

Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

- TRÁMITES E INCIDENCIAS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE A LAS ENTIDADES LOCALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA LA ENAJENACIÓN DE BIENES INMUEBLES A TÍTULO ONEROSO, por Enrique Amérigo Alonso
- REESTRUCTURACIÓN BANCARIA Y REGISTRO, por Manuel Parga López
- 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**TRÁMITES E INCIDENCIAS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE A LAS ENTIDADES LOCALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA LA ENAJENACIÓN DE BIENES INMUEBLES A TÍTULO ONEROSO**

El primer paso para determinar el régimen jurídico aplicable al procedimiento de enajenación de bienes inmuebles de las entidades locales de la Comunidad de Madrid debe ser precisar la normativa que ha de regir en tales procesos de contratación.

El examen de esta cuestión ha de partir de lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución, según el cual el Estado tiene únicamente competencia para la determinación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Madrid, conforme al artículo 27 de su Estatuto de Autonomía, el desarrollo legislativo del régimen local. Esta distribución de competencias implica el siguiente criterio de prelación de fuentes:

-Serán de aplicación, en primer lugar, las disposiciones estatales que tengan el carácter de legislación básica, es decir: la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; las disposiciones del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que, según su propia Disposición Final Séptima, tengan el carácter básico; las disposiciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que de acuerdo con su Disposición Final Segunda han sido promulgadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, así como las escasas disposiciones relativas a la materia contenidas en el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

-En segundo término, regirán las disposiciones autonómicas sobre la materia establecidas en la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, que tiene por objeto el desarrollo normativo de las competencias que, en materia de régimen local, corresponden a la Comunidad de Madrid en el marco de la Constitución y de la legislación estatal básica; así como la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, a la que se remite la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid en lo relativo a la enajenación de los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así

como de los restantes bienes patrimoniales de las entidades locales que resulten clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable.

-Por último, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.3 de la Constitución, regirá la legislación estatal como derecho supletorio.

En relación con esta última fuente es importante determinar con precisión el alcance de la cláusula de supletoriedad, así como cuál es la normativa estatal supletoria en esta materia, ya que en ocasiones las entidades locales, en sus expedientes de enajenación pretenden la aplicación de normas distintas de las procedentes que conceden una libertad de contratación superior a la jurídicamente admisible.¹

El principio de supletoriedad, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene únicamente por finalidad colmar las posibles lagunas existentes en la normativa autonómica. En esta línea, la STC 118/1996 de 27 de junio ha afirmado que el presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho.

Además, aquellas cuestiones reguladas en la legislación autonómica prevalecen en todo caso sobre la normativa estatal no básica. Así lo ha señalado con claridad el Alto Tribunal en su sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, en un recurso interpuesto precisamente contra la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, afirmando que “serán pues, las normas autonómicas que, ajustándose a las bases estatales, vayan dictándose, las que, en todo caso, desplazarán en su aplicabilidad directa o eficacia territorial a esas otras normas estatales no básicas dictadas al amparo de la disposición final primera de la Ley de Bases del Régimen Local”.

En consecuencia, la legislación supletoria regirá únicamente cuando nos encontremos ante una laguna del ordenamiento jurídico, pero no será en modo alguno aplicable respecto de aquellas cuestiones que (como los procedimientos de adjudicación), se encuentren expresamente determinadas en la normativa autonómica.

Visto ya el alcance limitado de la regla del artículo 149.3 de la Constitución, se plantea en segundo lugar la difícil cuestión de determinar la prelación entre la legislación estatal supletoria, al existir diversas leyes estatales que regulan los trámites de los procedimientos de contratación, en concreto: la legislación de régimen local, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y el Real

¹ Así, en ocasiones consideran aplicable la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas o la Ley de Contratos del Sector Público, por permitir la primera a la Administración la posibilidad de proceder a la enajenación directa en el caso de que la subasta o concurso quede desierto, y la segunda la posibilidad de acudir al procedimiento negociado cuando no se hayan presentado ofertas en el procedimiento abierto o restringido

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En este punto es claro, como ha señalado en reiteradas ocasiones la DGRN² que la normativa estatal supletoria será, en primer término, la contenida en la legislación de régimen local, al regular específicamente la enajenación de bienes inmuebles por las entidades locales tanto el Texto Refundido de 1986 como el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Estas normas han de prevalecer sobre las reglas de enajenación de los artículos 135 y ss de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, como resulta con claridad del artículo segundo de la misma Ley, el cual establece que serán de aplicación a las comunidades autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda, que no comprende las reglas de enajenación de bienes inmuebles.³

Ahora bien, lo anterior no significa a mi juicio, frente a lo señalado erróneamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, resolución de 3 de enero de 2005) “que el legislador haya excluido la posibilidad de aplicar supletoriamente los preceptos relativos a la enajenación de bienes contenidos en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas a la administración local al no relacionar los artículos 136 a 145, que regulan dicha cuestión, en la disposición final segunda como legislación supletoria de la Administración local”.

En efecto, con esta afirmación confunde el Centro Directivo legislación básica con legislación supletoria. La circunstancia de que las reglas de enajenación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas no sean de las comprendidas en la disposición final segunda únicamente determina que carezcan de la condición de normativa básica, pero no excluye que, como legislación estatal y por aplicación de lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución, sean legislación supletoria⁴. Cuestiones distintas son que esa aplicación supletoria tenga una relevancia práctica mínima, pues requerirá la ausencia de previsiones legislativas tanto en la legislación autonómica como en la legislación del régimen local; así como que tenga en todo caso preferencia la legislación estatal de régimen local respecto de aquellas cuestiones que tengan un régimen diferenciado en la Ley de Patrimonio de las Administraciones

² Así, recientemente, la resolución de cinco de octubre de dos mil once

³ Únicamente se refiere a esta materia, como legislación básica, el artículo 8.1.c que establece los principios generales de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad que deben observarse por las Administraciones públicas cuando gestionan su patrimonio.

⁴ En este sentido, el propio artículo 1.2.d del Reglamento de Bienes prevé al regular las fuentes del régimen de los bienes de las entidades locales la aplicación supletoria de la legislación estatal de bienes públicos.

Públicas, ya que esta última no ha sido promulgada, como resulta del artículo segundo anteriormente citado, para el régimen local.

Por último, respecto de aquellas cuestiones no previstas en la legislación de régimen local y en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se plantea la cuestión de si es aplicable supletoriamente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Al respecto, el tenor literal de su artículo 4.1.p parece responder negativamente a este interrogante, al excluir expresamente del ámbito de la Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles que, según señala, tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. No obstante, a pesar del tenor literal del precepto, son varios los argumentos que determinan la aplicación supletoria del Texto Refundido de 2011 respecto de aquellas cuestiones no previstas en la legislación local y patrimonial⁵:

-Una exclusión absoluta de la normativa estatal conllevaría lagunas indeseables en aspectos fundamentales de la preparación y adjudicación de los contratos. Ha de destacarse que la propia Ley de Contratos del Sector Público derogó el único precepto de la Ley de Bases de Régimen Local relativo a la contratación (artículo 88) así como la mayor parte de los artículos del Texto Refundido del Régimen Local relativos a la materia (artículos 112,113,115,116 y del 118 al 125).

-La remisión a la normativa estatal de contratación está prevista tanto en el Reglamento de Bienes (artículo 112), como en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 110).

-Normas patrimoniales posteriores a la Ley de Contratos del Sector Público, a pesar de lo establecido en el artículo 4.1 de la misma, se remiten a la legislación estatal de contratación como supletoria (así, el artículo 82.2 de la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura).

-La exclusión prevista en el artículo 4.1 de la Ley no tiene un alcance absoluto, sino que el propio apartado segundo del precepto permite la aplicación supletoria de la norma al señalar que *“los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluido se regularán por sus normas especiales, aplicándose los*

⁵ La aplicación supletoria de la Ley de Contratos del Sector Público en las materias excluidas de su ámbito ha sido el criterio seguido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 25/08, de 29 de enero de 2009, relativo al régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local. También aplica la Ley de Contratos del Sector Público en un recurso relativo a un procedimiento de enajenación de una entidad local la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de diciembre de 2011, si bien no fundamenta en modo alguno el porqué de su aplicación, lo que resulta a mi juicio criticable, pues cita los preceptos de la Ley estatal inmediatamente después de afirmar que la misma excluye este tipo de contratos.

principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

Determinada ya la normativa aplicable, los trámites esenciales en la enajenación de los bienes inmuebles por las entidades locales de la Comunidad de Madrid será el siguiente:

-Valoración técnica de los bienes que acredite de modo fehaciente su justiprecio, conforme al artículo 118 del Reglamento de Bienes. Esta tasación pericial ha de efectuarse previamente a la evacuación de ciertos trámites relevantes, ya que ese valor patrimonial no sólo sirve para establecer el precio del bien que se pretende enajenar, sino que también sirve para determinar el órgano de la Administración competente para decidir la enajenación del bien en los municipios de régimen común.

-Depuración física y jurídica del mismo, practicándose su deslinde si fuese necesario, e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad si no lo estuviese (artículo 113 del Reglamento de Bienes). Será necesario por tanto realizar cuantas actuaciones sean necesarias para conocer con exactitud la situación física del inmueble, su superficie y linderos, con incorporación al expediente del título de propiedad y cargas existentes sobre el mismo.

Como ha señalado la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2009 la depuración de la situación jurídica de la finca no puede ser entendida en un sentido restringido relativo única y exclusivamente al deslinde e inscripción en el Registro de la Propiedad, sino que el procedimiento de enajenación puede también ser suspendido o paralizado, con arreglo al artículo 138.4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando existan documentos fehacientes o hechos acreditados que prueben la improcedencia de la venta.

Además, a pesar de lo dispuesto en este precepto, no puede en mi opinión considerarse como un elemento imprescindible para la tramitación del procedimiento la inscripción registral. Así, si bien resulta conveniente para ofrecer el bien en las mejores condiciones de enajenación, por aplicación de lo previsto en el artículo 136 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas resultará posible la venta de bienes en trámite de inscripción, deslinde o sujetos a cargas o gravámenes, siempre que estas circunstancias se pongan en conocimiento del adquirente y sean aceptadas por éste.

-Adopción del acuerdo de enajenación por el órgano competente. De acuerdo con la Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público corresponde la enajenación del patrimonio a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales cuando su valor no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones

de euros. En otro caso la competencia corresponderá al Pleno de la Corporación, exigiendo el artículo 47.2.m de la Ley de Bases de Régimen Local la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones cuando la enajenación exceda del 20 % de los recursos ordinarios de su presupuesto.

En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, la competencia se ejercerá por la Junta de Gobierno Local (Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

-Autorización, en su caso, de la Comunidad de Madrid. Siguiendo unas pautas análogas a las previstas en el artículo 79 del Texto Refundido de las Disposiciones del Régimen Local, el artículo 91 de la Ley de Administración Local de Madrid establece que la enajenación, gravamen o permuta de bienes patrimoniales cuyo valor exceda del 25 % de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación requerirán la autorización de la Comunidad de Madrid. En los demás casos, deberá realizarse la correspondiente comunicación a la Comunidad de la operación realizada. El procedimiento de autorización no tendrá una duración superior a seis meses y los efectos del silencio administrativo serán desestimatorios.

-Respecto al sistema de contratación, la enajenación ha de realizarse por el procedimiento legalmente establecido. El principio general, siguiendo las pautas previstas en el artículo 80 del Texto Refundido de las Disposiciones del Régimen Local, que tiene, como veremos, importantísimas excepciones, es que la enajenación de bienes inmuebles se realice mediante subasta pública (artículo 91.3 de la Ley de Administración Local de Madrid).

Es de destacar que el precepto citado recalca que la enajenación de bienes patrimoniales sólo podrá realizarse por subasta. No se contempla, por tanto, a diferencia de lo previsto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la posibilidad de acudir a la enajenación directa en el supuesto de que la subasta quede desierta, sin que quepa entender que esta omisión implique en modo alguno una laguna que permita acudir a las leyes anteriores como legislación supletoria, por los siguientes motivos:

a) La falta de previsión de este supuesto no implica que nos encontremos ante una laguna del derecho, sino que el legislador madrileño ha optado por configurar la subasta como único procedimiento de enajenación, y ello, como ha señalado el Centro Directivo (así, resolución de 3 de enero de 2005) para salvaguardar la publicidad, competencia y libre concurrencia que debe regir en la contratación con las administraciones públicas en cuanto al contratante, lograr el mejor postor en la adquisición de unos bienes que por su especial carácter de

pertenecientes al municipio deben servir al interés general, así como evitar la desvalorización de los bienes de los entes públicos.

b) Además, no puede considerarse en modo alguno que el legislador madrileño no haya contemplado este supuesto, ya que la posibilidad de acudir a la enajenación directa en el caso de que el procedimiento seguido en primer lugar quede desierto está prevista en ciertos supuestos en la legislación madrileña. Así, en el artículo 50.4 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid respecto a los bienes patrimoniales de la Comunidad de Madrid y sobre todo, en la regla que posteriormente examinaremos del art 178.2 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, precepto al que se remite expresamente el propio artículo 91 de la Ley de Administración Local de Madrid.

c) Y, aunque lo anterior no se considere correcto, tampoco cabría acudir como legislación supletoria a Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sino que sería aplicable, como expuse, la legislación estatal de régimen local, que tampoco permite tal posibilidad.

En todo caso, la regla general de subasta tiene importantes excepciones:

-Se admite en la legislación madrileña, al igual que en el artículo 112 del Reglamento de Bienes, la permuta entre bienes de carácter inmobiliario, cuando la diferencia de valor entre los mismos no exceda del 40 % del que lo tenga mayor. (artículo 91.3 de la Ley de Administración Local).

-Se permite la enajenación directa de las parcelas sobrantes. Así, el artículo 92 de la Ley de Administración Local establece que aquellos terrenos que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento, no sean susceptibles de uso adecuado y sean calificados por la mayoría absoluta del pleno del Ayuntamiento, previa apertura de expediente con información pública por un mes, como parcelas sobrantes, podrán ser enajenados mediante venta directa al propietario o propietarios colindantes o permutados con terrenos de los mismos.

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

Esta remisión ha de entenderse referida al artículo 178 de la referida Ley, que establece que *“Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los*

restantes bienes de la Comunidad de Madrid y de los municipios clasificados como suelo urbano y urbanizable pueden ser:

Enajenados mediante concurso por el procedimiento abierto o restringido, en la forma prevista en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones públicas. El precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser el único criterio determinante de la adjudicación, ni este podrá ser inferior al valor que corresponda al bien conforme a la legislación general aplicable.

Cedidos, por precio fijado en convenio interadministrativo suscrito al efecto, a cualquier Administración pública o entidades de ella dependientes o a ella adscritas para el fomento de viviendas sujeta a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental.

Adjudicados, por el precio fijado al efecto, o, en su caso, cedidos gratuitamente, en uno y otro caso por concurso, a entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro para la construcción de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública o la realización de fines de interés social.

Cedidos gratuitamente, mediante convenio suscrito a tal fin, a cualquier Administración Pública o entidad de ella dependiente o adscrita, para la ejecución de dotaciones públicas o promoción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o de integración social.

Permutados por terrenos destinados a infraestructuras, equipamientos y servicios públicos.

2. Cuando los procedimientos a que se refiere la letra a del número anterior, o los concursos previstos en la letra c queden desiertos, la Administración actuante podrá enajenar directamente los bienes, dentro del año siguiente, con sujeción a los pliegos o bases de unos y otros.”

Los apartados b) c) y d) de este precepto dan paso al suministro de suelo barato o sencillamente gratuito por las Administraciones para viabilizar actuaciones de interés social, que serían mucho más dificultosas de realizar a los precios de mercado. En todo caso, los apartados señalados, como ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶, tan sólo admiten la adjudicación directa sin licitación a favor de administraciones públicas o entidades a ellas

⁶ Resolución de 27 de octubre de 2007, que considera contrario a la legislación madrileña la cesión gratuita a una entidad privada de un derecho de superficie sobre un terreno de propiedad municipal, para la construcción y gestión de una residencia para personas mayores, a través de un procedimiento negociado sin publicidad.

adscritas. La cesión de derechos en favor de entidades privadas, deberá en cambio realizarse mediante el correspondiente concurso público.

La previsión del apartado e) es coherente con la regulación de los fines del patrimonio público del suelo previsto en el artículo 176 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, que contempla como uno de sus posibles destinos la conservación y ampliación de los patrimonios públicos del suelo.

Respecto del apartado a) de este precepto ha de destacarse que, a diferencia de la regla general del artículo 91 de la Ley de Administración Local, cuando se trate de patrimonio municipal del suelo, o suelo urbano o urbanizable:

-Se permite acudir a la enajenación directa en el caso de que el concurso quede desierto, con un doble límite, idéntico al que estableció el artículo 284.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992: que la enajenación se realice en el plazo de un año y que sea conforme al pliego de condiciones.

-Se prohíbe que esta clase de bienes sea enajenada mediante pública subasta⁷. La supresión e inadmisibilidad de este procedimiento de enajenación se recoge de una manera expresa tanto en el propio artículo 178 al afirmar que el precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser el único criterio determinante de la adjudicación como en la propia exposición de motivos de la Ley que señala como una de sus principales novedades la supresión de la subasta como procedimiento de adjudicación de las enajenaciones de los terrenos de los patrimonios públicos de suelo.

A pesar de lo establecido en la parte expositiva de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, lo cierto es que la supresión de la subasta como procedimiento de enajenación no es en modo alguno una novedad del legislador madrileño, sino que ya fue el criterio seguido en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, y en consecuencia, en el artículo 284 del Texto Refundido de 1992, según el cual los terrenos pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo sólo podían ser enajenados en virtud de concurso.

Este cambio de sistema de enajenación encuentra su fundamento en el interés social que ha de perseguir la Administración en el uso del suelo, pues, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, *“no sería justo que las Entidades Locales utilizasen los terrenos de su propiedad con miras propiamente lucrativas, contribuyendo a incrementar las tensiones especulativas en vez de atenuarlas.”*

⁷ La regla del artículo 80 del TRRL, que determina que los bienes patrimoniales de las entidades locales se enajenarán por pública subasta no constituye legislación básica, por lo que la legislación autonómica puede establecer un procedimiento de enajenación distinto

Este interés social en el uso del suelo ha sido igualmente impuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que tras determinar el destino de los patrimonios públicos del suelo en su artículo 39, establece como garantía del mismo, una importante regla de derecho hipotecario, que supone una novedosa excepción al principio general de imposibilidad de acceso al Registro de las prohibiciones de enajenar en negocios onerosos.

Así, establece el citado precepto que no obstante lo establecido en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, son inscribibles en el Registro de la Propiedad las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo que se hagan constar en las enajenaciones de dichas fincas.

-Por último, como importante limitación de destino de los ingresos obtenidos por la enajenación, dispone el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales que los ingresos procedentes de la enajenación o gravamen de bienes y derechos que tengan la consideración de patrimoniales no podrán destinarse a la financiación de gastos corrientes, salvo que se trate de parcelas sobrantes de vías públicas no edificables o de efectos no utilizables en servicios municipales o provinciales. Naturalmente, como todas las disposiciones relativas al destino del precio, se trata de una norma cuyo incumplimiento no puede afectar a la validez de la enajenación, y que queda al margen del control notarial y la calificación registral⁸.

Enrique Américo Alonso

⁸En este sentido, en un supuesto relativo al destino del precio obtenido en la venta de un inmueble de un incapacitado, la resolución de 8 de mayo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REESTRUCTURACIÓN BANCARIA Y REGISTRO

La crisis ha agudizado las operaciones de concentración y reestructuración bancaria de tal modo que los problemas, tanto los estrictamente hipotecarios (títulos y forma de efectuar las inscripciones) como los arancelarios, se han recrudecido en forma exponencial en los últimos tiempos.

Para el legislador, para la DGRN, para la Junta del Colegio y para los registradores, parece que la única preocupación existente ha sido el tema arancelario, y aunque este es un tema muy candente, no es el principal. Sin duda el tema principal es cómo se inscriben los negocios derivados de la reestructuración bancaria.

No hay ninguna disposición, instrucción ni comentario o recomendación al respecto, ni siquiera en la reciente reforma de la ley de modificaciones estructurales, salvo esa “morcilla” que se ha colado en la última disposición arancelaria diciendo que todas las transmisiones realizadas se practicarán necesariamente en un solo asiento. Lo mejor es ponerle un confrontado diciendo “se tiene por no puesta”.

A.- TEMA HIPOTECARIO

1.- Qué es lo que se inscribe.

Para delimitar bien el tema hay que distinguir el negocio que se inscribe del motivo por el cual se realiza el negocio.

No es lo mismo el motivo por el que se realiza la fusión del Bilbao/Vizcaya, o la absorción del Atlántico por el Sabadell, operación de puro oportunismo mercantil, que la escisión de Caja Madrid/ BFD/ Bankia, operación englobada en un proyecto de saneamiento recogido en un acuerdo Marco suscrito con el FROB y amparado por la ley de Reestructuración.

Y sin embargo desde el punto de vista hipotecario el negocio es el mismo cualquiera que sea el motivo. Para el registrador es lo mismo que una fusión o una escisión tengan su origen en la pura conveniencia mercantil de los interesados o venga impuesta por un proceso de reestructuración auspiciado y amparado por la Administración. El tratamiento hipotecario del negocio es el mismo. Precisamente, como veremos más adelante, el gran error del RDL 18/2012 sobre aranceles es que confunde el motivo por el que se realiza el negocio (reestructuración y saneamiento), con el negocio que se inscribe y devenga arancel.

Toda operación de reestructuración y saneamiento de entidades de crédito se presentará en el Registro bajo la forma de una modificación estructural (fusión, absorción, cesión global de activos y pasivos, escisión total, parcial o segregación), pero no toda fusión, absorción etc.... de entidades de crédito tiene que obedecer necesariamente a un saneamiento, sino que puede ser pura y simplemente una conveniencia mercantil, exactamente igual que si un Banco decide abandonar, o al revés decide entrar, en determinado tipo de negocio.

Para el registrador el motivo por el que se realiza una modificación no solo es irrelevante, sino que no puede exigir que se le explique, ni siquiera que se le explicita. Si yo compro una vivienda no tengo por qué explicar ni siquiera exponer las razones que me llevan a comprar. El registrador tiene que limitarse a la causa jurídica (la contraprestación si es oneroso, el ánimo de liberalidad si es gratuito) no al motivo del negocio.

Por lo tanto el estudio desde el punto de vista hipotecario de estas operaciones debe limitarse a los negocios mediante los cuales se realizan, no a los motivos. Estos negocios, que acceden al RP en tanto en cuanto dan lugar a un cambio en la titularidad de bienes o derechos inscritos, prácticamente están reducidos a cuatro operaciones: *fusión, absorción, cesión global de activos y pasivos y escisión*, ya sea esta total, parcial o segregación. La importancia de estos negocios ha hecho que se dicte una ley especial que los regula, la ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales. Estos negocios tienen un denominador común, todos han de ser inscritos previamente en el RM, por lo que a efectos del RP la calificación está predeterminada en parte por esa inscripción previa en el RM, y por ello la calificación del RP prácticamente se limita a los defectos que puedan resultar del registro por razón de la finca o derecho transmitidos, porque el negocio jurídico que se inscribe (fusión, absorción, cesión, escisión), se produce desde el momento en que el RM inscribe y publica. Desde ese momento el negocio en sí, abstractamente considerado, con independencia de los bienes y derechos a que afecta, ha de ser tenido por válido a todos los efectos.

No obstante desde el punto de vista del RP hay que distinguir dos tipos de negocio.

Los que dan lugar a una sucesión universal. Fusión, absorción y cesión global.

La fusión produce la extinción de las entidades que se fusionan, la creación de una nueva sociedad, y la sucesión universal a favor de ésta última sobre el patrimonio íntegro de las extinguidas. La absorción es semejante con la peculiaridad de que se extingue solo la sociedad absorbida, que la absorbente continúa con su personalidad, y que la sucesión, también universal, se opera sobre el patrimonio de la absorbida a favor de la absorbente. La cesión global de

activos y pasivos, aun sin extinguir la personalidad de la sociedad que transmite, también da lugar a una sucesión universal en su patrimonio.

En estos tres casos lo característico a efectos del RP es que el negocio una vez realizado, es decir desde el momento en que se inscribe en el RM y se publica en el BORME, produce de forma automática una sucesión universal. Inscrita y publicada la fusión, absorción o cesión, se presume que el negocio es válido y exacto, y la sucesión no es más que una consecuencia necesaria e ineludible, sin que la calificación del RP pueda extenderse a más cosas que las derivadas del propio derecho o finca (tracto, prohibiciones, limitaciones etc...). Es algo así como si en el caso del heredero único la validez del título sucesorio (defunción, UUVV, testamento/declaración de herederos) estuviera predeterminada (la inscripción en el RM presupone la validez). La calificación queda reducida a lo que resulte de las fincas concretas.

Negocios en los que no se produce sucesión universal. Escisión.

Los casos de escisión, total, parcial, o segregación, son distintos. Aunque ambos están sujetos obligatoriamente a inscripción en el RM ésta no es suficiente para que los efectos se produzcan automáticamente, porque el RM no se pronuncia sobre los bienes individuales que son objeto de transmisión.

En una escisión total la entidad escindida se extingue y su patrimonio pasa a dos o más entidades, a veces preexistentes y a veces de nueva creación. En una escisión parcial o segregación la sociedad transmitente no se extingue, continúa con su propia personalidad, pero parte de su patrimonio (normalmente una rama de actividad) se transmite a otra u otras sociedades, a veces preexistentes y a veces de nueva creación.

El RM se pronuncia sobre si el negocio de escisión es correcto o no (acuerdos, publicaciones, representaciones etc...) pero la determinación de si esta finca o derecho concreto está o no incluida en el negocio de transmisión no resulta de modo automático, sino que el RP debe calificar el título y determinar, bajo su propia responsabilidad, si es así o no. Utilizando un símil con las herencias es un caso de pluralidad de herederos en la que no basta el título sucesorio, hace falta la partición y calificar esa partición.

La Ley de Modificaciones Estructurales solo contiene dos preceptos al respecto. Uno, artículo 74, que exige que en el título conste un inventario detallado de los bienes y derechos objeto de transmisión, y otro, art. 75, que establece una regla salomónica para el caso de escisión total: si no se puede determinar a quien se transmite un elemento del activo se imputará a cada una de las entidades adquirentes a prorrata, y si es un elemento del pasivo responderán todas

solidariamente. En cualquier caso lo que resulta bastante claro es que el RM no se va a pronunciar en absoluto sobre si un bien está transmitido a esta o aquella entidad, y tendrá que ser el RP el que decida y se moje sobre el asunto.

2.- Título para la inscripción

La primera premisa inexcusable es que *en ningún caso la inscripción puede practicarse sin título*, porque en nuestro sistema hipotecario es principio esencial que para inscribir todo negocio es necesario presentar el título formal (documento público) en el cual se contiene el título material (negocio) que se inscribe. El registrador tiene que calificar el título pero además tiene que presentarlo físicamente mediante el asiento de presentación. La inscripción no es constitutiva (salvo excepciones) pero sobre todo siempre es voluntaria y exige la aportación y calificación del título.

Y esto es lo que no estamos haciendo. Estamos inscribiendo transmisiones en virtud de títulos que no solo no hemos calificado, sino que no tenemos presentados en el registro con su asiento de presentación (que determina la fecha de los efectos de la inscripción), e incluso que ni siquiera hemos visto. Lo hacemos por una mera relación que de dicho título se hace en la escritura, y esto no solo es contrario al sistema, sino que además está expresamente prohibido.

Si en un título formal (documento) en el cual se constituye un título material (negocio) además se hace relación de otros títulos o negocios, *eso es una mención*, y las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial tienen un tratamiento muy específico en la legislación hipotecaria. Los artículos 29 y 98 de la LH, DT 1ª, y los artículos 51-7º, 188 y 353 del RH, contienen una regulación detallada y contundente sobre como hemos de proceder con los derechos y cargas *relacionados pero no constituidos* en el título que se inscribe. Y el artículo 20 de la LH contiene un precepto de aplicación concreta al caso que nos ocupa. La falta de inscripción previa, cuando resulta del propio documento presentado, da lugar a la suspensión de la inscripción.

Que lo hayamos hecho y lo estemos haciendo no significa que esté bien hecho. A día de hoy para practicar un asiento es requisito esencial que el título esté presentado en el Registro.

Evidentemente en los casos de sucesión universal (fusión, absorción, cesión), en donde nuestra calificación queda restringida a si el bien transmitido está inscrito a nombre del que transmite y el resto no es más que una solicitud y la preexistencia de un título sobre cuya existencia y veracidad podemos tener absoluta certeza, la importancia es relativa, aunque la omisión de esta regla que exige la aportación del título es inexcusable.

Pero en los casos en que no hay sucesión universal, las escisiones, con independencia de la validez del título en sí (inscripción en el RM), es esencial determinar si la finca está o no incluida en la transmisión que se pretende, y, como eso solo puede saberse consultando el título, la omisión de este requisito es sumamente grave.

No hay ninguna duda de que esas inscripciones son nulas de pleno derecho por infracción total y absoluta del procedimiento, porque en ninguna de ellas se dice que el título de la fusión, absorción, cesión o escisión está presentado en el Registro, y, naturalmente, no se puede citar en la inscripción el asiento de presentación correspondiente. Frases como “según consta en este registro” o “según consulta telemática al registro mercantil” son eufemismos que en nada alteran lo dicho. La cuestión además reviste especial gravedad porque la causa de la posible nulidad consta expresamente en la inscripción por lo que es muy dudoso que el artículo 34 de la LH pueda salvar esta irregularidad.

3.- Causas y efectos

¿Por qué estamos infringiendo la ley de un modo tan flagrante y tan peligroso?
¿Cómo hemos llegado hasta aquí?

El problema comenzó con fusiones normales sin urgencias ni presiones económicas. Era evidente que el hacer circular el título por todos los registros, cuando se trataba de fusiones de grandes entidades, era incómodo y poco práctico. La práctica notarial llegó a una solución bastante aceptable. Una vez liquidado e inscrito el título en el RM se devolvía una copia al notario autorizante el cual ponía una diligencia en la matriz acreditativa de la liquidación y la inscripción. Después expedía copias en relación en las que simplemente resultaba que las entidades AAA y BBB se habían fusionado, que la nueva sociedad era CCC y que el documento estaba inscrito y liquidado. Con eso y una instancia solicitando la inscripción y describiendo los bienes era bastante. Formalmente el título estaba presentado mediante una copia autorizada en relación que contenía los datos suficientes para tener la certeza de que la fusión era válida, y como los efectos, la sucesión universal, era automática, el registrador podía cumplir con la presentación del título y con la calificación.

Cuando la fusión conlleva masivas operaciones de cancelación con fusiones previas empezó la mala práctica notarial y registral. Las escrituras se limitaban a relacionar los títulos previos, a veces ni siquiera eso. Todos los casos (BBVA, Santander, Sabadell) eran casos de sucesión universal. El miedo al poder de las entidades financieras, la intransigencia notarial, y el período negro de la DGRN terminó por pudrir el sistema

En las mismas fechas hemos visto como a un registrador se le instrúa expediente disciplinario porque para calificar utilizaba el contenido del registro en otras fincas y consultaba el RM, advirtiéndole la DGRN que la calificación tenía que tener como única base el historial de la finca, y sin embargo a otro registrador, que en un caso de fusión previa exigía como mínimo que en el documento constaran relacionadas esas operaciones previas, se le contestó que eso era notorio y que además seguramente en otras inscripciones de otras fincas de su registro ya constaban esos datos. Blanco y negro a la vez.

La llegada de la crisis y el saneamiento de las Cajas ha sido el tiro de gracia. Los notarios y registradores lo hemos hecho mal. Es descorazonador ver como en una escritura ante notario comparece la representación de un Banco y en el otorgamiento quien cancela es la Caja. Que se otorgue esa escritura desacredita al notario; que se inscriba desacredita al registrador. Y por un prurito de miedo, en parte, y convencimiento de que no hay forma de que las cosas se hagan bien y hay que salir de esta situación como se pueda, las otorgan y las inscribimos.

Es curioso ver cómo en los últimos tiempos hemos asistido a una posición de defensa del principio de calificación casi numantina, y sin embargo en este tema ni siquiera exigimos ver el título. Tocamos de oído, sin partitura. Calificamos sin ver el documento. El asunto es grave pues estamos sentando un precedente que afecta directamente a la esencia de la función. ¿Inscribiría directamente el RP de Madrid la torre de Caja Madrid a favor de Bankia por notoriedad?

Una parte de culpa la tiene el concepto economicista del derecho tan dominante en la CEE. Para un economista es fácil hablar de rama de negocio o rama de actividad. Tiene significado y sentido. Pero trasladar esto como objeto de negocio jurídico no es fácil. Ni siquiera económicamente es verdad, ya que las relaciones laborales, en estos casos de transmisión de ramas de actividad, normalmente siguen su propio camino, no siempre coincidente con el de las demás relaciones jurídicas. El dominio de esta perspectiva economicista, los estudios de costes, no solo los económicos, sino los de tiempo y trabajo (apoderamientos), etc... han sido determinantes.

Sin duda la mayor culpa debe recaer sobre los asesores jurídicos. Los autores de los proyectos de reestructuración debieran contemplar no solo lo necesario para efectuar la operación, sino también lo necesario para ejecutar los actos derivados de ella. Resulta dramáticamente grotesco ver el periplo que en el RM ha realizado Bankia. El itinerario por los diversos RM (¿era tan esencial trasladar la sede?), los problemas de inscripción de apoderamientos etc... ha sido tremendo. Pero lo más llamativo y esencial es la ausencia de una norma que pudiera resolver el gran problema: determinar en cada caso si los bienes o derechos están o no incluidos en la transmisión.

Hubiera sido muy sencillo que la Caja aportante apoderase al Banco intermediario y este a su vez al Banco definitivo para, en cada caso, poder determinar si el bien o derecho está o no incluido en la primera o segunda aportación. Incluso aún más, para los casos en que el préstamo se extinguió (pago) antes de la primera aportación, en cuyo caso es materialmente imposible que se haya aportado al proceso de reestructuración y en consecuencia la única autorizada a cancelar la hipoteca es la Caja aportante, en estos casos nada impedía otorgar un poder simple a favor del Banco. Todo esto como una cláusula más del contrato de escisión hubiera sido de una sencillez meridiana y hubiera permitido hacer las cosas bien.

Pero no se ha hecho así y en consecuencia la documentación notarial y las consecuentes inscripciones pueden ser calificadas, sin exageración, como una auténtica basura. Existen excepciones, pero la tónica general es decepcionante.

4.- Soluciones

Lo primero de que hemos de ser conscientes es de que es imposible seguir así. Por mucho que el hecho se repita y que no suceda nada sigue estando mal hecho, y, como dicen en Asturias “al final la trampa rescampla”. Acabarán por surgir los problemas.

Tenemos que buscar soluciones, pero partiendo de las líneas básicas infranqueables de nuestro sistema: el título material (el negocio); el título formal (el documento); la calificación. Con estas bases sin embargo creo que el tratamiento puede ser distinto para los dos grandes supuestos, la sucesión universal y la sucesión particular.

A/ Sucesión universal

En este caso el título que debe acreditarse y ser objeto de calificación en el RP más que un negocio es un hecho. Lo determinante de verdad no es que exista una escritura de fusión, sino que esa escritura esté inscrita en el RM. Si no está inscrita nada puede hacer el RP, y si está inscrita poco le queda por hacer. Por lo tanto no solo la copia autorizada con sus notas de liquidación e inscripción, o incluso la copia en relación extractada al máximo como era la práctica anterior, sino la certificación del RM comprensiva del título formal (documento), el hecho (negocio) y la inscripción debe ser título suficiente para practicar la inscripción en el RP. Pero por este camino, de lege ferenda, podríamos ir mucho más lejos sin quebrantar el sistema.

Hoy en día la copia en papel está siendo sustituida por la copia electrónica, lo cual tiene una doble visión. El título llega al RP por vía electrónica sin soporte papel, pero una vez que está en el RP permanece allí para siempre porque no

existe el acto material de retirada del título. El RP tiene materialmente el título en el registro para siempre, por lo que sus efectos (acreditar que la fusión se inscribió en su día) pueden producirse en cualquier momento que el registrador lo necesite a instancia de los interesados. En consecuencia bastaría una sola comunicación electrónica certificada del RM al RP para que en adelante todas las transmisiones derivadas de ese negocio tuvieran a su disposición en el RP el título formal necesario. O a la inversa avanzando más, si el RP bajo su responsabilidad afirma tener conocimiento exacto y fidedigno del hecho (escritura de fusión inscrita), si la ley lo permite así, podría aun simplificarse más la solución. Pensemos que la traducción de un documento en lengua extranjera, o la acreditación de la legislación extranjera aplicable al negocio, pueden ser obviados cuando el RP, bajo su responsabilidad, afirma conocer dicha lengua o dicha legislación. Lo que si está claro es que para utilizar estos sistemas (eficaces, sencillos y baratos) *se necesita una disposición legal o reglamentaria que lo autorice*. No podemos hacerlo por la vía de hecho.

La sucesión universal tiene otra ventaja para los casos de cancelación por pago. Es indiferente la fecha del pago porque al producirse una sucesión universal la única persona autorizada a cancelar la hipoteca es siempre el sucesor.

B/ Sucesión particular

En estos casos hay que disociar el título. El hecho de la validez de la escisión queda acreditado con la inscripción en el RM, y todo lo dicho antes es aplicable. Pero no es bastante. En estos casos además hay que acreditar, y esto es función propia del RP, que en esa operación está incluido el bien o derecho que se pretende inscribir.

Aunque el negocio debe inscribirse en el RM y tiene un trato fiscal y jurídico especial, sus efectos no están reglados y no se producen de forma automática, no son simple consecuencia de un hecho, sino que son consecuencia concreta de las especiales condiciones del contrato. Para el RP el hecho de que la escisión se haya inscrito en el RM lo único que acredita es que se ha cumplido una obligación legal, pero por sí solo no es bastante para saber si el concreto bien o derecho sobre el que va a trabajar está o no incluido en la transmisión. Necesaria e inexcusablemente el registrador tiene que calificar el contrato. Podrá, en base a la previa inscripción en el RM, prescindir de los aspectos relativos a los requisitos del negocio en abstracto (condiciones legales para poder hacer una escisión, representación, acuerdos, publicidad etc....) pero determinar si esta finca o este crédito está o no incluido en la transmisión es algo que no califica el RM y que si tiene que calificar el RP.

Una de dos, o el inventario que necesariamente tiene que incorporarse en el título es suficientemente detallado y explícito para saber lo que se transmite y lo

que no se transmite, o en el propio título se incluyen cláusulas que faciliten esa determinación. Lo que hemos dicho antes (bien apoderar al adquirente para que de forma unilateral pueda determinar en cada caso lo incluido en la transmisión, o bien nombrar un órgano en cada una de las dos entidades, transmitente y adquirente, o común a ambas, específicamente encargado de certificar oportunamente lo que se ha transferido y lo que se ha excluido) o cualquier otro sistema semejante es aplicable. Pero lo que no cabe duda es que no puede obviarse. De un modo u otro habrá de aportarse al RP, para acreditarlo, los documentos necesarios para saber si el bien está incluido o no en la transmisión, si el documento está en consecuencia debidamente otorgado etc.... .

Creo que esto es función esencial, y responsabilidad, de quienes asesoran en estas operaciones, y a ellos corresponde buscar las soluciones, dentro de la legalidad, más sencillas, eficaces y baratas. Desde aquí es difícil, dada la complejidad del tema, ofrecer soluciones generales, pero lo que sí es necesario es reafirmar el principio de la calificación. No podemos renunciar a ello porque es la esencia y justificación de nuestra existencia.

B.- TEMA ARANCELARIO

Voy a prescindir de si es justa o no la rebaja arancelaria. Es una decisión política. La verdad es que resulta algo obsceno que las entidades que han dilapidado los caudales públicos alegremente, sin que se haya exigido ninguna responsabilidad, que continúan incluso con las mismas administraciones con sueldos delirantes, entidades que cobran, y bien, por dar el recibo de que se ha pagado, etc..., estas mismas entidades pretendan un ajuste económico en el cual quedan ellas indemnes y trasladan la carga a partes iguales al particular y al registrador. Ahora, después de la última reforma arancelaria, el particular tiene que pagar más por la cancelación, el registrador cobrar menos, y las que se van de rositas son ellas. Pero en fin, voy a limitarme a los aspectos formales.

A día de hoy hemos de trabajar no solo con el texto del RD Ley 18/2012 sino también con la circular interpretativa de la Junta del Colegio y la posterior Instrucción de la DGRN, aunque no está de más que recordemos, como nos decía F Gómez Jené, que el T.S. ya declaró la nulidad de una instrucción semejante.

El problema del RD y de la Instrucción es que confunden términos jurídicos. Una cosa son los negocios concretos de modificación estructural (fusiones, absorciones, cesiones, escisiones), que pueden afectar a todo tipo de entidades, sean crediticias o no (es decir sociedades que no son Bancos ni Cajas de Ahorro), o sea a una simple sociedad corriente y moliente, y otra cosa son los

negocios que se producen por un motivo concreto (reestructuración y saneamiento).

Si hablamos de operaciones de saneamiento y reestructuración, teniendo en cuenta que las excepciones arancelarias son restrictivas, habrá que tomar el único concepto legal que existe, y este es el del RDL 9/2009, la ley del FROB, que en su Título I, Capítulo 2, artículos 6 y siguientes, define y describe las operaciones de reestructuración y saneamiento. Solo las que queden amparadas en esa disposición pueden ser consideradas como tales. Simplemente por una cuestión de fechas todas las grandes operaciones de fusión y absorción anteriores quedan excluidas.

Si lo que se quiso decir fue otra cosa entonces lo único que podemos decir es que es lamentable que en un tema tan concreto no exista alguien capaz de poner los puntos sobre las íes a la hora de redactar.

La guinda sin duda es el comentario de que “todas las transmisiones realizadas se practicarán en un solo asiento”. Se les ha ido la olla. Sin duda lo que se pretendía es que las inscripciones previas no devengaran conceptos complementarios (presentación, fax, etc...) pero en vez de decirlo así (siempre lo más sencillo es contar las cosas tal como son) no se les ocurre cosa mejor que meter un precepto sobre el modo de hacer las inscripciones en una norma arancelaria. Además es un precepto inútil porque basta con que te soliciten separadamente las sucesivas operaciones para que necesariamente tengas que hacerlas en asientos separados.

La redacción lógica del precepto podría haber sido del tenor siguiente:

“Las operaciones de transmisión sucesiva de bienes o derechos derivadas de la fusión, absorción, cesión global de activos o pasivos, y escisión de entidades de crédito, se considerarán a efectos arancelarios como una única transmisión cuando se soliciten simultáneamente. Los conceptos complementarios de presentación, expedición de notas y otros se devengarán una sola vez. Cuando estas operaciones sean requisito previo para inscribir cualquier otro negocio, siempre que se soliciten simultáneamente a este, no devengarán honorarios.”

Habría luego que añadir las nuevas bases para cancelaciones y novaciones.

Pero en fin, ya se ha escrito mucho sobre este tema y aunque nos afecta al bolsillo yo no creo que sea esencial ni merezca más tiempo.

Manuel Parga López

CASOS PRÁCTICOS DE PROPIEDAD

SEGUNDO TRIMESTRE DEL AÑO 2012

ÍNDICE ANALÍTICO.

ARRENDAMIENTOS	
CONCURSO	
DACIÓN EN PAGO	
DERECHO DE HABITACIÓN	
DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.....	
DOCUMENTOS JUDICIALES	
EMBARGOS	
EXPROPIACIÓN FORZOSA	
FE PÚBLICA REGISTRAL.....	
HERENCIAS.....	
HIPOTECAS	
IMPUESTOS.....	
OPCIÓN DE COMPRA.....	
PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	
REPRESENTACIÓN.....	
URBANISMO	
USUFRUCTO	
VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA	

ARRENDAMIENTOS.

1.-P: Se encuentra presentada telemáticamente una escritura de venta de vivienda arrendada en la que consta diligencia notarial de haberse efectuado la notificación de la misma al arrendatario incorporando el acuse de recibo.

Ahora se presenta una instancia del arrendatario con firma notarialmente legitimada solicitando que se tenga por no efectuada la notificación porque la misma no ha cumplido las exigencias legales y a la que se incorpora testimonio notarial de la notificación de la que resulta que la misma sólo indica el hecho de la venta pero no las condiciones de la misma. ¿Qué efectos debe tener este documento?

R: Se pone de manifiesto que el Registrador de la Propiedad en su calificación de los documentos presentados a inscripción no puede tener en cuenta escritos no inscribibles por sí mismos, presentados a los solos efectos de denunciar las irregularidades cometidas en otro documento anterior, igualmente presentado y sí inscribible; pues como viene reiterando la Dirección General de Registros y del Notariado *“en su calificación el Registrador no puede tomar en consideración informaciones extrarregistrales, sea por conocimiento personal, sea por documentos que, si bien obran en el Registro, tienen el asiento de presentación caducado o han sido aportados con fin distinto al de su inscripción”* (resoluciones de 11 de mayo de 1999, 30 de noviembre de 2005 y 12 de enero de 2006 entre otras).

Lo que sí puede y debe hacer el registrador es calificar que el documento presentado a inscripción cumpla con todos los requisitos legales necesarios para la misma, entre ellos la constancia de que la venta de la vivienda ha sido notificada fehacientemente al arrendatario con indicación de su precio y de las condiciones esenciales de la venta –art. 25-2 LAU 1994-, pero sin poder, si el notario realiza por diligencia o acta complementaria esa aseveración, entrar a enjuiciar la realidad de la afirmación notarial.

Por tanto, lo procedente en este caso es acudir a la notaría para conocer todos los pormenores de la escritura de venta, en cuyo el plazo para el retracto empezaría a contar desde ese momento o impugnar judicialmente la venta y solicitar simultáneamente la anotación preventiva en el registro de dicha demanda.

CONCURSO.

1.-P: Se presenta una escritura de venta de una finca de sociedad en concurso en la que comparecen los administradores judiciales, y en la que parte del precio pactado se retiene para el pago de una de las hipotecas que grava la misma, y se

sujeta a la condición suspensiva de que se obtenga autorización judicial o declaración judicial de innecesaridad de la misma.

A dicha escritura se acompaña escritura en la que se incorpora un auto del juez del concurso autorizando la venta que se detalla en la primera escritura, refiriéndose expresamente a su protocolo notarial, exigiendo que la venta se haga con intervención de los administradores concursales y el precio se pague al contado; y en la que vendedor y comprador junto con los administradores concursales proceden a consumir dicha venta, una vez obtenida la autorización judicial pero en la misma del precio pactado no solo se retiene el importe del préstamo hipotecario antes reseñado, sino otra parte para el pago de otro préstamo hipotecario que igualmente grava la finca, y lo que es más importante, también se retiene por el comprador otra cantidad con objeto de cancelar la deuda vencida líquida y exigible que la vendedora mantiene con la Comunidad de Propietarios y otra cantidad para pagar el importe debido por el Impuesto sobre bienes inmuebles correspondientes en ambos casos a los ejercicios 2009 y 2010 (la sociedad está en concurso desde 2008).

¿Sirve la autorización concedida, para salvar la presente venta en la que se retiene mayor cantidad del precio pactado para pago de otras deudas distintas de las inicialmente contenidas en la escritura originaria? ¿Pueden los administradores concursales con base en esa autorización judicial consentir la presente consumación de venta con retención de parte del precio para pago de los otros créditos expuestos?

R: Respecto de esta materia los artículos 147, 148, 149 y 155-3 y 4 de la Ley Concursal disponen que aprobada la apertura de la fase de liquidación se producirá una vis atractiva de todas las situaciones jurídicas en la persona del juez del concurso que deberá aprobar el plan de liquidación en el cual se fijarán las condiciones de enajenación de los bienes que formen parte de la masa activa –unitaria, si es posible, del conjunto de establecimientos, explotaciones o unidades productivas del concursado-; siendo la regla general la enajenación por el procedimiento de apremio de la LEC y si el bien estuviere hipotecado su venta en subasta –en este caso siempre por el juez del concurso-, salvo autorización judicial para la venta directa por precio superior al de tasación para subasta –salvo excepciones tasadas-, por precio al contado y con publicidad por si en diez días aparece un mejor postor. Expresamente se permite que el juez autorice la venta directa con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor.

En cuanto a la significación del auto en este supuesto concreto, que se ajusta a los términos legales expuestos, aunque utilice la expresión de autorización, en realidad es una ratificación o aprobación de un acto sujeto a la condición del mismo –se hace referencia expresa a la escritura previa de compraventa-, por lo

que con independencia de que se considere que esas retenciones sean acertadas o no dentro del ámbito del concurso (los créditos contra la masa son los primeros que deben satisfacerse –art. 154 LC- y más si afectan a la finca vendida gravada con hipoteca, y los créditos con privilegio especial distinto del ejecutado sobre el mismo bien se cobrarán con la prioridad temporal que determina su legislación específica con el producto del mismo –art. 155 LC-), lo cierto es que no es posible modificar los términos del contrato que ha sido aprobado judicialmente siendo, en consecuencia necesaria otra ratificación judicial.

Este mismo criterio se mantuvo para otro supuesto similar con retención por el comprador de 300.000 euros para hacer obras de reforma, en que la retención ni siquiera tiene la justificación desde la perspectiva del pago a los acreedores con privilegio o preferencia.

2.-P: Se presenta una escritura de venta de una finca de una sociedad en concurso en fase de liquidación, otorgada por los administradores concursales y con autorización judicial, acompañada por un mandamiento referente a un auto del juez del concurso en que éste ordena cancelar una anotación de embargo y una hipoteca que constaban en el Registro antes que el concurso. ¿Es posible esa cancelación?

R: Se señala que en fase de liquidación del concurso el juez del mismo es competente tanto para la ejecución como para la cancelación de los embargos anteriores al concurso que garanticen los créditos concursales anotados sobre los bienes del deudor, como expresamente dispone el artículo 149-3 de la Ley Concursal, pues sus acreedores cobrarán sus créditos en la medida en que lo permita el resultado de la liquidación al ser dichos bienes objeto del procedimiento de ejecución colectiva. Este mismo criterio es también aplicable a los embargos –salvo a los administrativos y laborales cuyo régimen es parecido al de la hipoteca- en las demás fases del concurso.

Pero respecto de la cancelación de las hipotecas u otros privilegios especiales, debe tenerse en cuenta que antes de la fase de liquidación se distingue según se trate de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o necesarios para la continuidad de dicha actividad, en cuyo caso la competencia corresponde al juez del concurso, o se trate de los demás bienes, en cuyo caso la competencia corresponde al juez territorial. Una vez abierta la fase de liquidación, el artículo 57 de la Ley Concursal dispone que, estén o no afectos los bienes a la actividad profesional o empresarial del concursado, el Juzgado competente para la ejecución de las garantías reales, es el juez del concurso quien continuará –aunque dentro de la ejecución colectiva como una pieza separada-, en su caso, con las ejecuciones suspendidas por el territorial que no podrán reabrirse por éste. Por ello, en los casos en que el juez del concurso es el

competente para la ejecución de la hipoteca debería ser también competente para su cancelación.

Ahora bien, el problema se plantea con la dicción del artículo 149 LC reformado según la cual *“el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90”*, de la que parece inferirse que el juez del concurso no puede cancelar las hipotecas, debiendo, al parecer, cancelarse expresamente por su acreedor por virtud del pago.

Pero frente a ese criterio cabe alegar la dicción del artículo 155-3-p1º que prevé que *“cuando dentro del concurso –incluso antes de la fase de liquidación- se saque a subasta el bien hipotecado, podrá pedirse que la misma tenga lugar con subsistencia del gravamen hipotecario y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor”*, de lo que se infiere que la regla general es la ya expresada de que en la fase de liquidación la competencia para cancelar la hipoteca corresponde siempre al juez del concurso y en el resto de las fases al juez competente para la ejecución según los términos expuestos, pero en la fase de liquidación –art.149 LC- sólo se puede decretar la cancelación si la subasta tiene lugar para el pago de esos acreedores con privilegio especial que son los acreedores hipotecarios, sin que la purga como tal opere en esta fase del concurso.

En resumen, el juez del concurso en el respectivo auto deberá indicar si el remate tiene lugar con cancelación de las hipotecas con que estuviere gravada la finca –el dinero obtenido se destinará en primer lugar a su pago por orden de prioridad- o con subsistencia de las mismas y subrogación del adquirente en la obligación de pago, según petición de los administradores concursales; y ordenar en ambos casos de oficio la cancelación de todas las anotaciones de embargo.

El Registrador, por su parte, en todos los casos, deberá hacer las notificaciones de la cancelación efectuada a los correspondientes juzgados, administraciones o titulares registrales de las indicadas cargas que se cancelan.

3.-P: Principio de prioridad. Está presentado en el Registro un mandamiento de embargo judicial, la fecha del auto por el que se despacha ejecución y del decreto por el que se acuerda el embargo es el 6 de marzo de 2012. Durante la vigencia de ese asiento y antes de su despacho se presenta una certificación del Registro Mercantil en la que se inserta el auto de declaración de concurso del titular registral, auto de fecha 5 de marzo de 2012.

A la vista de la reciente resolución de 26 de enero de 2012, ¿cuál es el procedimiento registral correcto? ¿Se anota el embargo y luego se anota el concurso o por el contrario como el auto de declaración de concurso es de fecha anterior al auto por el que se despacha la ejecución hay que suspender el embargo calificando con el documento presentado con posterioridad?

R: Como muy acertadamente resolvió la resolución de la DGRN de 26 de enero de 2012 (BOE 12 de marzo de 2012), en un caso similar en que constaba presentada en primer lugar una escritura de préstamo hipotecario y después el auto del que resultaba que el prestatario e hipotecante había sido declarado en concurso voluntario con anterioridad al otorgamiento de aquella, *“la declaración de concurso, así como su inscripción o anotación, no constituye, propiamente, una carga específica sobre una finca o derecho, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio de aquéllos, conforme al principio de prioridad consagrado por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. La constatación registral de la declaración del concurso hace pública la situación subjetiva en que se coloca al concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el conjunto de bienes, derechos y obligaciones integrados en su patrimonio, de modo semejante a las inscripciones de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria (R. 21 de julio de 2011). Además, el régimen de intervención o suspensión de las facultades del concursado no nacen con la inscripción o anotación del auto, sino que es eficaz desde la fecha del auto de declaración del concurso, «que producirá sus efectos de inmediato... y será ejecutivo, aunque no sea firme» (artículo 21.2 de la Ley Concursal), con independencia del conocimiento que de él tengan los otorgantes y de que se haya dado o no al auto la publicidad extrarregistral y registral prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal. Desde ese momento, los actos que tienen por objeto bienes integrados en el patrimonio del concursado deben ser calificados de conformidad con las restricciones impuestas por el auto de declaración del concurso.”*

El caso planteado es algo diferente al que resolvía la resolución citada. Sin embargo, se entiende que es perfectamente aplicable la misma argumentación y que tampoco procede ahora, al amparo del principio de prioridad, calificar el mandamiento de anotación de embargo desconociendo la situación concursal del titular registral declarada mediante el oportuno auto judicial y presentado después. Mientras en aquel supuesto el fundamento de la decisión se basaba en que, desde la declaración de concurso, quedan limitadas las facultades dispositivas del concursado, en éste resulta de aplicación otra regla general de nuestra legislación concursal según la cual, una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (artículo 55.1 LC), a salvo las excepciones que este mismo artículo establece. Esta

prohibición de iniciar y continuar ejecuciones singulares afecta a todo tipo de procedimientos judiciales, y tiene un triple fundamento: 1.- el principio de igualdad de trato de todos los acreedores y la universalidad de la masa pasiva (artículo 49.1 LC); 2.- la universalidad de la competencia del juez del concurso (artículo 8 LC); y 3.- la conservación de la masa activa.

Al resultar del artículo 8 LC la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado y toda ejecución frente a los bienes y derechos del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere dictado, resulta que, al ser la fecha de la traba posterior a la declaración de concurso, el mandamiento presentado adolece del defecto de falta de competencia objetiva del órgano jurisdiccional, requisito calificable por el registrador ex artículo 100 RH. Por esta razón algunos compañeros opinan que el cierre registral que impone el artículo 24.4 LC para la anotación de embargos posteriores a la anotación de concurso afecta a todos los embargos que se presenten con posterioridad, cualquiera que sea la fecha de la traba, pues si sólo afectara a aquéllos cuya traba fuera posterior a la declaración de concurso, el precepto sería innecesario ya que el motivo de denegación no sería la vulneración de aquel precepto sino la falta de competencia objetiva del juez que los hubiera dictado.

4.-P: Tengo inscrita la finca a favor de la sociedad B, declarada en concurso (situación concreta: Apertura de la fase de liquidación). La finca está gravada con una hipoteca a favor de AVALMADRID con nota al margen de expedición de cargas. Detrás de la hipoteca hay varias cargas, en concreto: dos embargos a favor de diferentes acreedores.

B Y AVALMADRID han encontrado un comprador, C y entre los tres llegan a un acuerdo transaccional donde la compradora se compromete a comprar la finca pero bajo la condición de que se cancele la hipoteca y las cargas posteriores a la misma. Además se pacta en el mismo la necesidad de otorgar escritura posterior donde se formalice esta “venta” y también se dice que la mayor parte del dinero se entregará a AVALMADRID a fin de satisfacer el préstamo que dio gravado con la hipoteca.

Se presenta el Acuerdo transaccional firmado por las tres sociedades y estando representada la concursada por sus administradores concursales, y también un mandamiento del Juzgado Mercantil diciendo que homologa el acuerdo y que proceda a cancelar la hipoteca y resto de cargas.

Problemas que se plantean:

1ª) Que se acredite la competencia del Juzgado Mercantil en la hipoteca.

2ª) A la vista de los artículos 149.1.3 y 155 apartados 3 y 4 de la Ley Concursal: ¿es posible la transacción o deberá procederse a vender el bien en la forma regulada en la misma? Además: ¿puede destinarse el dinero a satisfacer a uno de los acreedores concursales en detrimento de los demás?

3ª) ¿Puede el Juzgado Mercantil solicitar la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca sin haber sido citado los titulares de los mismas? No estamos en presencia de un procedimiento de ejecución de hipoteca donde se han notificado a los posteriores y se procede a cancelar con arreglo a la Ley Hipotecaria.

R: Estas cuestiones ya han sido tratadas en los puntos 1 y 2 de este apartado y número de revista por lo que nos limitaremos a resumir el criterio mayoritario.

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

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

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

Partiendo de este criterio no se ve inconveniente, siempre que el juez del concurso expresamente lo autorice, para la transacción que se pacta en el presente caso con pago al acreedor hipotecario de lo que se le deba, hasta donde alcance la responsabilidad hipotecaria.

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

acredite que los respectivos titulares del resto de las cargas se encuentran incluidos en dicha masa pasiva.

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

DACIÓN EN PAGO.

1.-P: La sociedad X reconoce adeudar a un señor casado en régimen de gananciales, la suma de 300.000 euros, y en pago parcial de dicha deuda, adjudica y transmite a dicho señor que adquiere, una finca que pertenece a la sociedad X. No se dice nada de si la deuda es ganancial o privativa, ni tampoco se dice nada de con qué carácter adquiere la finca.

¿Es necesario que se exprese y acredite en su caso la naturaleza de la deuda en base a la no presunción de ganancialidad de las deudas en nuestro derecho y al artículo 1346.3 y artículo 1348 CC en relación con artículos 1353, 1354, 1356, 1357, 1346 y 1347 CC?

En caso de ser ganancial, ¿se necesitaría el consentimiento del cónyuge para aceptar dicha dación en pago en base al artículo 1166 CC (El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida) y al artículo 1169 CC (a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación)? o ¿bastaría con el cónyuge adquirente por entender que podría ser de aplicación el art. 1141 CC?

R: Respecto de la primera pregunta, la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2007 parece dar a entender que sí es necesario que conste o se acredite el carácter de la deuda para obrar en consecuencia.

Efectivamente en nuestro derecho común no existe una presunción de ganancialidad pasiva, como reverso de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 CC. La DGRN, coincidiendo con la mayoría de la doctrina científica, ha rechazado decididamente que pueda presumirse que las deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges sean, además, de cargo de la sociedad de gananciales. La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica. Por eso las deudas tienen siempre por sujeto pasivo a los esposos; serán deudas de

uno u otro cónyuge, o de ambos, y podrán ser consideradas, además, de cargo del patrimonio común o propias de cada uno de ellos.

Lo que ocurre en el caso planteado es que se parte de un error de apreciación, pues no estamos en presencia de una deuda de uno de los cónyuges, sino de un crédito a su favor. La deudora es la sociedad y el cónyuge el acreedor. A este crédito sí que le sería de aplicación la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 CC, estando legitimado el cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido para ejercitar los derechos derivados de aquél (artículo 1.385 CC), entre los que se encuentra el negocio jurídico calificado.

En cuanto a la forma en que debe practicarse la inscripción, dado que no existe declaración del cónyuge de que adquiere para la sociedad de gananciales, deberá inscribirse a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial (artículo 94.1 RH).

DERECHO HABITACIÓN.

1.-P: Se presenta una escritura en que se constituye un derecho de habitación, vía adjudicación hereditaria y donación, sobre una vivienda cuya nuda propiedad pertenece a 7 personas y cuyo usufructo pertenece a 8 personas –6 coincidentes con los nudos propietarios-, sin que se especifique el régimen de utilización de dicha vivienda, es decir, sin indicar el uso de cuál o cuáles estancias se atribuyen al habitacionista y si el ejercicio por éste de su derecho es compatible o no con el ejercicio del derecho de usufructo de la finca.

R: El derecho de habitación 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 en general 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 en concreto, como ya se ha expuesto en otro número de esta revista, 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-.

Por tanto, con carácter general, a efectos registrales, debe señalarse las concretas piezas de la vivienda que el habitacionista tiene el derecho a ocupar, quedando las restantes de uso para la propiedad, los usufructuarios u otros habitacionistas, sin perjuicio del uso conjunto de las piezas de esta naturaleza; o bien indicarse que el habitacionista tiene derecho a utilizar con carácter exclusivo la vivienda en su totalidad.

Y en el presente supuesto, como el derecho de habitación se constituye sobre una finca en que simultáneamente se constituye el usufructo a favor de 8 personas, debe determinarse la extensión objetiva del derecho de habitación de tal manera que quede claro si su ejercicio es compatible con un uso simultáneo por parte de los usufructuarios de la vivienda o si la efectividad del usufructo sólo tiene un carácter sucesivo respecto del derecho de habitación.

DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.

1.-P: Se presenta un mandamiento del Juzgado número X de Madrid solicitándome que expida certificación de dominio y cargas de los artículos 656 y siguientes de la LEC. Se califica y suspende porque sobre la finca no hay ninguna anotación de embargo a cuyo margen poner la nota de expedición de certificación de cargas; pero llama la procuradora para decir que efectivamente es así y que se está solicitando esa certificación en un procedimiento dirigido a la acción de división de la finca. Así lo dice el mandamiento en unas líneas aunque al poner la nota no se apreció.

La pregunta es si esa certificación y nota marginal se expide y asienta sólo en los procedimientos de ejecución o caben otros supuestos como el de ejercitarse una acción de división de la cosa común.

R: La respuesta es que la certificación se puede expedir para todo procedimiento judicial, no sólo en el ejecutivo, con vistas a comprobar que la legitimación activa sea la correcta y suficiente para producir efectos registrales –art, 38 LH-, pero que la nota marginal dados sus particulares efectos procesales sólo debe extenderse en los supuestos expresamente previstos en las leyes lo que no ocurre en el presente supuesto.

Se alude en este sentido a la resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2010 que señala que “para poder extender la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en un procedimiento de ejecución es necesaria la previa constancia registral del derecho del ejecutante, es decir, que no procederá la

extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo correspondiente” (arts 143 RH y 659 LEC).

2.-P: Se presenta una escritura de extinción de comunidad sobre varias fincas, unas de las cuales pertenecen privativamente por mitades a varios hermanos, y otras pertenecen a algunos hermanos con carácter privativo y a otros con carácter ganancial, y en la que se adjudica a uno de estos últimos con carácter ganancial una finca de las que pertenecían privativamente al marido. ¿Es inscribible?

R: Se señala que se trata de un supuesto idéntico al resuelto positivamente por la resolución de la DGRN de 24 de febrero de 2012 que después de hacer un examen de las diferentes posibilidades que se abren a la hora de extinguir una comunidad, según ésta recaiga sobre un solo bien o sobre varios, según la extinción se haga dividiendo la finca entre los comuneros o adjudicándola a uno de ellos, o según se haga por acuerdo de voluntades entre los condóminos o por venta en pública subasta en su defecto, entiende posible la inscripción de la citada extinción pues cumple los requisitos de consentimiento, objeto y causa, no traspasa ninguno de los límites marcados por el artículo 1255 CC, y entra dentro del ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad y del ámbito de los negocios posibles entre cónyuges recogido en el artículo 1323 del Código Civil.

DOCUMENTOS JUDICIALES.

1.-P: En una Sentencia se declara el dominio de la finca a favor del demandante y la validez de contrato de compraventa privado, se obliga a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y proceder a emitir ante notario la declaración de voluntad necesaria para escriturar la compraventa.

Ahora se presenta en el registro un auto del juzgado en el que conforme al artículo 708 de la LEC se dice que se entiende por emitida por la ejecutada la declaración de voluntad del que otorgó el documento privado. Y dice: *“esta declaración se entiende formulada sin perjuicio de la forma y documentación que las leyes civiles y mercantiles prevén para actos y negocios jurídicos. Se libra testimonio del auto para la inscripción en el registro de la propiedad del acto a que se refiere la declaración de voluntad emitida”*.

R: Cuestión recurrente en el seminario que procede nuevamente a manifestar el sentir mayoritario:

1.- Se debe de estar a lo que establezca el fallo de la sentencia: A) La declaración de dominio sobre la finca, en cuyo caso será directamente inscribible el testimonio de la misma. O B) la validez y elevación a escritura

pública de un contrato privado de venta, en cuyo caso deberá otorgarse la misma por los vendedores o por el juez en caso de su rebeldía, sin que hoy sea necesaria su comparecencia en la notaría sino que se estima suficiente aportar el auto de ejecución de la sentencia en que se de por emitida la declaración de voluntad del vendedor.

2.- Si el fallo, como ocurre en este caso, contiene las dos declaraciones, el interesado podrá optar por cualquiera de ellas, que serían directamente inscribible, al solicitar la ejecución de la sentencia, siendo totalmente correcto y admisible que el juez en el auto de ejecución precise o aclare el alcance real de la sentencia.

3.- Cuando la cuestión litigiosa fuere el reconocimiento de la validez de una compra privada, no puede alegarse en contra de la inscripción del testimonio que, en el Registro español, lo que se inscriben son negocios jurídicos y no titularidades dominicales, porque aunque ello sea cierto, no es impeditivo de la inscripción del testimonio si en los autos constan y se dan por probados: el precio de la transmisión y su pago, que se ha producido la *traditio* –ej. ocupación de la finca desde el contrato privado- y que no existían arrendatarios.

4.- Sólo en los casos en que la legislación civil exija el requisito de la escritura pública como forma *Ab solemnitate* para la validez del negocio jurídico objeto de la litis –ej. donación-, debe entenderse necesaria la elevación a escritura pública del respectivo contrato privado. En los demás supuestos, la escritura no añade nada si en autos constan todos los elementos conformadores del negocio jurídico pues la voluntad negocial la manifiestan el juez en el auto de ejecución por el demandado y el demandante en la misma demanda. Sólo en el improbable caso, pues se declara el dominio, de que en autos no constare el modo, debería otorgarse la escritura pública como una forma de tradición instrumental.

Además, entender que siempre es necesario elevar a escritura pública un contrato privado como requisito legal de forma o documentación supone vaciar de contenido la salvedad del artículo 708 LEC pues los contratos se celebran extrajudicialmente, pero son válidos y producen sus efectos cuando concurra el consentimiento o título –aunque sea en documento privado- y la tradición o modo.

No obstante se recuerda el criterio de la DGRN –ver resoluciones de 17 de marzo de 2009 y 3 de junio de 2010- serán inscribibles las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública. Por ello, lo procedente es entender que la LEC no dispone la inscripción directa de la resolución judicial,

sino que lo que la nueva forma de ejecución procesal permite es que el demandante otorgue por sí solo la escritura de elevación a público del documento privado de venta, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado. Por contra, sí serían directamente inscribibles las ejecutorias complementadas por testimonios de autos en que se ordene suplir por el juez las declaraciones de voluntad del obligado a prestarlas, si se tratase de negocios para cuya inscripción bastase la declaración unilateral del demandado que judicialmente se suple, como sería el caso del ejercicio de un derecho de opción, el consentimiento del titular de la carga para la cancelación de un derecho real de garantía o de una condición resolutoria por cumplimiento de la obligación garantizada, entre otros casos.

EMBARGOS.

1.-P: Se trata de un embargo en procedimiento seguido contra la herencia yacente e ignorados herederos de A, ¿se puede anotar un embargo sobre una finca inscrita a favor de los cónyuges A y B con carácter ganancial, si el procedimiento se ha seguido contra B y la herencia yacente e ignorados herederos de A?

R: A la luz de la resolución consulta de la DGRN de 3 de octubre de 2.011 que ha confirmado la flexibilización de la necesidad del nombramiento de un administrador judicial en los casos de herencia yacente, considerando suficiente que la misma esté representada por cualquier persona con interés; es posible en este caso practicar la anotación de embargo pues B es legitimaria de A y como tal ostenta legitimación procesal suficiente para defender los intereses de la herencia yacente del mismo.

Así dicha resolución indica 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 y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha 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”* y que *“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, caso en que sería necesario el nombramiento de administrador judicial”*, pues *“mientras que para entablar acción en beneficio de la herencia yacente es preciso acreditar la condición de heredero (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000), 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”.

2.- P: SOLICITUD DE ANOTACIÓN DE EMBARGO EN JUZGADO DE LO CIVIL CONSTANDO ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER EN JUICIO PENAL. Actualmente, la anotación de prohibición de disponer es la única y está vigente. El mandamiento de embargo del Juzgado de lo Civil sería el primero después de la prohibición. Entiendo que no se puede anotar el embargo, pero como existe esa doctrina de que el principio de responsabilidad universal del artículo 1911 CC prevalece sobre prohibiciones de disponer (aunque se suele referir a las voluntarias).

Quería contrastar si son adecuados los siguientes argumentos: 1º) El artículo 605.1º LEC que dice que son inembargables los bienes que hayan sido declarados inalienables, argumentando que la "declaración" no sólo es legal, sino que puede ser judicial. 2º) El artículo 726.1º LEC sobre la característica de la medida cautelar de prohibición de disponer, en relación con la diferencia con anotación de demanda y de embargo, en que está prevista en las dos, que opere la cancelación de las posteriores y sin embargo, nada se dice en la prohibición de disponer, por lo que el perjuicio para la medida cautelar existiría si se practican anotaciones posteriores; 3º) El principio general de que la anotación de prohibición de disponer o enajenar produce cierre registral, sin perjuicio de considerar como excepción el supuesto de prohibición de disponer voluntaria o por autonomía de la voluntad (que quedaría vencido por el principio de responsabilidad patrimonial universal), pero no cuando se enfrenta al principio de eficacia de las sentencias judiciales, es decir, conforme establece la resolución de la DGRN de 28 de Junio de 2006, la que tiene como finalidad hacer posible la tutela judicial efectiva en previsión de sentencia estimatoria, de modo que no pueda impedirle o dificultarla.

R: Por la postura contraria a la del expositor del caso y favorable, por tanto, a la práctica de la anotación, se expusieron en la reunión los siguientes argumentos:

1º.- Que la declaración de inalienabilidad es una situación objetiva del bien, afecta al bien en sí mismo en atención a determinadas circunstancias, mientras que la prohibición de disponer es una situación subjetiva que afecta al titular.

2º.- Que la anotación de embargo es una medida cautelar. El embargo existe desde que se traba y no desde que se anota, por lo que no parece oportuno privarle de la publicidad registral mediante el asiento de anotación. La prohibición de disponer afecta sólo a las que tienen carácter voluntario, no a las derivadas de una ejecución judicial pues en éstas la transmisión deriva de un acto de autoridad independiente de la voluntad del dueño. Se señala por algunos que el problema viene de la inexacta redacción de algunos documentos

judiciales, pues parece que lo más lógico en estos casos es practicar un embargo cautelar que asegure las responsabilidades que pudieran derivarse del procedimiento.

3º.- Y que no puede privarse a los acreedores posteriores del derecho de perseguir el bien por el principio de responsabilidad patrimonial universal.

Esta cuestión ya fue tratada en otras sesiones del Seminario, según resulta del número 26 de esta revista página 75, donde se aceptó mayoritariamente la postura favorable a la inscripción, salvo excepciones en la que podría entrar este supuesto. Para mayor comodidad del lector se reproducen a continuación las conclusiones que allí se dijeron.

“La escasa regulación de las anotaciones de prohibición en nuestro Derecho Positivo, ha dado lugar a muchas dudas doctrinales sobre los efectos de cierre registral que producen. En relación con las anotaciones preventivas de embargo sobre fincas sujetas a prohibición de disponer se ha pasado desde posiciones primitivas muy restrictivas a posturas más recientes abiertamente permisivas. Según Rafael Riva Torralba (Anotaciones de embargo. Tomo I) hoy en día se pone claramente de manifiesto el criterio doctrinal favorable a la posibilidad de anotar embargos sobre bienes sujetos a prohibición de disponer, defendido como regla general o principio de carácter general. Lo que no impide, por otra parte, que deban ser respetadas ciertas excepciones, especialidades o matices, si tenemos en cuenta la naturaleza u origen de la prohibición: legal, voluntario, judicial -civil o penal- o administrativo.

En caso de PROHIBICIONES VOLUNTARIAS el efecto de la anotación preventiva de disponer debe restringirse a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, lo cual, unido al principio de responsabilidad patrimonial universal (ex. Artículo 1911 CC), hace que no impida en absoluto ni la práctica de una anotación de embargo posterior, ni la eventual adjudicación que en dicho procedimiento se lleve a efecto.

En materia de PROHIBICIONES LEGALES deberá atenderse, según el mismo autor RIVAS TORRALBA, al interés protegido y a la finalidad perseguida en cada caso por la prohibición, anotando o no el embargo, según la mayor o menor compatibilidad de esta medida con aquel interés o finalidad. Lo que ocurre es que, tras examinar algunas prohibiciones legales, llega a la conclusión de que no es fácil encontrar en ningún supuesto sólidas razones para denegar la anotación de embargo.

Finalmente si se trata de PROHIBICIONES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS, la regla general es también favorable a la anotación de embargo, aunque se discuta la posibilidad de inscribir las enajenaciones

forzosas, vigente la prohibición. Se exceptúa el caso de las anotaciones de prohibición de disponer decretadas en procedimiento penal o al amparo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en virtud de resolución de la Dirección General de Seguros, que imponen un auténtico cierre registral que impide anotar mandamientos judiciales o providencias administrativas de embargo.

También se impone este cierre registral, incluso para las anotaciones preventivas de embargo, dentro de este último ámbito, cuando se haya decretado la disolución administrativa de la entidad y desde la fecha de publicación en el BOE de la orden ministerial de disolución. En este caso los encargados de los Registros harán constar por nota marginal el hecho de la disolución y el cierre del folio registral para los actos indicados (artículo 29.2 del TR de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

Fuera de estos supuestos la regla general es que la prohibición de disponer solamente debe afectar a los actos dispositivos voluntarios (no a los forzosos) y que en ningún caso alcanza, puesto que no constituye un acto de enajenación, a las anotaciones de embargo. Y si en el proceso de que trae causa la anotación de embargo se produce la realización del bien, no estaríamos ante un acto de disposición procedente de la voluntad del ejecutado, sino ante un acto de autoridad del ejecutor”.

EXPROPIACIÓN FORZOSA.

1.-P: Se presenta "Acta de pago y ocupación" de un piso, siendo el organismo expropiante el Ayuntamiento de Madrid, representado por la Directora General de Gestión Urbanística.

En el apartado "expropiados" se señala que es el señor X (que es el titular registral de la finca) Pero a continuación hacen constar lo siguiente: *"Por haber fallecido sin que la finca haya sido incorporada a su herencia y renuncia a la misma de su heredera en comparecencia realizada el 18 de diciembre de 2007, se entienden las diligencias con el Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954, a cuyos efectos se adjunta a este acta el oficio de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que manifiesta quedar enterado"* (lo que se adjunta es una fotocopia del oficio).

En cuanto al justiprecio señala el acta que ha sido fijado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y consignado en la Caja Municipal de Depósitos del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, según unas fotocopias

que se adjuntan. El acta está firmada sólo por el organismo expropiante que es el beneficiario de la expropiación.

¿Es suficiente para inscribir que el Ministerio Fiscal manifieste que queda enterado con posterioridad a la fecha del acta o debió ser parte de la tramitación?

R: El artículo 5 de la Ley de Expropiación Forzosa dispone que se entenderá las diligencias con el Ministerio Fiscal cuando, efectuada la publicación a que se refiere el artículo 18, no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieran incapacitados y sin tutor o persona que los represente, o fuere la propiedad litigiosa. Esta intervención está encaminada a garantizar la actuación de los derechos legalmente reconocidos a los propietarios afectados cuando éstos, a quienes se debe notificar individualmente el acuerdo de la necesidad de ocupación, no hayan comparecido (por ejemplo, impugnar la expropiación, acordar la transmisión voluntaria de los bienes o intervenir en la fijación del justiprecio).

Por eso la resolución de la DGRN de 16 de diciembre de 1999 (BOE 3 de febrero de 2000) señaló que, dado que el otorgamiento del acta de ocupación y pago se produce una vez fijado el justiprecio (artículos 48, 51 y 53 LEF), la mera convocatoria del Ministerio Fiscal a la formalización del acta de ocupación y pago no satisface la exigencia legal establecida en el artículo 5 LEF, que, por lo dicho, presupone su convocatoria desde que se dicta el acuerdo de necesidad de ocupación y en tiempo oportuno para posibilitar su impugnación; y, en consecuencia, deberá rechazarse la inscripción del acta en tanto de la misma no resulte por aseveración del funcionario competente para su autorización, que se practicó en tiempo oportuno dicha convocatoria. No debemos olvidar que en aquellos casos señalados por el artículo 5 LEF es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal que es considerada como parte y con quien deben practicarse las diligencias, lo que entra en la calificación registral por afectar a los titulares registrales y ser trámite esencial del procedimiento.

Sin embargo, y sin perjuicio de solicitar en todo caso el certificado de defunción del titular registral, no parece que nos encontremos en este supuesto. Del enunciado del caso planteado resulta que el titular registral sí ha tenido esta intervención inicial de la notificación del acuerdo de la necesidad de la ocupación, puesto que el justiprecio ha sido fijado sentencia del TSJ de Madrid, lo que implica que ha ejercitado sus derechos interponiendo recurso contra la valoración inicialmente hecha por el Organismo expropiante. Por eso se apuntó que debía aportarse el certificado de defunción del titular registral dado que si el fallecimiento se produce mientras se está tramitando el expediente no sería de aplicación este artículo 5 LEF y sería correcta la documentación aportada, siempre que se acompañen original, y no fotocopia, del acta de ocupación y del

justificante de la consignación del justiprecio o del correspondiente resguardo de depósito (Cfr. artículo 53 LEF).

Si por el contrario, resultara que el fallecimiento se produjo antes de iniciarse el expediente de expropiación forzosa, la convocatoria del Ministerio Fiscal desde el inicio sería preceptiva, según resulta del reproducido artículo 5 LEF, en cuyo caso no bastaría la mera toma de conocimiento que resulta del oficio que se aporta. En este caso el acta deberá estar firmada por el Ministerio Fiscal, salvo que por el funcionario competente para su autorización se aseverase que se practicó en tiempo oportuno la convocatoria, como resultaría de la aplicación de la doctrina RDGRN de 17 de diciembre de 1999, que apuntó esta solución para subsanar la omisión de la firma del Ministerio Fiscal en el acta presentada a inscripción.

FE PÚBLICA REGISTRAL.

1.-P: El Ayuntamiento de A vende una parcela a la mercantil B para la construcción de viviendas, con la condición de empezar la obra en x meses, revirtiendo la propiedad al Ayuntamiento en caso contrario. La condición NO se inscribe.

Incumplida la condición, el Ayuntamiento adopta el acuerdo administrativo de resolver la compraventa, que es impugnado por el promotor, dando lugar a una sentencia FIRME de la jurisdicción contencioso-administrativa, por la que declara el acuerdo administrativo conforme a derecho, y da por resuelta la venta.

Entretanto, la finca es vendida por la sociedad promotora a otra sociedad C que inscribe la venta a su favor, y pocos días después de que la sentencia gane firmeza, la sociedad C vuelve a vender a la sociedad B, la promotora, que inscribe a su favor.

Finalmente, se presenta en el Registro, por parte del Ayuntamiento, testimonio de la resolución judicial firme.

DATOS DE INTERÉS: La sociedad C no ha sido parte en el procedimiento judicial contencioso-administrativo, pero la finca vuelve a ser de titularidad registral de la misma sociedad que compró en su día al Ayuntamiento.

¿Está protegida la sociedad B por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria?, ¿constituye el principio de tutela judicial efectiva de la sociedad C un obstáculo, de forma que no puede cancelarse su asiento registral por no haber sido esta sociedad parte en el procedimiento judicial?.

R: Evidentemente la sociedad B carece del requisito de la buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, además, ha sido parte en el procedimiento por lo que no se encuentra protegida por el principio de fe pública registral respecto de ninguna de sus inscripciones.

En cuanto a si la inscripción intermedia de la sociedad C puede también cancelarse para poder reinscribir la finca al ayuntamiento, aunque existió alguna opinión contraria que exigía su participación en el procedimiento, mayoritariamente se consideró que la misma no goza actualmente de ningún derecho dominical sobre la finca y que a la cancelación instrumental de un asiento no vigente no le son aplicables las normas generales de cancelación de los asientos de necesidad del consentimiento de su titular o resolución judicial firme en procedimiento en que haya sido parte el mismo, porque en esos casos ya no opera la fe pública registral.

HERENCIAS.

1.-P: Una herencia en que existen bienes gananciales y en que estaban interesadas la viuda y dos hijos, éstos firman un cuaderno particional privado que luego es elevado a público por el contador partidor, la viuda y un hijo, representando la madre al otro hijo que está ahora incapacitado. ¿Se puede inscribir?

R: Mayoritariamente se considera que se trata de una partición efectuada por los herederos y no por el contador partidor por lo que al existir conflicto de intereses entre la madre y el hijo incapacitado la que representa, es necesario la intervención de un defensor judicial y la posterior aprobación judicial de la partición.

En este sentido se señala que según la resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2002, que recoge un supuesto similar, la partición efectuada por contador-partidor y ratificada por los herederos, entre los cuales se encuentra la viuda del causante, que actúa por sí y en representación de su hijo incapaz: en primer lugar, existe conflicto de intereses entre ambas desde el momento que es necesario liquidar la sociedad de gananciales (no si todos los bienes hubieran sido privativos del causante) y se conmuta la legítima viudal; y, en segundo lugar, que aunque la ratificación no habría hecho falta, la misma altera la naturaleza de la partición hecha por el contador que deja de ser un acto unilateral para convertirse, a menos que los herederos se limiten a aceptar la herencia, en un verdadero contrato particional por lo que la actuación del contador-partidor no sirve para sanar el conflicto de intereses.

La resolución de 10 de enero de 2012 mantiene el criterio contrario, pero en un supuesto en que, aunque se eleva a público por el contador-partidor un cuaderno particional privado de los herederos, éstos no ratifican en la escritura pública, no existe liquidación de la sociedad de gananciales ni conmutación de la legítima viudal y, además, el contador-partidor respeta tanto la voluntad del testador como las normas del Código Civil relativas a la partición.

2.-P: Examen de una institución de heredero en usufructo: A fallece casada con B sin dejar ascendientes ni descendientes y bajo testamento en el que “instituye heredero a su esposo B del usufructo de la participación indivisa que le corresponde a la testadora sobre tres fincas:”. La nuda propiedad la lega a distintos sobrinos y el resto de bienes inmuebles los lega también a otros sobrinos.

El notario dice que el viudo es heredero testamentario, y en la escritura comparece sólo el viudo y uno de los legatarios, liquidan la sociedad de gananciales sobre varios inmuebles y hace entrega al legatario de los que le corresponden.

Se cuestiona si puede considerarse al viudo heredero testamentario como dice el notario, dado el contenido del llamamiento. Caso contrario, sí que tendría el carácter de heredero intestado, pero en este supuesto ¿sería precisa la previa declaración de herederos abintestato a su favor?

R: La cuestión que se plantea es si el viudo debe ser considerado heredero testamentario o es sólo legatario. Mayoritariamente se entendió que si el causante le ha nombrado heredero debe ser considerado heredero testamentario.

En la monumental obra de nuestro querido compañero Juan José Rivas Martínez, Derecho de Sucesiones Común y Foral, a quien desde aquí le rendimos un sencillo homenaje, se distingue entre el sistema romano, de matiz subjetivo, que considera heredero a aquel sucesor a quien el causante designe como tal heredero; y el llamado germánico o moderno, de signo objetivo, que conceptúa como heredero a quien sea llamado por el difunto a adquirir la totalidad o universalidad de las relaciones jurídicas objeto de la transmisión, o una parte alícuota del caudal, haya sido designado o no como heredero. Y, después de exponer los argumentos y defensores de una u otra postura, afirma este autor que la tesis subjetiva es la que sigue hoy la mayor parte de la doctrina española más moderna, basada en la afirmación de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión.

Pues bien, en nuestro caso esta voluntad del testador parece que se inclina claramente por considerarlo heredero testamentario, pues del análisis conjunto

de todas las cláusulas testamentarias se observa que aquél contrapone claramente la figura del heredero frente a los legatarios.

3.-P: Doña A fallece en estado de casada en segundas nupcias con B teniendo un hijo de dicho matrimonio B` y otro de su matrimonio con C, C`. En el testamento lega a B, además de la cuota legal usufructuaria, el tercio de mejora en nuda propiedad e instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos. En la escritura de partición el hijo de B renuncia a la herencia y se adjudican todos los bienes a B un tercio en usufructo y un tercio en nuda propiedad y a C`. ¿Es válida esta partición dado que del contexto de la escritura, la renuncia de B` parece que fue para favorecer también a su padre?

R: Se entiende que sí es correcta la partición porque si no existe una renuncia expresamente a favor de alguien (heredero o legatario), que permita excluir el derecho de acrecer por implicar una aceptación de la herencia y donación de los bienes; la herencia acrece a los demás herederos no existiendo acrecimiento entre herederos y legatarios (ver artículos 981, 983 y 987 del Código Civil) sino únicamente entre cada una de estas categorías.

El hecho de que el causante haya legado una parte alícuota o cuota al cónyuge superviviente no le atribuye a éste la condición de heredero en aplicación del artículo 983 del Código Civil por haber el testador determinado expresamente una cuota a cada interesado porque, como se analiza en el caso anterior, en estos casos debe prevalecer la voluntad del testador (tesis subjetiva) y el mismo atribuye expresamente a su cónyuge la condición de legatario.

4.-P: Se presenta una escritura de herencia en la que comparecen solo la viuda y el hijo del causante. El testamento de este último contiene las siguientes disposiciones:

- 1.- Lega el pleno dominio del piso sito en este Registro a su esposa. "En defecto de su nombrada esposa" lega el pleno dominio de dicho piso a su sobrina A.
- 2.- Lega a su esposa el usufructo de los restantes bienes de la herencia.
- 3.- Sin perjuicio de las cláusulas anteriores instituye único y universal heredero a su hijo sustituido, en su defecto, por sus descendientes.

Con este testamento en la escritura de partición en la que insisto comparecen solo la viuda y el hijo del causante, se limitan a aceptar la herencia y adjudicarse los bienes, sin hacer referencia alguna a los legados de cosas cierta y de usufructo de la viuda, adjudicando a la viuda en pago de sus gananciales el pleno dominio de una cuota indivisa de una finca no radicante en este Distrito y en pago de su herencia el pleno dominio del resto indiviso de ese mismo bien, y

por lo tanto adjudicando al hijo el resto de los bienes inventariados, entre los que se encuentra el piso legado a su esposa y en su defecto a su sobrina.

La cuestión es doble:

a) La primera cuestión es determinar ¿qué significa "en defecto de mi citada esposa"? ..., se entiende que es una sustitución vulgar en favor de la sobrina. El problema es si "en defecto" solo prevé el caso de premoriencia de la sustituida, o también los supuestos de incapacidad y renuncia para el caso de fallecimiento, o también en caso de renuncia.

b) La segunda cuestión, es decidir si la aceptación de la herencia sin más por la legataria y la adjudicación en pago de su legado de un bien totalmente distinto al bien legado, permite entender desaparecida la sustitución en favor de la sobrina, y por lo tanto permite la adjudicación de dicho bien al heredero. ¿Es cierto que no ha habido premoriencia, es cierto que no ha habido incapacidad de la sustituida, pero ha habido "aceptación del legado" que excluya la sustitución cuando recibe un bien totalmente distinto al legado?

R: Las dos cuestiones, en realidad, están íntimamente relacionadas. En primer lugar se señaló por todos los asistentes que, puesto que toda renuncia hereditaria tiene que ser expresa y hacerse en instrumento público o auténtico (Cfr artículo 1.008 Código Civil), no podía entenderse en ningún caso que la viuda hubiera renunciado al legado ordenado en su favor, por lo que ningún derecho corresponde a la sobrina A sobre el piso. No ha operado respecto de ésta la sustitución vulgar dispuesta al ordenarse el legado, porque no ha tenido lugar ninguno de los supuestos previstos en el artículo 774 CC para su eficacia. La viuda ha aceptado el legado como lo demuestra el hecho de que se incluya en el inventario y se tenga en cuenta su valor para fijar la participación que le corresponde.

Lo que ocurre es que no resulta del documento presentado la causa expresa de la adjudicación del piso legado que se realiza a favor del hijo, o dicho de otro modo, la causa de la adjudicación al hijo del piso legado no radica en su título hereditario, sino en otro negocio convenido con la madre y que se ha mantenido oculto en la escritura. Si la madre no ha renunciado al legado quiere decirse que lo ha aceptado y, por lo tanto, ha ingresado ya en su patrimonio. Si luego lo transmite al hijo será por otro negocio jurídico, pero nunca teniendo como causa la herencia. No obsta a esta conclusión la libertad que, para distribuir los bienes de la herencia, concede el artículo 1.058 CC a los herederos que fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, puesto que: por un lado, el bien legado queda fuera de la herencia como disposición a título particular en favor de la viuda; y por otro, como ya dijo la resolución DGRN de 18 de noviembre de 1998, la necesidad de claridad, congruencia y precisión en los

negocios jurídicos inscribibles, unida a la exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo, así como a la extensión de la calificación registral a todos los extremos determinantes de la validez del negocio inscribible, y en, fin, la necesidad de reflejar en el Registro el negocio jurídico determinante del derecho a inscribir obligan, cuando existen evidentes discrepancias, a que se aclare debidamente el completo negocio celebrado, que justifique jurídicamente el resultado pretendido.

Y es que, en efecto, el resultado pretendido en este caso de que el hijo se quede con el piso pudiera ser válido e inscribible, pero entonces deberá exteriorizarse y reflejarse claramente en la escritura cuál es el negocio jurídico celebrado que justifique la adquisición por el hijo –ej. permuta con bienes hereditarios, donación- expresando todos los datos necesarios para que el registrador pueda efectuar su labor calificadora. Sólo así quedará convenientemente relegada en el Registro la causa de la adquisición del bien, requisito imprescindible en un sistema como el nuestro de Registro de derechos, no sólo porque de ella dependerá el carácter que pueda tener el bien que ingresa ahora en el patrimonio del hijo en función de cual sea su estado civil, sino también en orden a los efectos de la protección de la fe pública registral.

HIPOTECAS.

1.-P: ¿Es posible cancelar una hipoteca por renuncia? En escritura comparece el Banco acreedor y renuncia a la hipoteca constituida y libera la finca de la misma. No dice en ningún momento que se dé carta de pago.

R: Unánimemente se entiende que sí pues todo derecho es renunciable siempre que no sea contrario a la moral o al orden público y no perjudique a terceros (artículo 6-2 del Código Civil), circunstancias que no concurren en estos supuestos. Ahora bien, dicha renuncia deberá ser siempre expresa no pudiendo inferirse de la mera cancelación de la hipoteca, aunque no es necesario que exprese, a su vez, el motivo de la misma –sustitución por otra garantía, etc-.

Así la DGRN señala en las resoluciones de 2 de diciembre de 200 y 24 de septiembre de 2005 (anulada por extemporánea) que la admisión del puro consentimiento formal para la cancelación de hipotecas no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista. Ahora bien, cuando el acreedor no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, hay que interpretar que estamos ante una abdicación unilateral del mismo por su titular, ante una renuncia de derechos, acto que por sí solo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2

del Código Civil para, por su naturaleza, producir su extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación.

2.-P: Se presenta una escritura de cancelación de una hipoteca en que se dice que no se ha pagado la cuantía garantizada sino que ésta pasa a ser un apunte de una cuenta liquidatoria que será amortizada con el precio de la venta de la finca que ahora se deja libre y de otras en que ocurre lo mismo, el cual tendrá lugar al final de cada trimestre. ¿Se puede inscribir?

R: Indudablemente sí, pues la cancelación de la hipoteca sólo exige consentimiento formal y causa de la misma, pero esta causa, más allá de supuestos excepcionales, puede ser cualquiera, sin que tenga que circunscribirse al pago de la cantidad garantizada. Además, en este caso, la razón de la cancelación es perfectamente lógica: la liberación de la finca para facilitar su venta, seguramente ya apalabrada, y consecuentemente el pago de la deuda.

3.-P: ¿Pueden las SGR ser titulares de hipotecas globales del art. 153 bis LH?

R: Aunque hubo alguna discrepancia, en general se está de acuerdo con el criterio de la Comisión Técnica de Hipotecas, cuyo texto se reproduce:

“**INFORME:** En cuanto a la controvertida cuestión de si pueden constituirse hipotecas globales o flotantes a favor de las Sociedades de Garantía Recíproca, a primera vista podría parecer que no porque las mismas si bien son entidades financieras no tienen la categoría de entidades de crédito o asimiladas de las recogidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, pero un estudio detallado del tema llevaría a las siguientes consideraciones:

a) Que el artículo 153 bis LH únicamente permite constituir las hipotecas que regula a favor de *las entidades financieras* a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, es decir, expresamente no exige que se trate de una entidad de crédito sino que su ámbito subjetivo es más amplio.

b) Que el citado artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (la misma que introdujo el artículo 153 bis LH), recogiendo la relación del artículo 1 del RD legislativo 1298/1986 de adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades europeas –en su redacción dada por la Ley 44/2002 mantenida por la Ley 21/2011-, enumera entre otras como entidades de crédito a “d) los establecimientos financieros de crédito”.

c) Que la disposición final primera de la Ley 3/1994 por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero, en la redacción dada por la Ley 16/2009, bajo la rúbrica de “establecimientos financieros de crédito”, establece que *“Tendrán la consideración de establecimientos financieros de crédito aquellas entidades que no sean entidad de crédito y cuya actividad principal consista en ejercer, en los términos que reglamentariamente se determinen, una o varias de las siguientes actividades:*

a) La de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales.

b) La de «factoring», con o sin recurso.

c) La de arrendamiento financiero, con inclusión de las actividades complementarias previstas en el párrafo 8 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

d) La de emisión y gestión de tarjetas de crédito.

e) La de concesión de avales y garantías, y suscripción de compromisos similares”.

d) Que las Sociedades de Garantía Recíproca, calificadas por el artículo 1 de su Ley como **entidades financieras**, tienen precisamente por objeto social el otorgamiento de avales a favor de sus socios partícipes según el artículo 2 de la Ley 1/1994 reguladora de Sociedades de Garantía Recíproca, el cual establece que *“Las sociedades de garantía recíproca tendrán como objeto social el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares”*; sin que la citada disposición final de la Ley 3/1994 distinga por razón del tipo de aval otorgado –generales, a socios, etc- para otorgar el calificativo de establecimiento financiero de crédito.

e) Que, no obstante lo anterior, lo cierto es que los establecimientos financieros de crédito se regulan por el RD 692/1996 de 26 de abril, cuyo artículo 1º ratifica que podrán serlo aquellas entidades que se dediquen exclusivamente a la concesión de avales y garantías similares, y deben según su artículo 5 adoptar la forma de sociedad anónima y otros requisitos específicos entre ellos el de un capital mínimo, según su artículo 4 inscribirse en el Registro Mercantil y en el Registro especial de EFC, y según su artículo 1-3 incluir en su denominación la expresión establecimiento financiero de crédito y la abreviatura EFC (como de hecho hacen las sociedades de crédito hipotecario o las de arrendamiento financiero).

Mientras que por su parte las sociedades de garantía recíproca se rigen por la citada la Ley 1/1994, cuyo artículo 5 las obliga a incluir en su denominación la expresión sociedad de garantía recíproca y la abreviatura SGR, y según la cual no necesitan adoptar la forma de sociedad anónima aunque se remite en ocasiones a la LSA, sus socios deben ser PYMES, deben inscribirse en el Registro mercantil y en el Registro especial de SGR, y sus requisitos de capital mínimo, por ejemplo, son distintos.

De todo ello se llega a la conclusión que las sociedades de garantía recíproca no son establecimientos financieros de crédito, pero la cuestión que se plantea es si ello impide admitir una asimilación, al menos a efectos de la hipoteca del artículo 153 bis de la LH, por entender que lo importante a este respecto es el objeto social de “concesión de avales” y porque existen bases legales para tal asimilación.

f) En este sentido debe señalarse que las SGR se encuentran sometidas a similares controles y supervisiones por parte del Banco de España que el resto de las entidades financieras y de crédito, pues están sujetas a la Ley de Disciplina e Inspección de Entidades de Crédito, por lo que les es de aplicación la misma justificación que da la exposición de motivos de la Ley 41/2007 al privilegio que se concede a las entidades de crédito respecto de la hipoteca del artículo 153 bis LH que, como se ha dicho, no exige, no obstante el confusionismo terminológico legal, que las entidades titulares de estas hipotecas sean propias entidades de crédito sino que admite otras entidades financieras asimiladas, aunque *a priori* limite esa asimilación a los establecimientos financieros de crédito.

g) Que, además, la participación de la SGR en la financiación, siquiera indirecta, de las PYMES, razón de ser tanto de su existencia –ver artículo 1 Ley 1/1994– como de la introducción de la figura de la hipoteca flotante o global por el artículo 153 bis LH según resulta de los debates parlamentarios, es una constante en la realidad empresarial española, lo que justifica igualmente una interpretación extensiva a ellas de las normas relativas a su titularidad, interpretación a la que esta Comisión se muestra favorable.

Ahora bien, se entiende que dada la dicción literal de dicho precepto, esa posibilidad debe quedar circunscrita a aquellos supuestos en que el préstamo, crédito u operación avalada haya sido concedido o financiada por las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, pues ello otorga a la hipoteca global una conexión causal con el préstamo u operación propiamente garantizable con la misma –sin aquella no se hubiera otorgado el aval y sin éste la operación– que en cierta medida, unido a las razones ya expuestas, legitima la garantía superpuesta al aval. No debe olvidarse a este respecto que según la exposición de motivos de su Ley reguladora, la finalidad fundamental de las

SGR es “conceder avales que permitan a las PYMES acceder a la financiación bancaria”, no de otro tipo.

Por todo lo cual, se considera que las SGR, no obstante no tener la condición de Establecimiento Financiero de Crédito *strictu sensu*, se encuentran comprendidas dentro de las entidades que pueden formalizar hipotecas de máximo a que se refiere el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria en los términos expuestos”.

4.-P: Sobre una finca consta inscrita una hipoteca y posteriormente una anotación preventiva de infracción urbanística en los términos del artículo 56 del RD 1093/1997 de 4 de julio (se declaran unas obras en situación de fuera de ordenación y se declara prescrita la infracción). Se solicita informe sobre si la ampliación de la hipoteca supondría en algún caso pérdida de rango por existir un tercero intermedio.

R: En primer lugar se señala que la expresada anotación no es de las que se refiere el artículo 56 del RD 1093/1997 sino más bien de una nota marginal similar a las que se refiere el artículo 73 de dicho RD (situación urbanística de la finca) por remisión expresa del artículo 63-3 del mismo cuerpo legal.

Estas notas, que tienen una vigencia indefinida, no implican un juego de los principios de prioridad o rango por cuanto no publican un derecho real sobre la finca sino, como se ha indicado, la situación urbanística de la misma (en este caso imposibilidad de efectuar obras que excedan de la mera conservación), situación que opera al margen del Registro y siendo el efecto de la nota marginal de publicidad noticia. Es por ello que esas notas ni se pueden cancelar en caso de ejecución de la hipoteca ni hacen necesario el consentimiento de su titular en el caso de ampliación de la hipoteca ni implican que ésta pueda perder el rango.

En cuanto al informe, se indica que el mismo sólo es posible que sea vinculante dentro del ámbito del artículo 253-3 de la Ley Hipotecaria –nota de suspensión-, y en otro caso sólo podrá ser no vinculante –artículos 334-1 y 355-4 del RH-.

5.-P: Se pregunta por el título para rectificar unas hipotecas que garantizaron una misma obligación en dos fases –parcialmente- con numerosas fincas cada una y que al cubrir la cantidad sobrante con la segunda (se pretendía completar la garantía respecto de todos los créditos pendientes) no se tuvo en cuenta que diversos acreedores ya habían sido pagados, total o parcialmente y, por tanto, su participación en el total del crédito era menor, de tal manera que algunos acreedores resultan titulares de una hipoteca por encima del crédito subsistente y otros por debajo.

R: Examinada la compleja operación se llega a la conclusión de que efectivamente ha existido un error al señalar la titularidad de los distintos acreedores con la segunda hipoteca pues nadie puede garantizar con hipoteca más crédito del que tiene con el deudor, pero no se estima suficiente para su rectificación la presentación de una instancia privada por no tratarse de un supuesto de distribución de la responsabilidad hipotecaria –art. 216 RH- sino una rectificación de error material que exige como regla general la escritura pública conforme al artículo 40-d de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, las operaciones a practicar serían: la cancelación en escritura pública de aquellas hipotecas primeras o cuotas cuyo crédito garantizado haya sido ya amortizado; la ampliación en escritura pública de la hipoteca primera respecto de aquellos acreedores cuyo crédito ha quedado infragarantizado y no puede ello suplirse con rectificación de la garantía con la segunda hipoteca; y la rectificación en escritura pública –no liquidable- de la segunda hipoteca, repartiendo la cifra de los acreedores sobregarantizados que exceda de su crédito subsistente entre los que han quedado infragarantizados.

6.-P: Constando inscrita una hipoteca a favor de una entidad financiera en garantía del saldo de una cuenta en la que se anotarán la cantidades resultantes de una póliza de Comercio Exterior número XXX cuyo principal son 115.000 euros, igual al límite del saldo garantizado, se presenta ahora “escritura de modificación de hipoteca de máximo” por la que “se dan de baja las operaciones garantizadas XXX descritas en la cláusula primera de la escritura modificada, por haberse cancelado los riesgos” y se incorpora nueva póliza de préstamo intervenida por el Notario autorizante, esta vez por un límite de 75000 euros, dejando el resto de la hipoteca con idéntico contenido (la nueva póliza no sobrepasa el plazo máximo de vigencia de la cuenta que se pactó en la escritura modificada). No existen asientos posteriores. ¿Se puede inscribir?

R: Se entiende, aunque no sin discrepancias, que se trata de una novación extintiva –esto por unanimidad-, pero que al no existir terceros no es necesario exigir escritura de cancelación y constitución de una nueva hipoteca, y que el problema es fundamentalmente fiscal.

La razón de que sea una novación extintiva es que en las hipotecas de máximo, aunque la accesoriedad se diluye, sin embargo no desaparece y, por tanto, en este supuesto al tratarse de una hipoteca de máximo en garantía de las obligaciones que resulten de una relación jurídica determinada, extinguida esa relación jurídica, la hipoteca se extingue también.

El cambio del objeto de la garantía hipotecaría –obligación asegurada- es según el Tribunal Supremo –sentencia de 11 de abril de 1961- un supuesto de novación

extintiva, sin que pueda aludirse en contra el artículo cuatro número tres de la Ley 2/1994, pues el supuesto que recoge como novación modificativa, la concesión de un nuevo préstamo o ampliación del capital, es a efectos civiles según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo un aumento del *quantum* debido y no una sustitución de la relación jurídica básica garantizada.

7.-P: Examen y calificación de las medidas adoptadas por el RD-L de 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

R: A.- Medidas recogidas en el Código de Buenas Prácticas Bancarias.

El Código de Buenas Prácticas tiene por finalidad la implicación del sector financiero en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación por la que pasan muchas familias españolas en riesgo de perder su hogar familiar.

En dos grupos se pueden encuadrar las medidas recogidas en dicho Código, que son: las previas a la posible ejecución hipotecaria, representadas por la reestructuración de las deudas hipotecarias y una quita de las mismas, y las sustitutivas del ejercicio de la ejecución hipotecaria, constituidas por la dación en pago y el alquiler de la vivienda habitual.

Primero. Esta primera fase va dirigida a procurar una **reestructuración de la deuda hipotecaria viable**, a través de la aplicación de una carencia de la amortización del capital de los préstamos y de los créditos de 4 años, así como una disminución del tipo de interés remuneratoria durante el período de carencia al euribor más un 0,25% y la ampliación del plazo total de amortización hasta 40 años desde la constitución de la hipoteca.

Adicionalmente el interés moratorio, cuyo rango suele oscilar entre el 15% y el 30% de la deuda vencida e impagada, aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en situación de umbral de exclusión, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,50 por cien sobre el capital pendiente del préstamo, que en el caso de pactarse la reestructuración sería el euribor más un 2,75%.

Estas nuevas cláusulas financieras tienen que ser acogidas favorablemente pues, por un lado, el período de carencia es más amplio del máximo que se concede en el tráfico ordinario que no suele exceder de los dos años, por otro, el diferencial tanto de los intereses ordinarios como moratorios es notablemente inferior al que actualmente impera en el mercado y, por último, la ampliación del plazo del préstamo a 40 años se encuentra en el límite de lo razonable al venir a coincidir con la vida laboral máxima de una persona. Objetivamente sólo se puede reclamar la necesidad de armonizar los tipos máximos de intereses moratorios

que se encuentran dispersos en las distintas normas (Ley de Créditos a los Consumidores, Ley Cambiaria, etc)

Esta refinanciación sólo podrá solicitarse, salvo en cuanto a los intereses moratorios, por aquellos prestatarios cuyas deudas no se encuentren en un procedimiento de ejecución, o que estándolo no se haya producido aún el anuncio de la subasta.

Por otra parte, el artículo 5.5 del RDL señala que esta novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados, que establece que *“Las modificaciones previstas en los apartados anteriores –plazo, interés, etc- no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango”*.

Este artículo ha sido objeto de una encendida polémica acerca de sus efectos jurídicos, polémica en la que no podemos extendernos en este trabajo, por lo que me limitaré a indicar que según la opinión mayoritaria y personal este artículo debe ser entendido en el sentido de que las modificaciones de las estipulaciones financieras de los préstamos o créditos hipotecarios no producirán una pérdida de rango de la hipoteca inscrita o capacidad de purga de las cargas posteriores y subsistencia en caso de ejecución de éstas, salvo cuando se trate de una ampliación del capital que lleve aparejado un aumento de la responsabilidad hipotecaria –por exceder del principal amortizado- o vaya acompañada de una ampliación del plazo.

Como otra medida complementaria se señala que el deudor podrá solicitar también de las entidades de crédito **la reunificación del conjunto de las deudas** contraídas por el deudor, medida que será voluntaria y que puede chocar con los efectos analizados del artículo 4-3 de la Ley 2/1994, pues esa reunificación de deudas implicará una ampliación del capital –por los valor de las deudas no garantizadas con esa hipoteca en concreto-, que producirá la pérdida de rango de la hipoteca si existen cargas posteriores sobre la finca, lo que propiciará el rechazo de esa reunificación por parte del acreedor.

Segundo. Si la citada reestructuración no es suficiente para la viabilidad del cumplimiento del plan de pagos, es decir, si la cuota hipotecaria mensual resultante es superior al 60 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar, a solicitud del deudor, las entidades

podrán **con carácter potestativo**, ofrecer a los deudores una **quita sobre el conjunto de su deuda pendiente**.

Para la determinación de la cuantía de esta quita, la entidad de crédito deberá, en principio, emplear alguno de los tres métodos de cálculo que se fijan el RDL –el 25%, otro en relación con el capital amortizado y otro en relación con el valor actual de la finca- y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que decida o no con conceder la quita.

Ahora bien, a este respecto entiendo que nada obsta a que esta condonación sea superior a la mejor que pudiera resultar de la aplicación de estos métodos y, tampoco, que si el deudor lo acepta expresamente y la cuota posterior resultante no alcanza al 60% de sus ingresos se pueda pactar una quita inferior, pues como queda dicho, por un lado, esta quita legal no es obligatoria para los acreedores y, por otro, la dación en pago, de la que luego hablaremos, es un derecho del deudor al que puede renunciar. Por tanto, el baremo fijado como determinante del umbral de exclusión es la medida que debe servir como límite de los posibles pactos entre acreedor y deudor.

Por otra parte, esta medida, al contrario que la reestructuración de la deuda, podrá ser solicitada por todos aquellos deudores incluidos en el umbral de exclusión aunque sus débitos se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta.

Otra medida, recogida en el artículo 693-3 de la LEC, que tiene el deudor para evitar la ejecución de la vivienda habitual, aunque se hubieran publicado los anuncios de subasta, es **la rehabilitación de la hipoteca** –múltiples veces con tal que entre una y otra transcurran como años-, pero como la misma exige el pago de las cantidades reclamadas –principal e intereses capitalizados- y las costas y gastos devengados, su uso es utópico por aquellas personas que se encuentran en la situación de sin recursos que es objeto del RDL de referencia. Por ello se solicita desde diversos sectores que en estos casos los deudores puedan acudir para lograr esos pagos a fondos públicos destinados a la adquisición de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros similares.

Por último, desde el punto de vista registral esta quita podrá reflejarse en el Registro de la Propiedad bien mediante una nota marginal al amparo del artículo 240 del Reglamento Hipotecario, como indicación del pago de parte de la deuda y del saldo pendiente, si sólo se hiciera constar esta circunstancia en la correspondiente escritura; o bien mediante un asiento de cancelación parcial al amparo del artículo 144 de la Ley Hipotecaria si se pactare también una reducción proporcional de la responsabilidad hipotecaria.

Tercero. Si ninguna de las medidas descritas logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, éstos podrán solicitar, en el plazo de doce meses desde la petición de la reestructuración, la **dación en pago** de su vivienda habitual como medio liberatorio definitivo de **toda** la deuda, forma de pago que las entidades deberán aceptar **con carácter obligatorio**

Es decir, que aunque el valor de la vivienda sea inferior a la total deuda garantizada con la hipoteca, la entrega de la vivienda en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada y, también, de las responsabilidades personales del deudor y de terceros –codeudores no hipotecantes, avalistas, etc- frente a la entidad acreedora por razón de la misma deuda.

Como consecuencia de este efecto solutorio, el acreedor deberá cancelar expresamente la respectiva hipoteca en la escritura de adjudicación, cancelación que no producirá la purga de las cargas posteriores como ocurre en los casos de ejecución hipotecaria, circunstancia por la que se determina en el RDL que esta medida no será aplicable en los supuestos en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores, pues el acreedor debería asumir sus pagos si no quiere verse afectado por una nueva ejecución.

Igualmente, en paralelo con la medida de la reestructuración de la deuda, se establece que esta dación en pago forzosa no podrá solicitarse por aquellos deudores que se encuentren en procedimiento de ejecución en el que ya se haya anunciado la subasta.

No obstante, entiendo que al respecto de la dación en pago, rige el principio de autonomía de la voluntad y, por tanto, no existe inconveniente en que acreedor y deudor la pacten directamente, incluso cuando ya se hubiere celebrado la subasta judicial o extrajudicial desiertas, constare en el registro la nota marginal de inicio de dichos procedimientos o existieren cargas posteriores, sin perjuicio de la implicación que ello podría tener para su cancelación, y que debe admitirse cualquier valor que las partes acuerden dar a la finca, produzca o no la extinción total de la deuda. La única excepción sería cuando dándose todos los requisitos del RDL, el deudor exija expresamente la dación en pago de su vivienda habitual al amparo del mismo, previo cumplimiento de la fase de reestructuración de la deuda.

Por otra parte, la norma permite a la entidad de crédito **designar como adjudicataria del bien hipotecado a una tercera persona física o jurídica**, planteándose a efectos registrales la cuestión si esa designación exige la comparecencia del acreedor a la escritura de dación o si basta, por ejemplo, con una certificación con firma legitimada, inclinándome por la primera solución por

la falta de intervención de autoridad oficial en estos negocios, por razones de seguridad jurídica y, sobre todo, por la necesidad de cancelar la hipoteca, operación para la que el tercero, salvo la existencia de poder expreso, no está legitimado.

Asimismo entiendo que esta designación de tercero no implica, a semejanza del cesionario del remate en las subastas –art. 20 del RITPyAJD-, un hecho imponible fiscal nuevo además de la dación propiamente dicha, por lo que se liquidará una sola transmisión directamente a la persona designada siempre que la entrega del bien a éste lo fuere directamente por el deudor; pues la declaración o designación posterior a la adjudicación del bien al acreedor, también por analogía con el caso de cesión de remate, implicará la liquidación de dos transmisiones: una al acreedor adjudicatario y otra al presunto cesionario de la dación porque se han producido dos desplazamientos patrimoniales.

El hecho que ese tercero designado por el acreedor entregue a éste una cantidad adicional de dinero al formalizar la adjudicación no afecta, a mi entender, a la posibilidad de inscripción directa a su favor de la finca, en la medida en que la letra d) de apartado tercero del CBP al autorizar a las entidades de crédito a pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, está reconociendo la posibilidad de obtener efectivo adicional por parte de las mismas, supere éste o no la parte de la deuda no cobrada. La circunstancia de que esas cantidades adicionales se generen en una venta posterior o en el mismo acto de la dación en pago a tercero sólo tendría, a mi juicio, una repercusión fiscal.

Cuarto. En el supuesto que tenga lugar la dación en pago, el deudor podrá seguir ocupando la vivienda **en concepto de alquiler o arrendamiento** durante dos años más no prorrogables salvo acuerdo de las partes, pagando durante ese período una renta adecuada a sus circunstancias que se establece para esos dos años en una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación (principal pendiente, intereses capitalizados y costas y gastos devengados) y, en caso de prórroga, una renta de mercado. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por cien y si no se regulariza en seis meses, arrendador podrá iniciar el desahucio.

Paralelamente se concede al deudor hipotecario –arts 13 y 14 del RDL- que se encuentre en situación de exclusión social y haya sido lanzado de su vivienda habitual de un derecho de preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos recogidas en el Plan de Vivienda y rehabilitación 2009-2012, ya lo sea para el pago de las rentas del alquiler de la misma vivienda adjudicada en pago o de otra distinta.

Se critica respecto de este derecho de arrendamiento su escasa duración obligatoria –dos años- en vez de cuatro años, en paralelo con el período de carencia del préstamo en la reestructuración, pues ese parece ser el plazo del que parte la norma como probable para que el deudor hipotecario residencial pueda volver a hacerse cargo de sus obligaciones.

Igualmente se critica que el arrendamiento no vaya acompañado de una opción de compra que permita al deudor recuperar su vivienda habitual, debiendo establecerse también que del precio de adquisición se deduzca una parte proporcional de las rentas del alquiler en la misma proporción que sucede con los supuestos de este tipo regulados en cada Comunidad Autónoma.

B.- La calificación registral del contrato de novación sujeto al Código de Buenas Prácticas y los medios de defensa del deudor.

En torno a determinar el ámbito de calificación registral en esta materia se debe partir del principio de autonomía de la voluntad y de la norma general contenida en el artículo 5 número 8 del RDL según el cual :”*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo*”, que prácticamente vienen a limitar la misma al supuesto poco probable en que alegando ambas las partes la inclusión de la novación del contrato de préstamo a los parámetros del Real Decreto Ley, se pactarán unas condiciones más gravosas para el deudor que recogidas en el mismo.

Pero no dándose esta circunstancia ni el registrador puede suspender la inscripción de la novación de la hipoteca si se pactan las condiciones o actos previstos en este Real Decreto Ley sin hacer la más mínima alusión a él ni a la situación del deudor; ni puede exigir la acreditación de los requisitos necesarios para entender que el deudor se encuentra en situación de “umbral de exclusión” si el acreedor los da por cumplidos; ni puede imponer que se pacten las especiales condiciones previstas en una novación porque concurren las circunstancias legales que él puede controlar –ej. que el deudor sólo no tenga otra vivienda o inmuebles, que el préstamo lo sea para adquirir esa única vivienda y la misma sea su vivienda habitual o que el precio de adquisición no excede de los valores establecidos- ya que aparte de no ser todos los necesarios para la subsunción legal, la alegación de dicha situación corresponde al propio deudor hipotecario.

Además, y no obstante la dicción del artículo 5 número 7 que dispone que “*El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este real*

decreto-ley y no procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito”, nada impide como ya se ha indicado y señala el número 8 del mismo artículo, que ese contenido contractual sea concedido voluntariamente por otros acreedores no adheridos, o a favor de deudores que no reúnan los requisitos de la exclusión social o en otro tipo de préstamos hipotecarios.

Es decir, que aquellas entidades de crédito o profesionales del sector que voluntariamente se adhieran al Código de Buenas Prácticas están obligadas a cumplir las indicaciones del mismo una vez acreditado por parte del deudor que se encuentra en situación de “exclusión social” –art. 5 n° 4- en los términos fijados por el RDL, pero ese cumplimiento por parte del acreedor no queda bajo el control previo de ningún funcionario –notario, registrador o de otro tipo- , fuera de lo ya expuesto, sino que debe ser instado expresamente por la parte deudora.

En caso de incumplimiento por parte de las entidades de crédito, entiendo que el deudor podrá acudir a los tribunales de justicia ejercitando la acción por incumplimiento de contrato, pues el significado jurídico que debe darse a la adhesión voluntaria es el de oferta de modificación de contrato en los términos legales, modificación que se perfeccionará por la solicitud de deudor, el cual podrá compeler al oferente a la elevación a escritura pública de la novación del préstamo –art. 5 n° 4 RDL-.

Así concebido el significado de la adhesión, se plantea la cuestión de si en caso de cesión del crédito por parte de una entidad adherida a favor de otra no adherida, o subrogación por ésta en aquél, esa subrogación implica también, como contenido propio del crédito, la posibilidad del deudor de solicitar esta reestructuración legal, respecto de lo que opino afirmativamente si la situación de entrada del deudor en “el umbral de exclusión social”, que entiendo que tiene el efecto de una verdadera condición suspensiva, ha operado antes de la subrogación.

Fuera de esa acción judicial el deudor sólo podrá acudir en queja ante el Banco de España presentando las reclamaciones por incumplimiento por las entidades del Código de Buenas Prácticas a que se refiere el número 6 del artículo 6 del Real Decreto Ley de referencia o al defensor judicial de conformidad con la normativa general vigente.

Por otra parte, el beneficio de las medidas de reestructuración de la deuda previstas por el Código de Buenas Prácticas por parte de quien no reúne los requisitos establecidos en el RDL, no produce la nulidad y resolución de la modificación contractual, que no se encuentra prevista ni podrá pactarse, sino,

como único efecto legalmente previsto, la indemnización por daños, perjuicios y gastos generados a favor del acreedor –art. 7 nº 1 RDL-.

En cuanto al control registral de otros requisitos del RDL podemos señalar los siguientes supuestos.

a) El requisito de que la reestructuración de la deuda o la dación en pago no pueda solicitarse por aquellos prestatatarios cuyas deudas se encuentren en un procedimiento de ejecución en que se haya producido el anuncio de la subasta, queda también al margen de la calificación registral, debiendo alegarlo el acreedor antes del otorgamiento de la escritura de novación, pues en el Registro de la Propiedad podrá constar el inicio de la ejecución hipotecaria –art. 656 de la LEC- pero nunca constará la fecha de los anuncios de subasta y, en todo caso, el acreedor puede conceder estas condiciones de refinanciación aunque no se cumplan todos los requisitos legales.

b) Por el contrario, los supuestos de reunificación de las deudas preexistentes y la relación de la dación en pago con las cargas posteriores de la finca gravada, sí entran de lleno en la calificación registral que posee toda la información necesaria para su constatación y que podrá denegar, en su caso, estas operaciones jurídicas, salvo quizá una asunción expresa por la parte acreedora de las consecuencias jurídicas correspondientes –pérdida de rango-.

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

8.-P: En el registro constan veinte fincas gravadas con hipoteca unilateral a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social. Se ejecutan las hipotecas y se adjudican las fincas y se ordena la cancelación de las cargas posteriores. No existe ninguna nota marginal de expedición de certificación para la ejecución de las hipotecas, el reglamento de recaudación de la seguridad social no la prevé expresamente. Y existe practicada con posterioridad en todas las fincas anotación preventiva de embargo preventivo y de prohibición absoluta de vender, gravar, obligar, o enajenar dictada por la Audiencia Nacional. El embargo preventivo asegura treinta millones de euros. Existe además algún problema colateral, como por ejemplo que alguna hipoteca no tiene nota de aceptación.

R: En primer lugar se señala que en los apremios de la Tesorería General de la Seguridad Social sí es necesaria la solicitud de expedición de certificación de cargas y la consiguiente nota marginal y viene recogida expresamente en el artículo 104-3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social

(ver, además, especialmente los artículos 28-2, 88-3 y 122-2 de este Reglamento), aparte de la aplicación supletoria del Reglamento General de Recaudación que también la exige.

Aunque a este respecto, como señala entre otras la resolución de la DGRN de 25 de noviembre de 2002, en el procedimiento ejecutivo ordinario no es imprescindible la expedición de la certificación de cargas, y la subsiguiente nota avisando de su expedición al margen de la anotación de embargo, a diferencia de la ejecución hipotecaria, en la que es necesaria la expedición de certificación de cargas y la subsiguiente notificación a los titulares de cargas posteriores (pues éstos tienen noticia de la ejecución precisamente al expedirse la certificación), porque en un procedimiento ejecutivo esa falta no provoca la indefensión de los titulares de cargas posteriores pues la propia anotación del embargo ya les anunciaba la inminencia del apremio, y es por consiguiente a ellos a quienes incumbe estar alerta para intervenir en las actuaciones de ejecución.

Por tanto, *a sensu contrario*, en el caso de la ejecución de una hipoteca inscrita a favor de la TGSS, aunque lo sea por el procedimiento de apremio administrativo, sí debe entenderse imprescindible, pues sino se generaría indefensión, la solicitud de la nota marginal de expedición de cargas. En consecuencia, en este caso, deberá practicarse la inscripción de la adjudicación y denegarse la cancelación de las cargas posteriores como en cualquier procedimiento de ejecución hipotecaria. Un importante número de compañeros entienden, sin embargo, que tampoco es posible la inscripción de la adjudicación con base en las resoluciones de 15 de octubre de 2001 y 7 de marzo de 2012; considerando que se ha omitido un trámite esencial del procedimiento calificable ex artículo 99 RH, pues se ha privado de los derechos que la ley concede a los titulares de asientos posteriores, y que la inscripción de ambos documentos, adjudicación y cancelación, debe ser simultánea.

Profundizando en esta cuestión, no se puede afirmar, como queda dicho, que el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social no prevea expresamente la expedición de esta certificación, que implica la obligación de notificación a los titulares de asientos posteriores, pues resulta lo contrario de: i) su artículo 28.2 donde dice que estas garantías (como la hipoteca inmobiliaria, la hipoteca mobiliaria, prenda con o sin desplazamiento de la posesión) se constituirán y regirán por las normas civiles, mercantiles o administrativas que le sean aplicables; ii) de su artículo 88.3 que prevé que la ejecución de estas garantías se hará por el procedimiento establecido para la enajenación de bienes embargados; iii) de su artículo 122.2 donde se prevé que si el bien adjudicado fuera inmueble, se expedirá mandamiento de cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores con arreglo a lo dispuesto en el artículo 175.2^a del Reglamento Hipotecario; iv) y finalmente de su disposición final 1^a de donde resulta la aplicación supletoria del Reglamento General de Recaudación en lo no previsto

en éste, disponiendo el artículo 74.6 de aquél que cuando se inicie la ejecución administrativa el órgano de recaudación competente comunicará la orden de ejecución al Registrador de la Propiedad mediante mandamiento por duplicado para que libre y remita la correspondiente certificación de dominio y cargas, con el contenido y efectos establecidos en el artículo 688 Ley de Enjuiciamiento Civil.

También se considera que la anotación de la prohibición de disponer no impide la ejecución de estas hipotecas -o anotación de embargo- anterior en cuanto transmisiones de carácter forzoso ajenos a la voluntad del titular registral, pues por un lado, como señala la resolución de 22 de febrero de 1989, esa prohibición no puede alterar las normas de responsabilidad patrimonial universal al ser una materia excluida de la autonomía de la voluntad y, por otro, al derivar de garantías anteriores a la anotación de prohibición de disponer, salvo supuestos excepcionales, por aplicación de las normas de prioridad las ejecuciones no se verán afectas por la misma.

Por último, en cuanto a la falta de aceptación de alguna de las hipotecas unilaterales, mayoritariamente se entiende que tampoco impide la ejecución porque el ejercicio de la acción real hipotecaria implica una aceptación tácita de la misma, válida si formalmente no se ha procedido a la cancelación por el constituyente y que implica la imposibilidad, desde el momento en que conste en el Registro, de aplicar el procedimiento de cancelación previsto en el artículo 141 LH y 237 RH.

Se indica también que según la jurisprudencia TS y la mejor doctrina, tal figura de hipoteca unilateral no es una reserva de rango sino que es una verdadera y auténtica hipoteca, si bien sujeta a un régimen especial de cancelación mientras no conste la aceptación del acreedor.

Igualmente se alude aquí a que la inscripción produce un efecto similar al que reconoce la DGRN respecto de los herederos en la partición efectuada por el contador partidor sin su aceptación simultánea, que se considera una titularidad sujeta a la condición suspensiva de la aceptación, pero presumiéndose ésta cuando el heredero efectúa cualquier acto que implique la misma –enajenación, gravamen, etc-.

No obstante lo anterior, se alude a que Antonio Pau entiende que *“Es evidente que en nuestro derecho no se admite la aceptación tácita de la hipoteca unilateral derivada de la iniciación del procedimiento de ejecución”*, aunque no se precisan los argumentos para ello.

Sin embargo, el propio Pau Pedrón, al exponer la situación jurídica del acreedor no aceptante, afirma que *“El acreedor tiene poder de disposición para obtener*

por sí mismo la cancelación de la hipoteca unilateralmente constituida (con independencia de que ésta se le haya notificado o no)”, y ello no porque haya adquirido la hipoteca antes de su aceptación o la esté adquiriendo a través de una aceptación tácita, sino porque tal facultad de cancelar o de ceder el crédito forman parte del contenido de su derecho potestativo, pero no se entiende porque no forma parte también de este contenido el ejercicio de las acciones reales que es la única facultad que falta por admitir.

9.- P: Una entidad de crédito que tiene inscrita una hipoteca a su favor, la cede a otra entidad mediante escritura de fecha 6 de mayo de 2011. Al margen de la hipoteca consta extendida nota de haberse expedido certificación del año 2010. Dicha cesión se inscribe.

Ahora llega el decreto de adjudicación, de fecha 9 de marzo de 2011, y el mandamiento de cancelación, de fecha 12 de diciembre de 2011, derivados del procedimiento de ejecución de la hipoteca, adjudicándose la finca la primitiva entidad acreedora.

El testimonio del decreto es de fecha 12 de diciembre de 2011. ¿Qué se debe hacer?

R: Existen dos posibilidades:

a) Entender que cuando se formalizó la cesión ya estaba ejecutada la hipoteca, por lo que se trata de un contrato sin objeto. Despachar, por tanto, el decreto de adjudicación y cancelar la inscripción de cesión.

b) Como el TS (v. sentencia de 02.12.09) considera que la consumación de la enajenación se produce con la expedición del testimonio, entender que la transmisión se ha practicado indebidamente en favor del acreedor ejecutante que ya no era tal en el momento de consumarse la adquisición. En consecuencia, suspender el despacho del decreto y del mandamiento hasta que se rectifiquen en favor del cesionario.

Independientemente de estas dos posibilidades, se concluyó que no es posible practicar la inscripción solicitada sin aclararse previamente por el Juzgado cuáles fueron las vicisitudes del procedimiento, pues es a éste a quien compete apreciar la sucesión procesal en la ejecución, una vez se le acredite mediante la presentación de los documentos fehacientes en que conste aquella (artículo 540 LECiv).

Desde el punto de vista registral de protección del titular inscrito, no cabe adjudicar la finca al antiguo acreedor hipotecario, al amparo del artículo 671 LECiv, puesto que el Registro publica la titularidad de la actual cesionaria del

crédito hipotecario (artículos 1, 20 y 38 Ley Hipotecaria); y tampoco cabe la inscripción a favor de ésta última puesto que resultaría contradictorio con el contenido del decreto de adjudicación.

Si de los documentos judiciales aportados resultara que la adjudicación fue correcta pues se realizó a quien era el ejecutante en ese momento, para la inscripción de la finca en favor de la cedente deberá consentir el cesionario, salvo que se entable un procedimiento específico seguido contra él para rectificar la inscripción de la cesión por no existir ya el crédito en el momento de la transmisión de éste, y salvar así el obstáculo registral. Y si de los mismos documentos resultara que la adjudicación fue debida a un error, pues constaba ya en el proceso la sucesión procesal dicha, deberá hacerse constar así por el Secretario judicial rectificando oportunamente el decreto.

Cualquier otra solución al margen del proceso judicial seguido exigirá, además del correspondiente consentimiento de ambas partes (cedente y cesionaria), especificar claramente cuál es el negocio jurídico realizado con base en el cual se pretende que quede inscrito el dominio de la finca a favor de persona distinta del que aparece como adjudicatario en el testimonio del decreto.

10.-P: En una hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la LH ¿se puede pactar que la ejecución de la hipoteca sólo por alguna de las obligaciones garantizadas implicará que verificada la venta la finca se transfiera al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviese satisfecha (es decir, aplicando lo dispuesto en el art. 693-1 de la LEC)?

Contenido literal de la cláusula discutida tal y como viene recogida en la escritura :

“PRIMERO. Al amparo de lo previsto en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, A y B constituyen sobre el 100% de cada una de las fincas descritas anteriormente, hipoteca a favor de BANCO X, en garantía de todas las obligaciones pecuniarias, de cualquier clase, presentes y/o futuras, que el deudor tenga concertadas en este momento, o concierte en el futuro con la Entidad sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.

SEGUNDA. El incumplimiento de una obligación garantizada, que puede implicar el vencimiento anticipado de la misma, como regla general no conllevará el vencimiento anticipado de las demás deudas garantizadas con esta hipoteca, salvo que la Entidad expresamente comunique al deudor por burofax certificado con acuse de recibo dirigido a su domicilio consignado en esta escritura, que el incumplimiento de cierta obligación garantizada es considerado esencial, por lo que si en un plazo de 30 días hábiles desde la recepción de esa notificación el deudor no regularizara su posición, la Entidad podrá declarar el

vencimiento anticipado de todos los contratos garantizados en los términos previstos en cada uno de esos contratos.

Este pacto se señala a los efectos de conceder virtualidad a la previsión del segundo apartado del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el momento en que exista cualquier deuda líquida y exigible garantizada con la hipoteca, ya sea procedente del incumplimiento de alguna o algunas o de todas las obligaciones garantizadas, la Entidad podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por los procedimientos que más adelante se señalan.

Para el caso de que la Entidad, en el supuesto de incumplimiento de alguna obligación garantizada o algún plazo de alguna obligación garantizada, no opte por declarar el vencimiento anticipado de las demás, ni de los restantes plazos se pacta expresamente en este acto, a los efectos previstos en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la reclamación se limitará a parte del capital o de los intereses debidos y, si para el pago de alguno de los mismos fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aun quedaren por vencer otras obligaciones garantizadas u otros plazos de alguna/s obligación/es garantizada/s, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.”

R: La parte final del primer párrafo de la estipulación Primera en cuanto contiene una referencia genérica a las obligaciones garantizadas no son inscribibles sino únicamente las obligaciones identificadas posteriormente en dicha estipulación porque el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria que exige que en las escrituras de hipotecas del tipo a que se refiere se indique expresamente “*la denominación o descripción general del acto jurídico básico del que pueda derivar las obligaciones garantizadas*”, que no puede asimilarse a la garantía genérica de cualquier clase de obligaciones presentes o futuras sino únicamente las de aquel tipo que se especificare.

En cuanto al vencimiento cruzado de las obligaciones se considera admisible sin problemas; pero no la aplicación que se realiza del artículo 693 de la LEC, pues si bien se considera posible el pacto de ejecución parcial, en caso de pluralidad de obligaciones que pueden ser futuras, la cuantía de responsabilidad hipotecaria subsistente en ningún caso puede consistir en “la parte del crédito que no estuviere satisfecha”, es decir, que se reduce en la cantidad cobrada, porque en las hipotecas del artículo 153 bis no existe una correspondencia entre deuda y responsabilidad hipotecaria; por lo que la cantidad subsistente debe ser o bien el resultado de restar el principal íntegro de la obligación que provoca la ejecución o bien el resultado de restar la cantidad reclamada, según se pacte (ver sobre este

extremo el trabajo de Ángel Valero incluido en su libro sobre la hipoteca del artículo 153 bis).

Se aluden también a otros defectos observados en este modelo de hipoteca y que son: a) que no se fija expresamente el plazo de duración de la hipoteca, refiriéndose únicamente la estipulación tercera a un ambiguo “vencimiento de la operación”, que induce a confusión, pues con esa denominación no se sabe si se refiere a la concreta operación de crédito inicialmente garantizada o a la hipoteca flotante que como tal es un derecho real no una operación y no una operación; y no debe olvidarse que el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria que exige que en las escrituras de hipotecas del tipo a que se refiere se indique expresamente “*el plazo de duración de la hipoteca*”, que no puede confundirse con el plazo de la obligación u obligaciones garantizadas.

b) Igualmente se garantizan unas cantidades por intereses ordinarios y moratorios de la cuenta liquidatoria que no se reflejan en las cláusulas obligacionales que puedan generar las obligaciones garantizadas una vez cargadas en la cuenta; pues los que se generen antes de dicha incorporación, a los efectos de estas hipotecas del artículo 153 bis LH, tienen la consideración de partida normal del saldo, e igualmente tiene esta consideración los generados por las partidas del saldo –ya sean ordinarios o moratorios- si se hubieren pactado realmente; lo que implica que sólo deberían garantizarse separadamente del saldo los intereses moratorios generados después del cierre del saldo y las costas y gastos de ejecución. A este respecto deben tenerse en cuenta los artículos 1957, 1876 y 1528 del Código Civil y 9.2, 12 y 104 de la Ley Hipotecaria que proclamen los principios de accesoriedad de las hipotecas respecto del crédito o créditos garantizados, y de determinación de la hipoteca tanto respecto de la obligación asegurada como de las cantidades garantizadas; lo que implica que no se puedan garantizar conceptos que se refieran a obligaciones no pactadas expresamente.

11.-P: Se pregunta por la inscribibilidad de la siguiente cláusula de hipoteca: “SEXTA BIS. RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO. Primero.- El préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto y R podrá ejercitar las acciones de todo tipo, incluso judiciales y de ejecución que correspondan frente a la parte prestataria y demás obligados en razón del presente contrato o como consecuencia de las garantías prestadas a favor de R que podrá reclamar las cantidades adeudadas, tanto vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses incluso los de demora, gastos y costas procesales en los que se incluirán los honorarios de Letrado y derechos de Procurador, en los casos siguientes:

g) Como quiera que el presente préstamo se ha concedido por R basándose en las condiciones especiales fijadas por el Grupo R para sus empleados, en caso de

cesar el solicitante tanto voluntaria como forzosamente como empleado de cualquier empresa perteneciente al mencionado grupo, o de transmitirse la finca a terceros no empleados de empresas de dicho grupo, vendrán obligados los prestatarios a optar entre: -----

I) Reembolsar el importe del préstamo y sus intereses, dentro del plazo de tres meses a contar desde la fecha del cese, o en su caso de la transmisión de la finca.

II) Mantener en sus términos y condiciones el presente préstamo excepto el tipo de interés anual, que estará constituido por el tipo Euribor a un año publicado y tenido en cuenta en la última revisión, según se señala en la presente escritura, incrementado en 3,00 puntos porcentuales. El tipo de interés así establecido regirá a partir de los tres meses naturales siguientes al cese como empleado o de la fecha de transmisión de la finca y hasta la fecha de la siguiente revisión en que será actualizado, adecuándose en consecuencia la cuota de amortización mensual comprensiva de capital e intereses.

Asimismo, la PRESTATARIA deberá comunicar a R de forma fehaciente la opción elegida en el término de los diez días siguientes a la fecha del cese o de la transmisión de la finca, entendiéndose ante la ausencia de comunicación que se ha optado por la liquidación total de la deuda pendiente conforme al anterior apartado a)

i) Por recibir R instrucciones expresas de su sociedad matriz de dejar de prestar servicios de financiación con garantía hipotecaria a sus empleados. Dicha decisión del Grupo deberá ser comunicada por escrito a la parte prestataria, contando ésta con un plazo de tres meses para reembolsar el importe del préstamo e intereses que se hallen pendientes a la fecha de la resolución anticipada.

Durante dicho plazo la parte prestataria podrá solicitar a R asistencia en la negociación con una tercera entidad financiera de su confianza de las cláusulas financieras que se contienen en el presente préstamo hipotecario al objeto de que dicha entidad financiera se subrogue en la posición de R conforme a lo previsto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.”

R: La letra g) se considera inscribible, es habitual en muchas entidades financieras y responde a una justa causa, pues es lógico que las entidades puedan ofrecer mejores condiciones financieras a sus empleados que a los clientes en general por su condición de tal y mientras la misma se conserve.

Pero la letra i) no se estima registrable por ser contraria al artículo 1256 del Código civil que prohíbe que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes, como aquí ocurre pues se establece el vencimiento del préstamo, incluso de los plazos no vencidos, simplemente porque la matriz del Banco prestamista decida dejar de otorgar préstamos con garantía hipotecaria a sus empleados, sin que ese compromiso de asistencia en encontrar un nuevo acreedor altere en nada el rechazo de la cláusula.

12.-P: Se pregunta si es calificable por el registrador en las ejecuciones hipotecarias si el reparto del remate entre las distintas obligaciones garantizadas está bien realizado.

R: Mayoritariamente se entiende que sí y así se expone –Manuel Parga- que normalmente en los ejecutivos hipotecarios el auto se limita a decir cuál es el principal reclamado más lo presupuestado para intereses y costas que se devenguen. Este principal incluye sin desglosar el capital reclamado, los intereses ordinarios, los de demora y a veces incluso otros conceptos. Todo esto junto y revuelto es el principal reclamado.

Cuando llega el momento de adjudicar, bien al postor bien al acreedor en pago de lo reclamado, si no hay acreedores posteriores basta con que digan que el precio de adjudicación es inferior al total reclamado, porque el ejecutante tiene derecho a cobrar hasta donde alcance su reclamación.

Pero si hay acreedores posteriores el acreedor tiene limitado su cobro por cada uno de los conceptos asegurados a la cantidad asegurada para cada concepto, sin que pueda aplicarse el exceso de la garantía del capital para cubrirla el cobro de demoras (art. 132 LH). Por lo tanto, aunque el precio de adjudicación sea inferior al total reclamado y, en su conjunto, inferior al total garantizado, es necesario que cada uno de los conceptos reclamados (capital, intereses ordinarios, demora y costas) no exceda de su respectiva garantía.

Por ejemplo si el capital garantizado es 100 y el capital reclamado es solo 20, y la demora garantizada es 10 y la reclamada es 30, aunque la suma reclamada ($20 + 30 = 50$) es inferior al total garantizado ($100+10=110$), sin embargo el acreedor solo puede cobrar, con preferencia a terceros, sus 20 de capital no pagado y solo hasta 10 de demora, y ese exceso de demora (20) tendrá que ir con los demás acreedores al sobrante a ver quién tiene mejor derecho a cobrarlo.

Por lo tanto es necesario, en las ejecuciones hipotecarias, que en el auto se desglose siempre los distintos conceptos reclamados. En el ejecutivo ordinario no porque la anotación garantiza todo lo reclamado en perjuicio de terceros que cuando inscriben o anotan ya saben que el proceso ejecutivo ya está en marcha.

13.P: Hipoteca en garantía de deudas derivadas de sendos acuerdos de suspensión por interposición de reclamación económico-administrativa. Se presenta escritura de hipoteca unilateral a favor de la Hacienda Pública donde se hace constar que se ha concedido al deudor la suspensión del pago de 4 deudas frente a las que ha interpuesto reclamación económico-administrativa. Se incorporan los cuatro expedientes, cada uno con su clave de liquidación y acuerdo de suspensión independiente. Cada acuerdo de suspensión incluye además una minuta de hipoteca unilateral a favor de la Hacienda Pública por el importe de la deuda respectiva, pero en su lugar, se constituye una hipoteca sobre el montante de las cuatro deudas.

Se les dice que al ser 4 obligaciones distintas, debe constituirse hipoteca independiente ya que no se ha previsto por Hacienda la hipoteca global del artículo 153.bis LH en garantía de las citadas obligaciones.

Ahora manifiestan que las deudas se originan de un único expediente de derivación de responsabilidad subsidiaria del deudor, en el que se comprendieron las cuatro deudas (unas por IVA, otras por demora, etc.) Acompañan este expediente del que resulta que efectivamente se declaró la responsabilidad subsidiaria del deudor respecto de dichas deudas, pero Hacienda, en lugar de acumularlas y formar una única liquidación y reclamación por ellas, formula cuatro independientes y por separado. Aportan también un ejemplar de la reclamación económico administrativa contra dicho acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria (que comprende las repetidas cuatro deudas) y un certificado emitido ahora por Hacienda donde literalmente dice *“que la solicitud de suspensión del procedimiento recaudatorio fue efectuada por un único acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria, el cual comprende cuatro deudas arriba referenciadas, al aportar garantía suficiente...que fue recurrido ante el TEAR con fecha...”*

¿Basta esto para considerar la unidad de la obligación reclamada, o es preciso que transformen expresamente la hipoteca ordinaria en la hipoteca de máximo conforme al artículo 153.bis LH y con los requisitos de este último?

R: Aún con alguna opinión particular en contra, se entendió por la generalidad de los asistentes que tanto es posible aplicar el artículo 153 bis LH a estas obligaciones fiscales constituyendo una sola hipoteca de máximo con la necesidad de fijar el plazo de duración de la hipoteca siempre que se trate de expedientes independientes; como constituir una sola hipoteca ordinaria cuando, como en este caso, está suficientemente acreditado que, en realidad, se garantiza la suspensión de un único expediente.

Respecto del primer supuesto, que en realidad no es aplicable en este supuesto ante la aclaración de la AEAT, Ángel Valero Fernández Reyes en su libro “Estudio sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria y su modalidad de hipoteca flotante”, Colección Cuadernos de Derecho Registral, trata en el capítulo 3 sobre la “Problemática de la hipoteca en garantía de deudas fiscales, con especial mención a la hipoteca flotante” y concluye sobre su admisibilidad, si bien con algunas matizaciones que sintetiza en doce conclusiones (Vid. páginas 238-242 de la obra citada). Así entiende, por ejemplo, que “no es posible, en principio, imponer al deudor la garantía de obligaciones tributarias futuras por la dicción literal de la letra b) del artículo 153 bis de la LH que no las menciona expresamente, al contrario que la letra a) en relación con las entidades bancarias, y por la norma tributaria general, recogida en los artículos 81 y 82 de la LGT, que parece impedir la constitución de garantías a favor de la Administración más que por deudas tributarias liquidadas o, al menos, devengadas”. Y luego de exponer algunas especialidades más en cuanto a la determinación de las obligaciones aseguradas, la extensión de la hipoteca a los intereses de demora ordinarios y los distintos recargos, la responsabilidad hipotecaria, la facultad de certificación de la deuda, la posibilidad de pluralidad de acreedores, el procedimiento de ejecución o los supuestos de ejecución parcial (lo que revela el exhaustivo análisis que hace el autor de esta figura y que obliga a recomendar vivamente su lectura a todos los compañeros), también matiza, en cuanto a la necesidad de fijar un plazo de duración de la hipoteca flotante impuesto por el artículo 153 bis LH, que dicha exigencia excluye la aplicación de la doctrina de la resolución DGRN de 30 de septiembre de 2003 que admitió en caso de suspensión del expediente y respecto de la hipoteca ordinaria, que se fijara su vigencia hasta la conclusión de los procesos entablados, sin fijación de un plazo determinado.

Es posible, en este caso, la constitución de una hipoteca ordinaria porque, como queda dicho, existe una única reclamación económico-administrativa que, según se ha enunciado, se dirige contra el acuerdo de derivación de responsabilidad subsidiaria, expediente éste que es único, si bien comprende las cuatro deudas indicadas. Siendo posible la acumulación de las deudas en el procedimiento de apremio (artículo 75.3 RGR) y siendo aplicable a la ejecución de estas garantías el procedimiento de apremio. Tratándose de un acuerdo único de suspensión y de una hipoteca ordinaria, no se precisa plazo de duración pues, conforme a la resolución citada, aquella garantizará la deuda hasta la finalización del procedimiento.

14.-P: Últimamente se están viendo en algunos modelos de novación de hipotecas de cierta Entidad Financiera en los que se da nueva redacción al apartado 5 "Límites a la variación del tipo de interés", en la cual, tras fijar el tipo mínimo en el 0,00%, se dice que el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 99,00% nominal anual.”. En

otras ocasiones, directamente se omite el límite de la variación del tipo de interés. ¿Son inscribibles dichos límites?

R: Todos los asistentes estuvieron de acuerdo en que la nueva redacción de esta cláusula fijando el tipo máximo en el 99,00% supone, de hecho, no establecer límites a la variación del tipo de interés.

Sin embargo, la determinación de la responsabilidad por intereses mediante fijación de una cantidad alzada, no exime de tener que fijar un tope máximo a la variabilidad del tipo de interés. Como ha señalado la DGRN en resolución de 9 de febrero de 2001, recogiendo la doctrina de las resoluciones de 8 de marzo de 1996 y 9 de octubre de 1997, conforme al artículo 114 LH la garantía por intereses puede pactarse: bien fijando un número de anualidades, que no podrá exceder de cinco, y que en conjunción con el tipo de interés previamente establecido determinará el máximo de responsabilidad por intereses, ajustado a las exigencias del principio de especialidad (art. 12 LH); bien fijando simplemente una cantidad máxima, sin que sea preciso que esta cantidad corresponda necesariamente a los intereses de tres anualidades, ni que se especifique el plazo que dicha cantidad, en conjunción con el tipo de interés pactado, implica; ahora bien, dado que en ningún caso dicha cantidad alzada puede exceder del resultado de aplicar a un período de cinco años el tipo de interés máximo pactado (art. 220 RH), la determinación de éste es de todo punto inexcusable.

Esta necesidad de determinar un tope al interés variable, tanto para poder delimitar el alcance de la garantía constituida como para poder calcular si la cantidad alzada que se fija como garantía de intereses respeta el límite de los cinco años marcado por el artículo 114 LH, exigencia que impuso la resolución de 24 de agosto de 1998, es reiterada por otras resoluciones de la DGRN, (así: dos de 21-12-2007, de 14-1-2008, de 1-2-2008 y de 8-2-2008, de 28-2-2008 y 29-2-2008); si bien a falta del mismo se puede considerar como tipo de interés máximo el inicial y calcular a partir de él si se respeta los límites legales.

Señala esta resolución de la DGRN de 24 de agosto de 1998 que la exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento) requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación, en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.). Esta doctrina, se ha añadido, no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala el artículo 114 de la Ley Hipotecaria solo operan cuando exista perjuicio de terceros, al punto de

poderse compatibilizar en el sentido de que cuando no se dé aquel perjuicio, puede el actor proceder contra la finca por razón de los intereses debidos, cualquiera que sea el período a que correspondan, siempre que estén cubiertos por la garantía hipotecaria por estar comprendidos dentro del tipo máximo previsto, en tanto que de darse tal perjuicio, tan sólo podrá hacerlo, aparte de respetando aquel tipo máximo, por los realmente devengados durante los períodos temporales que señala el citado artículo 114.

15.-P: Si en un procedimiento de ejecución hipotecario judicial iniciado antes de la entrada en vigor del RDL 8/2011 pero terminado después, relativo a una finca que es la vivienda familiar del deudor, se adjudica ésta al acreedor por el 50% del valor de tasación, se debe suspender el despacho de la adjudicación y cancelación de cargas -existe un embargo posterior a la hipoteca y anterior a la nota de expedición de la certificación de cargas-, o como ni aplicando el 60% existirá sobrante para el titular registral posterior, debe considerarse que sólo es una cuestión que afecta a la impugnación por el deudor de la cifra de la adjudicación.

R: Se trata de un problema de derecho transitorio que no ha tenido ninguna previsión expresa en la norma, por lo que deberemos acudir a las normas generales. El mismo problema se ha planteado con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, sobre el que se envió una comunicación en abril de 2012 por Ángel Valero Fernández-Reyes sintetizando, a su vez, las conclusiones a las que se llegaron en las reuniones del Seminario donde se trató el tema, y que puede servir para alumbrar el que nos ocupa.

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 de la norma la subasta no se hubiere efectuado; y otros que incidieron en que el momento determinante es el del inicio del procedimiento.

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

- 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”*, entendiendo el inicio del procedimiento como resulta del de la DT 5ª LECiv que ahora se cita.

- La disposición transitoria quinta de la LECivil que, con relación a los juicios ejecutivos, señala que *“Cualquiera que sea el título en que se funden, los juicios ejecutivos pendientes a la entrada en vigor de la presente Ley se seguirán tramitando conforme a la anterior, pero, si las actuaciones no hubieren llegado al procedimiento de apremio, se aplicará en su momento esta Ley en lo relativo a dicho procedimiento.”* Y tratándose de bienes inmuebles hipotecados parece que el procedimiento de apremio comienza con la resolución judicial solicitando la certificación de dominio y cargas al Registro de la Propiedad pues es el primer trámite previsto en el artículo 656 para tal procedimiento.

A favor del primer criterio, que fue mayoritario, de considerar como momento de referencia la fecha de la celebración de la subasta, se aludieron las siguientes normas de derecho transitorio:

- La disposición transitoria 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 si no se hubiera celebrado la subasta el régimen de la misma, que es lo que en este caso es objeto de reforma, puede modificarse con o 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.

Procedería, por tanto, según algunos, la suspensión de la inscripción con base en el artículo 671 LECiv según el cual si en la subasta no hubiere habido ningún postor el acreedor podrá si se trata de la vivienda habitual del deudor, pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación; siendo que según consta en el mismo testimonio del auto que la finca subastada es el domicilio habitual de los deudores.

No obstante todo lo anterior, hubo también algún compañero que entendía que esta era una cuestión ajena a la calificación registral. No sólo porque el registrador no puede entrar en el fondo de estas decisiones judiciales, sino porque al adjudicatario o rematante no le afecta para nada y no se puede bloquear su adquisición por tal motivo. Desde que la subasta se confirma por auto de remate la adjudicación es firme y lo que después se haga con el sobrante o su posible existencia es distinto, pero no puede afectar a su adquisición. La

norma debe hacerla valer el juez, en ese caso secretario judicial, y, en su caso, los interesados posteriores que serían los únicos perjudicados y que por eso mismo deben ser notificados del procedimiento. Si después de ser notificados no ejercitan sus derechos no le corresponde al registrador hacerlos valer en contra de quien ha adquirido la finca en un procedimiento con todas las garantías, y que ahora se verá sin posibilidad de acceder a la protección registral y, además, sin que tenga en sus manos ningún medio de subsanación.

IMPUESTOS.

1.-P: Cuando se presenta una copia telemática y el impuesto se liquida físicamente, sin aportación posterior de la copia papel sino diligencia telemática del pago del impuesto, ¿Qué requisitos son exigibles?

R: Como ya se ha expuesto en otros números de esta revista, la expresada diligencia notarial que debe estar firmada electrónicamente, tiene que identificar el número del expediente de la autoliquidación, reflejándolo expresamente o por fotocopia del cajetín adherido a la copia de la escritura presentada en la oficina liquidadora, manifestando, en el primer caso, que en la copia física existe tal sello mecánico e incorporar la correspondiente carta de pago escaneada.

No se considera suficiente que el notario afirme en la diligencia simplemente que se ha "procedido a presentar el documento a liquidación" y que "se deja unida a la matriz copia del documento acreditativo de dicha presentación", acompañando únicamente la carta de pago escaneada.

En las Comunidades Autónomas que tengan establecido el correspondiente sistema la comprobación podría hacerse vía "Código seguro de verificación" y "número identificador de la liquidación", que debería constar en la diligencia notarial.

OPCIÓN DE COMPRA.

1.-P: Se presenta una escritura de opción de compra, por la que el dueño de dos fincas sobre las que pesa una hipoteca, concede a favor de un tercero un derecho de opción de compra sobre las mismas por plazo de 4 años y fijando como precio para dicha venta "... la cantidad que cada una de las fincas tuviera pendiente de amortizar del préstamo hipotecario suscrito con la Caja que grava dichas fincas". La opción podrá ejecutarse sobre ambas fincas o sobre una sola de ellas.

¿Está suficientemente determinado el precio? ¿Está suficiente identificado el precio individual para la venta de cada finca?

R: Se pone de manifiesto que con este sistema, la determinación del precio y la distribución del mismo entre las dos fincas afectadas no parece suficiente, ya que su cuantía queda pendiente de actos unilaterales del concedente de la opción, puesto que dependiendo de lo que él decida amortizar o no de dicho préstamo y de imputarlo al pago de la hipoteca de uno u otro bien, estaría determinado por sí solo el precio a aplicar a cada una, lo que contrario a lo dispuesto en los artículos 1256 CC, con carácter general, y 1445 y 1449 del mismo CC que, con carácter especial para la compraventa, exigen que el precio sea cierto o determinado y que no se deje al arbitrio de uno de los contratantes; así como perjudicial para los terceros titulares registrales de derechos reales o cargas en general, cuya protección exige una perfecta determinación de los negocios jurídicos que acceden al registro.

Se considera que la elección que se concede al deudor por el artículo 124 de la Ley Hipotecaria de la finca que haya de quedar libre en caso de pago parcial del crédito si la responsabilidad hipotecaria se encuentra distribuida entre varias fincas no es obstáculo a la solución anterior, pues opera en un ámbito distinto del de la fijación del precio de la compra.

PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.-P: Se presenta certificación administrativa suscrita por el Director General de Patrimonio de la Generalitat de Valencia relativa a la inclusión en el Inventario de Bienes de la Generalitat como bien patrimonial de un piso sito en Madrid, cuyo título de adquisición se dice en la misma es el auto de declaración de herederos abintestato a favor de la Generalitat de Valencia al fallecimiento de la actual titular registral sin herederos, del que se acompaña testimonio expedido por el secretario judicial competente. ¿Es inscribible sin más requisitos?

R: En un supuesto en el que estaba interesada la Administración del Estado la Resolución DGRN de 7 de marzo de 2009 entendió que no bastaba el testimonio del auto acompañado del correspondiente inventario de bienes, sino que era necesario para la inscripción el acta de entrega realizada por el Juzgado, y debemos entenderlo aplicable también a la adquisición de la Generalitat.

Así, según el art. 50-C del Estatuto de Autonomía de la Generalitat de Valencia, la Generalitat será heredera abintestato de los valencianos que fallezcan sin herederos; y según el art. 43 de la ley de Patrimonio de la Generalitat Valenciana Ley 14/2003 de 10 de abril, en caso de sucesión intestada y a falta de personas con derecho a heredarla según la ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat cuando el causante ostente la condición jurídica de

valenciano. El procedimiento administrativo aplicable será el que reglamentariamente se determine.

Parece ser que no existe todavía el necesario desarrollo reglamentario de la Ley de Patrimonio Valenciana pero, sin embargo, la Disposición Transitoria Segunda de la citada ley de Patrimonio de la Generalitat establece que *“en tanto no se dicten por el Gobierno Valenciano las normas de desarrollo reglamentario de la presente ley, será de aplicación supletoria la legislación de patrimonio del Estado y la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo que no se oponga o contradiga lo dispuesto en la misma”*, lo que nos reconduce a la normativa estatal sobre la materia.

Por su parte, el Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1373/2009 de 28 de agosto, dispone en su artículo 9 que, una vez declarada la Administración General del Estado heredera abintestato, se solicitará del Juzgado la entrega de los bienes y derechos mediante acta acompañada de una relación de los mismos. Precepto éste que reitera el requisito del Acta de entrega judicial de bienes que ya estaba prevista en el artículo 9 del derogado Decreto 2091/1971, de 13 de agosto, de régimen administrativo de la sucesión abintestato en favor del Estado y en el antiguo art. 22-2 de la Ley 3/1986 de 24 de octubre.

Por lo tanto, el documento presentado no se consideró hábil para causar la inscripción solicitada puesto que lo que se presenta es una certificación del inventario de las previstas en el art. 19 de la ley de Patrimonio de la Generalitat Valenciana Ley 14/2003 de 10 de abril, para el supuesto de inexistencia de título inscribible de finca no inscrita, y proceder a su inmatriculación en base a la misma al amparo art. 206 LH, acompañada del título sucesorio recaído. Debe tenerse en cuenta, además, que, en materia de requisitos y procedimiento registral de conformidad art. 149 CE, tal y como recoge expresamente el citado art. 19-1 de la ley de Patrimonio de la Generalitat Valencia, resulta aplicable la legislación hipotecaria estatal recogida en la Ley Hipotecaria y el Reglamento de desarrollo y demás legislación complementaria. Y es el art. 14 LH el que establece cual es el título hábil para causar la inscripción de una adquisición hereditaria, en caso de heredero único al establecer en su párrafo 1ª que *“el título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el Art. 979 de la LEC, estableciendo en su párrafo 3º que cuando se trate de heredero único y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el Art. 16 de esta ley, bastara para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante. Y el Art. 16 LH señala que los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por*

testamento u otro título universal o singular que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripción presentando dicho título con el documento en su caso, que pruebe haberles sido aquel transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir”.

Para la inscripción solicitada será, por lo tanto, necesario presentar el título sucesorio, que es el auto de declaración de herederos abintestato (artículo 14 LH) y el Acta judicial de entrega de bienes (artículo 16 LH) necesaria para todas las actuaciones subsiguientes de administración y liquidación del caudal hereditario y exigible de conformidad art. 9 Reglamento de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

REPRESENTACIÓN.

1.-P: En una escritura de venta el marido titular registral vende con poder de su mujer y en la reseña de la representación el notario indica que el poder lo ha visto por existir en su protocolo y no tener nota de revocación. ¿Es válida dicha reseña?

R: Se considera que sí porque según la DGRN –ver resoluciones de 28 de mayo y 13 de julio de 1999- la forma de acreditar la representación de un apoderado por el notario alcanza también a los propios documentos de los que deriva dicha representación y, en consecuencia, tratándose de un poder reflejado en escritura pública, la misma se puede acreditar por la exhibición de copia autorizada o, si la escritura de poder figura en el protocolo legalmente a cargo del autorizante de la escritura calificada, puede éste referirse a aquella por referencia a su protocolo siempre con las cautelas que el artículo 227 del Reglamento Notarial impone para la expedición de las copias autorizadas.

2.-P: Se presenta escritura en la que el Banco Santander comparece representado mancomunadamente por un apoderado directo del Banco y por otro apoderado de la sociedad Cibergestión Hipotecaria SL en sustitución de poder a ella concedido por el Banco Santander en el año 2009. Hay breve reseña de facultades y juicio notarial de suficiencia.

El problema radica en que la sociedad apoderada Cibergestión Hipotecaria SL se ha extinguido porque se dice en la escritura que ha sido absorbida por la sociedad Centro de Asesoría Hipotecaria S.L. en el año 2010, hoy denominada Grupo BC de Asesoría Hipotecaria. En la escritura nada se dice sobre si el Banco de Santander ha ratificado o reiterado en Grupo BC Asesoría Hipotecaria las facultades inicialmente concedidas a Cibergestión, ni tampoco resulta acreditada representación alguna del compareciente en nombre de Grupo BC

Asesoría Hipotecaria ya que no hay indicación alguna de ratificación de los poderes en su día concedidos por la sociedad absorbida.

¿Hay que entender subsistentes las facultades suficientes en su día concedidas por Banco Santander en favor de la sociedad extinguida y la sustitución de las mismas por esta realizada, como parece que hace el notario al emitir juicio de suficiencia, o por el contrario hay que entender extinguido dicho poder por desaparición de la sociedad apoderada al no acreditarse sustitución alguna a favor de la sociedad gestora absorbente?

R: Si la sociedad apoderada se ha extinguido y ha sido absorbida por una nueva sociedad no cabe entender, como parece desprenderse de la redacción de la escritura, que las facultades concedidas en su día a la sociedad absorbida subsistan en la nueva sociedad absorbente. Sería necesario un consentimiento expreso del Banco de Santander donde ratificara a favor de la nueva sociedad todas y cada una de las facultades en su día concedidas a la sociedad extinguida.

Y, por otro lado, la disolución de la primitiva sociedad y simultánea absorción por la nueva, implica que se extinguen los poderes que aquélla hubiera otorgado (cfr artículo 1.732 CC y 261 y 296 Cco) y en base al cual actúa el apoderado. Salvo que en la propia escritura de fusión por absorción se hubiere previsto expresamente la subsistencia y ratificación por parte de la sociedad absorbente de todos los apoderamientos concedidos por la sociedad absorbida.

Sin que se aclaren y acrediten debidamente estos extremos resulta que la reseña de las facultades es incompleta e incongruente con el contenido del documento por lo que deberá procederse a calificarlo negativamente.

URBANISMO.

1.-P: Examen de una parcelación de una urbanización de 1981 efectuada en suelo de especial protección, que fue declarada ilegal y en que la aplicación de la Ley de 9/1985 de tratamiento de actuaciones ilegales en la CCAA de Madrid en cuanto a los requisitos para su legalización la efectuaron los parcelistas expropiados.

R: La citada Ley de 9/1985 de tratamiento de actuaciones ilegales en la CCAA de Madrid, exige para la legalización de las parcelas ilegales la confección por el Ayuntamiento de un Plan de ordenación del núcleo de población –art. 15- y la regularización de la urbanización con arreglo al mismo, regularización que pueden hacer los mismos parcelistas si se constituyen en asociación de afectados –art. 17 Ley 9/1985- (también puede ser beneficiaria de la expropiación),

debiendo acudir al sistema de expropiación a favor de la Comunidad de Madrid en caso contrario.

En este caso, ante la falta de asociación de los parcelistas, tuvo lugar la expropiación de los terrenos por parte de la Comunidad de Madrid, pero la regularización luego la materializan los propios parcelistas que ya no son propietarios y quieren ahora la recuperación de dicha propiedad. Se indica que tanto el Ayuntamiento como la Comunidad Autónoma están de acuerdo pero no atinan con la fórmula jurídica para hacerlo.

Se estima que sería admisible que el Proyecto de Compensación y urbanización fuera confeccionado y firmado por la Comunidad Autónoma que luego en aplicación del artículo 37-4-c de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y al artículo 361 del Código civil entregaría las parcelas a los antiguos parcelistas, constituidos en Entidad Urbanística de Conservación, previo pago del precio de los terrenos –dinero recibido en la expropiación- y descontado el montante de las inversiones efectuadas.

La venta directa se justificaría por las especiales circunstancias que concurren en los adquirentes y su especial conexión con las fincas, lo que justificaría la aplicación analógica del criterio recogido en el artículo 137-4-i de la citada Ley que permite la venta directa en casos excepcionales, como podría entenderse éste, a favor de los ocupantes de los inmuebles.

2.-P: Inscrita una reparcelación se presenta ahora a inscripción la rectificación. Según resulta de la certificación inicialmente presentada, la rectificación afecta exclusivamente a 11 fincas destinadas a zona verde y viales que fueron adjudicadas en el Proyecto de Reparcelación al Ayuntamiento con una superficie total de 435.358 m² y como consecuencia de la rectificación esta superficie se reordena, adjudicándose 10 fincas, destinadas también a zona verde y viario, al Ayuntamiento y 2 fincas a la Comunidad de Madrid, destinadas a viario sistema general y vía pecuaria.

Sin embargo, a la vista de los Planos del Proyecto aportados, la superficie afectada por la modificación es mucho mayor, ya que se produce un desplazamiento hacia el sur de más de la mitad de las fincas resultantes del Proyecto de Reparcelación que ahora se modifica. Puesta una primera nota de calificación pidiendo aclaración sobre la zona y las fincas afectadas y sobre las notificaciones realizadas, se remite nueva certificación en la que se especifican las parcelas adjudicadas a particulares que como consecuencia de la modificación se ven desplazadas ligeramente hacia el sur señalando que con este desplazamiento no se produce variación o alteración respecto de su configuración. Además se dice que en el expediente sólo ha sido notificada la Comunidad de Madrid y que se han realizado publicaciones de la aprobación

inicial en “El País”, BOCM y tablón de Edictos del Ayuntamiento y de la Aprobación Definitiva en el BOCM.

Se pregunta si es necesaria la notificación individualizada a todos los titulares registrales, sólo a los propietarios de las fincas que han sido desplazadas, o a ninguno de ellos dado que la inscripción de la rectificación del proyecto no afectará a las inscripciones de las fincas adjudicadas a los particulares ya que su descripción no ha variado.

R: Se considera que debe exigirse la retroacción del expediente de rectificación y proceder a la notificación individualizada sólo a los titulares registrales afectados, como ya ha puesto de manifiesto la DGRN en diversas resoluciones como la de 22 de junio de 1989, la de 8 de enero de 1999, 31 de julio de 2001, 23 de mayo de 2003 y 26 de marzo de 2007 entre otras; o alternativamente su consentimiento expreso en escritura pública.

Las citadas resoluciones exigen para la rectificación por modificación de un proyecto de equidistribución ya aprobado e inscrito la intervención del titular registral o en su defecto resolución judicial (arts. 1 y 40 LH), aunque esa intervención puede ser meramente administrativa tratándose de situaciones jurídico-reales inscritas en virtud de título administrativo cuando éste, por nueva resolución administrativa, es alterado, cumpliéndose los trámites legales según el tipo de modificación de que se trate y con observancia de las garantías establecidas en favor de la persona afectada.

No puede alegarse, para evitar esa consecuencia, que la descripción de las fincas registrales no ha variado tras la rectificación, porque en el actual grado de desarrollo del derecho registral español, según dispone el artículo 9-1 de la Ley Hipotecaria, la identificación de la finca –más en un proyecto de equidistribución- se completa con la base gráfica de la misma con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas o georeferenciación, y aquí ese desplazamiento de las parcelas sí supone una alteración de la descripción de la finca registral.

3.-P: Se presenta una escritura de venta de cuota de indivisa de una finca urbana que lleva aparejada la adscripción de una porción determinada del mismo. ¿Es inscribible?

R: No porque según el artículo 17-2 del texto refundido de la Ley del Suelo de 2008 establece que la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística y que esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de

utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.

4.-P: Inscrito el proyecto de compensación de un Sector se modifica su Plan Parcial con dos objetivos: (1) alterar la configuración de las fincas adjudicadas al Ayuntamiento, alterando los usos y destinos previstos para cada una en el Plan inicial, sin alterar los viales ni las parcelas restantes; y (2) adecuar el Plan a la ejecución real de uno de los viales del Sector, lo que obliga, a modificar ligeramente unas alineaciones, a disminuir la superficie de algunas parcelas en una proporción mínima en comparación a su superficie total.

El Ayuntamiento consulta si puede realizar las operaciones señaladas en primer lugar por medio de operaciones ordinarias de modificación hipotecaria (agrupaciones y segregaciones) sin necesidad de esperar a la aprobación de la modificación del proyecto de compensación.

R: Se manifestaron dos posturas, la primera muy mayoritaria que consideró que si la consecuencia de la reestructuración de las parcelas municipales es la modificación del Plan Parcial (fase de planeamiento), el procedimiento adecuado para su acceso al registro es la modificación del Proyecto de Compensación (ejecución del planeamiento), con cumplimiento de todos los trámites del mismo, es decir, que deberá observarse el mismo procedimiento que el seguido para su aprobación, para lo cual se aplica la doctrina de la DGRN manifestada en resoluciones como la de 13 de marzo de 2007 y 1 de diciembre de 2008.

No se puede alcanzar el objetivo pretendido, se indica, realizando unas modificaciones puntuales por fases y utilizando la técnica de las modificaciones hipotecarias (agrupaciones, segregaciones), pues el proyecto constituye una unidad donde todas las operaciones están recíprocamente relacionadas, afectando a todos los titulares incluidos en la unidad de actuación. La necesidad de observar el procedimiento correcto constituye un requisito jurídico formal para la validez del acto administrativo.

La segunda postura estimó que si realmente, lo que no ocurre en este supuesto, sólo afectara la modificación a la configuración y destino de las fincas municipales, sí cabría utilizar la vía de escritura pública de agrupación, segregación y cambio de uso, sirviendo el Plan parcial, que en sí mismo implica una desafectación y afectación de las nuevas fincas, como base para el acuerdo municipal correspondiente.

Por supuesto si se trata, como en este caso -aunque la modificación sea leve: alineación y mínima reducción de superficie-, de una rectificación del Registro

por modificación de un proyecto de equidistribución ya aprobado e inscrito, es aplicable el principio general de modificación del Registro que exige la intervención del titular registral o en su defecto resolución judicial (arts. 1 y 40 LH), como viene reiterando la DGRN en resoluciones como las de 22 de junio de 1989, 8 de enero de 1999, 12 de diciembre de 1999, 31 de julio de 2001, 23 de mayo de 2003, 26 de marzo de 2007, o 1 de diciembre de 2008.

USUFRUCTO.

1.-P: Renuncia de usufructo. En una escritura comparecen los titulares del usufructo con carácter ganancial y renuncian a favor de los nudo propietarios que no comparecen al otorgamiento. ¿Es necesaria su aceptación? ¿Hay que especificar cuotas o se entiende que adquieren el usufructo en la misma proporción en que tienen la nuda propiedad?

R: En un principio, la renuncia del usufructo extingue el usufructo –artículo 513-4 del Código Civil- y hace que éste, salvo supuestos de usufructo sucesivo, *ex lege* se consolide con la nuda propiedad a favor de los nudos propietarios sin que sea necesario el consentimiento de éstos y sin que sea necesario determinar las cuotas que cada uno adquiere, pues efectivamente, éstas serán las mismas y con el mismo carácter que ostenten en la nuda propiedad. Para la inscripción del pleno dominio a favor de los nudos propietarios valdría su solicitud expresa de inscripción con firmas legitimadas notarialmente o firmadas ante el registrador.

No obstante lo anterior, algunos compañeros consideraron que dada la expresión “renuncia a favor de los nudos propietarios”, se trata de una auténtica donación y que, por tanto, es necesaria la aceptación expresa por parte de los mismos en escritura pública.

VIVIENDAS CON PROTECCIÓN PÚBLICA.

1.- P: En un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal existen inscritas varias fincas en favor de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid. Sobre los 23 elementos se constituyó en el año 2003 una hipoteca en garantía de un préstamo, que parece deducirse que tiene el carácter de cualificado, porque en la inscripción extensa su estipulación 5ª señala un tipo de interés en caso de pérdida de la condición de cualificado del préstamo, y en la 13ª tiene las prohibiciones de disponer del artículo 10 del RD 1/2002 de 11 de enero. Pero no constan dichas prohibiciones ni en el acta de inscripción ni por nota al margen y, en consecuencia, tampoco consta en la publicidad.

En el año 2004 las fincas obtuvieron la Calificación Definitiva de Viviendas de Protección Oficial, y quedaron sometidas al régimen del Real Decreto 31/1978, de 31 de octubre por plazo de 30 años. Más de la mitad de las fincas fueron vendidas por la EMVS en el año 2006, subrogándose los compradores en la hipoteca pero sin hacer ninguna mención a la prohibición de disponer y cancelándose en otros casos. Otras se han vendido con posterioridad. Siempre se trata de las primeras transmisiones de la EMVS a particulares, no hay segundas transmisiones. En las inscripciones concisas de hipoteca no se hizo constar ninguna prohibición de disponer que, como se ha dicho, sólo aparece en el cuerpo de la inscripción extensa pero no en el acta de inscripción ni por nota marginal.

Se plantean dos cuestiones:

- ¿Se debe hacer constar esa prohibición de disponer por nota marginal ahora, pasados casi los 10 años desde la formalización del préstamo? ¿Incluso en las fincas que se vendieron en el año 2006? ¿Se pone en las que aún son de la EMVS? O, como es una prohibición legal, si me llega ahora una segunda transmisión la suspendo aunque no hubiera nota ni se hubiera dado en la publicidad.

- ¿Puedo cancelar la hipoteca de una de las fincas por pago sin hacer ninguna referencia al carácter cualificado del préstamo? Si hubiera nota marginal de prohibición de disponer me plantearía cancelar la hipoteca y no cancelar esta nota, pero, dado que no hay nota marginal, ¿se puede cancelar sin más la hipoteca?

R: El artículo 19 del RD 1/2002, de 11 de enero, titulado “Destino y ocupación de las viviendas. Prohibición y limitaciones a la facultad de disponer y a la descalificación” dispone en su apartado 2 que los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales, para uso propio, no podrán transmitir ínter vivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de 10 años desde la formalización de dicho préstamo, y en su apartado 4 se dice que las viviendas sujetas a regímenes de protección pública que se acojan a las medidas de financiación establecidas por este Real Decreto no podrán ser objeto de descalificación voluntaria a petición de los propietarios hasta transcurridos quince años contados desde la calificación o declaración definitiva de las mismas. Añadiendo el apartado 5 que esta prohibición de disponer y las limitaciones a que se refieren los apartados 2 a 4 referidos se harán constar expresamente en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se

hará constar la prohibición y limitaciones a la facultad de disponer por medio de nota marginal.

De este artículo resulta que es la calificación especial del préstamo lo que determina la prohibición de disponer y que debe resultar expresamente de las escrituras donde los mismos se formalicen. No afecta la prohibición de disposición al promotor, sino al que adquiere o se adjudica la finca y siempre que en la respectiva escritura conste que se trata de un préstamo cualificado, contándose el plazo de los diez años de la limitación de disposición desde la subrogación en el préstamo al promotor o desde la concesión de un nuevo préstamo al adquirente que tenga tal condición, según los casos. En definitiva, la limitación deberá venir expresamente en las escrituras de compraventa con subrogación para hacerse constar en el Registro por nota marginal la limitación temporal de las facultades de disposición.

La misma técnica resulta de los artículos 5 y 7 del vigente Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012. Cuestión diferente son las limitaciones propias que deriven del régimen de protección pública que hubiere obtenido el edificio y que dependerán del régimen de calificación que se le haya otorgado.

Concluyendo, en relación con la primera cuestión, se dijo que no procedía hacer constar en este momento las limitaciones derivadas del RD 1/2002, sino que deberán reflejarse en el Registro en la forma indicada por esta norma según vayan inscribiéndose las escrituras de venta de los pisos y siempre que resulte de los títulos presentados la condición de préstamo cualificado. Y en los que ya se hayan inscrito a nombre de los nuevos adquirentes sin reflejar la limitación, los asientos estarán bajo las salvaguarda de los Tribunales, no pudiendo procederse a su rectificación sin el consentimiento de aquellos.

En cuanto a la posibilidad de cancelación de estas prohibiciones antes del transcurso del plazo de duración de diez años como consecuencia de la cancelación anticipada de la hipoteca, parece que debe mantenerse una postura negativa, pues del apartado 2 de este artículo 10 exige, para dejar sin efecto esta prohibición de disponer, la previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción, por lo que la cancelación anticipada exigirá autorización administrativa.

Así lo ha entendido también la DGRN en una reciente resolución de 7 de junio de 2011 en un supuesto más discutible donde se había procedido a la ejecución de la hipoteca, argumentando que el fin de estas prohibiciones es evitar un enriquecimiento injusto del beneficiario que pretende obtener unas rápidas

plusvalías mediante la enajenación de la vivienda; por eso, para que la prohibición de disponer se cancele antes de los diez años por causa de la cancelación de la hipoteca, aún habiéndose ejecutado el préstamo hipotecario, es necesario la autorización de la Comunidad Autónoma respectiva, previo reintegro de las ayudas recibidas.

LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SEGUNDO TRIMESTRE DE 2012

ÍNDICE

-- Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 29 de marzo de 2012, por el que la Comunidad de Madrid se adhiere al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas ([Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid Número 93](#), jueves, 19/04/2012).

-- Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid ([Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid Número 142](#) viernes, 15/06/2012).

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

IMPUGNACIÓN CONCURSAL DE GARANTÍAS: ACCIONES DE REINTEGRACIÓN [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 28ª) DE 20 DE ABRIL DE 2012.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García.

Antecedentes.- La administración concursal de una empresa impugnó, mediante el ejercicio de las acciones de reintegración, la garantía personal y real que dicha empresa había concedido, respondiendo solidariamente de la concesión de un préstamo sindicado (otorgado por varias entidades de crédito) a favor de una tercera empresa, relacionada con la primera. La administración concursal solicitaba se declarase la rescisión del acto de constitución de dichas garantías, la cancelación de los asientos registrales a que hubiera dado lugar y, la restitución de las cantidades pagadas, para el caso de que la concursada las hubiere satisfecho en pago de cuotas devengadas del préstamo. Los préstamos garantizados tenían como objetivo la liquidez y refinanciación de la empresa prestataria. No se discute que, tras la suscripción de los préstamos, la empresa garante y después concursada, pudo efectuar el pago de importantes deudas preexistentes con algunas de las entidades prestamistas. El Juzgado Mercantil estimó parcialmente la demanda y declaró la ineficacia del pacto de constitución de hipoteca y la cancelación de los correspondientes asientos registrales (manteniendo, sin embargo, la garantía personal). La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia.

Doctrina.- Tiene una especial significación el hecho de que las empresas prestataria y garante pertenecieran al mismo grupo.

En relación con la garantía personal otorgada, debe entenderse que no existe gratuidad si, a cambio, la empresa garante se vio favorecida por el préstamo, al haberse destinado parte de la cantidad a la cancelación de importantes deudas bancarias de la garante y concursada, así como a la cancelación de deudas de la empresa prestataria, de las que la garante era responsable solidaria. No es

aplicable por consiguiente la presunción de perjuicio patrimonial que el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal asocia a las liberalidades para facilitar el ejercicio de la acción.

Sin embargo, en relación con la garantía real otorgada, es de aplicación la presunción de perjuicio que el artículo 71 de la citada Ley Concursal vincula a la constitución de garantías reales para la seguridad de obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes que carecían de ella.

Nota.- Adviértase que, dada la fecha en que se producen los hechos, no es de aplicación la modificación introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que afecta al artículo 71, y en particular, su nuevo párrafo 6º, que pone obstáculos a la impugnación de los acuerdos de refinanciación.

CARMEN JEREZ DELGADO

EXPEDIENTE DE DOMINIO: CARÁCTER SUPLETORIO Y EXCEPCIONAL DEL PROCEDIMIENTO [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 20ª) DE 28 DE MARZO DE 2012.]

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez.

Antecedentes.- La promotora pretendía inmatricular a su nombre la parte indivisa que le correspondía sobre parte de la finca matriz, sin haberse realizado las oportunas operaciones registrales de segregación realizadas sobre la finca original. Requerida previamente por el Registrador de la propiedad para acreditar el resto de segregaciones y ante la imposibilidad de acreditarlo, éste le instó a solicitar el auxilio judicial. En tales circunstancias, se inició un procedimiento de expediente de dominio, que se desestimó por el Juzgado de Primera Instancia, al haber adquirido la promotora del expediente su propiedad directamente de los titulares registrales actuales. La Audiencia Provincial de Madrid dictó auto confirmando el anterior; No obstante, no se hizo expreso pronunciamiento en relación a las costas, alegando que así lo aconseja la existencia de dudas de derecho debidas a los criterios discrepantes en la materia entre las distintas Audiencias Provinciales.

Doctrina.- La afirmación de que el expediente de dominio, escogido por la recurrente para la inscripción de su derecho en el Registro de la propiedad, no es el procedimiento adecuado, es correcta cuando existen otras vías para la inscripción del derecho de la solicitante, que –pese a ser más gravosas- son las que debe seguir. La tutela judicial debe buscarse por el cauce adecuado.

Es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la que explica que la finalidad del expediente de dominio consiste en «suplir los títulos intermedios de los que no se dispone siempre que realmente haya más de un eslabón roto en la cadena de titularidades», pero no es un procedimiento adecuado cuando el promotor del expediente traiga causa directa del titular registral.

El expediente de dominio tiene carácter supletorio y excepcional. Cuando el promotor del procedimiento sea un causahabiente del titular registral, el trámite adecuado es la presentación de los títulos en el Registro de la propiedad, o, en su caso, la elevación a público del documento privado o, en su caso, el ejercicio de una acción declarativa de la propiedad en un procedimiento judicial ordinario.

El expediente de dominio no es medio apto para producir la inmatriculación de una segregación, según reiterada jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Madrid, *«ni a través del expediente inmatriculador, que sólo sirve para*

practicar una primera inscripción en sentido registral, carente de soporte causal en otro asiento anterior (no por tanto para una segregación anterior), ni a través del de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, que se refiere a la finca tal y como está inscrita en el Registro o a una cuota indivisa de la misma, no a fincas configuradas de forma distinta a como constan en el Registro».

CARMEN JEREZ DELGADO

EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA POR TITULARES REGISTRALES [SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN 10.ª) DE 28 DE MARZO DE 2012.]

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Isabel Fernández del Prado.

Antecedentes.- En junio de 2003, don Luis Andrés y doña Nieves, por una parte, y don Manuel y doña Vicenta, por otra, suscribieron un documento privado, en el cual los primeros transmitían a los segundos la posesión y el dominio de un terreno acabado en pico, aproximadamente de 8 metros cuadrados.

Con posterioridad, en septiembre de 2005, don Luis Andrés y doña Nieves otorgan escritura pública de compraventa a favor de doña María Inmaculada y doña Bernarda respecto de la finca procedente del plan parcial "La Lámpara II", sector K, manzana A, en Humanes (Madrid), donde se encuentra una vivienda unifamiliar adosada de dos plantas, siendo la superficie total del terreno de 250 metros cuadrados.

En la parcela, vendida por la escritura pública de compraventa anteriormente referida, se encuentra incluido el terreno acabado en pico, que fue objeto del documento privado arriba mencionado, hecho que queda acreditado mediante la prueba testifical de don Luis Andrés y doña Nieves y el informe pericial elaborado por el perito judicial designado. Atendiendo a dicha circunstancia, se formula por doña María Inmaculada y doña Bernarda una demanda contra don Manuel, solicitando se declare que el terreno acabado en pico es propiedad de las actoras y se condene al demandado a reintegrar la posesión del mismo y que se ejecuten a costa del demandado las obras necesarias para reponer dicho terreno a su estado inicial.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Fuenlabrada desestimando las excepciones de inadecuación de procedimiento por razón de la materia, inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía, falta de litisconsorcio pasivo necesario y prescripción, pero estimando la excepción de falta de legitimación activa de las demandantes, desestima la demanda interpuesta por doña María Inmaculada y doña Bernarda contra don Manuel. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Madrid lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia, salvo lo indicado en el penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho sexto, referente a que las actoras "no ostentan título para ejercitar la acción reivindicatoria", así como el último párrafo del Fundamento de Derecho sexto, quedando todo ello suprimido.

Doctrina.-En esta sentencia la Audiencia Provincial de Madrid reproduce parcialmente un pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de diciembre de 2011 que señala lo siguiente: "*el principio de la fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica, pero no con carácter absoluto e ilimitado, ya que ampara datos jurídicos y opera sobre la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales e inmobiliarios inscritos, no alcanzando la presunción de exactitud registral a los datos y circunstancias de mero hecho, cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca (SSTS de 6-2-1974, 16-11-1960, 31-10-1961, 29-4-1967, 16-4-1968 y 3-6-1989), de tal manera que la presunción iuris tantum que establece el art. 38 de la Ley Hipotecaria, puede ser desvirtuada por prueba en contrario que acredite la inexactitud del asiento registral (SSTS de 27-2-1979, 20-6-1975, 26-10-1981, 16-9-1998 y 24-4-1999) en cuanto la realidad jurídica registral acredite ser distinta a la que se expresa tabularmente".*

Por otra parte, la Audiencia Provincial de Madrid mantiene que las demandantes por el mero hecho de ser titulares registrales tienen legitimación activa para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

**CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD
[SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
(SECCIÓN 21.ª) DE 6 DE MARZO DE 2012.]**

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

Antecedentes.- En los Libros del Registro de la Propiedad núm. 6 de Madrid aparece, como dueño o propietario de la finca número 76.796 (al Tomo 3.055 del libro 2.496, folio 210), la persona jurídica denominada *Somersen, S.A.*, que, luego, pasó a denominarse *Promociones y Obras Tiziano, S.A.*

El 23 de julio de 2003 se suscribe un contrato de préstamo entre la entidad bancaria B.P., como prestamista, y la entidad *Somersen, S.A.*, como prestatario, quien, en garantía del cumplimiento de su obligación de devolución de la suma de dinero prestada y del pago de los intereses remuneratorios y moratorios pactados, constituye una hipoteca sobre su finca registral número 76.796, dando lugar, en el Registro de la Propiedad, a la inscripción 8ª (hipoteca).

El 13 de febrero de 2006, la entidad financiera B.P. ejercita la acción hipotecaria, lo que da lugar al proceso de ejecución hipotecario que se tramita, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid.

En el 2006, la sociedad *Somersen, S.A.*, solicita la declaración en concurso de acreedores, lo que da lugar al procedimiento concursal tramitado, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, en el que se dicta Auto, el 4 de septiembre de 2006, declarando en situación de concurso voluntario de acreedores a *Promociones y Obras Tiziano, S.A.*, lo que se hace constar en el Registro de la Propiedad, respecto de la finca número 76.796, en la inscripción 10ª. Posteriormente se acuerda el nombramiento de los administradores concursales que aceptan el cargo, lo que se hace constar en el Registro de la Propiedad, respecto de la citada finca registral, en la inscripción 11ª. El 13 de marzo de 2007 se dicta un Auto en el que se declara que la finca registral mencionada es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial del deudor, *Promociones y Obras Tiziano S.A.* En virtud de mandamiento de 22 de marzo de 2007 se ordena al Registrador de la Propiedad núm. 6 de Madrid que practique la correspondiente anotación preventiva, lo que originó un asiento de presentación el 27 de marzo de 2007 y dio lugar a la anotación preventiva letra C de afección de la finca que se practica el 7 de noviembre de 2007.

En el proceso de ejecución hipotecaria, después de requerir de pago al deudor, se celebra la subasta pública el 28 de marzo de 2007, a la que no comparece ningún licitador, concediéndosele, al actor, un plazo de 20 días, dentro del cual presenta escrito solicitando le sea adjudicada la finca por una suma de dinero

inferior al 70% del tipo pactado para la subasta, por lo que se le da traslado por 10 días, al demandado, para mejorar la postura, y, habiendo transcurrido ese plazo sin manifestación alguna por la parte demandada, se dicta Auto, el 27 de abril de 2007, por el que se aprueba el remate de la finca registral núm. 76.796 a favor del ejecutante, la entidad bancaria B.P., por la suma de 6.111.785 euros.

El 18 de mayo de 2007 se dicta providencia por la que se acuerda expedir testimonio del Auto de aprobación de remate, así como mandamiento por duplicado de cancelación de cargas, ordenándose la cancelación de la inscripción 8ª de la hipoteca que motivó la ejecución de la mencionada finca registral, así como la cancelación de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción de las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en ese procedimiento. Y, en base a esta providencia, se remite el mandamiento con testimonio al Registro de la Propiedad núm. 6 de Madrid.

En el Registro de la Propiedad núm. 6 de Madrid es presentado el mandamiento con el testimonio el 8 de junio de 2007, acordándose, por el Registrador de la Propiedad, el 12 de julio de 2007, la suspensión de la calificación. Posteriormente, el 26 de noviembre de 2007, el Registrador de la Propiedad, acuerda la no inscripción de la aprobación del remate y la no cancelación de las inscripciones 10ª y 11ª, por concurrir, para esa inscripción y cancelaciones, un obstáculo que surge del propio Registro (art. 100 "in fine" RH), cual es la anotación preventiva letra C.

La entidad financiera B.P. interpone una demanda el 8 de febrero de 2008, al amparo de lo dispuesto en el artículo 324 LH, impugnándose directamente ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid la calificación negativa que el titular del Registro de la Propiedad núm. 6 de Madrid realizó el 26 de noviembre de 2007.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid desestima la demanda formulada por la entidad bancaria BP y declara que no ha lugar a revocar ni a dejar sin efecto la calificación del titular del Registro de la Propiedad núm. 6 de Madrid de 26 de noviembre de 2007, por la que se denegó la inscripción del Auto de adjudicación de 27 de abril de 2007 y del mandamiento de cancelación de las inscripciones 10.ª y 11.ª y la anotación preventiva letra C de 26 de noviembre de 2007, dictados en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandante, 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 función calificadora del Registrador de la Propiedad no queda restringida o

limitada cuando el documento a calificar lo hubiera expedido la autoridad judicial que estuviera conociendo de un proceso de ejecución hipotecaria, excluyéndose, de esa función calificadora, la concurrencia de obstáculos para la inscripción que surjan del propio Registro.

Asimismo en la citada sentencia también se señala que la función calificadora del Registrador de la Propiedad es complementadora de la función jurisdiccional, atribuida, con carácter exclusivo y excluyente, en el apartado 3 del artículo 117 de la Constitución española de 1978 a los Juzgados y Tribunales y que la calificación negativa de un Registrador de la Propiedad, respecto de un documento expedido por la autoridad judicial, no constituye una violación de la función jurisdiccional del Juzgado o Tribunal que hubiera ordenando la inscripción calificada negativamente por el Registrador y tampoco constituye una vulneración de la tutela judicial efectiva a la que tiene derecho el ejecutante en un proceso de ejecución hipotecaria.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

**RESUMEN DE
RESOLUCIONES DE LA
DGRN**

SEGUNDO TRIMESTRE DE 2012*

* Por razón de las oposiciones a registradores de la propiedad que afectan a sus redactores que son preparadores, no se han podido incorporar los resúmenes de las resoluciones en este número. En el número próximo se incorporarán las del segundo y tercer trimestre.