

RECURSOS GUBERNATIVOS

Resolución 1ª de 8 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad interino de Herrera del Duque, por la que se deniega la extensión de un asiento de presentación.

En el recurso interpuesto por don J. L. M. A. contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad interino de Herrera del Duque, don Alberto María García Ruiz de Huidobro, por la que se deniega la extensión de un asiento de presentación.

HECHOS

I

Mediante instancia suscrita por don J. L. M. A. el día 27 de noviembre de 2013, con la firma legitimada notarialmente, en la que dice actuar además en nombre de tres de sus hermanos, sin acreditarlo, dicha persona, después de exponer los problemas originados en cuanto a la titularidad de determinada finca registral, consideró lo siguiente: «debido a que nuestros derechos de propiedad por herencia testamentaria sobre la casa en litigio no son recogidos en la donación efectuada por C. (la hermana restante), dañándose con ello nuestros intereses y derechos legítimos sobre la misma, y dado que estos derechos han sido reconocidos implícitamente por la donante en el Acto de Conciliación, la inscripción en ese Registro de la donación efectuada por C. al Ayuntamiento de Siruela debe quedar suspendida en los 180 solicitados con el fin de tener tiempo para que los tribunales decidan cual es o no es la parte de la casa que C. puede o no puede donar y cual es o no es de nuestra propiedad», y solicitó que se prorrogase el plazo de suspensión de la donación efectuada por doña C. M. A. al Ayuntamiento en ciento ochenta días.

II

Dicha instancia, acompañada de diversos documentos, tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad de Herrera del Duque, siendo objeto de la siguiente calificación: «Registro de la Propiedad de Herrera del Duque. Hechos: Datos del documento: Número de entrada: 1054/2013. Documento: Instancia privada (con firma legitimada) suscrita por don L. M. A. con fecha 27 de noviembre de 2013. Asunto: Solicitud de prórroga de asiento de presentación de donación efectuada por doña C. M. A. al Ayuntamiento de Siruela de la casa en Calle (...). Fundamentos de derecho: Previa calificación del documento señalado y examinados los antecedentes del Registro, el Registrador de la Propiedad que suscribe, resuelve: 1. Denegar el asiento de presentación del documento indicado en el encabezamiento, en virtud del artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario. “Los registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos: 1. Los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral”. Dicha negativa se fundamenta en el Principio de Titulación Pública impuesto por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria que considera título formal a los efectos del Registro, las escrituras públicas, las ejecutorias y los documentos

auténticos expedidos por la Autoridad Judicial o por el Gobierno o sus Agentes. De acuerdo con lo anterior, sólo la documentación auténtica y pública tendrá acceso al Registro de la Propiedad. (Artículos 1.216 y 1.280 del Código Civil, 3, 257 y 258.4 de la Ley Hipotecaria, 3, 34, 100 y 420 de su Reglamento; resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17-11-1955, 12-5-1998, 8-1-2002, 9-5-2003, 18-12-2004, 10-9-2005, 15-3-2006, 5-7-2006, 19-7-2007, 4-11-2008, 10-11-2008, 23-12-2008, 15-7-2009, 3-3-2010 entre otras).

2. El presentante (don J. L. M. A.) no está legitimado para solicitar la prórroga del asiento de presentación a que se refiere la instancia adjunta. Dicha prórroga sólo puede producirse a la solicitud de su presentante (Ayuntamiento de Siruela) o la autoridad judicial competente. Artículos 97 y 111 del Reglamento Hipotecario. Esta nota de calificación (...). Herrera del Duque a 4 de diciembre de 2013.–El Registrador interino (firma ilegible). Fdo.: Alberto García Ruiz de Huidobro».

III

Contra la anterior calificación denegatoria de la práctica del asiento de presentación, don J. L. M. A. interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante escrito, de fecha 3 de enero de 2014, que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Herrera del Duque el día 20 de enero de 2014, en el que solicitaba que se revocase la decisión del registrador y se le instase «a prorrogar en 180 días la inscripción (sic) de la donación realizada por doña C. M. A.». Adjuntaba como documentación un certificado del Ayuntamiento de Siruela referente a la fecha de construcción de la finca, un escrito que el recurrente identifica como testamento ológrafo de su madre, doña C. A. R., si bien de fecha anterior al testamento abierto otorgado ante notario por dicha señora, que también se acompañaba, junto con los certificados de defunción y de Últimas Voluntades de la citada causante, una cédula de citación y un auto judicial por el que se reabren actuaciones a fin de recibir determinada declaración testifical.

IV

El registrador emitió su informe con fecha 31 de enero de 2014, manteniendo íntegramente su calificación, y formó expediente, que remitió a este centro directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 3, 18, 66, 96, 248.3, 258.4, 323 y 327.4.º y 11.º de la Ley Hipotecaria; 97, 111, 420 y 432 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo y 5 de julio de 2006; 19 de julio de 2007; 11 de febrero, 4 y 10 de noviembre y 23 de diciembre de 2008; 3 de mayo y 14 de julio de 2012; 20 de noviembre de 2013, y 17 de febrero de 2014.

1. Son hechos relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

– Mediante una instancia que fue objeto de presentación bajo el número 2.260 del Diario 27, en el Registro de la Propiedad de Herrera del Duque, don J. L. M. A. solicitó la práctica de anotación preventiva de derecho hereditario sobre determinada finca, práctica que fue denegada, recurriéndose la decisión del registrador y recayendo Resolución de fecha 6 de septiembre de 2013 por la que se desestimó el recurso, por lo que no se practicó la anotación solicitada.

– En escritura de donación que causó el asiento de presentación 65 del Diario 28, doña C. M. A. dona la citada finca al Ayuntamiento de Siruela. Este asiento se proroga como consecuencia de las operaciones efectuadas sobre el anterior.

– Ahora, mediante la instancia cuya presentación se deniega, a la que precedió otra en similares términos, don J. L. M. A. solicita que se suspenda durante los ciento ochenta días solicitados la inscripción en ese Registro de la donación efectuada por doña C. M. A. al Ayuntamiento de Siruela, que causó el asiento 65 antes referido, debido a que en su opinión sus derechos de propiedad por herencia testamentaria sobre la casa en litigio no son recogidos en la donación efectuada por doña C. M. A. y, por tanto, se produce un daño a sus intereses.

– El registrador deniega la práctica del asiento de presentación por aplicación del artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario y por entender que el recurrente no está legitimado para solicitar dicha prórroga.

2. En cuanto a la idoneidad del recurso, hay que recordar que en la primera redacción del Reglamento Hipotecario, el artículo 416 estableció que, ante la negativa de extender el asiento de presentación, cabía recurso de queja ante el juez de la localidad. La Ley 24/2001 estableció en el artículo 329 de la Ley Hipotecaria que cabía interponer recurso de queja ante esta Dirección General, con alzada ante el Juez de la capital de la provincia, pero este último precepto quedó derogado y dejado sin contenido por la Ley 24/2005, por lo que actualmente la cuestión carece de una regulación directa.

No obstante, este centro directivo ha entendido (cfr., Resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

3. Entrando ya en las cuestiones de fondo suscitadas en el presente expediente, y en relación al primero de los defectos observados por el registrador, en efecto, el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. En este caso si bien la instancia puede ser documento idóneo para solicitar la prórroga del asiento de presentación en los casos expresamente previstos en la legislación hipotecaria, esta posibilidad no se puede contemplar independientemente del resto de circunstancias que concurren en este caso, como son las personas legitimadas para solicitarla y por lo tanto para suscribir el documento, y la posibilidad misma de que dicha prórroga sea procedente.

4. En el supuesto de hecho de este expediente, el asiento de presentación cuya prórroga se solicita, el 65 del Diario 28, fue ya prorrogado, como se ha expuesto anteriormente, en sucesivas ocasiones. Hay que destacar que dichas prórrogas no tuvieron su origen en el título que causó el citado asiento, sino que traen causa del asiento de presentación anterior recayente sobre la misma finca y que dichas prórrogas se produjeron automáticamente por mandato legal. Y así la calificación negativa del título que contenía dicho asiento anterior, el 2.260 del Diario 27, provocó no solo su prórroga conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria

sino la de los asientos posteriores, es decir, el 65 del Diario 28, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento Hipotecario. Contra la anterior calificación se interpuso recurso lo que provocó una nueva prórroga del asiento de presentación, conforme a lo dispuesto en los artículos 66 y 327.4 de la Ley Hipotecaria, esto condujo asimismo a la prórroga del asiento posterior, el 65 del Diario 28, como señala el artículo 432.4 del Reglamento Hipotecario. Finalmente, desestimado el recurso y publicada la Resolución desestimatoria, el plazo para despachar los asientos posteriores empezará a contar desde que hayan transcurrido dos meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» a cuyo efecto seguirá vigente la prórroga del asiento de presentación de dicho título posterior conforme a lo señalado en el punto 11.º del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Dichos plazos fueron observados y reseñados en el Registro mediante las preceptivas notas marginales.

5. Por todo lo expuesto, la prórroga ahora solicitada es improcedente puesto que no se basa en ninguno de los supuestos contemplados en la legislación hipotecaria, ni el recurrente tiene la condición de presentante, ni la consideración de interesado en el título que provoca el repetido asiento de presentación, ya que ni es titular registral de derecho alguno sobre la finca, ni es transmitente o adquirente en el título de donación. En consecuencia, no solo le es aplicable el punto 1 del artículo 420 del Reglamento Hipotecario sino también su punto 3 pues aun admitiendo la posibilidad de que una instancia privada solicitando la prórroga de un asiento de presentación se encuentre dentro de los casos excepcionales de eficacia del documento privado, por la concurrencia del resto de circunstancias resulta evidente que no se puede producir operación registral alguna. De hecho el asiento de presentación en cuestión no está en vigor al haberse producido el despacho del título que lo causó una vez transcurridos los plazos antes señalados.

La anterior conclusión tampoco se modifica por el resto de documentos aportados por don J. L. M. A. junto con la instancia, ya que la existencia de una segunda planta en la construcción deberá efectuarse mediante la oportuna declaración de obra nueva, que debería efectuarse por el titular registral de la finca, condición que hasta el momento no tiene, y en cuanto a los documentos judiciales aportados, la mera iniciación de estos procedimientos no puede impedir la práctica de la inscripción de títulos que gocen de prioridad registral ni motivar asiento alguno, pues es necesario que el Juzgado o Tribunal competente decrete la correspondiente medida preventiva o cautelar que proceda, a través de la correspondiente anotación preventiva mediante la resolución del juzgado y el mandamiento decretando la anotación preventiva.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 8 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 8 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles I de Barcelona, por la que se deniega la inscripción de una escritura de modificación de estatutos consistente en reducción de capital social.

En el recurso interpuesto por don J. M. P. B., Administrador único de la sociedad «Doban 2009, S.L.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Barcelona, doña María Dolores Fernández Ibáñez, por la que se deniega la inscripción de una escritura de modificación de estatutos, consistente en reducción de capital social.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 28 de octubre de 2013 por el notario de Barcelona, don Juan Francisco Boisán Benito, se elevó a público un acuerdo de la Junta general de la sociedad recurrente, por el que se redujo el capital social de la compañía, con el fin de adecuar el capital social a su situación patrimonial actual.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil I de Barcelona, dicho documento fue calificado con la siguiente nota: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos. Diario/Asiento: 1176/1531 F. Presentación: 21/11/2013. Entrada: 33168084. Sociedad: Doban 2009, S.L. Documento calificado: Escritura de fecha 28/10/2013. Notario Don Juan Francisco Boisán Benito. Número 2025 de protocolo. Fecha de la calificación: 27/11/2013. Fundamentos de Derecho (defectos). Debe incorporarse al documento un balance de situación cerrado en una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de reducción, aprobado por la Junta general y verificado por los auditores de la sociedad o, en su defecto, por el auditor designado por los administradores. (Artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital). A la vista de la documentación citada se procederá a la completa calificación del documento. Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación (...) El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida, mediante presentación en el Registro Mercantil de Barcelona, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por don J. M. P. B., Administrador único de la sociedad «Doban 2009, S.L.», de recurso en base a la siguiente

argumentación: que la sociedad recurrente es una sociedad familiar y patrimonial desde su origen; que han presentado cuentas anuales que comprenden cuentas de pérdidas y ganancias y estado de cambios en el patrimonio neto así como datos de identificación obrantes en el Registro Mercantil de Barcelona. Las cuentas han sido aprobadas según acreditan; y, que la interpretación del artículo 320 de la Ley de Sociedades de Capital debe permitir que las sociedades de pequeñas dimensiones puedan justificar la reducción de capital por restablecimiento del equilibrio patrimonial mediante acreditación de la citada documentación.

IV

No consta informe del notario autorizante que hizo advertencia expresa en el documento calificado del contenido del artículo 323.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

La registradora emitió informe en defensa de su nota el 27 de enero de 2014 y elevó el expediente ante este Centro Directivo donde tuvo entrada el 3 de febrero de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 323 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 171.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de febrero y 17 de octubre de 2012, entre otras.

1. Debe resolverse, como única cuestión planteada, si es necesario acreditar mediante balance de situación, especial y auditado, la situación patrimonial de una sociedad limitada que reduce su capital por pérdidas.

2. En efecto, la redacción del artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital es clara al disponer: «1. El balance que sirva de base a la operación de reducción del capital por pérdidas deberá referirse a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo, previa verificación por el auditor de cuentas de la sociedad y estar aprobado por la junta general. Cuando la sociedad no estuviera obligada a someter a auditoría las cuentas anuales, el auditor será nombrado por los administradores de la sociedad. 2. El balance y el informe de auditoría se incorporarán a la escritura pública de reducción».

Con tal dicción, el legislador unifica para las sociedades anónimas y limitadas, con independencia de su consideración de pequeña o micro empresa, la necesidad de incorporar balance auditado, el cual deberá, además, ser incorporado a la escritura de reducción de capital.

3. Con independencia de los razonamientos expresados por el recurrente, la literalidad de la norma no permite excepción en cuanto se fundamenta en la exigencia de un control riguroso, cualificado, de la existencia real de pérdidas y de la inexistencia de reservas de cualquier clase en las limitadas (artículo 322.1 de la Ley de Sociedades de Capital); voluntarias o legal en el exceso del diez por ciento de la cifra capital, tras la reducción operada en las anónimas (322.2 de la Ley de Sociedades de Capital), como forma de reforzar la función del capital y en

general de los fondos propios de la sociedad, en aras a garantizar la protección de terceros y especialmente de los acreedores.

4. En el caso planteado, la sociedad limitada, deberá incorporar a escritura pública el balance de situación de la sociedad, referido a los últimos seis meses de actividad, debidamente verificado por el auditor de su sociedad y en el supuesto de carecer de él, por el designado al efecto, a fin de acreditar con soporte técnico independiente el acuerdo adoptado y ello sin perjuicio de que conste en las cuentas anuales aprobadas y depositadas la situación patrimonial que motiva la reducción de capital.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos expresados en los anteriores Fundamentos de Derecho.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésimocuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 8 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 1ª de 9 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Chipiona, por la que se suspende la inmatriculación de una finca demanial.

En el recurso interpuesto por don J. V. S., como jefe del Departamento de Administración General de Asuntos Jurídicos y secretario del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Sevilla, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Chipiona, don José Manuel Enríquez Bustos, por la que se suspende la inmatriculación de una finca demanial.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro de la Propiedad de Chipiona, por tercera vez, y por parte de la Autoridad Portuaria de Sevilla certificado de fecha 9 de enero de 2013 emitido por don M. A. F. G., como presidente de la Autoridad Portuaria, a fin de proceder a la inmatriculación de una finca y edificación de dominio público portuario titularidad del Estado y adscrito a la Autoridad Portuaria de Sevilla. Junto al mismo se presenta oficio por el que se solicita la inmatriculación al amparo del artículo 36.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 del

Reglamento Hipotecario, así como la anotación preventiva prevista en el artículo 49.2 del Reglamento Hipotecario para el supuesto previsto en dicho artículo. Se acompaña igualmente como documentación complementaria, entre otros, los traslados de órdenes ministeriales de deslinde y de adscripción a la Autoridad Portuaria del Faro de Chipiona y terrenos afectados. Del traslado de la Orden ministerial de 6 de junio de 1997 por la que se aprueba el deslinde resulta que el Ayuntamiento de Chipiona mostró su conformidad con el deslinde propuesto.

Se acompaña otro escrito del presidente de la Autoridad Portuaria de Sevilla de fecha 31 de octubre de 2013, del que resulta que el deslinde practicado incluye 145,20 metros cuadrados de la registral 26.405 inscrita a favor del Ayuntamiento de Chipiona por lo que procede la rectificación del registro de dicha finca. De dicho escrito resulta que solicita: La inmatriculación del terreno de dominio público marítimo-terrestre siendo la resolución aprobatoria del deslinde, acompañada del correspondiente plano y la certificación prevista en el artículo 303 del Reglamento Hipotecario títulos suficientes para practicarla. La rectificación de las inscripciones registrales contradictorias solicitándose la anotación preventiva de dominio público prevista en el artículo 29.2.^a) del Reglamento de Costas sobre los bienes incluidos en aquél. La anotación preventiva prevista en el artículo 49.9 de la Ley Hipotecaria para el supuesto de que concurren los requisitos en él previstos.

II

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Chipiona. Asiento 1.950 del Diario 177. Entrada número 20140/2013. Tipo de Documento: Certificación administrativa. Presentante: Autoridad Portuaria de Sevilla. Previo examen y calificación conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento de la certificación administrativa expedida el día 9 de enero de 2013 por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Sevilla don M. A. F. G., presentada en este Registro, junto con los correspondientes documentos complementarios, el 17 de junio de 2013, el registrador de la Propiedad que suscribe ha resuelto, suspender la práctica de los asientos solicitados, en base a los siguientes: Hechos. Por el documento que motiva la presente nota de calificación, se solicita la inmatriculación a favor del “Estado-Ministerio de Fomento-Autoridad-Portuaria de Sevilla” del siguiente inmueble: “Urbana.–Parcela de 4.579 metros cuadrados, de forma irregular situada en el sitio denominado Punta del Perro, T. M. de Chipiona (Cádiz), en la cual se ubica el Faro de Chipiona, delimitada por... (sigue descripción). Sobre la misma se sienta el denominado ‘Faro de Chipiona’, cuyas obras se llevaron a cabo en el periodo 1863-1868 siendo abonadas por la Dirección General de Obras Públicas del entonces Ministerio de Fomento. El edificio se encuentra... (sigue descripción). El total así construido es de 830 m²”. Se ha aportado certificación catastral descriptiva y gráfica, con referencia 8591401QA2689B0001LQ, coincidente con la descripción de la finca que se pretende inmatricular. No obstante, a la vista de los documentos aportados y de los antecedentes del Registro, el Registrador de la Propiedad que suscribe, alberga dudas en cuanto a que que parte no determinada de la superficie que ha sido ahora catastrada a favor de la Autoridad Portuaria de Sevilla MOPT, y que se pretende inmatricular, figura ya inscrita en este Registro de la Propiedad a favor de tercero, en concreto: La finca registral número 26.405, cuya descripción es la siguiente: “Urbana. Parcela de Solar, sita en la villa de Chipiona, lugar del Perro o Molino, con una superficie total de... (sigue descripción)”. Dicha finca figura inscrita a favor del Ayuntamiento de Chipiona según su inscripción 1.^a, (que se transcribe literalmente al final de este escrito) practicada el día veinte de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, en el folio 87 del tomo 1.217, libro 425 de Chipiona. La inscripción del documento que nos ocupa fue suspendida anteriormente por el Registrador que suscribe, acompañándose ahora además, escrito de fecha 31 de octubre de 2013, del

Presidente de la Autoridad Portuaria de Sevilla en el que, hace constar que los terrenos con que se corresponde dicha finca 26.405 estaban incluidos en el acta de deslinde del Dominio Público Marítimo Terrestre Estatal levantada en fecha 28/06/1993, en la que compareció representación del Ayuntamiento de Chipiona, y cuyo deslinde fue aprobado por Orden ministerial de 6 de junio de 1997, por lo que solicita la rectificación registral prevista en el artículo 29.2.a) del Reglamento para la aplicación de la Ley de Costas. Fundamentos de Derecho. Artículo 198 de la Ley Hipotecaria: “La concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral se llevara a cabo... (sigue transcripción)”. Artículo 199 de la Ley Hipotecaria: “La inmatriculación... (sigue transcripción)”. Artículo 306 del Reglamento Hipotecario: “Cuando las certificaciones... (sigue transcripción)”. Artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de treinta de diciembre: “En lo sucesivo... (sigue transcripción)”. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre y 11 de diciembre de 2004. Artículos 15 a 30 del Reglamento General para el Desarrollo y ejecución de la Ley de Costas (Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre), en cuyos artículos se establece la competencia para los actos de deslinde y rectificación registral al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Artículo 25 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, en el que se establece la competencia de la Autoridad Portuaria. Como consecuencia de lo expuesto el Registrador que suscribe acuerda suspender la práctica de la inmatriculación solicitada de conformidad con el artículo 306 del Reglamento Hipotecario y unir a la presente calificación el asiento correspondiente a la finca antes citada, no tomándose anotación de suspensión por defectos subsanables por no haberse solicitado y suspender asimismo la práctica de la rectificación y anotación solicitadas por ser los actos de ejecución del Deslinde del Dominio Público Marítimo Terrestre, de competencia exclusiva del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo a través de la Demarcación de Costas correspondiente. La presente calificación lleva consigo, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria la prórroga del asiento de presentación, y contra la misma podrá el interesado (...) Chipiona, trece de (enero) diciembre de dos mil trece.–El registrador (firma ilegible). Fdo.: José Manuel Enríquez Bustos. Conforme al último párrafo del artículo 306 del Reglamento Hipotecario, de transcribe la inscripción 1.ª de la finca 26.405... (sigue transcripción)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. V. S., interpone recurso en virtud de escrito de fecha 15 de enero de 2014, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que el objeto del expediente es el acceso al Registro de la Propiedad del denominado Faro de Chipiona y terrenos adyacentes afectos a su servicio. Que el expediente administrativo para solicitar la inmatriculación mereció el informe favorable de la Abogacía del Estado que se acompaña; Que los terrenos en cuestión fueron objeto de expediente de deslinde en el que se llevó a cabo una exhaustiva investigación que fue definitivamente aprobada mediante Orden Ministerial de 6 de junio de 1997, posteriormente modificada por Orden Ministerial de 25 de septiembre de 2006. Que dichos terrenos y edificación fueron adscritos a la Autoridad Portuaria de Sevilla por Orden Ministerial de 28 de abril de 1994. Que así resulta igualmente del certificado catastral descriptivo y gráfico. Que partiendo de estos hechos la primera cuestión que se plantea es la relativa a qué parte de los terrenos deslindados, en concreto 145,20 metros cuadrados, figuran ya inscritos a nombre del Ayuntamiento de Chipiona. Dichos terrenos ya estaban incluidos en el acta de deslinde de 18 de junio de 1993 en la que intervino el citado Ayuntamiento según resulta de la expresada Orden ministerial de 6 de junio de 1997. Que en cualquier caso son de aplicación los artículos 132 de la Constitución y artículos 7, 8, 9, 13 y 14 de la Ley de Costas conforme a los cuales el demanio público es inalienable e imprescriptible frente al que no prevalecen ninguna titularidad privada aún inscrita en el Registro de la Propiedad, siendo título suficiente la resolución aprobatoria

del deslinde junto con plano; título suficiente para inmatricular así como para rectificar las situaciones contradictorias citando en apoyo de esta postura la Resolución de esta Dirección General de 10 de noviembre de 2010, así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005; 25 de marzo de 2011; 15 de junio de 2011, y 14 de diciembre de 2011. Que en concreto la Resolución citada resuelve un caso similar al presente conforme a la cual lo que procede respecto de la inscripción contradictoria con el deslinde es su rectificación conforme al artículo 29.2 del Reglamento de Costas con la peculiaridad en el presente caso de que cualquier acción civil habría prescrito de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Costas y 30 de su Reglamento. Que en cuanto a la segunda cuestión planteada, relativa a la competencia de la Autoridad Portuaria de Sevilla, los terrenos a que se refiere el expediente fueron adscritos a dicha Autoridad por Orden ministerial de 28 de abril de 1994. En la actualidad los terrenos y edificación se integran en el dominio público portuario estatal (artículo 67.1.e del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), correspondiendo a dicha Autoridad Portuaria las competencias de gestión, administración, defensa, policía, investigación y deslinde (artículo 25.d de la citada Ley).

IV

El registrador emitió informe el día 23 de enero de 2014, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 18, 20, 40, 82 y 206 de la Ley Hipotecaria; 303 a 306 de su Reglamento; 12, 58, 62 y 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 7, 9, 13 y 14 de la Ley 22/1988, de 28 julio, de Costas y 23 y 29 de su Reglamento; 28, 29, 36, 37, 51, 52 y 53 de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y 48, 49, 52, 53, 61, 64, 65 y 67 del Real Decreto 1373/2009, de 28 agosto, por el que se aprueba su Reglamento; 24, 25, 28 y 67 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 de noviembre de 1998; 19 de febrero, 26 de marzo, 19 de junio y 1 de septiembre de 2003; 10 de noviembre de 2010; 16 de marzo y 8 de agosto de 2011, y 23 de enero de 2014.

1. Solicitada la inmatriculación de un terreno y edificación situados en dominio público portuario estatal mediante certificación administrativa, se suspende la inscripción por dos motivos. En primer lugar porque el registrador alberga dudas sobre la circunstancia de que parte de la superficie a inmatricular conste ya debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad como parte de otra finca. En segundo lugar, porque a su juicio no corresponde a la Administración actuante la competencia en materia de ejecución de deslinde por estar atribuida legalmente al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo a través de la Demarcación de Costas correspondiente.

Circunscrito así el ámbito en que debe desenvolverse la presente (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo es importante señalar la titulación aportada por el interesado por ser cuestión de trascendencia:

a) Se presenta como título inmatriculador certificado expedido por la Autoridad Portuaria de Sevilla de conformidad con lo previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria. Al anterior se acompaña abundante documentación complementaria.

b) Se presenta junto con el título instancia u oficio de la misma Autoridad por la que se solicita la práctica de inmatriculación afirmando que la resolución aprobatoria del deslinde y la certificación prevista en el artículo 303 del Reglamento Hipotecario son los títulos suficientes para practicarla. Se solicita igualmente la rectificación de las inscripciones registrales contradictorias con solicitud de práctica de anotación preventiva de dominio público prevista en el artículo 29.2.a del Reglamento de Costas. En dicha instancia consta que de la documentación aportada resulta que el deslinde incluye una porción de 145,20 metros cuadrados de la finca registral 26.405 inscrita a favor del Ayuntamiento de Chipiona y que el citado Ayuntamiento fue parte en el acta de deslinde de 18 de junio de 1993 prestando su conformidad como resulta de la Orden ministerial de deslinde de fecha 6 de junio de 1997 que lo aprobó definitivamente.

2. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones (vid. «Vistos») en relación a la eficacia y alcance de la declaración de demanialidad derivada del deslinde administrativo de costas. Conforme al artículo 132 número 2 de la Constitución, son bienes de dominio público estatal en todo caso, además de los que determine la ley, la zona marítimo-terrestre y las playas. En desarrollo de este precepto constitucional la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (modificada por la Ley número 2/2013, de 29 de mayo), declara que los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en la misma son inalienables, imprescriptibles e inembargables (cfr. artículo 7), careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad (cfr. artículo 8), y sin que puedan existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre (cfr. artículo 9 número 1). Para la determinación del dominio público marítimo-terrestre, la Administración del Estado habrá de practicar los oportunos deslindes (cfr. artículo 11), deslindes que una vez aprobados, declaran «la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado», sin que «las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados», según declara el número primero del artículo 13 de la citada Ley.

En coherencia con dicho régimen jurídico, frente a la regla general en sede de rectificación de los asientos registrales que presupone el consentimiento del titular del asiento a rectificar o, en su caso, la oportuna resolución judicial firme dictada en juicio declarativo entablado contra aquél (cfr. artículos 1, 40, 82 y 220 de la Ley Hipotecaria), la Ley de Costas sanciona la eficacia rectificatoria de las resoluciones de deslinde, al disponer que la Orden aprobatoria del deslinde de la zona marítimo-terrestre, tiene valor declarativo de la titularidad dominical a favor del Estado, así como virtualidad rectificatoria del Registro en los términos que se fijan reglamentariamente (cfr. artículo 13 de la Ley de Costas).

3. El desarrollo reglamentario de la citada disposición legal, se contiene en particular en el artículo 29 del Reglamento de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, el cual establece un trámite específico para que la Orden ministerial aprobatoria del deslinde de la zona marítimo-terrestre pueda tener virtualidad rectificatoria del Registro, trámite que incluye la extensión, primero, de una anotación preventiva del dominio público resultante de dicha Orden en el folio de la finca cuya titularidad dominical se va a rectificar, la

cual irá seguida de la notificación de su existencia al titular registral por el propio registrador; y, en segundo lugar, si en el plazo de un año desde tal notificación no se extiende anotación preventiva de demanda de las acciones promovidas por el titular registral contra la Orden aprobatoria del deslinde, podrá realizarse la rectificación registral y la inscripción del dominio público de la finca en cuestión.

Lo que se pretende, en definitiva, mediante tales previsiones es conciliar la eficacia del deslinde con la salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), supeditando la eficacia rectificatoria registral de dicho deslinde, en cuanto acto administrativo, a la no impugnación judicial del mismo –en rigor, al no reflejo registral de tal impugnación por el titular registral en el citado plazo de un año– o, en caso de impugnación, a que dicha eficacia sea confirmada por la resolución judicial recaída en el pleito entablado.

4. La particularidad del supuesto de hecho del presente expediente es que la Autoridad a cuyo nombre se ha adscrito el inmueble cuya inmatriculación se solicita no ha utilizado el medio inmatriculador previsto en el artículo 13 de la Ley de Costas sino que, a pesar de disponer del título específico legalmente previsto (la orden ministerial de deslinde), ha acudido al previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria (vid. al respecto el artículo 53.2 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Téngase en cuenta que la Administración solicitante no solicita exclusivamente la inmatriculación del dominio público portuario a favor del Estado sino que, al estar adscrito a la Autoridad Portuaria correspondiente, su solicitud comprende que se refleje en la inscripción dicha circunstancia. De ahí que resulte lógica su actuación.

Además y existiendo inscripción contradictoria, la Autoridad solicitante no ha hecho uso del medio previsto en el Reglamento Hipotecario en desarrollo del artículo 206 citado (el artículo 306 del Reglamento Hipotecario), sino que solicita utilizar el medio rectificatorio previsto en el artículo 29 del Reglamento de Costas pese a que el título inmatriculador no es el previsto en la Ley de Costas ni en el propio artículo 29 del Reglamento que lo desarrolla.

Esta circunstancia por sí sola no constituye un obstáculo para que se lleve a cabo lo solicitado y no sólo porque la solicitud se acompaña del traslado de la Orden Ministerial de aprobación de deslinde y de plano (artículo 29.3 del Reglamento de Costas), sino porque no existe motivo para rechazar que el interesado acuda a un medio inmatriculador determinado y por utilizar un medio rectificatorio también determinado. Lo trascendente es que tanto aquél como éste se lleven a cabo con pleno respeto a las exigencias derivadas del procedimiento administrativo, del sistema registral y de la protección de los derechos publicados en sus libros ya sea porque el juez competente, previa audiencia del interesado, determine la inscribibilidad de la certificación sin efecto de cosa juzgada (artículo 306 del Reglamento Hipotecario), ya sea porque el interesado, previamente notificado, tenga la oportunidad de acudir a los medios de defensa previstos en el artículo 29.2 del Reglamento de Costas.

5. En relación al primer defecto señalado por el registrador, que el terreno a inmatricular consta inscrito en parte a nombre de tercero, el escrito de recurso hace una serie de consideraciones relativas a la circunstancia de que en el expediente de deslinde se llevó a cabo una investigación exhaustiva de títulos, a que el Ayuntamiento fue parte, a los efectos de la resolución de deslinde, a la circunstancia de que lo procedente es la rectificación del Registro... En realidad no se niega el motivo de suspensión pues, con independencia de la

naturaleza y eficacia de la resolución de deslinde marítimo-terrestre (cuestiones todas ellas que el registrador no cuestiona), el escrito de recurso acepta el hecho de que existe una inscripción contradictoria y de que lo procedente es la rectificación del Registro para proceder a la inmatriculación solicitada (vid. artículo 29.3 del Reglamento de Costas). Por su parte el acuerdo de suspensión del registrador de la Propiedad tampoco cuestiona que el interesado solicite expresamente la rectificación del Registro en su instancia de 31 de octubre de 2013 con lo que, en definitiva, tanto el registrador como el recurrente coinciden en que existe inscripción contradictoria y en que es precisa su rectificación. Resulta pues que es la segunda cuestión planteada por el registrador en su nota lo que es realmente objeto de controversia pues ni el recurrente discute que es preciso rectificar el registro de la finca inscrita a favor del Ayuntamiento de Chipiona ni el registrador cuestiona su necesidad, simplemente se plantea si aquél tiene competencia para solicitarla.

6. Centrado así el objeto de la presente no puede mantenerse la decisión del registrador. Ciertamente la Ley de Costas atribuye la competencia para realizar el deslinde de dominio público marítimo-terrestre al Servicio Periférico de Costas correspondiente (artículo 20.3 del Reglamento de Costas) pero es preciso tener en cuenta que la actuación que lleva a cabo ahora la Autoridad Portuaria no es una operación de deslinde en los términos en que la Ley y Reglamento de Patrimonio de las Administraciones Públicas lo conceptúan. La Autoridad Portuaria no lleva a cabo el procedimiento de deslinde ni ninguna de las actuaciones previstas en los artículos 62 a 67 del citado Reglamento de Patrimonio ni en los correspondientes de la Ley y Reglamento de Costas. La Autoridad Portuaria se limita a instar la actuación del Registro de la Propiedad una vez que el deslinde ha finalizado y está debidamente aprobado en los términos legalmente previstos.

Aunque así no fuera es preciso tener en cuenta que el artículo 67 de la Ley de Puertos establece que: «Pertencen al dominio público portuario estatal:... e) Los terrenos, obras e instalaciones fijas de ayudas a la navegación marítima, que se afecten a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias para esta finalidad», respecto de los que el artículo 25 les atribuye competencia para «d) La gestión del dominio público portuario y de señales marítimas que les sea adscrito». Con mayor contundencia el artículo 43.1 de la propia Ley afirma respecto de los bienes adscritos que: «Los organismos públicos portuarios podrán ejercer en cualquier momento respecto de estos bienes las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación posesoria que otorga a la Administración del Estado la legislación de costas».

Por su parte la legislación sobre Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 noviembre), establece en su artículo 28 que «las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral...» añadiendo respecto de esto último el artículo 36.2 que «la inscripción deberá solicitarse por el órgano que haya adquirido el bien o derecho, o que haya dictado el acto o intervenido en el contrato que deba constar en el Registro o, en su caso, por aquel al que corresponda su administración y gestión».

En términos similares la Ley Hipotecaria establece en su artículo 206 que «el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la Iglesia Católica, cuando carezcan de título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración

de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos» (vid. igualmente el artículo 303 del Reglamento Hipotecario).

En definitiva acreditado que la Autoridad Portuaria es titular de la adscripción de la finca demanial cuya inmatriculación se pretende y que le corresponde su gestión, no sólo tiene atribuida competencia para solicitar su inscripción en el Registro de la Propiedad con la consecuente solicitud de rectificación de las inscripciones contradictorias, es que está obligada a hacerlo en los términos que acabamos de analizar.

7. Del expediente que da lugar a la presente resulta que existe título inmatriculador del dominio público portuario estatal en los términos legalmente exigibles (artículo 13.2 de la Ley de Costas y artículo 206 de la Ley Hipotecaria), resulta igualmente que existe una inscripción contradictoria respecto de la que se solicita expresamente la anotación de dominio público (artículo 29.3 en relación al 29.2 del Reglamento de Costas), resulta que la solicitud especifica la finca registral de contenido contradictorio, la extensión de superficie indebidamente inscrita, el titular de la inscripción y la rectificación que se solicita. Dado que el acuerdo del registrador no hace alusión a otras cuestiones (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), procede actuar en los términos previstos en el artículo 29.2 del Reglamento de Costas citado con revocación del acuerdo de calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 9 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 9 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Denia n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de una comunidad de propietarios junto con una certificación de una sentencia firme, a los que se acompañó escrito aclaratorio por los que se modifica el sistema de pago de los gastos de la comunidad y de la administración de la misma.

En el recurso interpuesto por don M. S. S., abogado, en nombre y representación de don R. G. M., contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Denia número 2, doña María Leonor Rodríguez Sánchez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de una comunidad de propietarios junto con una certificación de una sentencia firme, a los que se acompañó escrito aclaratorio por los que se modifica el sistema de pago de los gastos de la comunidad y de la administración de la misma.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada en Denia el día 2 de noviembre de 2010 ante el notario don Miguel Giner Albalate, número 3.257 de protocolo, doña J. P. F., en nombre y representación de una comunidad de propietarios de esa localidad y actuando como presidenta de la misma, eleva a público el acuerdo tomado en junta general ordinaria de dicha comunidad, celebrada el 6 de mayo de 1992, que es del tenor siguiente: «Los gastos de la Comunidad serán pagados con arreglo al coeficiente de participación que consta en la escritura de obra nueva y división horizontal; el gasto de administración será pagado a partes iguales entre todos los copropietarios». Este acuerdo fue declarado vigente en la sentencia firme dictada el día 6 de junio de 2007, en procedimiento ordinario número 311/2006 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Denia.

II

Presentada, el día 3 de diciembre de 2013, en el Registro de la Propiedad de Denia número 2 copia de la citada escritura, junto con certificación de la sentencia antes relacionada expedida por don A. M. G., secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Denia (antiguo mixto número 6), el día 1 de octubre de 2013, acompañándose también instancia suscrita por don M. S. S., abogado, de fecha 2 de diciembre de 2013 y copia de la Resolución de este Centro Directivo de 20 de abril de 2012, fue objeto de la siguiente calificación: «Se presenta por True, S.L., el 3/12/2013, bajo el asiento de presentación número 741 del Diario de operaciones número 32, y número 4.102 del Libro de Entrada, Certificación de Sentencia dictada el seis de junio de dos mil siete, por el Juzgado de Instancia n.º 4 de Denia, en autos de Procedimiento Ordinario n.º 311/2.006, y escritura de elevación a público de acuerdos de la “Comunidad de Propietarios (...)”, autorizada en Denia el 2 de noviembre de 2010, por el Notario don Miguel Giner Albalate, bajo el número 3.257 de protocolo. Se acompaña instancia suscrita por D. M. S. S., de fecha 2 de diciembre de 2013 y copia de la Resolución de la D. G. R. N. de 20 de abril de 2012. El registrador que suscribe, previo examen y calificación de los documentos precedentes, en relación con los antecedentes del Registro, conforme a lo dispuesto en los artículos 18 y 19-bis de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, ha resuelto no practicar las operaciones registrales interesadas, en base a los siguientes: Hechos.—Los documentos calificados son una escritura de elevación a público de acuerdos de la Comunidad de Propietarios (...) autorizada por el notario de Denia don Miguel Giner Albalate el día 2 de noviembre de 2010, una certificación del Secretario judicial de una sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Denia de fecha 6 de junio de 2007 y un escrito aclaratorio de don M. S. S., abogado, alegando ser representante de don R. G. M., carente de firma solicitando la calificación, y en su caso la inscripción de un acuerdo comunitario según el cual “todos los gastos de la comunidad se pagarán aplicando la cuota de participación, excepto los gastos de administración que serán a partes iguales”. La documentación fue objeto de otras calificaciones negativas previas por parte de otras Registradoras, la última de ellas objeto de recurso, en el cuál la R.D.G.R.N, resolvió no admitir el recurso por estar interpuesto fuera de plazo, sin perjuicio de que presentado nuevamente y reiterada la calificación negativa se pueda interponer nuevo recurso. Se acompaña copia de dicha Resolución, en la que consta erróneamente que el recurso se interpuso contra una nota de calificación de la que suscribe, cuando en realidad me limité a emitir el preceptivo informe. I.—Del examen de la documentación resulta: 1.—Que la sentencia dictada en procedimiento en

que uno de los propietarios es parte demandante, y la comunidad de propietarios parte demandada, como consecuencia del allanamiento de ésta, falla acceder a este allanamiento y declara la invalidez del acuerdo del acta de la junta de propietarios de 14 de agosto de 2006 de aplicar la distribución de todos los gastos conforme marca la escritura de obra nueva y división horizontal, se declara la vigencia del acuerdo unánime adoptado en el acta constitutiva de la comunidad de 6 de mayo de 1992 por el que todos los gastos de la comunidad se pagarán aplicando la cuota de participación excepto el gasto de administración que sería por partes iguales, y otros extremos sobre los cuales no se interesa calificación ni operación registral. 2.—Por su parte la escritura de elevación a público de este acuerdo se otorga en 2010 por quién dice ser Presidenta de la comunidad de propietarios elegida como tal en la junta general ordinaria de 12 de agosto de 2010, incorporando una certificación del acuerdo expedida por quien dice ser Secretario de la misma, con el visto bueno de la primera, legitimando el notario autorizante sus firmas, pero sin reseñar los datos que permitan calificar el nombramiento y vigencia de los cargos invocados, y sin formular juicio de suficiencia de la representación invocada. 3.—Además de la escueta redacción de la certificación del acuerdo que se eleva a público en la escritura calificada resulta: que se refiere a un acuerdo de la junta de propietarios, sin especificar, en su caso, que tal acuerdo implica una modificación de estatutos, con la nueva redacción del correspondiente precepto estatutario, y determinación del que queda sustituido; que no resulta detalle alguno sobre la convocatoria previa de la junta; que no especifica el quórum de asistencia, ni si la unanimidad fue de todos los propietarios de los distintos componentes, o sólo de los presentes en aquella reunión, ni caso de ser así, que se notificó a los propietarios ausentes, sin que ninguno formulara oposición al acuerdo, limitándose a decir que este acuerdo ha sido notificado a todos los copropietarios de entonces y los actuales. II.—Del examen del Registro resulta: 1.—Que los estatutos vigentes del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal resultan de la inscripción 5.^a de permuta, declaración de obra y constitución del régimen, de la finca número 2.827 del Registro matriz de Denia. La inscripción se practicó el día 15 de junio de 1989, en virtud de escritura presentada el día anterior, autorizada por la que fue notaria de Pedreguer, doña Ligia Portolés Reparaz el día 11 de abril del mismo año 1987. Según el punto 3 de las normas estatutarias los gastos de mantenimiento y reparación de cada bloque serán sufragados exclusivamente por sus respectivos titulares con arreglo a su cuota, y además, los gastos de entretenimiento, reparación, limpieza y consumo de las escaleras comunes exclusivamente de los apartamentos que por ellos tienen su acceso serán satisfechos por los mismos a partes iguales, quedando excluidos tanto de su uso como del pago de sus gastos los demás departamentos. 2.—Que no ha tenido acceso al Registro ninguna modificación estatutaria posterior, ni se tomó anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos de la comunidad de propietarios. 3.—Que el edificio se dividió en cuarenta y cinco componentes, habiendo sido muchos de ellos objeto de inscripciones de transmisión con posterioridad tanto a los acuerdos de las Juntas de propietarios de 6 de mayo de 1992, y de 14 de agosto de 2006, como a la fecha de la sentencia judicial cuya certificación se acompaña, de 6 de junio de 2007. Fundamentos de Derecho: Visto lo dispuesto en los artículos 396 y 606 del Código Civil; 2, 3, 13, 14, 17, 15, 16, 17, 18, 20, 32, 34, 38 de la Ley Hipotecaria; 100 del Reglamento Hipotecario; 3, 5, 16, 17, 18, 13, 19 de la Ley de Propiedad Horizontal; 98 de la Ley 24/2001. 1.—Según las R.D.G.R.N, de 23 de julio de 2005 y 9 de febrero de 2008, “tratándose de modificar los estatutos de un edificio en régimen de propiedad horizontal y apareciendo inscritos en el Registro derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos debatidos, es necesario que dicha modificación cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. artículos 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 13, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria).” En el mismo sentido se pronuncia la R.D.G.R.N. 1 de julio de 2013, según la cual: “La reciente Resolución de este Centro Directivo (25 de abril de 2013) establece que es cierto que según doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 23 de mayo

de 2001; 4 de marzo de 2004, y 5 de julio de 2005, entre otras), en materia de propiedad horizontal que debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la junta como órgano y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio de pisos o elementos privativos requieren el consentimiento individualizado o 'uti singuli' de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar en documento público (mediante una adecuada interpretación de los artículos 3, 8 y 18.2 de la Ley de Propiedad Horizontal). Pero esta distinción entre actos colectivos y actos individualizados sólo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares, que en los actos colectivos basta que se produzca a través de un acuerdo en junta de propietarios por unanimidad o cuasi unanimidad conforme al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal cuando se trata de supuestos como el presente; mientras que cuando se trata de actos individualizados se exige el consentimiento individual de los propietarios respectivos en aquello en que les afecte singularmente. Fuera de la especialidad del principio de consentimiento en relación con la forma de prestarlo en los actos colectivos, deben aplicarse los demás principios hipotecarios a las modificaciones del título constitutivo o de sus estatutos, como son el de inoponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, con su lógico complemento del principio de oponibilidad del artículo 13 y el de cierre registral del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, cuando, como ocurre en el presente supuesto, con posterioridad al acto colectivo o individualizado, han surgido nuevos propietarios titulares registrales que se han anticipado en cuanto a su acceso al Registro a aquellos actos que pretenden acceder con posterioridad al mismo. En este sentido, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en 'Vistos') que determina que en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado". Y agrega: "Precisamente el fundamento del principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los derechos inscritos, radica en razones de seguridad jurídica del tráfico (artículo 9.3 de la Constitución), para evitar las cargas ocultas y la clandestinidad en el ámbito inmobiliario, que es precisamente lo que la legislación hipotecaria trata de evitar. Dicho principio ya fue mencionado expresamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 1995 que señaló como expresión de dicho principio los artículos 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria. También hacen referencia al principio de inoponibilidad las Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989; 15 de noviembre de 1990, y 30 de noviembre de 1991, entre otras. Asimismo, la Sentencia de la misma Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, no exigió el requisito de previa inscripción respecto al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, pero sí la buena fe del tercero, que la ley presume. La admisión de cargas ocultas produciría enormes perjuicios en el tráfico inmobiliario y fomentaría la clandestinidad frente a la necesidad de transparencia y publicidad de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. De ahí la sanción establecida por los citados artículos 32 de la Ley Hipotecaria, 606 del Código Civil y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal para los títulos no inscritos, que sólo puede responder a una falta de diligencia frente a los titulares que procuran la inscripción acogidos a la publicidad registral. En este caso, como en otros que la legislación civil e hipotecaria tratan de evitar con un tratamiento de prevención específica frente a esa clandestinidad o falta de transparencia, resulta que a los sucesivos adquirentes de pisos, no les puede afectar la carga oculta representada por el acuerdo adoptado por la junta de propietarios que modificaron el título constitutivo de la propiedad horizontal en cuanto al cambio de uso del local y a su división en nueve elementos privativos, modificaciones del título constitutivo de relevante entidad, que no pueden ser oponibles, como pretende el recurrente, a los nuevos propietarios que compraron estando vigente en el Registro el título constitutivo inscrito sin las referidas modificaciones". Teniendo en cuenta que en este caso existen terceros adquirentes del

dominio de diversos elementos privativos de la propiedad horizontal que han inscrito su derecho con posterioridad a la fecha del acuerdo y a la fecha de la sentencia, y que no se acredita el consentimiento de estos titulares a la modificación estatutaria cuya inscripción se pretende, y que no consta tampoco ni practicada ni vigente ninguna anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales interpuesta en su día. 2.–Visto lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, y dado que la sentencia no es susceptible de causar asiento alguno, pues se limita a declarar la invalidez de un acuerdo y en consecuencia la vigencia de otro previo, que no ha tenido acceso al Registro. 3.–Visto lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001, y la doctrina de la R.D.R.N, de 26 de junio de 1987, sobre la necesidad de aseveración notarial con referencia al libro de actas de que el autor se encuentra en el ejercicio de su cargo, esto es, la necesidad de acreditación de los cargos de Presidente y Secretarios de la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal en la formalización pública de los acuerdos para su acceso al Registro; y dado que en este caso no se acreditan debidamente los cargos de la Presidenta de la Comunidad de Propietarios que otorga la escritura de elevación a público del acuerdo de la Junta de Propietarios y del Secretario certificante, pues el notario no reseña los datos de nombramiento, ni formula juicio de suficiencia de la representación invocada por la primera. 4.–Teniendo en cuenta que la modificación del título constitutivo y los estatutos en este punto requiere acuerdo unánime de la comunidad de propietarios y los mismos requisitos que la constitución, y dada la escueta redacción de la certificación del acuerdo de la junta de propietarios según lo expuesto anteriormente. Y en base a todo lo expuesto resuelvo no practicar la operación registral interesada: –Por existir propietarios con título inscrito que no han prestado su consentimiento a la modificación estatutaria. –Por no estar debidamente acreditados los cargos de Presidente y Secretario de la comunidad de propietarios que se reflejan en la escritura. Por el insuficiente contenido de la certificación del acuerdo en los términos expuestos en el apartado 1-3 de los hechos. Denia, veintiséis de diciembre del año dos mil trece.–La Registradora de la Propiedad Titular: (firma ilegible). Fdo.: María Leonor Rodríguez Sánchez».

III

Contra la anterior calificación, don M. S. S., abogado, en nombre y representación, debidamente acreditada de don R. G. M., propietario de una de las viviendas integrantes de la comunidad de propietarios y demandante en el procedimiento del que derivó la sentencia citada, interpuso recurso mediante escrito de fecha 22 de enero de 2014 en el que, después de relacionar el punto 3 de los estatutos que figuran inscritos, su modificación y constatación documental en los términos vistos anteriormente y las sucesivas presentaciones y calificaciones de que han sido objeto los documentos presentados, habiéndose presentado con anterioridad recurso, que fue objeto de Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de inadmisión por extemporaneidad, en cuanto a la calificación recurrida, expuso: «Séptimo.– Los terceros nuevos compradores, no pueden alegar ignorancia del acuerdo unánime que en su día se tomó, que sigue vigente, puesto que afecta al reparto de los gastos comunes de la Comunidad de Propietarios, cuya forma de reparto se viene aplicando sin que ninguno de los nuevos propietarios haya puesto objeciones. Octavo.–Siguiendo la reciente doctrina jurisprudencial, aunque es cierto que para que esta regla obligue a terceros, como ocurre en este caso de que se varían las cuotas de reparto de forma distinta a la del título constitutivo no podrá obligar a los nuevos propietarios. Ahora bien interpretar esta regla con absoluta rigidez, supone desconocer otros principios fundamentales como el de buena fe, de lógica y sentido de las cosas. La regla de la inoponibilidad del acuerdo a quienes no eran propietarios rige respecto a los terceros de buena fe, pero los compradores de apartamentos de esta comunidad no pueden oponerse, puesto que continua y periódicamente reciben la liquidación de cuantías según el sistema de reparto adoptado modificadorio del título constitutivo, en aplicación de un

acuerdo unánime y válido. Los acuerdos no impugnados por los propietarios gozan de plena eficacia y afectan y obligan a todos». Fundamenta su recurso en los artículos 14, 17 y 18 de la Ley de Propiedad Horizontal y, especialmente, en el artículo 5 de la citada Ley, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1996; 28 de febrero, 19 de octubre y 30 de diciembre de 2005; 7 de junio de 2006; 18 de julio de 2011; 13 de julio de 2012 y, especialmente, la de 15 de marzo de 2013.

IV

La registradora de la Propiedad, doña María Leonor Rodríguez Sánchez, emitió su informe con fecha 29 de enero de 2014, manteniendo íntegramente su calificación, y formó expediente, que elevó a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 13, 17, 18, 20, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria; 606 del Código Civil; 5 de la Ley de Propiedad Horizontal; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de septiembre y 16 de noviembre de 2004; 22 de mayo de 2008; 7 de marzo de 2013, y 6 de febrero de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1985; 31 de diciembre de 1986 y 20 de marzo de 2000, relativas a la apreciación por el registrador de la buena fe, de 26 de junio de 1987, y 23 de junio de 2001, relativas a la acreditación de cargos de la comunidad de propietarios, y 26 de febrero de 1988; 19 de febrero de 1999; 23 de mayo de 2001; 16 de mayo de 2002; 18 de marzo de 2003; 4 de marzo de 2004; 5 y 23 de julio de 2005; 9 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2009, y 25 de abril y 1 de julio de 2013, relativas a la inscripción de los acuerdos comunitarios.

1. Son hechos relevantes a tener en cuenta para la resolución del recurso los siguientes:

– Los estatutos vigentes del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal de la finca número 2.827 del Registro de Denia recogen en su punto 3 que los gastos de mantenimiento y reparación de cada bloque serán sufragados exclusivamente por sus respectivos titulares con arreglo a su cuota y, además, los gastos de entretenimiento, reparación, limpieza y consumo de las escaleras comunes exclusivamente de los apartamentos que por ellos tienen su acceso serán satisfechos por los mismos a partes iguales, quedando excluidos tanto de su uso como del pago de sus gastos los demás departamentos. No ha tenido acceso al Registro ninguna modificación estatutaria posterior.

– Mediante sentencia dictada en procedimiento en que uno de los propietarios es parte demandante, y la comunidad de propietarios parte demandada, como consecuencia del allanamiento de ésta, se declara la invalidez del acuerdo del acta de la junta de propietarios de 14 de agosto de 2006 de aplicar la distribución de todos los gastos conforme marca la escritura de obra nueva y división horizontal y se declara la vigencia del acuerdo unánime adoptado en el acta constitutiva de la comunidad de 6 de mayo de 1992.

– Por último, en escritura otorgada en Denia el día 2 de noviembre de 2010, ante el notario, don Miguel Giner Albalade, número 3.257 de protocolo, doña J. P. F., en nombre y representación de una comunidad de propietarios y actuando como presidenta de la misma, eleva a público el acuerdo tomado en junta general ordinaria de dicha comunidad,

celebrada el día 6 de mayo de 1992, declarado vigente en la sentencia antes relacionada, que es del tenor siguiente: «Los gastos de la Comunidad serán pagados con arreglo al coeficiente de participación que consta en la escritura de obra nueva y división horizontal; el gasto de administración será pagado a partes iguales entre todos los copropietarios».

– La registradora suspende la inscripción de los anteriores documentos por los motivos que constan en la nota de calificación transcrita.

2. En el escrito de recurso, después de reproducir los tres puntos en los que la registradora fundamenta su calificación, únicamente hace alegaciones respecto al primero de los defectos contenidos en la nota de calificación, relativo a la existencia de propietarios con título inscrito que no han prestado su consentimiento a la modificación estatutaria; no obstante, dada la íntima relación entre los tres motivos reseñados, procede analizarlos conjuntamente.

3. En cuanto al primero de los defectos, «por existir propietarios con título inscrito que no han prestado su consentimiento a la modificación estatutaria», como reseña la registradora en su nota de calificación, la reciente Resolución de este Centro Directivo de 1 de julio de 2013 (cfr. Resolución de 25 de abril de 2013) establece que: «Es cierto que según doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001; 4 de marzo de 2004, y 5 de julio de 2005, entre otras), en materia de propiedad horizontal que debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la junta como órgano y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio de pisos o elementos privativos requieren el consentimiento individualizado o «uti singuli» de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar en documento público (mediante una adecuada interpretación de los artículos 3, 8 y 18.2 de la Ley de Propiedad Horizontal). Pero esta distinción entre actos colectivos y actos individualizados sólo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares, que en los actos colectivos basta que se produzca a través de un acuerdo en junta de propietarios por unanimidad o cuasi unanimidad conforme al artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal cuando se trata de supuestos como el presente; mientras que cuando se trata de actos individualizados se exige el consentimiento individual de los propietarios respectivos en aquello en que les afecte singularmente. Fuera de la especialidad del principio de consentimiento en relación con la forma de prestarlo en los actos colectivos, deben aplicarse los demás principios hipotecarios a las modificaciones del título constitutivo o de sus estatutos, como son el de inoponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, con su lógico complemento del principio de oponibilidad del artículo 13 y el de cierre registral del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, cuando, como ocurre en el presente supuesto, con posterioridad al acto colectivo o individualizado, han surgido nuevos propietarios titulares registrales que se han anticipado en cuanto a su acceso al Registro a aquellos actos que pretenden acceder con posterioridad al mismo». Esta doctrina resulta igualmente aplicable al supuesto de hecho de este expediente con la salvedad de que la referencia a los artículos de la Ley de Propiedad Horizontal debe entenderse hecha a los vigentes en el momento de tomarse los acuerdos cuya inscripción se pretende.

Continúa diciendo la citada Resolución que es también reiterada la doctrina de este Centro Directivo que determina que en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los

consentimientos en acto colectivo o individualizado. El principio de inoponibilidad es uno de los fundamentales de la legislación hipotecaria, que no sólo resulta del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, sino del propio Código Civil, que en el artículo 606 hace expresa referencia al mismo incorporando al Código la misma redacción que tenía tradicionalmente el precepto de la legislación hipotecaria tradicional, lo que revela la trascendencia del mismo como base fundamental de la legislación registral y civil respecto a terceros, que también se manifiesta en otros preceptos del mismo Código Civil como son los artículos 647, 1.473.2.º y 1.549, entre otros.

También es manifestación de dicho principio el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, que establece que «el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad». Y, si en relación con los estatutos de la propiedad horizontal, las modificaciones de los mismos tienen normalmente lugar mediante actos colectivos de la junta de propietarios tomados por unanimidad o cuasi unanimidad, y dichas modificaciones estatutarias no pueden perjudicar a terceros que se hayan anticipado a la inscripción, conforme a dicho precepto, ningún sentido tendría que las demás modificaciones del título constitutivo, que en este caso afectan al pago de los gastos comunitarios, pudieran perjudicar a terceros cuando no hubieran sido inscritos oportunamente.

4. El recurrente en su escrito precisamente alega que la regla de la inoponibilidad del acuerdo a quienes no eran propietarios no debe interpretarse con absoluta rigidez, ya que si bien rige respecto a terceros de buena fe, no es así respecto a los nuevos compradores de apartamentos de la comunidad que no pueden oponerse ya que continua y periódicamente reciben la liquidación de las cuentas según el sistema de reparto adoptado modificatorio del título constitutivo.

Su argumento no puede sostenerse porque el apreciar la buena fe en los propietarios es una circunstancia que escapa a la registradora al ejercer su calificación y tampoco cabe examinarla dentro del estrecho marco en que se desenvuelve el recurso por carecerse de los elementos necesarios para poder enjuiciarla y es en su caso a los tribunales, a través de todas las pruebas presentadas en el proceso, a quien corresponde decidir sobre la materia, como ha sucedido en las sentencias citadas por el recurrente, frente a otras en las que la apreciación del tribunal ha sido distinta.

5. Sin embargo, la constatación del consentimiento de los nuevos propietarios a los acuerdos que se pretenden inscribir sí puede acreditarse mediante certificación del secretario con el visto bueno del presidente de la comunidad, en la que conste la comunicación de los acuerdos a todos los copropietarios actuales, pues como se ha expuesto anteriormente no es preciso su consentimiento individualizado y expreso, ahora bien, y esto enlaza con los demás defectos observados en la nota de calificación, la acreditación de los cargos del presidente y secretario de la comunidad, como ha reiterado este Centro Directivo, puede verificarse por una doble vía: testimonio notarial del contenido del libro de actas, o bien por certificación expedida por el órgano de la comunidad que tenga facultad certificante, con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo, constituyendo por tanto defecto que no se acredite en ninguna de dichas formas que los que solicitan la inscripción ostenten los cargos que alegan.

6. Por último, en cuanto a lo conciso del contenido de la certificación del acuerdo que se eleva a público, si bien del conjunto de documentos resulta claro que el acuerdo adoptado en tanto suponía una modificación del punto 3 de los estatutos que constan inscritos, no pudo sino suponer una modificación estatutaria, consta asimismo la redacción del acuerdo adoptado que lo sustituye y figura además que la comunicación se ha efectuado a los copropietarios de entonces, entre los cuales se entenderían incluidos los ausentes, y a los actuales, es cierto que, aun cuando se afirma que el acuerdo se tomó por unanimidad, no se aclara si a la junta asistieron o no todos los propietarios o si, en este caso, la unanimidad se refiere sólo a los que acudieron a la junta, extremo este que debe incluirse, así que como que una vez efectuadas las notificaciones no se ha producido impugnación de los mismos. Por lo que su contenido debe completarse.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 9 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 1ª de 10 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Sagunto n.º 2, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra antigua y dación en pago de deudas con pacto complementario sobre derechos de tanteo y retracto voluntario.

En el recurso interpuesto por don Joaquín Borrell García, notario de Valencia, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Sagunto número 2, don Domingo Jordán Domingo, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra antigua y dación en pago de deudas, con pacto complementario sobre derechos de tanteo y retracto voluntario.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Joaquín Borrell García, el día 31 de julio de 2013, número 2.666 de protocolo, don E. V. G. R., en pago de determinada suma de dinero que reconoce adeudar a don J. L. V. Q., le cede y transmite el pleno dominio de las fincas registrales números 2.869 y 2.938, y asimismo constituye a favor de este último un derecho de tanteo y retracto sobre la finca número 2.019.

II

La citada escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de la Propiedad de Sagunto número 2 el día 18 de diciembre de 2013, bajo el asiento de presentación 415 del Diario 3, y fue calificada negativamente el día 2 de enero de 2014, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «Registro de la Propiedad de Sagunto/Sagunt N.º 2 Notificación de defecto en relación al documento de fecha 31 de julio 2013 autorizado por el notario don Joaquín Borrell García protocolo 2.666/2013, junto con las diligencias de fechas 9 de agosto 2013 y 7 de noviembre de 2013 y certificado del Registro civil de matrimonio de los comparecientes, esta última subsanando uno de los defectos señalados en la nota de calificación anterior de fecha 19 septiembre 2013, se ha presentado nuevamente en este Registro el documento referido el día 18 de diciembre de 2013 bajo el asiento de presentación 415 del diario 33, y de conformidad con el presentante, que requiere la inscripción del derecho de tanteo-retracto junto con la transmisión, se suspende la inscripción del presente documento en base a los siguientes defectos y fundamentos de derecho: 1) Para que se pueda inscribir el derecho de tanteo-retracto convencional debe quedar definido y determinado quién, cómo y cuándo puede ejercitarlo no puede quedar inciertos tantos conceptos y tan importantes como los referidos, pues constituyen el contenido o elementos definitorios del derecho, art. 51.6 RH y art. 9.2 LH. –RDGRN 20-09-1966 y 14-6-2010– así pues, es necesario concretar. 1).–si el derecho a favor de los constituyentes es personalísimo, solo ejercitable por ellos mismos (intransmisible) o por el contrario no lo es y por tanto son transmisibles mortis causa; 2) si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o por el contrario en segundas u ulteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia (a tener en cuenta que ante la ausencia legal de su regulación, en cuanto a su duración, cabe remitirse al plazo legal máximo de duración que no podrá exceder de 10 años –art. 1.510 CC–, aplicable por analogía –art. 4 CC– lo regulado para el retracto convencional, o al plazo señalado por la DGRN en resolución de 20 septiembre de 1966 de no traspasar el límite de art. 781 Cc). Es conveniente fijar a efectos de notificaciones un domicilio. Fundamento de derecho: Tratándose de derechos de adquisición preferente de origen convencional o voluntario, es la voluntad de los constituyentes la determinante del alcance de los mismos, y precisamente, esa relación entre el contenido del derecho y la potestad normativa creadora de quienes lo crean, exige que queden determinados de forma indudable, en el momento de su constitución, quién, cómo y cuándo puede ejercitar tales derechos, sin que ninguna de estas circunstancias reseñadas origine un problema de interpretación en el futuro, de interpretación de la voluntad común de los contratantes, razón por la cual han de quedar precisada y concretada el titular, la eventualidad y las circunstancias que motivan su ejercicio. La concreción de las contingencias para ejercitar el derecho tanteo-retracto son proporcionales a la precisión o claridad de su constitución, cuanto mayor sea esta última, menor será la dificultad de interpretar la voluntad de los constituyentes (art. 51.6 RH y art. 9.2 LH). El derecho de tanteo convencional carece de regulación legal (salvo en la Compilación de Navarra y en el Derecho civil, foral o especial, de Cataluña) no obstante, la posibilidad de crearlo amparada por el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 CC, permite la configuración de un tanteo con efectos puramente personales al amparo de autonomía de los particulares, a la vez que constituye una consecuencia natural de la eficacia meramente inter partes de todo contrato (art. 1.257 CC). Pero la asignación de efectos reales –erga omnes, frente a terceros– es una cuestión de orden público porque afecta a la seguridad del tráfico inmobiliario, a los derechos de terceros y, en definitiva, a la propia seguridad jurídica, uno de los principios garantizados por la Constitución (art. 9.3 CE), por tanto, la existencia de tales efectos reales es cuestión sustraída al ámbito de la libre decisión de los particulares, y queda supeditada, en primer lugar, a la decisión de las partes de atribuir carácter real al derecho de tanteo-retracto convencional, y, en segundo lugar, al otorgamiento del negocio constitutivo del tanteo en escritura pública y a su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad en las condiciones y con los requisitos

previstos por la legislación hipotecaria. En consecuencia, no todo derecho de tanteo convencional con efectos reales puede ser inscrito en el Registro sin más al amparo de la libre voluntad de las partes, sino únicamente cuando cumple los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria, en especial las circunstancias del art. 9.2 LH y art. 51.6 RH, que exigen una clara determinación de la persona, extensión y alcance del derecho que se pretende inscribir, de ahí la necesidad de concretar si se trata de un derecho de: 1) carácter personalísimo –solo ejercitable por el constituyente– o no lo es y por tanto es transmisible, y ejercitable también por sus causahabientes, o es voluntad de constituirlo en favor de quien en cada momento sea titular de un inmueble determinado (derecho subjetivamente real de tanteo), todo ello durante el plazo de vigencia; 2) si su titular puede usarlo solo en una primera enajenación o por el contrario en segundas y sucesivas enajenaciones (conforme a la jurisprudencia de la DGRN en resolución de 20 septiembre 1966 señaló que debía limitarse a lo dispuesto en el art. 781 CC). Dado que los derechos reales de preferente adquisición son aquellos que se conceden a una persona la facultad de adquirirla con exclusión de cualquier otra, el elemento típico de este derecho es la preferencia en la adquisición, por lo que sus modalidades esenciales para operar precisa de concretar los requisitos necesarios para que puede ejercitarse y es mediante la concreción de estos requisitos se garantiza el carácter auténticamente real, con efectos erga omnes, del derecho constituido por voluntad de las partes y se consigue que cualquier tercero que consulte el Registro esté en condiciones de saber las condiciones exactas en que ese derecho inscrito puede afectarle u oponérsele. Advertir que solo se pacta el derecho de tanteo-retracto en el supuesto de enajenar, limitando pues las transmisiones sólo a las enajenaciones, no a las transmisiones gratuitas en las que no media precio, prueba de ello es que la no concreción de la base de precio para determinarlo. No será objeto de inscripción todo lo referido a la explotación orgánica porque constituiría una mención no permitida por el art. 29 LH ya que constituyendo las 3 fincas una unidad orgánica de explotación denominada Ca L'Eladi, debe solicitarse previamente conforme art. 8.2 LH, la inscripción de la agrupación de las 3 fincas que permitiría inscribir bajo un número de finca registral lo que constituye una unidad de explotación (finca funcional, art. 44 RH) y al no solicitarse así, no puede reflejarse dichos pactos al no constar inscrita la finca funcional bajo una titularidad en comunidad, art. 392 CC y art. 13 RH, ya que dichos pactos tienen como objeto una unidad de explotación no se ha querido reflejar en el Registro. No será objeto de inscripción el exceso de cabida declarado en la finca señalada como número 1, pues procede de segregación (art. 298 RH) y conforme RDGRN 6 mayo 2013 porque todo exceso de cabida que exceda de la vigésima parte de la cabida inscrita –como en el presente caso– debe ser tratada como un supuesto de inmatriculación y en consecuencia, el hecho de que no se haya aportado título inmatriculador suficiente, así como el certificado catastral descriptivo y grafico impide practicar la inscripción del exceso de cabida. No será objeto de inscripción el pacto sexto del disponen por su carácter personal u obligacional, art. 98 LH y 9 RH, habida cuenta que el incumplimiento del mismo solo acarrea una indemnización. Se hace constar (...) En Sagunt, a 2 de enero de 2014. El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Domingo Jordán Domingo».

III

La anterior calificación fue recurrida por el notario autorizante del título calificado, don Joaquín Borrell García, mediante escrito fechado el día 23 de enero de 2014, en el que se formulan las siguientes alegaciones: «A) En primer lugar debe referirse a que, tratándose de una escritura compleja, que incorpora una declaración de obra, una dación en pago y la constitución de un derecho de tanteo y retracto y objetando en la nota de calificación recurrida, una vez complementada la escritura con los datos de régimen matrimonial a que se refirió una primera nota, únicamente este último negocio jurídico, haya sido denegada la inscripción de todos los actos contenidos en el documento. Es de suponer que al tiempo de la resolución del recurso la

declaración de obra y la dación en pago, que no han sido objetadas en la nota de calificación, habrán quedado inscritas en virtud de solicitud expresa de inscripción parcial; pero el recurso parece una buena ocasión para un pronunciamiento sobre la improcedencia de la denegación de la inscripción sobre todos los actos contenidos en un instrumento cuando el supuesto defecto sólo afecte al que en su secuencia natural representa el último de éstos. La interpretación contraria, que en este caso paraliza la inscripción de una declaración de obra por problemas relativos a la posterior constitución de un derecho de tanteo y retracto, impulsa a los usuarios del sistema a fragmentar sus otorgamientos en instrumentos diferentes, con el consiguiente resultado antieconómico. B) Dicho lo cual procede centrarse en los defectos asignados en la nota a la constitución del derecho de tanteo y retracto, basados en una supuesta indeterminación de los siguientes elementos definitorios del derecho: B1. Si es personalísimo o transmisible mortis causa. B2. Si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o también en ulteriores dentro de su plazo de vigencia. B3. Si la duración puede exceder de la de diez años, por analogía con la regulación del Código Civil sobre el retracto convencional (artículo 1.508 del Código Civil) o, por aplicación de la doctrina del contra directivo, el límite previsto en el artículo 781 para las sustituciones fideicomisarias. A juicio de este recurrente la primera cuestión queda resuelta por la propia normativa del Código, la segunda no ofrece duda con arreglo al tenor de la escritura y la tercera implica una indebida aplicación de la analogía sin atender a la radical diferencia de naturaleza jurídica entre dos instituciones conocidas comúnmente con el nombre de retracto. En cuanto al punto primero no mediando ninguna previsión en contrario, no acaba de entenderse qué podría excluir el principio de la sucesión universal mortis causa derivada de los artículos 657 y 659 del Código Civil. Dicho de otra manera, el derecho de adquisición preferente podía haberse establecido con carácter personalísimo para su titular, lo que equivaldría a configurar la muerte de éste como evento resolutorio; pero no se ha hecho y por tanto la respuesta a la duda hipotética sobre si es transmisible sólo puede ser afirmativa, conforme a las reglas generales de cualquier derecho subjetivo. Respecto de la segunda duda, se transcribe dos textos parciales de la cláusula quinta de la escritura «... consistente en el derecho de adquisición preferente por parte de don J.-L. V. Q. para todos los supuestos en los que Don E. V. G. R. pretenda enajenar por plazo de veinte años. En caso de concurrir la voluntad de transmitir don E. V. G. R. deberá notificar fehacientemente a don J. L. V. Q. la oferta recibida, con indicación del precio de adquisición,...». Por tanto el derecho de adquisición preferente se halla previsto para los supuestos de enajenación que realice el Sr. G. R., o sus causahabientes por aplicación del antes mencionado principio de sucesión universal; y una vez transmitido a tercero sin que el titular del derecho de adquisición preferente haya ejercitado éste queda sin efecto, sin que el texto del instrumento posibilite, a mi juicio, otra interpretación, que en todo caso quedaría bajo el amparo de los tribunales; pues ni a la escritura ni al asiento de inscripción se les puede pedir que eviten de modo absoluto la posibilidad de una interpretación contradictoria; lo mismo cabe afirmar del derecho inverso que en la propia cláusula se atribuye al Sr. G. R., al remitirse éste a las mismas condiciones del conferido al Sr. V. Q. Por lo que se refiere a la discrepancia sobre el plazo de duración del derecho, 20 años, entiendo que: –Resulta improcedente la mención del artículo 781 del Código Civil, en cuanto ni se trata de una institución remotamente semejante a la sustitución fideicomisaria ni el plazo contradice el límite del segundo grado previsto en dicha escritura. –Respecto del máximo de 10 años previsto por el artículo 1.508 para el retracto convencional, la analogía alegada en la nota de calificación resulta desmentida por la diferente naturaleza de ambos derechos aunque medie homonimia respecto de la palabra retracto. El derecho regulado en los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil, retracto convencional, atribuye al que fue vendedor el derecho de recuperar la cosa vendida sin necesidad de que su titular tome la decisión de enajenarla. Opera por tanto una importante restricción de la voluntad dispositiva del titular, que durante su vigencia no puede de facto disponer de su propiedad, por cuanto el ejercicio del retracto dejaría la transmisión sin efecto. Por ello el Código limita su duración al plazo decenal indicado. Por el contrario el derecho de adquisición preferente pactado en la escritura, que sólo puede ser ejercitado cuando media la voluntad dispositiva del propietario,

no limita las facultades dispositivas ni por tanto sustrae el bien jurídico del mercado, salvo en cuanto a la identidad del adquirente. Es decir, el propietario puede decidir la enajenación y su precio, sin más traba que la facultad del derecho de subrogarse en la posición del adquirente. No existe por tanto ninguna razón objetiva para limitar el principio de la autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil y expansivo en nuestro derecho, que la necesidad de fijar un término que dé certeza a las relaciones jurídicas, en particular cuando éstas, mediante la inscripción, afectan a las relaciones con terceros. Ahora bien, dicha fijación debe quedar comprendida en la libre regulación de sus relaciones por los particulares, siempre que no se incumpla ninguna norma imperativa, lo que no resulta predicable del plazo de 20 años. Por el contrario, la aplicación analógica de una regla prevista para otra institución, totalmente diversa en su naturaleza jurídica, restringe de forma infundada el citado principio de autonomía de voluntad, forzando a encorsetar la voluntad de los particulares en una casilla cuyo ámbito queda fijado discrecionalmente. No son objeto de recurso, por compartir el criterio de la nota, los extremos de esta relativos a la explotación orgánica, al exceso de cabida y al pacto obligacional previsto en el pacto sexto».

IV

Manteniéndose el registrador en su calificación, remitió a esta Dirección General, con fecha 31 de enero de 2014, el escrito acreditativo de la interposición del recurso con la demás documentación complementaria aportada en unión del preceptivo informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria; 7, 9 y 14 del Reglamento Hipotecario; 1.508 y siguientes del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1981, 3 de marzo de 1995, 20 de julio de 1998, 16 de diciembre de 2004, 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008; así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de enero de 1927, 27 de marzo de 1947, 20 de septiembre de 1966, 19 de septiembre de 1974, 6 de marzo de 2001, 19 de febrero de 2002, 4 de mayo de 2009, 14 de junio de 2010, 22 de junio de 2012 y 13 de septiembre de 2013.

1. Circunscrito el recurso al primero de los defectos señalados en la calificación –al aceptar el recurrente los relativos a la explotación orgánica, al exceso de cabida y al pacto obligacional previsto en la estipulación sexta–, a aquél debe ceñirse la presente resolución (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Se trata, por tanto, de dirimir si es posible, la inscripción de la estipulación quinta de la escritura calificada (por la que se formaliza la transmisión de dos fincas en pago de deuda), relativa a la constitución de sendos derechos de tanteo y retracto, que responde al siguiente tenor literal: «Igualmente como pacto accesorio de la presente transmisión las partes constituyen derecho de tanteo y retracto convencionales sobre la indicada finca 2019, consistente en el derecho de adquisición preferente por parte de don J. L. V. Q. para todos los supuestos en los que don E. V. G. R. pretenda enajenar por plazo de veinte años. En caso de concurrir la voluntad de transmitir de don E. V. G. R. deberá notificar fehacientemente a don J. L. V. Q. la oferta recibida, con indicación del precio de adquisición, disponiendo éste de un plazo de sesenta días para comunicarle la aceptación de la oferta y satisfacerle el precio de ésta. Si no hubiese mediado notificación don J. L. V. Q. dispondrá de un derecho de retracto en el plazo de sesenta días desde que hubiese recibido la notificación de la transmisión y, de no haber mediado ésta, desde que tenga conocimiento de dicha transmisión por cualquier medio que pueda probarse. Igualmente convienen la constitución

de un derecho de tanteo y retracto a favor de don E. V. G. R., sobre las fincas objeto de la presente dación, en las mismas condiciones establecidas anteriormente».

El registrador entiende que, dado el origen convencional de los derechos de adquisición preferente pactados, es la voluntad de los constituyentes la que debe determinar de forma precisa e indubitada el contenido del derecho en el momento de su constitución, fijando claramente quién, cómo y cuándo puede ejercitarse tales derechos, por lo que, a su juicio, es necesario para que accedan a los libros del Registro que se concreten estos extremos: primero, si el derecho a favor de los constituyentes es personalísimo, sólo ejercitable por ellos mismos (intransmisible) o por el contrario no lo es, y segundo, si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o por el contrario también podrá ejercitarse en segundas o posteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia. En relación con este último extremo añade el registrador en su acuerdo de calificación lo siguiente: «a tener en cuenta que ante la ausencia legal de su regulación, en cuanto a su duración, cabe remitirse al plazo legal máximo de duración que no podrá exceder de 10 años –art. 1.510 CC–, aplicable por analogía –art. 4 CC– lo regulado para el retracto convencional, o al plazo señalado por la DGRN en resolución de 20 septiembre de 1966 de no traspasar el límite de art. 781 CC».

El recurrente, por el contrario, entiende en cuanto al primer defecto que no existe motivo para excluir el principio de sucesión universal respecto de dichos derechos, al no haberse configurado expresamente con carácter personalísimo; en cuanto al segundo defecto, a su juicio, del tener literal de la cláusula debatida resulta con la suficiente claridad que en caso de transmisión de la finca sin que el titular del derecho de adquisición preferente lo haya ejercitado éste quedará sin efecto, sin que se pueda exigir a la escritura que evite de modo absoluto la posibilidad de una interpretación contradictoria; finalmente en cuanto al plazo de duración del derecho fijado en veinte años, entiende que no resulta aplicable por analogía el artículo 1.508 del Código Civil respecto del pacto de retro, ni resulta procedente la invocación en el presente caso del artículo 781 al referirse éste a la sustitución fideicomisaria, institución totalmente ajena a la ahora cuestionada.

2. Como cuestión de carácter preliminar, y teniendo en cuenta que la escritura calificada tiene por objeto formalizar una declaración de obra antigua y un negocio de dación en pago de deudas, a la que se añade como pacto complementario el relativo a la constitución de los derechos de tanteo y retracto voluntarios cuestionados, y limitándose el defecto a este último, entiende el recurrente que el registrador debió proceder a la inscripción de la declaración de obra antigua y de la dación en pago, limitándose a suspender los derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, para rechazar este planteamiento baste señalar que ni la escritura contiene previsión de inscripción parcial ni tal solicitud ha sido formulada por el presentante o interesado y, en tales casos, el registrador no podía actuar oficiosamente ignorando el principio de rogación vigente en nuestro sistema registral (vid. artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria y 323 de su Reglamento y, por todas, Resolución de 28 de febrero de 2014).

3. En cuanto a la cuestión de fondo, centrada en los términos antes indicados, para su resolución hay que comenzar recordando las dificultades señaladas por nuestra doctrina en relación con la caracterización de los derechos reales, tanto por la falta de una enumeración cerrada de los mismos, como por las dudas que con cierta frecuencia se plantean a la hora de interpretar sus características propias, como la inmediatez o su carácter absoluto o eficacia «erga omnes», lo que en la práctica ha derivado en dudas y debates en torno a ciertos derechos sobre su condición de verdaderos y propios derechos reales, tanto en la doctrina

como en la jurisprudencia. En este ámbito o zona de derechos de naturaleza real discutida se sitúan los tanteos y retractos voluntarios.

Por su parte, la doctrina de este Centro Directivo ha declarado reiteradamente que, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los registradores de la Propiedad –ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción– es la de velar por el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real (cf. por todas, Resolución de 19 de septiembre de 1974).

En este sentido, es conocida la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resolución de 4 de mayo de 2009) acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «*numerus apertus*» que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatez, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Del análisis del elevado número de Resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales.

4. No obstante, lo anteriormente expuesto no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere derecho real. Hace falta, además, que concurren determinadas circunstancias, que la citada Resolución de 4 de mayo de 2009 sintetizó en dos: a) Como se ha dicho anteriormente, es preciso que la figura que se crea tenga las características propias de un derecho real, y b) Que, si se trata de una figura nueva carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha figura comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Y como criterio de interpretación de estos requisitos ha dicho igualmente este Centro Directivo que el citado criterio «*numerus apertus*» en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

5. En relación con los derechos de tanteo y retracto voluntario, en tanto que derechos atípicos o innominados, su admisión al amparo del principio de la autonomía de la voluntad en la actualidad no plantea especial dificultad ya que si bien no se hallan regulados en nuestro Derecho positivo, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998, «es

admitido por la doctrina y la jurisprudencia (Sentencias de 13 de diciembre de 1958, 30 de abril de 1964, 25 de abril de 1992 y 19 de noviembre de 1992) al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sancionado por el artículo 1255 del Código Civil, debiendo estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado», siendo por tanto esencial en su configuración el título de su constitución. En este sentido, como ha señalado la doctrina, se puede decir que si bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador que, si impone una obligación pasiva universal mandando a todos que respeten un derecho, lo modela como real, y si no la impone, lo reduce a personal, en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transmitido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real, siempre que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza, según antes se ha indicado (v.gr. en relación con el derecho de opción de compra ex artículo 14 del Reglamento Hipotecario).

En este marco general, respecto de los derechos de adquisición preferente, hay que comenzar precisando que de las tres clases de retracto que se admiten en nuestro ordenamiento, el convencional previsto en los artículos 1507 y siguientes del Código Civil, el legal que establecen tanto el Código Civil como diversas leyes especiales, y el llamado voluntario, éste es el que se presenta en el presente caso (junto con su correlativo derecho de tanteo en la fase previa a la transmisión a terceros de la finca). Es un derecho procedente de la voluntad de las partes que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2008, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro.

Sobre su carácter personal o real tanto la doctrina de este Centro Directivo, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han ido evolucionando en el tiempo. Inicialmente la Resolución de esta Dirección General de 4 de enero de 1927 negó que pudiera tener carácter real en base al silencio de la ley, al efecto de vinculación de la propiedad que podría generar, las dificultades para su desenvolvimiento judicial y extrajudicial, y por no responder la figura al criterio legal de reconstrucción de la propiedad desmembrada ni a la finalidad de evitar la indivisión. Este criterio negativo se mantuvo en la Resolución de 27 de marzo de 1947 entendiéndose que en el caso estudiado las partes se limitaron a establecer un pacto que sólo a las mismas y a sus herederos afectaba, y que los posteriores adquirentes del inmueble deben verse libres de sus trabas y restricciones, recordando que «legislación y la jurisprudencia modernas son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder alcance real a los pactos que, como el ahora discutido, no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho de obligaciones ni provocar otros efectos civiles que los contractuales entre los interesados o sus causahabientes, posición brillantemente defendida en la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria, de 30 de diciembre de 1944, y que ha cristalizado en el artículo 98 del vigente texto refundido, precepto que debe ser observado con su natural eficacia para no desvirtuar el sentido de la reforma ni hacer estériles los propósitos del legislador, plenamente compartidos en este punto por la doctrina».

6. Sin embargo, en una etapa posterior, iniciada con la Resolución de 20 de septiembre de 1966, se ha admitido la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios sean configurados por las partes contratantes en el título de su constitución como un verdadero y propio derecho real. Se discutía con ocasión de la citada Resolución la posibilidad de inscribir en el Registro ciertos pactos en los que las partes establecían sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de parcelas. La Dirección General,

tras recordar que no dejan de ser frecuentes en la práctica del tráfico jurídico-inmobiliario la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio (como ya previene el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo o el 594 en relación a la servidumbre), añade que ello obliga a «extremar el cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de «*numerus apertus*», tradicionalmente seguida por este Centro... no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria». Pero, a pesar de tales cautelas, admite el carácter real de los derechos de adquisición preferente pactados en el título calificado, entendiéndolo que los posibles reparos u obstáculos a tal consideración aparecen superados en cuanto que: «a) existe convenio en el que se concede al titular la facultad «*erga omnes*» de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; b) el precio no queda fijado de antemano, sino que, con las garantías necesarias, se determinará por terceras personas, en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código Civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve –30 días– para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, y e) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho». Posteriormente la Resolución de 19 de septiembre de 1974, partiendo de la misma doctrina, llega a la conclusión de que en el caso concreto por ella examinado «no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real, e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria».

Más recientemente ha vuelto el Centro Directivo al mismo tema subrayando la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo y/o retracto voluntario que pretenda tener carácter real se configure como tal en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto. Y así en la Resolución de 6 de marzo de 2001, en un supuesto en el que se solicitaba la inscripción de un título en el que se pactaba un derecho de adquisición preferente similar al tanteo, pero en el que no se decía que tenga carácter real, ni se establecía que sería inscribible, ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realice la venta contraviniendo la notificación pactada, afirma dicha Resolución que «para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1.462.2 y 1.464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia «*erga omnes*», que es una característica esencial del derecho real». Queda con ello completado el conjunto de características y requisitos que se exigen para la configuración como real de estos derechos atípicos de preferente adquisición, incluyendo su configuración expresa como tales o estableciendo estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara, permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

7. Esta misma línea de apertura a favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales se observa en la jurisprudencia. Y así junto con determinados casos en que ha calificado el correlativo derecho como un derecho de carácter personal u meramente obligacional, que por tanto sólo se podía ejercitar «inter partes» y no frente a terceros, para quienes era «res inter alios», quienes en consecuencia no tienen el deber jurídico de soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del contrato que dio vida a los citados derechos (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 2004), por el contrario admite en otros casos el carácter y eficacia real del derecho, como ocurrió en los supuestos de las Sentencias del Alto Tribunal de 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008. En esta última se condensa la doctrina jurisprudencial en la materia con una nítida admisión del carácter real de ciertos derechos de retracto voluntarios, derechos que son los «procedente[s] de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005, como dice, literalmente, derecho tiene carácter real y es oponible erga omnes dado lo dispuesto en los artículos 2, números 1.º y 2.º y 37.3.º de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria en cuanto permiten su inscripción registral».

Por tanto, ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales antes reseñados. En el caso concreto objeto del presente expediente, en la escritura en que se pactan los derechos de tanteo y retracto debatidos no se dice que éstos tengan carácter real, ni se establece que serán inscribibles, ni se expresan las consecuencias en caso de que se incumpla lo estipulado, ni se constituyen los recíprocos derechos de adquisición a favor de quien sea titular en el momento de su ejercicio de la respectiva finca, sino nominativamente a favor de don E. V. G. R. y don J. L. V. Q., imponiéndoles a ellos, sin referencia alguna a sus causahabientes, la obligación de notificación del propósito de vender. Sin embargo, la calificación impugnada no cuestiona el carácter real del derecho, y por tanto este Centro Directivo no puede entrar a valorar ni prejuzgar esta cuestión por la propia limitación objetiva del recurso (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

8. Las objeciones del registrador se refieren más bien a las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, exigencias más apremiantes en el caso de los títulos relativos a la constitución de derechos reales atípicos en los que el Derecho dispositivo no puede integrar las lagunas del título constitutivo. En este sentido es cierto que, como declaró esta Dirección General en la Resolución de 14 de junio de 2010, en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, en que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos («expresión circunstanciada», dice el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario que refleje la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba), es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (artículo 38 de la Ley Hipotecaria).

Exigencia que aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. El poder de configuración de nuevos derechos reales de la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, tiene en este sentido dos límites uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada Resolución de 14 de junio de 2010 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado». O como afirma la Resolución de 4 de marzo de 1993, y ha reiterado recientemente la de 19 de diciembre de 2013, en este ámbito la autonomía de la voluntad «tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.».

Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para el lograr el amparo registral (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales.

9. En este sentido entiende el registrador que el pacto debatido adolece de indeterminación en cuanto a quién, cómo y cuándo pueden ejercitarse los derechos de tanteo y retracto voluntarios constituidos, considerando que es necesario subsanar el título concretando: primero, si el derecho a favor de los constituyentes es personalísimo, sólo ejercitable por ellos mismos (intransmisible) o por el contrario no lo es y por tanto son transmisibles «mortis causa»; segundo, si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o por el contrario en segundas o ulteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia, cuestionando a continuación la validez del plazo de duración pactada de veinte años. Ahora bien, en los concretos términos en que dicha calificación se ha formulado no puede ser confirmada.

En efecto, en cuanto al primero de los extremos antes señalados no se advierte motivo alguno por el cual pueda llegar a entenderse que los derechos de tanteo y retracto voluntarios pactados tienen carácter personalísimo. Y ello no sólo por el carácter estrictamente excepcional que tienen los derechos personalísimos en el ámbito de los derechos patrimoniales, y por el régimen general de la sucesión «mortis causa» (artículos 657 y 659 del Código Civil) a que alude el recurrente, sino también porque la eficacia de los contratos, aun siendo subjetivamente relativa y no absoluta, se extiende no sólo a los contratantes, sino también a sus herederos, y ello salvo respecto de los derechos y obligaciones derivados del contrato que no sean transmisibles bien «por la naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley» (cfr. artículo 1257 del Código Civil). No imputa la calificación una infracción a la naturaleza intransmisible del derecho o a una disposición legal que así lo determine, por lo que hay que entender que la excepción a la transmisibilidad de los efectos del contrato a los herederos de los contratantes sólo podría proceder en este caso de pacto expreso. Y no habiéndolo no puede interpretarse dicho silencio como factor de confusión o duda, pues los efectos de tal silencio están claramente determinados en el citado artículo del Código Civil, sancionando la

transmisibilidad «mortis causa» de tales derechos y obligaciones. Decae así el primer motivo de oposición a la inscripción.

En segundo lugar, respecto a la necesidad de precisar si puede ejercitarse el derecho de adquisición preferente sólo en una primera enajenación o por el contrario en segundas o ulteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia, esta exigencia de la calificación parece estar inspirada en la Resolución de 20 de septiembre de 1966, citada por el registrador, en la que, con referencia al derecho de tanteo allí examinado se incluía, entre las causas que abonaban su admisión como derecho real inscribible, que «este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida». Esto explicaría la vinculación que se observa en la nota de calificación entre este extremo y la cuestión del límite del plazo de duración. Ciertamente una de las razones por las que las antiguas Resoluciones de 4 de enero de 1927 y 27 de marzo de 1947 habían rechazado la inscribibilidad y aun el mismo carácter de derecho real de los retractos allí examinados era la total indeterminación de los plazos para su ejercicio, lo que llevaba de la mano de la proscripción de la vinculación de la propiedad con cargas perpetuas a rechazar su admisibilidad. Por ello la Resolución de 20 de septiembre de 1966, al variar de criterio respecto de las anteriores, entra en la justificación de dicha variación invocando al efecto que la combinación de limitar el derecho de preferencia a la primera transmisión y el establecimiento del límite temporal del artículo 781 del Código Civil salva el obstáculo al eludirse la creación de una «vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida». Pero de ello no puede extraerse una exigencia suplementaria en el sentido de tener que precisar siempre y en todo caso que la preferencia se concreta o no a la primera transmisión, cuando por los términos de la redacción del pacto correspondiente este extremo sobre el ejercicio del derecho esté suficientemente determinado. Así ocurre en el presente caso en el que se pacta un «el derecho de adquisición preferente por parte de don J. L. V. Q. para todos los supuestos en los que don E. V. G. R. pretenda enajenar por plazo de veinte años. En caso de concurrir la voluntad de transmitir de don E. V. G. R. deberá notificar fehacientemente a don J. L. V. Q. la oferta recibida». Por tanto, si enajena el actual titular de la finca y el titular de la preferencia no la ejerce, ya no la podrá ejercer en caso de que el tercer adquirente de la finca pretenda, a su vez, transmitirla a un nuevo subadquirente. Obsérvese la diferencia en relación con la previsión que respecto del pacto de retro se establece en el artículo 1510 del Código Civil, cuando dice que «el vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros». Otra cosa es que esta redacción, en combinación con el hecho de que no se pacta expresamente el carácter real del derecho ni su inscribibilidad, ni su eficacia u oponibilidad frente a terceros, pudiera dar pie a cuestionar el propio carácter real del derecho constituido, pero como hemos visto «supra» este extremo no ha sido cuestionado por el registrador, y por tanto tampoco puede ahora valorarse.

10. Finalmente, en cuanto al plazo de duración del derecho entiende el registrador que «ante la ausencia legal de su regulación, en cuanto a su duración, cabe remitirse al plazo legal máximo de duración que no podrá exceder de 10 años –art. 1510 CC–, aplicable por analogía –art. 4 CC– lo regulado para el retracto convencional, o al plazo señalado por la DGRN en resolución de 20 septiembre de 1966 de no traspasar el límite de art. 781 CC», objeción a la inscripción que tampoco puede confirmarse. Ciertamente, como antes se dijo, resulta imperativo la determinación de un plazo para el ejercicio de estos derechos al proscribirse en nuestro Derecho las vinculaciones, cargas o gravámenes perpetuos o indefinidos. La necesidad de fijación convencional de un plazo cierto en relación con los derechos de tanteo

y retracto voluntarios (como fijados están en la ley para los retractos legales y para el retracto convencional o pacto de retro) ha sido reiterada y unánimemente subrayado tanto por la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 27 de marzo de 1947, 20 de septiembre de 1966 y 19 de septiembre de 1974), como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 3 de abril de 1981 y 3 de marzo de 1995). Así v.gr. en esta última Sentencia se afirma que «la falta de... seguridad para el ejercicio del tanteo y del retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aún en los simplemente convencionales», y ante la falta de límite temporal para el ejercicio del derecho debatido en el caso de autos, se concluía que «no puede pretenderse revestir como se propugna de los honores y preeminencias de derecho real a una simple convención con efectos simplemente obligacionales al que le falta por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de los derechos de tanteo y retracto convenidos a partir de la enajenación a un extraño».

Ciertamente no reprocha la calificación impugnada indeterminación en este extremo, sino exceso en el límite señalado, entendiendo que por analogía, ante la ausencia de regulación legal, debe aplicarse el límite de diez años del artículo 1.508 del Código Civil o el plazo señalado en el artículo 781 del Código Civil, a que aludió la reiterada Resolución de 20 de septiembre de 1966. En cuanto a esta segunda referencia al artículo 781 del Código Civil, ya hemos dicho que fue invocada por la citada Resolución no como referencia normativa supletoria o aplicable por analogía al caso de los retractos voluntarios, sino para significar que a la vista de la previsión en el título constitutivo del derecho del citado límite, quedaba excluida la objeción que para su admisibilidad derivaría de un carácter perpetuo o indefinido del gravamen. Más dudosa es la solución en relación con la invocación de la analogía con el retracto convencional o pacto de retro, y la extrapolación a los retractos voluntarios del límite que para los pactos sobre duración de tales derechos impone el artículo 1.508 del Código Civil en diez años, límite que habría sido excedido por la estipulación a que se refiere la calificación que señala el límite temporal para su ejercicio en veinte años. No obstante, como se verá, tampoco puede mantenerse en este extremo la calificación.

En efecto, como ha señalado la doctrina más autorizada, en relación con los derechos reales de retracto voluntarios se han de diferenciar dos tipos de plazos. Por un lado, el plazo de ejercicio del retracto una vez producida la enajenación que desencadena la posibilidad del ejercicio; este plazo debe concretarse en un «breve término» a contar desde que tal enajenación es notificada al titular del derecho de retracto o desde que pudo ser conocida por este titular. Término cuya concreción es requisito de la constitución misma del derecho de adquisición como derecho real (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 y Resolución de 20 de septiembre de 1966), y que en el presente caso (en que dicho plazo queda concretado en treinta días) no plantea problema alguno. Y en segundo lugar, el plazo de duración del derecho mismo. En el caso de los derechos reales innominados que puedan constituirse al amparo de la doctrina del «numerus apertus» y del principio de la autonomía de la voluntad la cuestión que se plantea es determinar los límites legales que rigen en la constitución de estos derechos, pues, sin llegar a constituir prohibiciones de disponer, en cierta medida restringen la facultad de disponer y vinculan relativamente la propiedad. Por ello se ha planteado razonablemente en la doctrina, si debe considerarse aplicable por analogía a los derechos reales de retracto innominados o atípicos los plazos máximos de duración previstos por el ordenamiento para figuras similares, en particular para el retracto convencional (vid. para el caso de la opción de compra el artículo 14 del Reglamento Hipotecario). Algunos autores observan con razón la necesidad de distinguir entre los derechos reales de adquisición constituidos con independencia de toda otra

relación jurídica entre el titular del derecho y el dueño del bien gravado, y aquellos otros en que tales derechos de adquisición son meras facultades integrantes del contenido de un derecho subjetivo dentro de una relación jurídica duradera entre su titular y el dueño de la cosa, caso en el que dicha adherencia favorece la vigencia del derecho de preferente adquisición mientras dure la relación principal de la que forma parte (v.gr. vid artículo 14 del Reglamento Hipotecario para la opción de compra, o artículo 396, párrafo tercero, del Código Civil, respecto de los derechos de tanteo y retracto que pueden introducirse en el título de constitución del régimen de propiedad horizontal). En el primer caso (derecho de tanteo y retracto como derecho autónomo y no como facultad de otro derecho subjetivo) la necesidad de concreción del plazo es pues más intensa.

Pues bien, a pesar de ello y a pesar de que este Centro Directivo ha afirmado en alguna ocasión incidentalmente la aplicación analógica de algún precepto de los consagrados por el Código Civil a los retractos convencionales a los voluntarios (así respecto del artículo 1.520 del Código en Resolución de 13 de septiembre de 2013), lo cierto es que dicha aplicación analógica en el concreto ámbito ahora cuestionado ha sido rechazada explícitamente por el Tribunal Supremo, cuyo criterio en esta sede debe ser admitido. Así, en su Sentencia de 3 de abril de 1981 se dice al respecto que «la resolución impugnada hace una indebida aplicación del art. 4-1 del Código Civil, porque al declarar caducado y extinguido el indicado derecho de adquisición preferente pactado en la cláusula 6.ª de la escritura pública de..., lo hace utilizando la «analogía legis», generalizando las disposiciones concretas de los arts. 1289 y 1508 del Código Civil a la invocada relación jurídica de adquisición preferente, sin que para ello se cumplan los requisitos exigidos por el meritado art. 4-1 del Código Civil, y concretamente la identidad de razón expresada por el principio «ubi eadem ratio, ibique eadem legis dispositio», de una parte debido a que la normativa del art. 1289, 1.º, del Código Civil...; y de otra parte a causa de que el art. 1508 del Código Civil, que se encuentra dentro de la sección dedicada al retracto convencional, al suponer una venta y una posterior recuperación en virtud del derecho reservado, no tiene analógica aplicación al supuesto de autos por su naturaleza, al no existir compraventa del señor F. al señor P., ni por tanto puede hablarse de recuperación de un terreno, que precisamente fue adjudicado a dicho señor F. en escritura de división de bienes; ...; y por las condiciones de su nacimiento, por la sencilla razón de que mientras en el retracto convencional el derecho puede ejercitarse durante todo el plazo contractual o legal establecido, por la simple voluntad del retrayente, por el contrario la acción que corresponde según el pacto a los sucesores del señor P. nace no por mera voluntad de éste, sino en el caso de que la parcela en cuestión sea enajenada o se pretenda enajenar a persona distinta del propio señor F. o de su esposa». Descartada, pues, la aplicación analógica del artículo 1508 del Código Civil al derecho ahora cuestionado, decae también este motivo obstativo a la inscripción registral postulada, lo que lleva a la estimación del recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación registral, en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho anteriores.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 10 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles VI de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

En el recurso interpuesto por don J. G. M., como Administrador único de la sociedad «Idiomund, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles VI de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha sociedad y de «Sil Gestión, S.L.».

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 19 de junio de 2013 por la notaria de Calella, doña Mónica de Blas y Esteban, con número 496 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos sociales de «Idiomund, S.L.», Sociedad Unipersonal, y «Sil Gestión, S.L.» –integrada únicamente por el socio único de la primera y otro socio– adoptados el 6 de mayo de 2013 (entre otros, cese y nombramiento de administrador de la primera sociedad, escisión parcial de la misma y fusión por absorción de la segunda).

Interesa reseñar que en la escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «conforme al artículo 42 de la Ley 3/2009 de 3 de abril y 1/2012 de 22 de Junio, al haberse tomado dichos acuerdos en Junta Universal de socios y por unanimidad de todos los socios con derecho a voto no se aporta ninguno de los documentos exigidos por la Ley y no se efectúa informe de los administradores». Además, manifiesta que no se formuló balance de escisión por considerarse como tal el último balance anual aprobado por la sociedad el día 31 de diciembre de 2012, balance que se aprueba por la junta general que acordó la escisión, si bien se añade en la escritura calificada que «Dicho balance está pendiente de verificación por el auditor correspondiente, que me entregarán y protocolizaré con la presente». Y las mismas manifestaciones se contienen en la escritura respecto del acuerdo de fusión.

Mediante diligencia de 7 de noviembre de 2013, extendida en la misma escritura y otorgada por el administrador de la sociedad escindida y absorbente se incorpora mediante testimonio el informe de auditoría de cuentas de la sociedad de 27 de septiembre de 2013 con el balance de situación; asimismo se incorpora testimonio de las publicaciones del acuerdo de escisión y fusión en los periódicos «Diari de Girona» y «El Periódico» de 28 de junio de 2013; y el citado administrador manifiesta que ha transcurrido el plazo de un mes sin que ningún acreedor haya hecho uso de su derecho de oposición.

II

El día 18 de noviembre de 2013 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa, que se transcribe únicamente respecto de los defectos que son objeto de impugnación y que no han sido objeto de reforma por el registrador después de la interposición del presente recurso: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con

los dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares-, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos Diario/Asiento: 1176/294 F. Presentación: 18/11/2013 Entrada: 33165850 Sociedad: Idiomund, SL (escindida parcial y absorbente) y Sil Gestión, SL (absorbida) Documento calificado: Escritura otorgada ante el Notario de Calella M. de Blas Esteban, en fecha 19/06/2013, bajo el número 496/2013 de protocolo. Fecha de la Calificación: 10/12/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.º ... 2.º ... 3.º El informe del Auditor de cuentas de la sociedad escindida parcial/absorbente –la cual está obligada a verificar las cuentas anuales– de fecha 27/9/2013 es posterior a la fecha (6/5/2013) de adopción de las decisiones del socio único que aprueban las operaciones de escisión y fusión; y a los anuncios de fusión de fecha 28/6/2013); por lo que no pudo estar a disposición de las personas establecidas en el artículo 39, por remisión del artículo 73, de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, con anterioridad a la celebración de las Juntas generales que aprueban la escisión; así como tampoco estuvo a disposición de los acreedores, junto con el balance de escisión, en la fecha de publicación de los anuncios de escisión. Por tanto, deberán publicarse nuevos anuncios, y, una vez transcurrido un mes, las otorgantes deberán realizar nuevas manifestaciones sobre el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 43, por remisión del artículo 73, de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, así como una nueva declaración sobre la inexistencia de oposición (arts. 37, 39, 42, 43, 44 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 227.2.5.^a y 235 del Reglamento del Registro Mercantil). 4.º ... 5.º Respecto a la operación de escisión acordada: 5.1 Es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga además, con la debida separación de los elementos que integran el activo y pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas en concreto, del activo y pasivo a la que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el plan general contable, sin que sirva únicamente el listado de cuentas que se aporta con la diferenciación del debe y haber. De tal modo que las «amortizaciones acumuladas» se configura como una partida del activo con signo negativo y no del pasivo. En consecuencia, el total que se traspasa no es de 334.963,18 euros como se indica, sino de 293.302,66 euros y el total pasivo de 4.224,03 euros, y no de 45.884,55 euros como se expresa; ya que es necesario examinar si la relación de los bienes y derechos que constituyen el activo y las obligaciones que forman el pasivo, transmitidos a la sociedad beneficiaria se corresponden con los que figuran en el balance de escisión de la sociedad escindida. Obsérvese, además, que se traspasa la cuenta número 21100010 por concepto «Reformas (...) 269» por valor 25.529,56 euros que deducida su amortización acumulada da un total de 24.453,12 euros, sin que se corresponda con la partida del activo del balance de la sociedad escindida en la que «Terrenos y Construcciones» aparece con un valor «0». Circunstancia que deberá aclararse, atendida la circunstancia que la sociedad beneficiaria no puede recibir más de lo que dispone la propia sociedad escindida (Art. 36, 39.1.5.º y 45.1 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 35 del Código de Comercio, Plan General de Contabilidad y 227.2.5.º del Reglamento del Registro Mercantil). 5.2 Es necesario que el acuerdo de la junta de la sociedad recoja las menciones mínimas configuradoras de la escisión aprobada. Por tanto debe contener las menciones establecidas en el artículo 31 por remisión del artículo 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles siguientes: la mención 1.^a en cuanto a la identificación de las sociedades intervinientes en la operación; la mención 2.^a Tipo y procedimiento de canje; la mención 3.^a, según la cual, deberá constar la incidencia que la escisión vaya a tener sobre las aportaciones de industria o las prestaciones accesorias y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante; la mención 4.^a relativa a los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a tenedores de títulos distintos de los representativos de capital; la mención 5.^a, respecto a las ventajas de cualquier clase que

vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de escisión, así como a los administradores de las sociedades; la mención 6.^a en cuanto a la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones tienen derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; la mención 7.^a respecto a la fecha a partir de la cual la escisión tendrá efectos contables; la mención 10.^a; y respecto a la mención 11.^a las posibles consecuencias de la escisión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa; tal como se menciona en el exponen IV de la escritura. Obsérvese, que si bien del cuerpo de la escritura resultan las menciones 4.^a a 7.^a, antes referidas, éstas deben reproducirse entre los acuerdos adoptados, a efectos del cumplimentar debidamente el derecho de información de los socios y acreedores establecido en el artículo 43.1 de la Ley. (Artículos 31, 40, 42 y 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y 228 del Reglamento del Registro Mercantil.) 5.3 ... 5.4 Del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad y respecto a la sociedad escindida, de que efectivamente, no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la escisión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (arts. 42, párrafo segundo y 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles –por remisión del artículo 73 y art. 227 del Reglamento del Registro Mercantil). 6.º Respecto a la operación de fusión acordada– 6.1. Es necesario que los acuerdos de las juntas de las sociedades absorbente y absorbida recojan todas y cada una de las menciones mínimas configuradoras de la fusión aprobada. Falta indicar las menciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, siguientes: la mención 3.^a, según la cual, deberá constar la incidencia que la fusión vaya a tener sobre las aportaciones de industria o las prestaciones accesorias y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante; la mención 4.^a relativa a los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a tenedores de títulos distintos de los representativos de capital; la mención 5.^a, respecto a las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de escisión, así como a los administradores de las sociedades; la mención 6.^a en cuanto a la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones tienen derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; la mención 7.^a respecto a la fecha a partir de la cual la escisión tendrá efectos contables; la mención 10.^a así como la mención 11.^a relativa las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa; tal como se menciona en el exponen IV de la escritura (artículos 31, 40, 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y 228 del Reglamento del Registro Mercantil.) 6.2 ... 6.3 ... 6.4 ... 6.5 ... 6.6 No se incorpora a la escritura el balance de fusión correspondiente a la sociedad absorbida «Sil-Gestión, SL», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Se advierte que es uno de los documentos del artículo 39 y 43 de la Ley, que ha de estar a disposición de las personas a las que se refieren los citados artículos, a la fecha de celebración de la juntas o/y a la fecha de la publicación de los anuncios de fusión. 6.7 Del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad y respecto a la sociedad absorbente y absorbida, de que efectivamente, no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la fusión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (arts. 42, párrafo segundo y 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y art. 227 del Reglamento del Registro Mercantil). 6.8 ... 7.º ... Los defectos consignados tienen carácter subsanable. * Las cuentas correspondientes al ejercicio de 2012

correspondientes a la sociedad «Idiomund, S.L.», han sido presentadas y calificadas con defectos. Se advierte que, de no inscribirse el documento calificado durante la vigencia del asiento de presentación de las referidas cuentas, se exigirá el previo o simultáneo depósito de dichas cuentas. La anterior nota de calificación podrá (...) El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador».

III

Dicha calificación negativa fue notificada al notario autorizante de la escritura y al presentante el día 13 de diciembre de 2013 (y reiterada al citado notario el día 18 del mismo mes). El día 13 de enero de 2014 se presentó en el Registro Mercantil VI de Barcelona un escrito suscrito por don J. G. M., como administrador único de la sociedad «Idiomund, S.L.», interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito arguye lo siguiente: Primero.—En relación con el primer defecto que se recurre (tercero de la nota de calificación), el artículo 43 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles dispone que el acuerdo de escisión, una vez adoptado, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, cosa que realmente se ha efectuado, puesto que el acuerdo de fusión se adoptó el día 6 de mayo de 2013 y los anuncios en dos diarios de mayor circulación en la provincia en la que estaban las sociedades fusionadas se publicaron el día 28 de junio de 2013, por lo que se cumple el requisito del artículo 43. Ciertamente, en el momento en que se adoptó dicho acuerdo de fusión y en el momento en que se publicó dicho acuerdo no se habla aún redactado el informe del auditor de cuentas de la sociedad, pero el informe del auditor de cuentas en nada varía el balance de la sociedad, y en cuanto a la información a dar a los socios y a los acreedores de la sociedad, ningún acreedor solicitó información alguna, por lo que es indiferente que existiera o no existiera el informe del auditor. Así, el otorgamiento de la mencionada escritura, y por diligencia complementaria, el administrador de la sociedad ya manifiesta que ningún acreedor ha hecho uso de su derecho de oposición, y no habiendo hecho uso ningún acreedor de su derecho de oposición, y habiendo podido examinar el balance, que al final ha sido ratificado por el informe de auditoría, no es necesario que se publiquen nuevos anuncios, que en todo caso sólo servirían para que los acreedores supieran que el informe del auditor, en cuanto a las partidas del balance, es conforme con el balance presentado por la sociedad. Respecto de los socios de la sociedad, al haberse aprobado dicho acuerdo en junta universal y por unanimidad de todos los socios, es decir, en este caso del socio único en aquel momento, don X. A. C., es claro que ninguna incidencia tiene la publicación de nuevos anuncios; Segundo.—Respecto del defecto señalado en el punto quinto, apartado primero, de la nota (según el cual considera el registrador que es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga, además, con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable), se entiende que ello se ha producido en el presente caso, ya que, en el punto tres del orden del día, se especifica el número de cuenta de acuerdo con el Plan General Contable, se especifica el título de la cuenta por la que se efectúa el detalle de los elementos transmitidos, es decir, reformas efectuadas en la calle (...) la maquinaria, instalaciones de la escuela, instalaciones situadas en la calle (...) mobiliario de la escuela, mobiliario de la calle (...) equipos informáticos de la escuela, relación de clientes, partidas pendientes, depósitos recibidos, la cuenta de caja y cuentas bancarias, especificando incluso las entidades y el número de cuenta donde se encuentran depositados dichos activos. El artículo 74.1 al que se refiere el registrador Mercantil en su nota de calificación, en cuanto se refiere al proyecto de escisión, proyecto de escisión que no se ha presentado en este caso

al haberse adoptado los acuerdos por unanimidad, lo que dice es que se tiene que efectuar la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, lo que entiende el recurrente que se ha realizado, indicando el número de cuenta y el título de la cuenta en la que aparecen los elementos del activo que se transmiten, sin que sea necesario entrar en el detalle concreto de cada uno, que no es un requisito exigido por la Ley, y que tampoco es un requisito exigido en el presente caso en el que el acuerdo se ha adoptado por unanimidad. Por otro lado, y de acuerdo con el Plan General Contable, las partidas de amortizaciones deberían haber figurado en el activo y con signo negativo, y no en el pasivo, y ello modificaría tanto el total del debe como el total del haber que figura en el acuerdo tercero de la certificación de los acuerdos adoptados en la junta general de socios de la sociedad «Inlingua Calella, S.A.». Pero lo cierto es que ello no afecta al resultado, puesto que el total que se aporta es de 289.078,63 euros, resultado de restarle al activo que indica el registrador de 293.302,66 euros la cantidad del pasivo que es de 4.224,03 euros, por lo que no afecta en absoluto al total que se traspasa y, por lo tanto, ninguna incidencia debe tener el hecho de que en el acuerdo de escisión las partidas de las amortizaciones se hayan hecho constar en el haber y no en el debe con resultado negativo. Respecto de la cuenta que se traspasa, 21100010, por concepto de «reformas (...) 269» por valor de 25.529,45 euros y que, deducida su amortización acumulada da un total de 24.453,12 euros, y que se dice que no se corresponde con la partida del activo del balance de la sociedad escindida en la que terrenos y construcciones aparece con un valor de 0 euros, ello no quiere decir que dicha partida sea incorrecta. En realidad, la sociedad «Inlingua Calella, S.L.», según el depósito de cuentas efectuado en el Registro Mercantil, no tiene terrenos ni construcciones, ya que el edificio de la calle (...) no es de su propiedad sino que es de alquiler y, por lo tanto, dicha partida de reformas de la calle (...) se corresponde con reformas efectuadas en un inmueble de alquiler que pertenece a terceros, y lo único que figura contabilizado son las reformas y que, lógicamente, tienen su amortización de acuerdo con duración de dichas reformas y del contrato de alquiler, y con independencia de que, una vez quede extinguido dicho contrato de arrendamiento, dichas reformas que se han incorporado al inmueble sean propiedad del titular de la mencionada finca, el titular de la mencionada finca las debe indemnizar, o deba devolverse el local en el estado en el que se encontraba cuando fue arrendado; Tercero.—En relación con el defecto señalado en el punto quinto, apartado segundo, de la nota (según el cual es necesario que el acuerdo de la junta de la sociedad recoja las menciones mínimas configuradoras en la escisión aprobada, y que por lo tanto, debe contener las menciones establecidas en el artículo 31 por remisión del artículo 73 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), dicho artículo 31 de la mencionada Ley se refiere al contenido del proyecto común de fusión, y dispone que el proyecto común de fusión contendrá al menos las menciones que enumera (once menciones). El artículo 73, cuando trata del régimen jurídico de la escisión, dispone en el apartado primero que la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión en esta Ley, con las salvedades contenidas en el mismo capítulo, entendiéndose que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a la sociedad beneficiaria de la escisión. Pues bien, dicha remisión debe llevar a lo establecido en el artículo 42 de la mencionada Ley sobre el acuerdo unánime de fusión, y el cual establece que «el acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en Junta Universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la Ley o los Estatutos, pudieran ejercer legítimamente este derecho». Por otra parte, en el capítulo II del título III, de la escisión, hay un artículo concreto sobre el proyecto de escisión, que es el artículo 74, el cual dispone que «el proyecto de escisión solamente debe contener dos menciones, 1) la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, 2) el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de la

sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda este reparto, y que no procede esta mención en los casos de segregación». Los acuerdos adoptados sobre la ampliación de capital, tanto por «Inlingua Calella, S.L.» como por «Idiomund, S.L.», lo han sido en junta universal y unánimemente por todos los socios, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42, no es necesario ni publicar ni depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y no es necesario el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, y no siendo necesario el informe de los administradores, no es necesario que los acuerdos adoptados para la fusión o la escisión y elevados a documento público contengan las menciones que prevé el artículo 31 o el artículo 74 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Y ello es así por cuanto el proyecto de fusión, o el proyecto de escisión, tienen por objeto poner en conocimiento de todos los socios qué es lo que se pretende, y que obligará tanto a los socios que voten a favor como a los que voten en contra de ese proyecto de escisión, en el presente caso, incluso obligará a los socios que no acudan a la junta que a tal efecto se convoque. En el presente caso, esas particularidades no se dan, ya que los socios se han reunido en junta universal, y han votado unánimemente por la escisión, en ambas sociedades, y, por lo tanto, si lo han acordado unánimemente, no es necesario que exista proyecto de escisión. A mayor abundamiento, constan los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a la sociedad beneficiaria, en el punto 3 del orden del día, y consta igualmente el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les corresponden en el capital de las sociedades beneficiarias, en el punto 4 del orden del día, y el punto 6 del orden del día, acordado por unanimidad por la compañía mercantil «Idiomund, S.L.», en la junta universal de socios celebrada el día 6 de mayo de 2013, elevada a público ante la notaria de Calella, doña Mónica de Blas y Esteban, en fecha 19 de junio de 2013, bajo el número de protocolo 496; Cuarto.—En relación con el defecto señalado en el punto quinto, apartado cuarto, de la nota, indica el registrador que del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad, de que efectivamente no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, los trabajadores, sobre la escisión pretendida, e incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo. El artículo 42, párrafo segundo, dispone que los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal, pero lo que no dice es que se deba efectuar manifestación alguna en la escritura en la que se eleven a público los acuerdos sociales adoptados. El artículo 43 lo que hace referencia es que, una vez adoptado el acuerdo de fusión, en este caso, escisión, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación y, en dicho anuncio, se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores, sin que se efectúe mención alguna a los trabajadores. El artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a la escritura pública de fusión, siempre se refiere a la declaración de los otorgantes respecto sobre la existencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas pero, en ningún momento habla de los trabajadores. La remisión, pues, que hace el registrador Mercantil a dichos artículos 42 y 43 de la Ley sobre modificaciones estructurales por remisión de los artículos 73 y 227 del Reglamento del Registro Mercantil, es errónea ya que no se refiere en ningún caso a los trabajadores sino que se refiere a los acreedores. Y ello sin perjuicio de que los trabajadores, si conviniere a su derecho, puedan impugnar dicha escisión por los cauces establecidos; Quinto.—Respecto del defecto señalado en el punto sexto, apartado primero, de la calificación, sobre la necesidad de que los acuerdos de la juntas de las sociedades absorbente y absorbida recojan todas y cada una de las menciones mínimas configuradoras de la fusión aprobada, cabe remitirse a lo expresado en el punto tercero de este recurso; Sexto.—En relación con el defecto señalado en el punto sexto, apartado sexto, sobre la exigencia de incorporación a la escritura del balance de fusión correspondiente a la sociedad

absorbida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 3/2009, los artículos mencionados por el registrador se refieren, en cuanto al 39, a la información sobre la fusión, que en este caso no se da por haberse adoptado por acuerdo unánime de fusión, según el artículo 42 de la Ley y, en cuanto al artículo 43, lo único que dispone es que el acuerdo de fusión se tiene que publicar en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, pero no que deba publicarse dicho balance; Séptimo.—Según el defecto expresado en el punto sexto, apartado séptimo, de la nota, el registrador considera que falta la manifestación del otorgante bajo su responsabilidad y respecto de la sociedad absorbente y absorbida de que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, los trabajadores, sobre la escisión pretendida, e incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo. El artículo 42, párrafo segundo, dispone que los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal, pero lo que no dice es que se deba efectuar manifestación alguna en la escritura en la que se eleven a público los acuerdos sociales adoptados. El artículo 43 lo que hace referencia es que, una vez adoptado el acuerdo de fusión, en este caso, escisión, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación y, en dicho anuncio, se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores, sin que se efectúe mención alguna a los trabajadores. El artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a la escritura pública de fusión, siempre se refiere a la declaración de los otorgantes respecto sobre la existencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas pero, en ningún momento habla de los trabajadores. La remisión, pues, que hace el registrador Mercantil a dichos artículos 42 y 43 de la Ley sobre modificaciones estructurales por remisión de los artículos 73 y 227 del Reglamento del Registro Mercantil, es errónea ya que no se refiere en ningún caso a los trabajadores sino que se refiere a los acreedores. Y ello sin perjuicio de que los trabajadores, si conviniere a su derecho, puedan impugnar dicha escisión por los cauces establecidos; y, Octavo.—Finalmente, debe manifestarse que, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, en lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de dicho Preámbulo, en el sentido de que esta Ley se han introducido instrumentos técnicos eficaces para reducir las cargas administrativas que son connaturales a este vigente sistema de tutela y que, al mismo tiempo, la directiva de la CEE que se traspone a nuestro ordenamiento es una directiva de transición entre los defensores de los principios que inspiraron la segunda directiva y quienes proponen una completa sustitución de ésta. Aparte, el Preámbulo cuarto expresa que la Ley introduce otras modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, con la adición de importantes excepciones a la exigencia de informe de experto independiente, y en el régimen de la autocartera y de la asistencia financiera, donde es patente aquel postulado legislativo de mayor flexibilidad. La resolución del presente recurso se debe hacer aplicando dichos postulados de flexibilidad, de disminución de cargas administrativas, y sobre la base de que todos los acuerdos se han tomado por los socios en junta universal y por unanimidad, por lo que no hay que emplear ninguna otra cautela para defender los intereses de los mismos.

IV

Mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2014, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifiesta que ha resuelto reformar la calificación respecto de los defectos señalados bajo los números 4.º, 6.º2 y 6.º3 y mantenerla en cuanto a los restantes defectos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 31, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 73, 74 y 78 bis de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; los artículos 112, 227 y 228 del Reglamento del Registro Mercantil; la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; los artículos 11 y 16 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011; 9, 10 y 22 de la Directiva 82/891/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1993, 22 de marzo de 2002, 2 de febrero de 2011 y 3 de octubre de 2013.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos sociales de «Idiomund, S.L.», sociedad unipersonal, y «Sil Gestión, S.L.» –integrada únicamente por el socio único de la primera y otro socio– adoptados el 6 de mayo de 2013 (entre otros, cese y nombramiento de administrador de la primera sociedad, escisión parcial de la misma y fusión por absorción de la segunda).

En dicha escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «conforme al artículo 42 de la Ley 3/2009 de 3 de abril y 1/2012 de 22 de junio, al haberse tomado dichos acuerdos en Junta Universal de socios y por unanimidad de todos los socios con derecho a voto no se aporta ninguno de los documentos exigidos por la Ley y no se efectúa informe de los administradores». Además, manifiesta que no se formuló balance de escisión por considerarse como tal el último balance anual formulado por la sociedad el 31 de diciembre de 2012, balance que se aprueba por la junta general que acordó la escisión, si bien se añade en la escritura calificada que «dicho balance está pendiente de verificación por el auditor correspondiente, que me entregarán y protocolizaré con la presente». Y las mismas manifestaciones se contienen en la escritura respecto del acuerdo de fusión.

Mediante diligencia de 7 de noviembre de 2013, extendida en la misma escritura y otorgada por el administrador de la sociedad escindida y absorbente se incorpora mediante testimonio el informe de auditoría de cuentas de la sociedad de 27 de septiembre de 2013 con el balance de situación; asimismo se incorpora testimonio de las publicaciones del acuerdo de escisión y fusión en dos periódicos de 28 de junio de 2013; y el citado administrador manifiesta que ha transcurrido el plazo de un mes sin que ningún acreedor haya hecho uso de su derecho de oposición.

2. Antes de entrar en el análisis de las distintas objeciones que expresa el registrador en la calificación impugnada debe tenerse en cuenta que la protección de los distintos intereses que pueden resultar afectados en modificaciones estructurales de sociedades como son la escisión y la fusión se disciplina legalmente mediante la regulación de un procedimiento, de carácter obligatorio, que sólo cuando es debidamente cumplimentado surte los efectos previstos por el legislador. Pero, habida cuenta de la diversidad de los intereses potencialmente afectados (socios capitalistas con o sin prestaciones accesorias, socios con privilegios, socios industriales, titulares de derechos especiales o tenedores de títulos, administradores,

trabajadores, acreedores,...) la mayor o menor complejidad de ese procedimiento legalmente previsto para su protección viene determinada por la presencia en cada situación concreta de unos u otros intereses.

La legislación comunitaria, de la que procede la regulación vigente en España, ha ido acotando los supuestos en los cuales se puede prescindir de trámites innecesarios del procedimiento de fusión o escisión por estar suficientemente protegidos los intereses concurrentes. El preámbulo de la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, afirma con rotundidad que es preciso reducir las cargas de las sociedades al mínimo necesario y que cualquier acuerdo societario de reducción de trámites debe salvaguardar los sistemas de protección de los intereses de los acreedores. La Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que ha tenido como objetivo, expresivamente presente en su denominación, llevar a cabo la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de la Directiva, reitera las anteriores afirmaciones.

En definitiva, nada impide que ante situaciones de hecho exentas de complejidad el procedimiento se simplifique y agilice al máximo pese a lo cual desenvuelve la misma intensidad de efectos (la sucesión universal) que los supuestos más complejos. Pero por sencilla que sea la situación de hecho, la normativa comunitaria y la española imponen en cualquier caso la salvaguarda –en distinto grado– de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso.

3. El primero de los defectos que es objeto de impugnación se refiere al informe del auditor de cuentas de la sociedad escindida y absorbente –obligada a la verificación de las cuentas anuales–, emitido el día 27 de septiembre de 2013. Considera el registrador que, al ser dicho informe posterior a la fecha de los acuerdos de escisión y fusión –6 de mayo de 2013– y a la de la publicación de tales acuerdos –28 de junio de 2013– no es suficiente la incorporación del mismo, con el balance, a la escritura el 7 de noviembre de 2013, pues no pudo estar a disposición de los interesados (las personas a que se refiere el artículo 39, por remisión del artículo 73, de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), con anterioridad a la celebración de las juntas generales que aprueban la escisión; ni a disposición de los acreedores, junto con el balance de escisión, en la fecha de publicación de los anuncios de escisión. Por ello exige que se publiquen nuevos anuncios, y que, una vez transcurrido un mes, los otorgantes realicen nuevas manifestaciones sobre el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 39 y 43, por remisión del artículo 73, de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, así como una nueva declaración sobre la inexistencia de oposición.

La adecuada respuesta a la cuestión debatida exige que se distinga adecuadamente entre la protección que la Ley depara a los interesados intrasociales y aquella que se depara para los acreedores sociales.

4. Por lo que se refiere a los primeros, entre las medidas tuitivas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles se encuentran determinados requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión y escisión debe ponerse a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores (artículos 39 y 73 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Concretamente, por lo que

interesa en este recurso, debe ponerse a disposición de tales interesados las cuentas anuales y el informe de gestión (con los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles), y el balance de fusión o escisión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría (cfr. artículo 39.1, 4º y 5º).

Es cierto, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 22 de marzo de 2002, que el balance de fusión tiene un alcance eminentemente informativo, en cuanto sirve para permitir que los socios y los demás interesados a los que se refiere la Ley conozcan la situación económica de las sociedades que participan en la fusión. Pero no es menos cierto que cumple una finalidad adicional en cuanto sirve de base a las condiciones en que se propone a las personas interesadas llevar a cabo la fusión (artículo 25.1 de la Ley 3/2009), les proporciona información sobre tales circunstancias a fin de que ejerciten sus derechos con el mayor grado de conocimiento posible y, en su caso, para que ejerciten las acciones resarcitorias que el ordenamiento les reconoce (artículo 47 de la Ley 3/2009).

La trascendencia del balance de fusión resulta igualmente de lo dispuesto en los apartados 1.c) y 2 del artículo 11 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (cuyo antecedente es el mismo precepto legal de la Tercera Directiva, 78/855/CEE, actualmente derogada), según los cuales cualquier accionista que deba decidir en junta general sobre un proyecto de fusión tiene derecho a examinar un «estado contable» de las sociedades que participan en dicha fusión. Términos análogos se emplean en los apartados 1.c) y 2 del artículo 9 de la Directiva 82/891/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas.

Es cierto que, según el último párrafo del mismo apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 2011/35/UE, las legislaciones nacionales pueden permitir que se prescinda de ese «estado contable» -no así de las cuentas anuales a las que se refiere el artículo 11, apartado 1.b)- cuando el acuerdo de fusión se adopte en ambas sociedades por acuerdo de todos los socios y demás personas que puedan ejercer el derecho a voto (así se admitió mediante la modificación que de la Tercera Directiva, 78/855/CEE, se realizó por la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. Y, en el mismo sentido, respecto de la escisión, artículo 10 de la Directiva 82/891/CEE, también modificada por esta última). Pero esta posibilidad no ha sido acogida por nuestro legislador al transponer la mencionada Directiva de simplificación de obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, lo que contrasta con la exención contable respecto del balance que para la escisión por constitución de nuevas sociedades establece el artículo 78 bis de la Ley 3/2009 como consecuencia de la transposición del artículo 22.5 de la citada Sexta Directiva, 82/891/CEE.

Por tanto, entre la documentación que en la fase previa a la adopción del acuerdo de escisión o fusión debe ponerse a disposición de las personas referidas en el artículo 39.1 de la Ley 3/2009 debe incluirse el balance (sea el último anual aprobado o el formulado «ad hoc») también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículo 42.1 de dicha Ley). En tales supuestos, al no publicarse ni depositarse previamente tales documentos, será suficiente que la correspondiente escritura contenga la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta respecto de tal

balance por el citado artículo 39.1 tal y como resulta de la disposición del artículo 227.2.1º del Reglamento del Registro Mercantil.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente se dan dos circunstancias relevantes:

a) Se aprueba el balance de fusión sin que se haya puesto a disposición de la junta el informe del auditor a pesar de que la sociedad está obligada a auditar.

b) La escritura pública no hace referencia a que se ha cumplido el deber de información a que se refiere el artículo 39 mediante la puesta a disposición de los documentos a que el mismo se refiere.

Tratándose la primera de una cuestión que afecta a la validez del procedimiento (artículo 47 de la Ley 3/2009), el documento no puede acceder a los libros del Registro. El artículo 37 de la Ley 3/2009 es tajante y no deja espacio a la interpretación por lo que es evidente que el acuerdo llevado a cabo infringe su contenido (vid. igualmente el artículo 39.1.5º de la propia Ley). Al igual que el supuesto de junta universal y unanimidad no exime de la obligación de aprobar el balance de fusión o escisión (con la excepción del artículo 78 bis), en cuanto sustrato económico del acuerdo, tampoco exime de la preceptiva aportación a la junta del informe de verificación sin el cual el acuerdo adoptado contrario a derecho.

5. En relación con los acreedores la protección de sus intereses tiene en cuenta que no son parte del proceso de fusión o escisión. En la medida que la sucesión universal que se produce como consecuencia del proceso altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, su protección se articula en base a dos derechos fundamentales: por un lado el derecho de información y por otro el derecho de oposición.

De los artículos 43 y 73 de la misma Ley resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o escisión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que les corresponde. Este derecho de oposición se puede ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones en los términos previstos en el artículo 44. Por ello, para la inscripción de la escisión es necesario que la escritura recoja la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o por el contrario el hecho de que sí que ha habido oposición (artículo 227.2.2ª del Reglamento del Registro Mercantil).

El presupuesto del derecho de oposición es precisamente el ejercicio previo del derecho de información pues sin su debida cumplimentación el ejercicio responsable e informado de aquél queda imposibilitado o cercenado en clara violación de la previsión legal como ha recordado esta Dirección General (Resolución de 3 de octubre de 2013). Esta trascendencia la confirma el artículo 43.1 de la Ley 3/2009 que frente a la regulación anterior (artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas) incorpora como requisito que el anuncio o la comunicación individual comprenda «el derecho de oposición que corresponde a los acreedores» con lo que la correlación entre derecho de información y de oposición queda patentemente enlazada.

De la trascendencia de que el derecho de información sea debidamente respetado da idea el hecho de que la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que puedan corresponder (artículo 47 de la Ley 3/2009). Tratándose en consecuencia de un requisito que afecta a la validez del proceso de fusión es evidente que debe resultar debidamente cumplimentado.

Resulta también por este motivo que el documento presentado a inscripción no puede acceder a los libros del Registro. Si al tiempo de publicar el acuerdo de fusión y escisión no estaba a disposición de los acreedores el informe de verificación, es patente que no se ha respetado su derecho a la información sobre las bases económicas de la operación realizada pues, estando la sociedad obligada a verificar sus cuentas, es el informe de verificación el que ofrece la opinión técnica precisa para determinar si aquellas bases responden a la realidad de las cosas (vid. artículo 1.3 de la Ley de Auditoría). En definitiva, la conculcación del derecho de información resulta en la imposibilidad de ejercicio del derecho de oposición al carecer sus destinatarios de los elementos de juicios previstos por el legislador para su normal desarrollo.

6. En el punto quinto, apartado primero, de la nota de calificación afirma el registrador que es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable.

El defecto debe ser confirmado.

A diferencia de lo que ocurre con la fusión, en la cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios, en la escisión parcial se produce la segregación del patrimonio social mediante el traspaso de una o varias partes del mismo a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Por ello es necesario detallar la «designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias», como dispone el artículo 74.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Si se tiene en cuenta la trascendencia que la escisión tiene respecto de los derechos de los distintos interesados, el hecho de que este precepto se refiera al proyecto de escisión y en el presente caso no sea necesario su depósito ni su publicación no permite concluir, como pretende el recurrente, que no es necesaria la especificación exigida por el registrador.

Ciertamente, esta exigencia legal de especificación de los elementos patrimoniales que son objeto de fragmentación puede revestir dificultades derivadas de la heterogénea composición del patrimonio afectado, en explotación, con elementos diversos que puede incluir meras relaciones de hecho. Por ello, dado que se produce una transmisión patrimonial en bloque, por la vía de sucesión universal, la exigencia de designación de tales elementos no debe llevarse al extremo. Pero no es suficiente una mera relación de cuentas con distinción entre «debe» y «haber», con unos valores relativos a conceptos patrimoniales genéricos.

Por lo demás, en el presente caso el propio recurrente reconoce la necesidad de realizar las correcciones numéricas a las que se refiere el registrador en su calificación. No obstante, respecto de la indicación relativa a la partida «terrenos y construcciones» podría acogerse el

criterio del recurrente siempre que las alegaciones que incluye en su impugnación sobre la inexistencia de tales elementos se refiera a la sociedad escindida y no, como expresa en su escrito –tal vez por error material–, a la sociedad beneficiaria.

7. También debe confirmarse el criterio del registrador por el cual exige que el acuerdo de las juntas de ambas sociedades –la que se escinde y la beneficiaria, absorbente y absorbida– recoja las menciones mínimas configuradoras en la escisión y fusión aprobadas, establecidas en los artículos 31 y 73 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (defectos señalados en el punto quinto, apartado segundo, y punto sexto, apartado primero, de la nota de calificación).

Como resulta de los artículos 40 y 73 de dicha Ley, así como del artículo 228 del Reglamento del Registro Mercantil, el acuerdo de la junta general de ambas sociedades debe ajustarse estrictamente al proyecto común de fusión y escisión. La necesidad de que el acuerdo contenga todas las menciones previstas para el proyecto de fusión o escisión tiene especial trascendencia en casos como el presente en el que no se ha depositado ni publicado dicho proyecto. Y se ajusta a lo establecido en el artículo 43.1 de dicha Ley, que se refiere a la publicación o comunicación del acuerdo de fusión –o escisión– con constancia del derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado.

Según el artículo 45.1 de la Ley, las sociedades deben elevar el acuerdo a escritura pública. Al tratarse de acuerdos inscribibles relativos a la modificación «de la escritura o de los estatutos sociales», es preceptiva la transcripción literal del acuerdo; y debe consignarse en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados (cfr. artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil).

Debe tenerse en cuenta respecto de las modificaciones estructurales que, según el artículo 16.1 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (cuyo antecedente es el mismo precepto legal de la Tercera Directiva, 78/855/CEE), el notario «deberá verificar y certificar la existencia y la legalidad de las actas y formalidades que incumban a la sociedad... y del proyecto de fusión».

Entre estos extremos están incluidos, sin duda, las menciones ahora cuestionadas.

8. Otras objeciones expresadas por el registrador se refieren a la necesidad de que el otorgante manifieste, bajo su responsabilidad, que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la escisión y fusión pretendidas, incluida la información sobre los efectos que pudieran tener sobre el empleo (defectos señalados en el punto quinto, apartado cuarto, y punto sexto, apartado séptimo, de la nota de calificación).

Anteriormente ha quedado expuesto que entre las medidas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles para la protección de los distintos intereses afectados se encuentran determinados requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión y escisión debe ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores, entre otras personas (artículos 39 y 73 de la Ley 3/2009).

Esta información debe estar a disposición de los mismos también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículo 42.1 de dicha Ley). En tales supuestos, por el hecho de que no se publique ni depositen previamente tales documentos, no podrán ser restringidos los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (artículo 42.2).

Es cierto que la verdadera tutela de los intereses de los trabajadores es la que resulta de la legislación laboral (por ejemplo, artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa). Pero tal circunstancia no implica que en la elevación a público de los acuerdos de fusión y escisión así como para inscribirlos pueda omitirse cualquier referencia al cumplimiento de las obligaciones y respecto de los derechos a que se alude la Ley 3/2009. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 227.2 Reglamento del Registro Mercantil, que exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias, «1ª. La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas...», precepto legal que se refería a la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de los documentos informativos obligatorios en la fase preparatoria de la fusión. Por ello, aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a la Ley 3/2009, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta por el citado artículo 39.1 también respecto de los trabajadores.

9. Por último, en la calificación impugnada (defecto señalado en el punto sexto, apartado sexto) se exige que se incorpore a la escritura el balance de fusión correspondiente a la sociedad absorbida.

Anteriormente (fundamento de Derecho tercero) se ha hecho referencia a la función del balance de fusión y la obligatoriedad de su existencia, por lo que no es necesario volver sobre dicha cuestión. Ahora sólo cabe añadir que no sólo es necesario que el balance de la sociedad absorbida se ponga a disposición de las personas referidas en los artículos 39.1 y 43.1 de la Ley 3/2009, ya analizados, sino que dicho balance forme parte del contenido de la escritura de elevación a público de los acuerdos de fusión, como establecen claramente los artículos 45.1 de la misma Ley y 227.2.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de abril de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 3ª de 10 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Vicenç dels Horts n.º 1, por la que se suspende la inscripción de un decreto de secretario judicial de adjudicación de finca dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria.

En el recurso interpuesto por don J. A. S. M., abogado, en nombre y representación de la mercantil «Sánchez Molina Abogados, S.L.P.», y a su vez de la entidad «Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel sud Mediterranee, Sucursal en España», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts número 1, don José Manuel Muñoz Roncero, por la que se suspende la inscripción de un decreto de secretario judicial de adjudicación de finca dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria.

HECHOS

I

En procedimiento judicial de ejecución hipotecaria número 611/2008, Sección D, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sant Feliu de Llobregat a instancia de «Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel sud Mediterranee, Sucursal en España» contra don I. A. M., se dictó por el secretario judicial, don A. M. C., decreto por el que se adjudicó a la parte ejecutante la finca hipotecada, finca registral número 3.682 del término municipal de Pallejá.

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts número 1 testimonio del referido decreto, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificado el precedente documento se ha observado: Hechos: Primero.—Que el testimonio del Decreto de fecha 21 de setiembre de 2012 librado por don A. M. C., Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sant Feliu de Llobregat, el treinta y uno de enero de dos mil trece, por razón del procedimiento ejecución hipotecaria seguido con el n.º 611/2008 sección D, fue presentado por segunda vez el 21 de setiembre de 2013, según el asiento 1414 del tomo 114 del Libro Diario de Operaciones; retirado a instancia del presentante y reintegrado para su calificación y, en su caso, posterior inscripción el 30 de octubre de 2013. Con igual fecha de 30 de octubre ha sido presentado el mandamiento de cancelación de cargas dado por razón del mismo procedimiento. Al testimonio antes referido se acompaña acta autorizada por la Notario de Barcelona doña María Paloma Zaldo Pérez, el 9 de octubre de 2012, n.º 1230 de su protocolo. Segundo.—Que en el testimonio se dispone que se adjudica a la parte ejecutante Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel Sud Mediterranee (Ariege et Pyrennes Orientales) Sucursal en España, la finca registral número 3.682 de Pallejá. Que el procedimiento n.º 611/2008 sección D, se sigue a instancia de la entidad «Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel Sud Mediterranee» (Ariege et Pyrennes Orientales) Sucursal en España contra don I. A. M. Tercero.—Que al referido testimonio se acompaña, además de la acta antes citada, 1. Otro testimonio del auto de fecha 26 de noviembre de 2008 en el que se acordó admitir a trámite la ejecución hipotecaria que se siguió con el número 611/2008-D; despachar ejecución contra don I. A. M.; requerir de pago a dicho señor; reclamar la certificación al Registrador de la Propiedad; comunicar al ejecutado el día señalado para la subasta para que pueda liberar el bien; y, que se instruya al deudor sobre el plazo en que puede oponerse, y del decreto de

fecha 7 de junio de 2012 en el que consta la tasación de costas y liquidación de intereses. 2. Certificación expedida por don J. S. G., Secretario del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sant Feliu de Llobregat, con fecha 15 de octubre de 2013 en la que consta que con fecha 29 de julio de 2011 la Compañía «Montajes Eytec, S.L.» fue notificada de la existencia del procedimiento. Cuarto.—Que de los libros del Registro resulta que la finca registral 3.682 consta inscrita a favor de la Compañía «Montajes Eytec, S.L.» por compra al nombrado señor I. A. mediante escritura otorgada en Barcelona, el nueve de octubre de dos mil dos, ante el Notario don Francisco Antonio Sánchez Sánchez, según la inscripción 14ª, practicada con fecha 9 de julio de 2004. Que según los propios libros la certificación expedida para el procedimiento n.º 611/2008 antes referido, lo fue con fecha 9 de diciembre de 2008 (posterior a la inscripción 14ª), y, en la misma certificación constaba como última inscripción de dominio vigente la citada inscripción 14ª, y, como titular del dominio de la finca a la citada Compañía «Montajes Eytec, S.L.». Cuarto. Que del contenido de los testimonios de los referidos Auto y Decretos y del certificado, no resulta que dicho tercer poseedor haya sido demandado y requerido de pago en el procedimiento. Fundamentos de Derecho: I. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en su número 1 señala que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. II. El artículo 98 del Reglamento Hipotecario establece que el Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos; y del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad. De conformidad con los artículos 99 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, que contempla el alcance de la calificación del registrador de los documentos judiciales, en cuyo alcance se encuentra «... la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado...». III. El artículo 132 extiende la calificación registral a la comprobación del requerimiento al tercer poseedor al señalar que «... A los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes: 1. Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento. 2. Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación...». La Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de fecha 13 de setiembre de 2012 y tras citar en los Vistos los artículos 18, 20, 130, 132 de la Ley Hipotecaria y 568, 659, 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, al referirse al debate sobre si la existencia de un adquirente de la finca hipotecada que inscribió su derecho antes de practicarse la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, obliga a que dicho adquirente sea demandado y requerido de pago, concluye que de acuerdo con los citados artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen que debe de ser demandado y requerido el tercer poseedor de la finca, del que la entidad acreedora ha tenido conocimiento, y, que dicho conocimiento no puede negarse si del contenido de la certificación resulta dicha titularidad «... Por tanto, basta tener en cuenta estos preceptos legales —artículos 132, 685 y 686 citados— para comprobar que es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiéndose la Ley

Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito sus derechos con anterioridad a la nota marginal de certificación de cargas...». La propia Resolución recuerda que «... el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido, el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral (...) Este principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por acto inscribible, cuando no consta su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento...» y más adelante concluye «... Pues bien, ni de los documentos presentados ni del informe del juzgado se infiere que haya tenido parte alguna el titular de la finca, ya que ni se le demandó ni se le requirió debidamente de pago (artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y, aunque con posterioridad a la demanda se le notificara dicho procedimiento, no consta su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra él, como exigen los artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales (...) La comunicación efectuada por el registrador al amparo del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede suplir la demanda ni el requerimiento de pago...». Doctrina reiterada en las Resoluciones 10 de julio y 19 de setiembre de 2013. Resolución. En consecuencia, se suspende la inscripción ordenada al no acreditarse en debida forma el haber sido demandado y requerido de pago el titular registral de la finca subastada. Anotación preventiva por defectos subsanables (vid. art. 323 de la Ley Hipotecaria) No se ha practicado la anotación que establecen los artículos 42.9 y 69 del referido cuerpo legal, por no haber sido solicitada. Notificación. Autoridad e interesado. Se procederá a la notificación formal de la aludida calificación, con indicación de los recursos y de la posibilidad de solicitar la aplicación del cuadro de sustituciones pertinentes, por los medios admitidos, al Notario autorizante y a la parte interesada. Prórroga de la vigencia del asiento. Por causa de la suspensión de la inscripción del documento, su respectivo asiento de presentación ha quedado prorrogado durante un plazo de sesenta días, así como el asiento de presentación 182 del tomo 115 del Libro Diario de Operaciones, por ser conexos, el cual será calificado en el plazo de 15 días a partir de la fecha de despacho del título previo o de la cancelación de su asiento de presentación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente calificación (...) Sant Vicenç dels Horts, a 19 de noviembre de 2013. Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador don José Manuel Muñoz Roncero con firma electrónica reconocida».

III

Notificada la calificación el 27 de noviembre de 2013, se solicitó calificación sustitutoria a la registradora de la Propiedad de El Prat de Llobregat, la cual extendió la siguiente calificación desestimatoria: «El precedente documento ha sido calificado al amparo de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, conforme a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos. Primero.—La que suscribe, ha sido designada registradora sustituta para la calificación de la presente documentación al amparo de los artículos 19.Bis y 275.Bis de la Ley Hipotecaria. Segundo.—Que el día 16 de diciembre de 2013 se presentó en este Registro la documentación precedente, calificada negativamente por el señor don José Manuel Muñoz Roncero, titular del Registro de la Propiedad de San Vicenç Dels Horts. Se retiró por los interesados, volviendo a aportarse el día 20 de diciembre de 2013. Tercero.—La documentación consiste en el testimonio del Decreto de adjudicación dictado el 21 de septiembre de 2012 en Procedimiento de ejecución hipotecaria n.º 611/2008 Sección D del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sant Feliú de Llobregat, junto con el Mandamiento de

cancelación de cargas dictado con ocasión del mismo Procedimiento. La parte ejecutante. La Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel Sud Mediteranee, Sucursal en España, se adjudica la finca registral n.º 3.682 de Pallejá. El procedimiento se dirige contra don I. A. M. Cuarto.—Que de los antecedentes del Registro competente, resulta que al tiempo de expedirse la certificación de cargas a los efectos del Procedimiento 611/2008 Sección D, el día 9 de diciembre de 2008, La finca se encontraba inscrita a nombre de «Montajes Eytec, S.L.», que no había sido demandado ni requerido de pago. Quinto.—Que con posterioridad, se acredita que el citado tercer poseedor ha sido notificado de la existencia del procedimiento de ejecución. Sexto.—De la documentación presentada no resulta que el actual titular registral de la finca haya prestado su consentimiento a la adjudicación de la finca ni a la cancelación de su asiento. Fundamentos de Derecho. Constitución española, artículo 24. Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 538.1.3, 568, 659, 661, 675, 681.1, 686, 689 Ley Hipotecaria, artículos 18, 20, 38, 130, 132. Reglamento Hipotecario, artículo 100. Resoluciones de la DGRN de 13 de septiembre de 2012, 22 de mayo de 20113, 10 de julio de 2013, El artículo 132 de LH, junto con el artículo 100 del RH extienden la calificación registral de los documentos dimanantes de procedimientos de ejecución hipotecaria a, entre otras circunstancias, «que se haya demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el Procedimiento». En el mismo sentido, el artículo 685 de la LEC, dispone que la demanda ejecutiva se dirija «frente al deudor y, en su caso, frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». El artículo 686, establece que «en el auto por el que se autorice y despache ejecución, se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso (...) al tercer poseedor» Se debe entender acreditada la adquisición de los bienes por el tercer poseedor al acreedor, por el mero hecho de la inscripción de su adquisición con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas del Procedimiento, por lo que al tenor de lo expuesto, y, conforme asimismo con el principio fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución, del derecho a la defensa, el tercer poseedor, ha de ser demandado y requerido de pago para poder hacer valer sus derechos en la ejecución, sin que baste la mera notificación al efecto. Por lo tanto, a la vista de los argumentos expuestos, resuelvo ratificar la calificación negativa emitida por don José Manuel Roncero Muñoz. Contra aquella calificación (...) En el Prat de Llobregat a 2 de enero de 2014. La Registradora, María Paz Camino Arias (firma ilegible)».

IV

Frente a la nota de calificación inicial, don J. A. S. M., abogado, en nombre y representación de la mercantil «Sánchez Molina Abogados, S.L.P.», y a su vez de la entidad «Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel sud Mediterranee, Sucursal en España», interpuso recurso ante esta Dirección General mediante escrito, que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts número 1 el día 29 de enero de 2014, por el que se alegó, en cuanto al fondo del asunto que: «(...) Cuarto.—Esta parte considera que el Sr. Registrador de la Propiedad, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, no tiene en cuenta que en la Ley de Enjuiciamiento civil por la que se rige la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 681 y s.s.) se establece: Que la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes (LEC 685). Que si de la certificación de cargas que se libre por el Registrador de la Propiedad al amparo de lo previsto en el art. 688 apareciese titular registral distinto al ejecutado (ya demandado y requerido de pago), que por ello no hubiere sido requerido de pago, se le notificará la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en

la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca (LEC 689). Quinto.—De conformidad con los principios generales del derecho que informan nuestro ordenamiento jurídico debe destacarse que de la posible contradicción resultante entre la prescripción del art. 132 de la ley Hipotecaria en que el Registrador fundamenta su decisión y la prescripción de los arts. 685 y 689 de la Ley de enjuiciamiento civil en que se fundamenta este recurso y a cuyo tenor se ha realizado de forma escrupulosa la tramitación del procedimiento, debe prevalecer la de la norma posterior y especial, es decir la ley rituarial civil, que además en lo que a este supuesto se refiere es más completa por cuanto de forma expresa excluye de la necesaria realización de requerimiento de pago al tercer poseedor inscrito que no haya acreditado al acreedor la adquisición del bien objeto de pleito. Interpretar como hace el Registrador que esa comunicación de la nueva adquisición tiene lugar por medio de la mera inscripción cuando ésta sea anterior a la nota de expedición de la certificación de cargas, supone otorgar a un adquirente no diligente mayor protección que al acreedor adjudicatario que ha cumplido de forma estricta con las prescripciones legalmente establecidas para demandar a su deudor, toda vez que además no es a él sino al juzgado que conoce del pleito y al registrador que expide la certificación de cargas a quienes corresponde la notificación de la vertencia del procedimiento a quienes aparecieran como titulares de la finca, trámite que, en cualquier caso, ha sido igualmente verificado. En el presente supuesto y según se desprende de la certificación librada el 9/12/2008 a expensas de este procedimiento por el registrador del Propiedad al amparo de lo dispuesto en el art. 688 Lec aparece como actual titular registral de la finca hipotecada la entidad Montajes Eytex S.L. por adquisición en escritura pública de 9/10/2002, inscripción 14ª, de 9/7/2004, es decir posterior a la inscripción de la hipoteca que ahora se ejecuta. Dicho titular fue notificado de la vertencia del procedimiento en fecha 29/7/2011. Insistimos en que no se puede perjudicar al ejecutante que ha cumplido estrictamente el procedimiento en la presente ejecución hipotecaria frente al titular registral que no ha actuado de forma diligente. Y hablamos de falta de la diligencia necesaria imputable al actual titular de la finca porque éste pudo, en primer lugar, teniendo conocimiento de la existencia de un acreedor hipotecario en el momento de inscribir su dominio, acreditar ante tal acreedor la adquisición del bien y en segundo lugar, una vez notificado de la vertencia del procedimiento, ejercer los derechos que de dicha notificación derivan para comparecer e intervenir en el proceso de ejecución así como para en su caso, hacer frente al pago y liberar su finca. Conjunto de acciones que le brinda la legislación civil y que suponen suficiente instrumento para evitar la indefensión que postula la resolución registral como fundamento de su calificación denegatoria. Ninguna de tales acciones ha sido llevada a cabo por el deudor debidamente notificado que además se constituyó voluntariamente y permanece en ignorado paradero, por lo que no puede ello venir en contra del derecho constitucionalmente establecido a la tutela judicial efectiva que asiste a esta parte y del que está siendo privado mediante una actuación obstructiva que se dilata indebidamente en el tiempo al haber sido solicitada la inscripción de forma inicial en abril de 2012 y permanecer sin resolver a fecha de este escrito, es decir más de 20 meses después. Dilación debida a un cambio de criterio de esa DGRN quien en precedentes resoluciones (así la de 23/7/2011 –BOE 235/2011, de 29 de septiembre–, 20/12/10, 16/8/10, 30/4/09, 21/1/05, 12/5/01...) venía considerando, en supuestos como el que nos ocupa, que no hay obligación –aunque sí potestad para el acreedor, ex art. 126 LH–, de requerir de pago al tercer poseedor registral de la finca hipotecada, «de manera que es suficiente la notificación -y no el requerimiento de pago al tercer poseedor que aparece en la certificación registral...». Razón por la cual estimó el recurso y revocó la calificación negatoria del Registrador de la propiedad. Mientras que de forma injustificada y en perjuicio del acreedor hipotecario, a partir de la Resolución de 13/9/2012, la DGRN considera necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito sus derechos con anterioridad a la nota marginal de certificación de cargas y vetando con ello el acceso al registro al adjudicatario que ha obtenido su título en procedimiento judicial».

V

El registrador emitió informe el día 19 de febrero de 2014, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 1.875 del Código Civil; 1, 13, 17, 18, 20, 32, 34, 40, 82, 130, 132 y 145 de la Ley Hipotecaria; 538.1.3, 568, 659, 681.1, 685, 686 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 100 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Constitucional –Sala Primera– número 79/2013, de 8 abril; la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2001, 20 de septiembre de 2002, 14 de abril de 2009, 27 de julio de 2010, 27 de junio y 23 de julio de 2011, 7 de marzo, 7 de junio, 13 de septiembre y 29 de noviembre de 2012 y 7 de marzo, 10 de julio y 17 de octubre de 2013.

1. Se debate en el presente expediente si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados si en dicho procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago, sino sólo notificada la existencia del procedimiento, al titular registral que, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse el proceso judicial.

2. La cuestión planteada debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 17 de octubre de 2013).

Según dicha doctrina, hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento».

Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija «frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». Y el artículo 686 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro».

Por tanto, basta tener en cuenta estos preceptos legales para comprobar que es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

El Registro de la Propiedad entre otros muchos efectos atribuye el de la eficacia «erga omnes» de lo inscrito (cfr. artículos 13, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), de manera que no puede la entidad acreedora –que además es parte– desconocer la adquisición efectuada por el tercer poseedor inscrito, cuando además consta en la propia certificación de titularidad y cargas solicitada a su instancia en el procedimiento.

3. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento.

Por ello el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral sobre actuaciones judiciales a la competencia del juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción. Y este Centro Directivo ha declarado reiteradamente que la calificación por los registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador determinar), sino la puesta de manifiesto por éstos de la existencia de un obstáculo registral (cfr. Resoluciones de 18 de junio de 2012 [2.ª] y 13 de septiembre de 2012).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional –reiterada recientemente por la Sentencia número 79/2013, de 8 abril–, «el procedimiento de ejecución hipotecaria se caracteriza como un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición y cuya estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título, donde se limita extraordinariamente la contradicción procesal, si bien ello no significa que se produzca indefensión por el carácter no definitivo del procedimiento, puesto que las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud (en el mismo sentido, STC 158/1997, de 2 de octubre, FJ 6, y ATC 113/2011, de 19 de julio, FJ 4, en relación con el procedimiento especial de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)».

Sin embargo, como añade la misma sentencia, «la validez global de la estructura procedimental de la ejecución hipotecaria en modo alguno admite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos, entre los que figuran los denominados legalmente como «terceros poseedores» y el propietario de los bienes que no se ha subrogado en el contenido obligacional garantizado con la hipoteca.

Desde la estricta perspectiva constitucional, una línea constante y uniforme de este Tribunal en materia de acceso al proceso en general (artículo 24.1 de la Constitución Española), y al procedimiento de ejecución hipotecaria en particular, ha promovido la defensa, dando la oportunidad de participar, contradictoriamente, en la fase de ejecución de este procedimiento especial, al existir una posición privilegiada del acreedor derivada de la fuerza ejecutiva del título.

En este sentido, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados «siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes», precepto éste que entendido según el artículo 24 de la Constitución Española nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria.

En efecto, la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos «erga omnes», por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral. Esta solución resulta reforzada por lo dispuesto en el artículo 538.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación al proceso especial de ejecución hipotecaria ex artículo 681.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se reconoce la condición de parte al titular de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda, así como por lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que exige al registrador, a la hora de realizar la calificación del título, que constate si se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y «terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento».

4. En el presente supuesto, como se señalaba anteriormente, se trata de dilucidar si, no habiendo sido demandado ni requerido de pago la sociedad mercantil titular registral de la finca hipotecada que adquirió su derecho con posterioridad a la hipoteca, cabe inscribir la finca a nombre del ejecutante.

Pues bien, de los documentos presentados se desprende claramente que dicha titular registral de la finca no ha tenido parte alguna en el procedimiento, ya que ni se le demandó ni se le requirió debidamente de pago (artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, aunque, con posterioridad a la demanda se le notificara dicho procedimiento, no consta su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra los mismos, como exigen los artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004 que, si bien dictada de acuerdo con la legislación anterior, es perfectamente aplicable a la actual, ha sostenido que la falta de requerimiento de pago determina la nulidad del procedimiento, sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación realizada posteriormente al trámite, dado el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria. Este criterio es aplicable con mayor razón al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, tal y como se regula después de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001, ya que, en la legislación anterior sólo se exigía el requerimiento de pago al tercer poseedor (cfr. artículo 131.3.^a tercero de la Ley Hipotecaria antes de su reforma por la Ley 1/2000), mientras que en la regulación actual del procedimiento se exige, además, que la demanda se dirija frente a tal tercer poseedor (vid. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), imponiendo al registrador la obligación de comprobar que se han cumplido los requisitos de la demanda y el requerimiento (cfr. artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su redacción vigente).

La notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se le haya podido realizar no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago. Es cierto que según el artículo 132.2.º de la Ley Hipotecaria, la calificación del registrador se extenderá al hecho de «que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...»; y, conforme al artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca». Pero, como se ha señalado en la doctrina científica, el tercer poseedor ha de ser demandado y requerido de pago de conformidad con lo dispuesto en los artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien, en los casos en que no se hubiere acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados –ni se hubiera inscrito– en el momento de formular la demanda sino que hubiera inscrito su derecho posteriormente de modo que aparezca en la certificación registral, debe ser entonces (tras la expedición de dicha certificación para el proceso) cuando se le deberá notificar la existencia del procedimiento.

Así, en el presente caso, en tanto no puede resultar acreditado que la inscripción en el Registro a favor del tercer poseedor se verificó con posterioridad a la interposición de la demanda de ejecución –puesto que la inscripción de la adquisición se realizó en el año 2004 mientras que la demanda se interpuso en el año 2008–, será necesario que tanto ésta como el requerimiento de pago se hayan dirigido contra tal tercero poseedor, por lo que el recurso no puede ser estimado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución de 11 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles VI de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad.

En el recurso interpuesto por don X. A. C., como administrador único de «Inlingua Calella, S.L.», sociedad unipersonal, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles VI de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha sociedad.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 19 de junio de 2013 por la notaria de Calella, doña Mónica de Blas y Esteban, con número 498 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos sociales de «Inlingua Calella, S.L.», sociedad unipersonal, (entre otros, aceptar la escisión de una rama de actividad de la sociedad «Idiomund, S.L.», sociedad unipersonal, y su traspaso a la sociedad «Inlingua Calella, S.L.», sociedad unipersonal, valorado el patrimonio neto traspasado en 289.078,63 euros, que se aporta en cuanto a 602 euros a reservas legales y 288.478,63 euros a reservas de libre disposición; y ampliar el capital social en 289.000 euros con cargo a reservas de libre disposición). El único socio de ambas sociedades es la misma persona, el recurrente.

II

El día 18 de noviembre de 2013 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa, que se transcribe únicamente respecto de los defectos que son objeto de impugnación: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos Diario/Asiento: 1176/293 F. Presentación: 18/11/2013 Entrada: 33165849 Sociedad: Inlingua Calella, S.L. Documento Calificado: Escritura otorgada ante el notario de Calella M. de Blas Esteban, en fecha 19/06/2013, bajo el número 498/2013 de protocolo. Fecha de la Calificación: 10/12/2013 Fundamentos de Derecho (Defectos)... –Certificación protocolizada de la sociedad beneficiaria de la escisión «Inlingua Calella, S.L.».–Es necesario que el acuerdo de la junta de la sociedad recoja las menciones mínimas configuradoras de la escisión aprobada. Por tanto debe contener las menciones establecidas en el artículo 31 por remisión del artículo 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles siguientes: la mención 1.^a en cuanto a la identificación de las sociedades intervinientes en la operación; la mención 2.^a tipo y procedimiento de canje; la mención 3.^a, según la cual, deberá constar la incidencia que la escisión vaya a tener sobre las aportaciones de industria o las prestaciones accesorias y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante; la mención 4.^a relativa a los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a tenedores de títulos distintos de los representativos de capital; la mención 5.^a, respecto a las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de escisión, así como a los administradores de las sociedades; la mención 6.^a en cuanto a la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones tienen derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; la mención 7.^a respecto a la fecha a partir de la cual la escisión tendrá efectos contables; la mención 10.^a; y respecto a la mención 11.^a las posibles consecuencias de la escisión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa; tal como se menciona en el exponen IV de la escritura (Artículos 31, 40, 42 y 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y 228

del Reglamento del Registro Mercantil.) – Es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga además, con la debida separación de los elementos que integran el activo y pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas en concreto, del activo y pasivo a la que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el plan general contable, sin que sirva únicamente el listado de cuentas que se aporta con la diferenciación del debe y haber. De tal modo que las «amortizaciones acumuladas» se configura como una partida del activo con signo negativo y no del pasivo. En consecuencia, el total que se traspasa no es de 334.963,18 euros como se indica, sino de 293.302,66 euros y el total pasivo de 4.224,03 euros, y no de 45.884,55 euros como se expresa. (Art. 74.1.º de la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles). Obsérvese, además, que se traspasa la cuenta número... por concepto «Reformas ...» por valor 25.529,56 euros que deducida su amortización acumulada da un total de 24.453,12 euros, sin que se corresponda con la partida del activo del balance de la sociedad escindida en la que «Terrenos y Construcciones» aparece con un valor «0». Circunstancia que deberá aclararse, atendida la circunstancia que la sociedad beneficiaria no puede recibir más de lo que dispone la propia sociedad escindida (Arts. 36, 39.1.5.º y 45.1 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, 35 del Código de Comercio, Plan General de Contabilidad y 227.2.5.º del Reglamento del Registro Mercantil). –Parte dispositiva primera de la escritura / acuerdos tercero y cuarto de los adoptados por la junta general. –Siendo el patrimonio neto traspasado de 289.078'63 euros es contradictorio que se indique que el total del patrimonio traspasado a consecuencia de la operación de escisión, se aplique, en cuanto a 602 euros a reservas legales y el resto íntegramente a reservas de libre disposición; cuando a continuación se acuerda el aumento de capital a consecuencia de dicha escisión por importe de 289.000 euros. En su caso, debería señalarse que la cifra restante hasta llegar al total del patrimonio transmitido, de 78,63 euros, se destinará a reservas (Arts. 45, 70 y 73 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)... –Del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad, de que efectivamente, no han restringido los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la escisión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (Arts. 42, párrafo segundo y 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles –por remisión del artículo 73 y art. 227 del Reglamento del Registro Mercantil). Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación (...) El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Dicha calificación negativa fue notificada al notario autorizante de la escritura y al presentante el 13 de diciembre de 2013 (y reiterada al citado notario el día 18 del mismo mes). El 13 de enero de 2014 se presentó en el Registro Mercantil VI de Barcelona un escrito suscrito por don X. A. C., como administrador único de «Inlingua Calella, S.L.», interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito arguye lo siguiente: 1.º–En relación con el primer defecto que se recurre (tercero de la nota de calificación, según el cual es necesario que el acuerdo de la junta de la sociedad recoja las menciones mínimas configuradoras en la escisión aprobada, y que por lo tanto, debe contener las menciones establecidas en el artículo 31 por remisión del artículo 73 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), dicho artículo 31 de la mencionada Ley se refiere al contenido del proyecto común de fusión, y dispone que el proyecto común de fusión contendrá al menos las menciones que enumera (11 menciones). El artículo 73, cuando trata del régimen jurídico de la escisión, dispone en el apartado primero que la escisión se registrará por las normas

establecidas para la fusión en esta Ley, con las salvedades contenidas en el mismo capítulo, entendiéndose que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a la sociedad beneficiaria de la escisión. Pues bien, dicha remisión debe llevar a lo establecido en el artículo 42 de la mencionada Ley sobre el acuerdo unánime de fusión, y el cual establece que «el acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la Ley o los Estatutos, pudieran ejercer legítimamente este derecho». Por otra parte, en el capítulo II del título III, de la escisión, hay un artículo concreto sobre el proyecto de escisión, que es el artículo 74, el cual dispone que «el proyecto de escisión solamente debe contener dos menciones, 1) la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, 2) el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda este reparto, y que no procede esta mención en los casos de segregación». Los acuerdos adoptados sobre la ampliación de capital, tanto por Inlingua Calella, S.L. como por Idiomund, S.L., lo han sido en junta universal y unánimemente por todos los socios, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42, no es necesario ni publicar ni depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y no es necesario el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, y no siendo necesario el informe de los administradores, no es necesario que los acuerdos adoptados para la fusión o la escisión y elevados a documento público contengan las menciones que prevé el artículo 31 o el artículo 74 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Y ello es así por cuanto el proyecto de fusión, o el proyecto de escisión, tienen por objeto poner en conocimiento de todos los socios qué es lo que se pretende, y que obligará tanto a los socios que voten a favor como a los que voten en contra de ese proyecto de escisión, en el presente caso, incluso obligará a los socios que no acudan a la junta que a tal efecto se convoque. En el presente caso, esas particularidades no se dan, ya que los socios se han reunido en junta universal, y han votado unánimemente por la escisión, en ambas sociedades, y, por lo tanto, si lo han acordado unánimemente, no es necesario que exista proyecto de escisión. A mayor abundamiento, constan los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a la sociedad beneficiaria, en el punto 3 del orden del día, y consta igualmente el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les corresponden en el capital de las sociedades beneficiarias, en el punto 4 del orden del día, y el punto 6 del orden del día, acordado por unanimidad por la compañía mercantil «Idiomund, S.L.», en la junta universal de socios celebrada el día 6 de mayo de 2013, elevada a público ante la notaria de Calella doña Mónica de Blas y Esteban en fecha 19 de junio de 2013, bajo el no de protocolo 496/2013. 2.º—Respecto del segundo de los defectos impugnados, considera el registrador que es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga, además, con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el plan general contable. Se entiende que ello se ha producido en el presente caso, ya que, en el punto tres del orden del día, se especifica el número de cuenta de acuerdo con el plan general contable, se especifica el título de la cuenta por la que se efectúa el detalle de los elementos transmitidos, es decir, reformas efectuadas en la calle (...) la maquinaria, instalaciones de la escuela, instalaciones situadas en la calle (...) mobiliario de la escuela, mobiliario de la calle (...) equipos informáticos de la escuela, relación de clientes, partidas pendientes, depósitos recibidos, la cuenta de caja y cuentas bancarias, especificando incluso las entidades y el número de cuenta donde se encuentran depositados dichos activos. El artículo 74.1 al que se refiere el registrador Mercantil en su nota de calificación,

en cuanto se refiere al proyecto de escisión, proyecto de escisión que no se ha presentado en este caso al haberse adoptado los acuerdos por unanimidad, lo que dice es que se tiene que efectuar la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias, lo que entiende el recurrente que se ha realizado, indicando el número de cuenta y el título de la cuenta en la que aparecen los elementos del activo que se transmiten, sin que sea necesario entrar en el detalle concreto de cada uno, que no es un requisito exigido por la Ley, y que tampoco es un requisito exigido en el presente caso en el que el acuerdo se ha adoptado por unanimidad. Por otro lado, y de acuerdo con el plan general contable, las partidas de amortizaciones deberían haber figurado en el activo y con signo negativo, y no en el pasivo, y ello modificaría tanto el total del debe como el total del haber que figura en el acuerdo tercero de la certificación de los acuerdos adoptados en la junta general de socios de la sociedad «Inlingua Calella, S.A.». Pero lo cierto es que ello no afecta al resultado, puesto que el total que se aporta es de 289.078,63 euros, resultado de restarle al activo que indica el registrador de 293.302,66 euros la cantidad del pasivo que es de 4.224,03 euros, por lo que no afecta en absoluto al total que se traspasa y, por lo tanto, ninguna incidencia debe tener el hecho de que en el acuerdo de escisión las partidas de las amortizaciones se hayan hecho constar en el haber y no en el debe con resultado negativo. Respecto de la cuenta que se traspasa, (...), por concepto de «reformas...» por valor de 25.529,45 euros y que, deducida su amortización acumulada da un total de 24.453,12 euros, y que se dice que no se corresponde con la partida del activo del balance de la sociedad escindida en la que terrenos y construcciones aparece con un valor de 0 euros, ello no quiere decir que dicha partida sea incorrecta. En realidad, la sociedad «Inlingua Calella, S.L.», según el depósito de cuentas efectuado en el Registro Mercantil, no tiene terrenos ni construcciones, ya que el edificio de la calle (...) no es de su propiedad sino que es de alquiler y, por lo tanto, dicha partida de reformas de la calle (...) se corresponde con reformas efectuadas en un inmueble de alquiler que pertenece a terceros, y lo único que figura contabilizado son las reformas y que, lógicamente, tienen su amortización de acuerdo con duración de dichas reformas y del contrato de alquiler, y con independencia de que, una vez quede extinguido dicho contrato de arrendamiento, dichas reformas que se han incorporado al inmueble sean propiedad del titular de la mencionada finca, el titular de la mencionada finca las debe indemnizar, o deba devolverse el local en el estado en el que se encontraba cuando fue arrendado. 3.º—Según el tercero de los defectos impugnados, el registrador indica que, siendo el patrimonio neto traspasado de 289.078,63 euros, es contradictorio que el total del patrimonio traspasado se aplique, en cuanto a 602 euros a reservas legales y el resto íntegramente a reservas de libre disposición, y que, a continuación, se acuerde el aumento de capital a consecuencia de dicha escisión por importe de 289.000 euros, citando los artículos 45, 70 y 73 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La compañía mercantil «Inlingua Calella, S.L.» tenía un socio único que era y continua siendo don X. A. C., y la compañía mercantil «Idiomund, S.L.» también tenía un socio único que era don X. A. C., antes de las operaciones de escisión y fusión. Por lo tanto, el socio único de ambas sociedades acordó la escisión de parte de una sociedad a favor de la otra, en concreto, de «Idiomund, S.L.» a favor de «Inlingua Calella, S.L.», continuando siendo socio único de ambas sociedades. El capital social de la compañía mercantil «Inlingua Calella, S.L.» era de 3.010 euros sin que tuviera, en el momento en que se acordó la escisión, reservas voluntarias o legales, teniendo unos resultados pendientes de aplicación de 11.706,78 euros. En el acuerdo de escisión, de los 289.078,63 euros traspasados, se aplican 602 euros a reservas legales, es decir, el 20% del capital social (artículo 274 del Texto Refundido Ley Sociedades de Capital) y, la restante cantidad, se aplica a reservas de libre disposición que, efectuando una simple resta, nos da la cantidad de 288.476,63 euros, de los que se amplía el capital en 289.000 euros con cargo a reservas de libre disposición. 4.º—En relación con último de los defectos impugnados indica el registrador que del documento no resulta la manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad, de que efectivamente no han sido restringidos los derechos de información

que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, los trabajadores, sobre la escisión pretendida, e incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo. El artículo 42, párrafo segundo, dispone que los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal, pero lo que no dice es que se deba efectuar manifestación alguna en la escritura en la que se eleven a público los acuerdos sociales adoptados. El artículo 43 lo que hace referencia es que, una vez adoptado el acuerdo de fusión, en este caso, escisión, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación y, en dicho anuncio, se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores, sin que se efectúe mención alguna a los trabajadores. El artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a la escritura pública de fusión, siempre se refiere a la declaración de los otorgantes respecto sobre la existencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas pero, en ningún momento habla de los trabajadores. La remisión, pues, que hace el registrador Mercantil a dichos artículos 42 y 43 de la Ley de modificaciones estructurales por remisión de los artículos 73 y 227 del Reglamento del Registro Mercantil, es errónea ya que no se refiere en ningún caso a los trabajadores sino que se refiere a los acreedores. Y ello sin perjuicio de que los trabajadores, si conviniera a su derecho, puedan impugnar dicha escisión por los cauces establecidos. 5.º—Finalmente, debe manifestarse que, de acuerdo con el Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, en lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de dicho Preámbulo, en el sentido de que esta Ley se han introducido instrumentos técnicos eficaces para reducir las cargas administrativas que son connaturales a este vigente sistema de tutela y que, al mismo tiempo, la Directiva de la CEE que se traspone a nuestro ordenamiento es una directiva de transición entre los defensores de los principios que inspiraron la segunda directiva y quienes proponen una completa sustitución de ésta. Aparte, el Preámbulo cuarto expresa que la Ley introduce otras modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, con la adición de importantes excepciones a la exigencia de informe de experto independiente, y en el régimen de la autocartera y de la asistencia financiera, donde es patente aquel postulado legislativo de mayor flexibilidad. La resolución del presente recurso se debe hacer aplicando dichos postulados de flexibilidad, de disminución de cargas administrativas, y sobre la base de que todos los acuerdos se han tomado por los socios en junta universal y por unanimidad, por lo que no hay que emplear ninguna otra cautela para defender los intereses de los mismos.

IV

Mediante escrito de 3 de febrero de 2014 el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 5 de febrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 31, 39, 40, 42, 43, 49, 52, 73 y 74 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; los artículos 112, 227 y 228 del Reglamento del Registro Mercantil; la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones

de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; los artículos 16 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011; 9, 10 y 22 de la Directiva 82/891/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, relativa a la escisión de sociedades anónimas; y las Resoluciones de esta Dirección General de 30 de junio de 1993, 22 de marzo de 2002, 2 de febrero de 2011, 3 de octubre de 2013 y 10 de abril de 2014.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal por los que se acepta la escisión de una rama de actividad de otra sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, y su traspaso a la primera, valorando el patrimonio neto traspasado en 289.078,63 euros, que se aporta en cuanto a 602 euros a reservas legales y 288.478,63 euros a reservas de libre disposición; y se amplía el capital social en 289.000 euros con cargo a reservas de libre disposición. El único socio de ambas sociedades es la misma persona.

2. El primero de los defectos impugnados debe ser confirmado. Considera el registrador que el acuerdo de la junta general de la sociedad beneficiaria debe recoger las menciones mínimas configuradoras de la escisión aprobada, establecidas en el artículo 31 por remisión del 73 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Como resulta de los artículos 40 y 73 de dicha Ley, así como del artículo 228 del Reglamento del Registro Mercantil, el acuerdo de la junta general de la sociedad que se escinde y de la beneficiaria debe ajustarse estrictamente al proyecto común de escisión. La necesidad de que el acuerdo contenga todas las menciones previstas para el proyecto de escisión tiene especial trascendencia en casos como el presente en el que no se ha depositado ni publicado dicho proyecto. Y se ajusta a lo establecido en el artículo 43.1 de dicha Ley, que se refiere a la publicación o comunicación del acuerdo de fusión –o escisión– con constancia del derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado.

Según el artículo 45.1 de la Ley, las sociedades deben elevar el acuerdo a escritura pública. Al tratarse de acuerdos inscribibles relativos a la modificación «de la escritura o de los estatutos sociales», es preceptiva la transcripción literal del acuerdo; y debe consignarse en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados (cfr. artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil).

3. Al expresar el segundo defecto impugnado el registrador considera que es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga con la debida separación de los elementos que integran el activo y el pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas, en concreto, del activo y pasivo, a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable.

El defecto debe ser confirmado.

A diferencia de lo que ocurre con la fusión, en la cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios,

en la escisión parcial se produce la segregación del patrimonio social mediante el traspaso de una o varias partes del mismo a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Por ello es necesario detallar la «designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias», como dispone el artículo 74.1 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Si se tiene en cuenta la trascendencia que la escisión tiene respecto de los derechos de los distintos interesados, el hecho de que este precepto se refiera al proyecto de escisión y en el presente caso no sea necesario su depósito ni su publicación no permite concluir, como pretende el recurrente, que no es necesaria la especificación exigida por el registrador.

Ciertamente, esta exigencia legal de especificación de los elementos patrimoniales que son objeto de fragmentación puede revestir dificultades derivadas de la heterogénea composición de del patrimonio afectado, en explotación, con elementos diversos que puede incluir meras relaciones de hecho. Por ello, dado que se produce una transmisión patrimonial en bloque, por la vía de sucesión universal, la exigencia de designación de tales elementos no debe llevarse al extremo. Pero no es suficiente una mera relación de cuentas con distinción entre «debe» y «haber», con unos valores relativos a conceptos patrimoniales genéricos.

Por lo demás, en el presente caso el propio recurrente reconoce la necesidad de realizar las correcciones numéricas a las que se refiere el registrador en su calificación. No obstante, respecto de la indicación relativa a la partida «terrenos y construcciones» podría acogerse el criterio del recurrente siempre que las alegaciones que incluye en su impugnación sobre la inexistencia de tales elementos se refiera a la sociedad escindida y no, como expresa en su escrito –tal vez por error material–, a la sociedad beneficiaria.

4. Según el tercero de los defectos impugnados considera el registrador que es contradictorio que se aplique el total del patrimonio traspasado como consecuencia de la escisión a reservas legales y a reservas de libre disposición cuando a continuación se acuerda el aumento del capital social.

Este defecto, tal como ha sido expresado en la calificación impugnada, no puede ser confirmado.

Un supuesto como el presente, en el que la sociedad escindida y la beneficiaria tienen como único socio una misma persona, es asimilado legalmente a la escisión de sociedades íntegramente participadas y, por ende, no es obligatorio el aumento del capital de la sociedad beneficiaria. Así resulta de lo establecido en los artículos 73, 52.1 y 49 de la Ley 3/2009. Por ello ningún obstáculo existe para que el patrimonio transmitido se aplique a reservas de la sociedad beneficiaria.

En su informe, el registrador alega que carece de sentido que la sociedad beneficiaria primero destine el patrimonio atribuido a incrementar las reservas legales y de libre disposición, y a continuación realice un aumento de capital con cargo a reservas de libre disposición, porque en tal caso debería cumplir los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital para los aumentos de capital con cargo a reservas. Pero esta última objeción, intempestiva, no puede ser analizada en este expediente por no haber sido expresada en la calificación (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

5. Por último, el registrador considera necesario que el otorgante manifieste, bajo su responsabilidad, que no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores, sobre la escisión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudieran tener sobre el empleo.

Entre las medidas tuitivas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles se encuentran determinados requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión y escisión debe ponerse a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores (artículos 39 y 73 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

Esta información debe estar a disposición de los mismos también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (cfr. artículo 42.1 de dicha Ley). En tales supuestos, por el hecho de que no se publique ni depositen previamente tales documentos, no podrán ser restringidos los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión o escisión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (artículo 42.2).

Es cierto que la verdadera tutela de los intereses de los trabajadores es la que resulta de la legislación laboral (por ejemplo, artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa). Pero tal circunstancia no implica que en la elevación a público de los acuerdos de fusión y escisión así como para inscribirlos pueda omitirse cualquier referencia al cumplimiento de las obligaciones y respecto de los derechos a que se alude la Ley 3/2009. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 227.2 Reglamento del Registro Mercantil, que exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias, «1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas...», precepto legal que se refería a la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de los documentos informativos obligatorios en la fase preparatoria de la fusión. Por ello, aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a la Ley 3/2009, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta por el citado artículo 39.1 también respecto de los trabajadores.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso únicamente respecto del tercero de los defectos impugnados y desestimarlos respecto de los restantes defectos.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésimocuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 11 de abril de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución de 14 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Huelva n.º 3 a la constancia registral de la resolución de un contrato de permuta de solar por determinadas fincas en edificio futuro, por incumplimiento de la sociedad constructora.

En el recurso interpuesto por doña M. N. S. y doña María Carmen y doña María Paz G. N. contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Huelva número 3, doña María de las Mercedes Núñez Navarro, a la constancia registral de la resolución de un contrato de permuta de solar por determinadas fincas en edificio futuro, por incumplimiento de la sociedad constructora.

HECHOS

I

Mediante acta autorizada el día 13 de mayo de 2013, con número 584 de protocolo, a instancia de doña M. N. S. y doña María Carmen y doña María Paz G. N., el notario autorizante de Huelva, don Tomás Giménez Villanueva, notificó a la sociedad «Proalmenara, S.L.» la resolución del contrato de permuta de solar por superficie edificada a construir formalizado en escritura otorgada ante el notario, don Isidoro Víctor González Barrios, el día 19 de enero de 2004, con el número 112 de protocolo, y en la que se garantizaba el cumplimiento de la obligación a cargo de la cesionaria con condición resolutoria explícita. En la referida acta se solicitaba la reinscripción del dominio, tanto del solar cedido, como de toda la obra nueva declarada e inscrita, a favor de los transmitentes ante el incumplimiento por la cesionaria de la contraprestación estipulada. En dicha acta no consta que el cesionario haya contestado al requerimiento. Además, se solicita la reinscripción del dominio no sólo del solar cedido sino también de toda la obra nueva declarada e inscrita, a favor de los transmitentes, toda vez que según la condición resolutoria pactada e inscrita, en caso de cumplimiento de ésta, los cedentes recuperan el pleno dominio del solar transmitido y hacen suyo, por accesión todo lo edificado, renunciando el cesionario a la moderación judicial de la indemnización por cumplimiento parcial prevista en el artículo 1154 del Código Civil.

II

Presentada dicha acta en el Registro de la Propiedad de Huelva número 3, fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad de Huelva n.º tres Entrada n.º 3480 del año 2013 Asiento n.º 1665 del Diario 54 Presentado el 29/11/2013 a las 13:00 N/Ref. 255 Presentante: Agrupación Notarial Méndez Núñez CB Notario: Tomás Giménez Villanueva Protocolo: 584 de 13/05/2013 Calificación negativa del precedente documento verificada conforme a lo ordenado en el artículo 19-bis de la Ley Hipotecaria. Hechos: I.–Situación Registral: En el Registro Número Tres de Huelva, de mi cargo, consta inscrita la finca 10007, que en la actualidad se encuentra dividida horizontalmente en las fincas 83492, 83494, 83496, 83498 y 83500 del término de Huelva, a nombre de Proalmenara S.L., por título de división horizontal, en virtud de escritura otorgada en Huelva, el 8/6/2007, ante el notario don Isidoro Víctor González Barrios, número 1955 de protocolo, rectificadora por escritura otorgada en Huelva, el 6/6/2007, ante el mismo Notario, número 1933 de protocolo, según resulta de su inscripción 1.ª II.–Documento presentado a inscripción: acta de presencia para notificación y ejecución de condición resolutoria cuyos datos constan al principio, en la que por incumplimiento de las

obligaciones contraídas en escritura de permuta se ejecuta la condición resolutoria pactada en dicho título, resolviéndose la permuta y volviendo la titularidad de la fincas M. N. S., María Paz G. N. y María Carmen G. N., todo ello en cuanto a la finca registral número 10.007 de Huelva, que en la actualidad se encuentra dividida horizontalmente en las fincas 83.492, 83.494, 83.496, 83.498 y 83.500 de Huelva. III.–La documentación aportada adolece de los siguientes defectos: 1.–No se aporta el título de transmisión, escritura de permuta autorizada por el notario de Huelva don Isidoro Víctor González Barrios el diecinueve de enero de dos mil cuatro, número 112 de protocolo, como exige el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. 2.–No resulta acreditado que se haya cumplido el requisito de la liquidación, compensación, o de ser posible, retirada de la contraprestación, que al menos parcialmente parece haber verificado el contratante frente al que se ejercita la facultad resolutoria, la entidad Proalmenara S.L. Requisito este, que entiendo también debe cumplirse en este caso, y ello, aunque todas las prestaciones sean no dinerarias. Así se desprende de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de diez de julio de dos mil trece que aún sin entrar a resolver la cuestión planteada por no haber sido objeto de calificación ni recurso, sí señala que esta exigencia se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1.123 del Código Civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes sólo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba, como así lo exigen los artículos 1.295 del Código Civil y 175,6 del Reglamento Hipotecario. Y este requisito, como sigue diciendo la resolución citada, no puede dejar de cumplirse bajo el pretexto de una cláusula, o convenio entre las partes, mediante la que se haya estipulado que para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, el que la insta podrá quedarse con lo que hubiese prestado o aportado la contraparte, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1.154 del Código Civil. Además, como señalan las resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 entre otras, a ello no puede oponerse el hecho de que haya tenido acceso al Registro, como cláusula del contrato inscrito en su día, el convenio entre las partes en virtud del cual los cedentes harían suyo todo lo edificado, por accesión, en concepto de cláusula penal indemnizatoria y de arras o serial, renunciando la entidad Proalmenara S.L., adquirente del solar, a la moderación de la indemnización por cumplimiento parcial, pues su acceso al Registro pudo serlo con la finalidad de dar a conocer a posibles terceros adquirentes del dominio o derechos sobre la finca el alcance del efecto subrogatorio que sobre el precio a devolver puedan tener tales derechos, llamados como están a extinguirse sobre la finca en el caso de producirse la resolución de la permuta. Además de las resoluciones ya citadas, las de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero de 1988 y 28 de marzo de 2000. Fundamentos de Derecho: 1.–Resoluciones de 19 de julio de 2007, 10 de diciembre de 2010 y 10 de julio de 2013. 2.–Artículo 1.123 del Código Civil; artículos 1.295 del Código Civil y 175,6 del Reglamento Hipotecario; artículo 1.154 del Código Civil; resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1.990; y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero de 1988 y 28 de marzo de 2000. A la vista de lo expuesto he resuelto suspender la inscripción solicitada. Los defectos se califican de subsanables. No se toma anotación de suspensión por no haberse solicitado. El asiento de presentación queda prorrogado por sesenta días contados desde la recepción de la notificación de la calificación que precede. Contra esta calificación (...) Huelva, veintitres de diciembre del año dos mil trece. La registrador, (firma ilegible) María de las Mercedes Núñez Navarro».

III

Doña M. N. S. y doña María Carmen y doña María Paz G. N. interpusieron recurso contra la anterior calificación únicamente respecto del segundo de los defectos (y acompañan el título

reclamado según el primer defecto) mediante escrito presentado en el Registro de la Propiedad de Huelva número 3 el día 22 de enero de 2014, en el que alegan lo siguiente: «Primero.– Resulta incomprensible no dar validez a la cláusulas inter partes, ley entre las mismas, por la Sra. registradora, máxime cuando de ningún error o vicio adolece, corroboradas y bendecidas por su anterior inscripción registral, y así, se analiza la Doctrina Jurisprudencial consolidada de los Actos Propios con basamento en el art. 7,1 C.c.: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», S.T.S. de 27 de junio de 2012, respecto a la doctrina de los Actos Propios, «ya desde siempre, se ha mantenido que no lo constituyen unos simples actos, sino cuando integran convención y causan estado (S.T.S. 19-05-1998), o bien actos idóneos para revelar una vinculación jurídica (S.T.S. 22-10-2002), con fundamento en el principio de la buena fe (S.T.S. 17-10-2002), actos que causan estado... inequívocos y definitivos (S.T.S. 31-10-2007). Segundo.–Empobrecimiento injusto (interpretando a sensu contrario el enriquecimiento injusto), S.T.S. 27-12-2012, o sin causa, no recogido explícitamente en el C.c. pero se aplica como Ppio. Gen. del Derecho, procedente de Las Partidas (7.^a, 34,17) que, a su vez, recoge textos del Digesto. Ya que se trata de hechos que provocan enriquecimiento en una persona a costa del empobrecimiento de otro, sin causa (SS.T.S., 27-09-2004, 27-10-2005 y 18-11-2005), e inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio, naciendo la obligación, en donde el deudor es el enriquecido y acreedor el empobrecido; y este es el caso, entrega de solar, sin contraprestación de ningún tipo a cambio, a pesar de lo pactado, incluida la cláusula penal, con la aquiescencia de la Sra. registradora, negando la inscripción. Tercero.–De la lectura atenta de la Escritura de Permuta, de 19 de enero de 2004, no puede llegarse al convencimiento de la existencia de liquidación, compensación, ya que, no la hubo, sencillamente, porque no se pactó, y así, se inscribió. Cuarto.–La negativa a la inscripción, conculca todos los principios rectores del sistema registral, desde la p. de veracidad a la fe pública registral. Solicito: Se inscriba el Acta de presencia para notificación y ejecución de Condición Resolutoria, en la que por incumplimiento de las obligaciones contraídas en Escritura de Permuta, se ejecuta la Condición Resolutoria pactada en dicho título, resolviéndose la permuta y volviendo la titularidad de las fincas a M. N. S., María Paz y María Carmen G. N., todo ello en cuanto a la finca registral 10.007 de Huelva».

IV

El día 11 de febrero de 2014, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1123, 1124, 1255, 1256, 1257, 1258, 1295 y 1504 del Código Civil; 13, 59, 82 y 175.6.^a del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993, 20 de febrero, 16 de marzo y 13 y 31 de julio de 1995, 10 de mayo de 2001, 14 de febrero de 2003 y 26 de abril y 27 de septiembre de 2007; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1978, 16 y 17 de septiembre de 1987, 19 de enero y 2 y 4 de febrero de 1988, 19 de julio de 1994, 14 de septiembre de 2000, 8 de mayo de 2003, 19 de junio de 2007, 10 de diciembre de 2010 y 10 de julio de 2013.

1. En este expediente debe decidirse si, constando inscrita la cesión de un solar a cambio de superficie edificada por construir y habiéndose pactado la condición resolutoria para el caso de que, transcurrido determinado plazo, no se hubiese obtenido la licencia municipal para la

construcción o ésta no se hubiese realizado, puede o no reinscribirse el dominio a favor del cedente como consecuencia de un acta notarial por la que se notifica al cesionario la resolución del contrato de permuta por haber transcurrido el plazo fijado sin que se haya terminado la construcción del edificio ni transmitido a la parte cedente la edificación correspondiente. En el acta, en la que no consta que el cesionario haya contestado al requerimiento, se solicita la reinscripción del dominio no sólo del solar cedido sino también de toda la obra nueva declarada e inscrita, a favor de los transmitentes, toda vez que según la condición resolutoria pactada e inscrita, en caso de cumplimiento de ésta, los cedentes recuperan el pleno dominio del solar transmitido y hacen suyo, por accesión todo lo edificado, por renunciar el cesionario a la moderación judicial de la indemnización por cumplimiento parcial prevista en el artículo 1154 del Código Civil.

Según el único de los dos defectos que ha sido objeto de impugnación la registradora sostiene que, aun cuando todas las prestaciones sean no dinerarias, debe acreditarse «que se haya cumplido el requisito de la liquidación, compensación, o de ser posible, retirada de la contraprestación, que al menos parcialmente parece haber verificado el contratante frente al que se ejercita la facultad resolutoria...».

2. La cuestión planteada debe resolverse conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr., entre otras, las Resoluciones de 19 de junio de 2007, 10 de diciembre de 2010 y 10 de julio de 2013), según la cual los requisitos exigidos para obtener la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, son los siguientes: a) Debe aportarse el título del vendedor (cfr. artículo 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; b) La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995); y, c) El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil. Se trata de un deber que impone recíprocas prestaciones y que, como ocurre en la ineficacia por rescisión, uno de los contratantes sólo estará legitimado para exigir del otro la devolución cuando cumpla por su parte lo que le incumba (cfr. artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario). Y este requisito no puede dejar de cumplirse bajo el pretexto de una cláusula mediante la que se haya estipulado que para el caso de resolución de la transmisión por incumplimiento, el que la insta podrá quedarse con lo que hubiese prestado o aportado la contraparte, por cuanto puede tener lugar la corrección judicial prescrita en el artículo 1154 del Código Civil (Resoluciones 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 septiembre de 1987, 19 de enero y 4 de febrero 1988 y 28 de marzo de 2000), sin que quepa pactar otra cosa en la escritura (Resolución 19 de julio de 1994).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 14 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.