIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO

Hechos: en la presente resolución se discute si cabe reducir el capital social y un incremento simultáneo en cifra inferior al capital inicial sin informe de la auditoría.

La DG estima que es necesario tal informe para evitar perjuicios a los acreedores. Esta resolución es distinta de la de 2-III-2011 que sí lo excluía, porque el aumento era superior al capital inicial.

Es decir, La DG admite excluir verificación de las cuentas anuales si hay consentimiento unánime de los socios, y los acreedores tienen salvaguardados sus intereses, porque se incrementa el capital inicial.

RESOLUCIÓN DE 27-02-2012 (BOE: 29-03-2012). SOCIEDAD EN BAJA PROVISIONAL

Hechos: Se suspende la inscripción de una escritura de cese de los administradores y cambio del sistema de administración por estar la sociedad dada de baja en el índice de entidades de la AEAT y por cierre de la hoja por falta de depósito de cuentas.

La DG confirma ambos defectos; respecto la baja del índice de entidades es de aplicación el Art. 131.2 del TR del Impuesto sobre Sociedades, y respecto de la falta de depósito de cuentas, confirma que sería posible el cese de los administradores pero lo impide el primer defecto puesto que en este caso se produce por incumplimiento de las obligaciones fiscales.