

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Recursos

RESOLUCIÓN de 22 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Barbastro, a inscribir la adjudicación de un inmueble mediante convenio regulador de separación aprobado judicialmente. («BOE» núm. 114 de 10 de mayo de 2010).

En el recurso interpuesto por doña M. A. S. A. contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Barbastro, don Javier Hernanz Alcaide, a inscribir la adjudicación de un inmueble mediante convenio regulador de separación aprobado judicialmente.

HECHOS

I

Por sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Monzón (Huesca) con fecha de 2 de octubre de 2008, se declaró la separación matrimonial, de mutuo acuerdo, de los cónyuges doña M. A. S. A. y don J. M. G., con aprobación del convenio regulador propuesto por ellos, en el que respecto de sus bienes se contiene únicamente (y aparte la referencia a que el último domi-

cilio común había sido el inmueble que luego se describe) los siguientes pactos:

«... Séptimo.–Liquidación del régimen económico conyugal.

Ambos esposos pactan que desean proceder a la liquidación de la sociedad conyugal, a cuyo efecto establecen lo siguiente.

Haber matrimonial compuesto por los siguientes bienes:

Depósitos bancarios y cuentas corrientes.

Ambos esposos manifiestan haber repartido por mitad la totalidad de los depósitos y cuentas bancarias existentes y que constituían los únicos bienes de la sociedad conyugal.

Octavo.–Disolución de la comunidad de bienes existente entre ambos esposos respecto del inmueble sito en Monzón, C/ (...).

Con motivo de la separación matrimonial, ambos esposos, pactan la disolución de la comunidad de bienes que ostentan sobre el inmueble siguiente, al haber adquirido el mismo previamente al matrimonio.

Urbana.–Número (...). Inscrita en el Registro de la Propiedad de Barbastro, al tomo 802, libro 178, folio 104, finca número 14281. Inscripción 2.^a

El valor de la finca es: ciento veintidós mil cien euros (122.100 €).

Asimismo, sobre este inmueble existe una carga hipotecaria a favor de IBERCAJA por un principal de cuarenta mil cuatrocientos cuarenta y ocho euros (44.448 €), quedando al día de la fecha un capital pendiente de amortización de dos mil cien euros (2.110 €).

En consecuencia ambos cónyuges pactan que doña M. A. S. A. se le otorgará –sic– la plena propiedad de la vivienda anteriormente descritos –sic– así como se hará cargo de la carga hipotecaria que grava la finca. En compensación a dicha adjudicación doña M. A. S. A. hará entrega a don J. M. G. la cantidad de sesenta mil euros, comprometiéndose ambos cónyuges a otorgar cuantos documentos notariales o de otra índole sean necesarios al objeto de la adjudicación a doña M. A. S. A. de la plena titularidad de la finca así como de la liberación de don J. M. G. de la carga hipotecaria.

Y en prueba de conformidad suscriben el presente convenio en Monzón, a 20 de julio de 2008.»

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Barbastro testimonio judicial –de 24 de octubre de 2008– de la sentencia firme referida, fue objeto de la siguiente calificación:

«Documento Calificado: Testimonio de un convenio regulador aprobado por sentencia n.º 88 dictada por don Eduardo González Martín-Montalvo, Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Monzón; presentado en este Registro el 18 de noviembre de 2008 bajo el número 1280 del Diario 54.

Calificado el documento arriba reseñado, se observa que es necesario para su inscripción la presentación del siguiente documento:

Documento Presentado: Convenio regulador de la separación matrimonial, deriva de Autos de separación de mutuo

acuerdo 462/08 T procedente del Juzgado de 1.ª Instancia de n.º 1 de Monzón (Huesca), sentencia 88 dictada por el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Monzón don Eduardo González Martín-Montalvo presentado el día 18/11/2008 a las 11:45 horas asiento 1280.0 diario 54 de este Registro de la Propiedad. Presentado por don J. C. J. A. No se expresa el nombre del Secretario Judicial que expide dicho testimonio, está su firma ilegible.

Hechos.–Se presenta a Registro convenio regulador aprobado judicialmente, el cual deriva de autos de separación de mutuo acuerdo seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Monzón con el n.º 462/08 T, a instancia de doña A. S. A. y don J. M. G. Sentencia n.º 88 que ha adquirido firmeza, dictada por don Eduardo González Martín-Montalvo, Juez de 1.ª Instancia e Instrucción, cuyo testimonio de fecha 24 de octubre de 2008, es objeto de presentación, expedido por el secretario de dicho Juzgado, cuyo nombre no se expresa en el mismo. El cual fue presentado a Registro a las 11:45 horas del día 18/11/2008 por don J. C. J. A. asiento 1280.0 diario 54 entrada 4397/2008.

En virtud del indicado convenio regulador de la separación los cónyuges adjudican a doña A. S. A. la siguiente finca: Urbana.–número seis.–vivienda (...), inscrita en el Registro de la Propiedad de Barbastro al Tomo 802, libro 178, folio 104, finca 14281 inscripción 2.ª, con un valor de ciento veintidós mil cien euros. Dicha finca se encuentra gravada a favor de la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja por un principal de cuarenta mil cuatrocientos cuarenta y ocho euros, quedando pendiente de amortización a la fecha de dicho acuerdo la cantidad de dos mil cien euros. No se expresa la referencia catastral del inmueble. Doña A. adquiere el pleno dominio de la indicada finca, asumiendo la carga hipotecaria que grava a la misma, conviniendo

la liberación de don J. M. G. de dicha responsabilidad.

Calificado, en plazo legal dicho documento, se aprecia la existencia de los siguientes defectos que impiden la inscripción del mismo con el carácter que se expresará:

1.º No resulta del documento presentado a Registro las circunstancias personales, nombre y apellidos del fedatario judicial, secretario, que autoriza el testimonio presentado a calificación registral. 2.º No resulta del indicado documento haberse tomado razón del mismo en el Registro Civil. 3.º La finca adjudicada a doña A. S. fue adquirida en su día por los cónyuges por mitad y proindiviso en estado de solteros en momento anterior a la celebración del matrimonio y así resulta de los asientos obrantes en el Registro de la Propiedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. De los artículos 9 de la LH, 51 RH, 145, 152 LEC y 452 y ss. de la LOPJ, resulta que efectivamente corresponde al secretario judicial expedir tales testimonios de las actuaciones judiciales, en las cuales se debe de identificar la persona de dicho funcionario y ser autorizadas con su firma. Defecto subsanable.

2. El artículo 755 LEC, en relación con los artículos 75 LH el artículo 1333 Cc, 77 L. Registro Civil y 266 Reglamento del Registro Civil, exigen para poder practicar alguna inscripción en el Registro de la Propiedad de cualesquiera pactos, capitulaciones, o sentencias que afecten al régimen económico matrimonial la previa inscripción en el Registro civil correspondiente, en el Registro de la Propiedad se deberá expresar el Registro civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado dicho hecho y de no acreditarse, se debe suspender la inscripción por defecto subsanable. Y así se ha puesto

de manifiesto por la DGRN en Resolución de fecha 28 abril de 2005. Defecto subsanable.

3. El artículo 1323 Cc, y en igual sentido el artículo 3.-1.º LREMV de Aragón consagran el principio de plena libertad de contratación entre cónyuges, sin que se establezca limitación alguna a la transmisión de bienes y derechos por cualquier título, Resolución DGRN de 1 de septiembre de 1998, ahora bien, siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto Resolución DGRN de 28 de mayo de 1996, entre otras. Por su parte los artículos 1396, 1397 y 1398 si bien referidos a la liquidación de la sociedad de gananciales, que encuentran su reflejo en los artículos 76, 80, 81 de la Ley sobre Régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón, establecen que en la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales de comunidad no se pueden incluir otros ni más bienes que aquellos que forman el patrimonio común, en este caso consorcial aragonés. Es cierto que a virtud de lo dispuesto en los artículos 1354 y 1357.2 del CC y en los arts. 28.-2.º c) y 29.-b), 29, y 44 de la LREMV, y los artículos 93.1 y 91.3 del propio RH, tratándose de vivienda habitual puede llegar a pertenecer pro-indiviso a la comunidad y al cónyuge adquirente surgiendo una comunidad romana o por cuotas en proporción a las aportaciones respectivas, pero esa situación de comunidad y su extinción posterior debe tener acceso al registro a través del cauce documental adecuado cual es la oportuna escritura pública en que así lo convengan los interesados. Por su parte de los artículos 90 y ss., 102 y ss. del Cc resulta que el convenio regulador, que se puede definir como un negocio jurídico familiar, que tiene carácter mixto, por intervenir los cónyuges y la autoridad judicial S. T. S. 23 de diciembre de 1998, que contiene las medidas definitivas que se aplicaran tras la sentencia definitiva, en

este caso de separación, supliendo de este modo la función que deberla realizar el juez ex artículo 91 de no existir tal convenio. Conforme al artículo 95.1 el régimen económico matrimonial se disolverá tras la sentencia firme, si bien en el caso de separación éste es sustituido por el de separación de bienes. El artículo 18 de la LH, el artículo 100 de la misma Ley y el artículo 100 RH autorizan al Registrador a entrar en la calificación de los documentos judiciales, si bien limitándose a lo estrictamente dispuesto por los mismos y siempre dentro del respeto absoluto a las decisiones que emanan del poder judicial lo que lleva a examinar lo contenido en los artículos 774, 777 y 806 y ss. de la LEC, de los que resulta que el convenio, en cuanto a los efectos patrimoniales referidos al régimen económico matrimonial, sólo puede tener por objeto la liquidación del mismo y versar sobre aquellos bienes que integran el patrimonio común o consorcial y no otros bienes que pudieran pertenecer a los cónyuges con carácter privativo, de los que resulta que el registrador si puede apreciar la existencia de obstáculos que impiden la inscripción del documento presentado y en este caso se opone el principio de tracto sucesivo, cual es la inscripción de los actos previos que permitieran dotar al bien en cuestión del carácter de bien consorcial y entonces, según el artículo 20 de la LH, si se podría proceder a la inscripción del título presentado a Registro, o bien otorgar una escritura de disolución del condominio en que los cónyuges den por extinguida la situación de comunidad y consecuente adjudicación a uno de ellos de la finca en cuestión, pero la causa del convenio regulador de la situación de separación no lleva necesariamente la transmisión de bienes del patrimonio privativo de un cónyuge al del otro, es decir, excede de ella. Por último en el propio pacto octavo del precitado convenio, las partes se comprometen a otorgar cuantos documentos notariales sean necesarios

para lograr la inscripción de la adjudicación a favor de doña A. S. A. así como la liberación de don J. M. G. de la carga hipotecaria, la cual para que tenga plenos efectos deberá ser aceptada por el acreedor, pacto integrante del convenio y que, por lo tanto, es objeto de la resolución judicial que obliga a los interesados. Así pues al tratarse de finca perteneciente a los esposos por mitad y proindiviso por haberla adquirido en estado de solteros con anterioridad a la celebración del matrimonio, no procede practicar la inscripción de la transmisión patrimonial entre patrimonios privativos con ocasión de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Contra la presente calificación (...) Barbastro a 28 de noviembre 2008 (firma ilegible).»

III

Dicha calificación fue objeto de la preceptiva notificación el 4 de diciembre de 2008; y el 31 del mismo mes doña M. A. S. A. interpuso recurso contra aquella, en el que alega, en síntesis, en primer lugar, que la interpretación de los contratos no puede ir nunca contra la voluntad de los otorgantes y que «si ambos comparecientes han presentado el documento para su inscripción en el Registro de la Propiedad, su intención a la hora de firmar el convenio regulador, no era otorgarse la propiedad del inmueble a través de una escritura notarial, sino que la adjudicación se producía por la Sentencia que disolvía la comunidad sobre el citado inmueble adjudicando la totalidad del mismo a doña A. S.». En segundo lugar que, con base en el artículo 90 del Código Civil y la Resolución de esta Dirección General de 6 de septiembre de 2005 y 21 de enero de 2006, «la regulación que del convenio de separación y divorcio hace nuestro ordenamiento no limita su contenido a la liquidación del régimen de gananciales sino que se re-

fiere, sin más, a la liquidación del régimen económico matrimonial», ya sea este el de gananciales, separación de bienes o cualquier otro válidamente existente entre los cónyuges. En caso contrario, se estaría produciendo un agravio comparativo entre los cónyuges casados en régimen de separación de bienes y en gananciales. Finalmente, que según la Resolución de 21 de enero de 2006, tienen carácter inscribible las sentencias por las que se aprueban los convenios reguladores en procedimientos de separación y divorcio.

IV

Mediante escritos con fecha de 8 y 12 de enero de 2009, el Registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 15 del mismo mes).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 y 117 de la Constitución; 86, 90, 91, 103, 1.068, 1.216, 1.218, 1.261, 1.274, 1.277, 1.320, 1.323, 1.333, 1.334, 1.354, 1.355, 1.357, 1.392, 1.397, 1.399, 1.402, 1.404, 1.410, 1.435 y 1.437 al 1.444 del Código Civil; 28 y siguientes de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, de Aragón; 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 19, 145, 317, 319, 415, 755, 777 y 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1, 2, 3, 9, 18, 20, 34, 38 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 77 de la Ley del Registro Civil; 51, 100, 173 y siguientes y 198 del Reglamento Hipotecario; 266 del Reglamento del Registro Civil; la Real Orden de 13 de diciembre de 1867; y las Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917, 1 de julio de 1943, 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1998,

29 de julio y 21 de diciembre de 1999, 8 de octubre de 2001, 5 y 20 de mayo de 2003, 7 y 31 de enero, 22 de febrero, 21 y 23 de marzo, 28 de abril, 27 de junio, 6 de septiembre y 25 de octubre de 2005, 21 de enero y 3 de junio de 2006, 31 de marzo y 29 de octubre de 2008.

1. Para la resolución del presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Por sentencia firme de separación matrimonial de mutuo acuerdo, se aprueba el convenio regulador propuesto por los cónyuges, que contiene, entre otros extremos, un pacto relativo a la «Liquidación del régimen económico conyugal». En dicho acuerdo se incluyen disposiciones tendentes a la liquidación de la sociedad conyugal, haciendo constar que el haber matrimonial está compuesto por depósitos bancarios y cuentas corrientes, que constituían los únicos bienes de la sociedad conyugal y han sido repartidos por mitad. Junto ello y con el epígrafe de la «Disolución de la comunidad de bienes existente entre ambos cónyuges» se menciona determinado inmueble que, según se indica, había sido el último domicilio común, acordando adjudicar dicho inmueble a la esposa obligándose ésta a compensar a su esposo con determinada cantidad de dinero y comprometiéndose ambos «a otorgar cuantos documentos notariales o de otra índole sean necesarios al objeto de la adjudicación...»

b) En su calificación, el Registrador expresa tres defectos que, a su juicio, impiden la práctica de la inscripción: 1.º No resulta del documento presentado a Registro las circunstancias personales, nombre y apellidos del Fedatario Judicial, Secretario, que autoriza el testimonio presentado a calificación registral; 2.º No resulta del indicado documento haberse tomado razón del mismo en el Registro Civil; y 3.º La finca adjudicada a la esposa fue adquirida en su día por los cón-

yuges por mitad y pro indiviso, en estado de solteros en momento anterior a la celebración del matrimonio y así resulta de los asientos obrantes en el Registro de la Propiedad.

2. El primer defecto debe confirmarse. La falta del nombre y apellidos del Secretario Judicial en el documento constituye un obstáculo del cual debe resultar la suspensión de la inscripción, pues es requisito necesario para su práctica la identificación del funcionario autorizante del título inscribible (cfr. art. 9 Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), que en este caso es el testimonio de la sentencia firme aprobatoria de un convenio regulador.

3. También debe confirmarse el segundo defecto. Como ha puesto de relieve anteriormente este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 28 de abril de 2005), el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, en desarrollo de los artículos 1333 del Código Civil y 77 de la Ley del Registro Civil, exige en su párrafo sexto que en las inscripciones que en cualquier otro Registro –y, por tanto, en el de la Propiedad– produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el Libro de Familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable. No constando en el presente caso la mencionada acreditación por ninguno de los medios expresados no puede procederse a practicar la inscripción solicitada.

4. Por lo que se refiere al tercero de los defectos invocados por el Registrador, el alcance de la calificación de los documentos judiciales ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de esta Dirección General, que, como consecuencia

de lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, ha declarado que, si bien no compete al Registrador entrar en el fondo de las resoluciones judiciales, sí puede y debe examinar la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato judicial y los obstáculos que surjan del Registro.

Y, según la doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, Resoluciones de 25 de febrero, y 9 y 10 de marzo de 1988), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y de que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación (lo mismo habría que entender respecto del divorcio). Se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Pero, como expresó la Resolución de 25 de octubre de 2005, esta posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

5. Ciertamente, como alega el recurrente y ha reconocido este Centro Directivo, es admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento, del hecho de que el régimen económico ma-

rimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Nada de esto sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares, pues ni los bienes integrantes de esta comunidad se sujetan a afectación especial alguna ni sufren singulares limitaciones a su disposición (cfr. las Resoluciones de 21 de enero de 2006 y 29 de octubre de 2008). Ahora bien, dicha doctrina no implica que –a los efectos de su inscripción– se admita el convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de una disolución de una comunidad de bienes, adquiridos antes de iniciado el régimen conyugal, como la estipulada expresamente en el presente caso.

6. Por otra parte, respecto de la sociedad de gananciales, es doctrina reiterada de este Centro que, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. art. 1.323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes privativos. Ahora bien, puesto que el objeto de la liquidación es exclusivamente la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales (cfr. art. 1.404 del Código Civil), no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio; habrá en ocasiones un negocio

complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación –a su favor– de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa.

Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (cfr. arts. 1.397 y 1.404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria). Y, tratándose de la vivienda familiar, si se han realizado pagos del precio aplazado de la misma, con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial, habrá devenido –ex lege– con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. arts. 1.357.2 y 1.354 del Código Civil), pero esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes y tener su correspondiente e idóneo reflejo documental, en los términos antes expuestos (vid., por todas, las Resoluciones de 3 de junio de 2006 y 31 de marzo de 2008).

Por ello, en el presente caso, en el que, aparte la liquidación de la sociedad conyugal (cuyos únicos bienes consisten, según expresa el documento calificado, en depósitos y cuentas bancarias, sin que nada se diga sobre un eventual carácter ganancial de parte alguna del inmueble referido), se pacta lo que los cónyuges denominan disolución de la comunidad de bienes existente entre ambos respecto

del citado inmueble, es indudable que esta extinción de comunidad excede del procedimiento que se ha utilizado, por lo que no existe adecuación entre el procedimiento utilizado y el carácter de los bienes (cfr. art. 100 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 21 de marzo de 2005). Y, además, existe el obstáculo registral que deriva del principio del tracto sucesivo consagrado por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que exige la inscripción de los distintos actos o negocios traslativos que enlazan la titularidad registral actual y la que ahora se pretende inscribir, debiendo existir identidad entre el derecho tal como figura en el Registro y como se configura en el título que se pretende inscribir. Por lo demás, la disolución de la comunidad de bienes, cuando se trata de un bien privativo, tiene un tratamiento jurídico de su causa de adquisición y un tratamiento fiscal distintos del propio de la liquidación de la sociedad conyugal.

7. Por cuanto antecede, también debe confirmarse el tercero de los defectos objeto de impugnación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso 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 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, 22 de marzo de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 23 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del

Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Eivissa n.º 4, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca. («BOE» núm. 114 de 10 de mayo de 2010).

En el recurso interpuesto por don V. M. P., contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Eivissa número 4, don Álvaro Esteban Gómez, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Sant Antoni de Portmany, doña María del Carmen de Diego Agüero, el 28 de julio de 2009, don S. V. D., en representación de la sociedad «Ibiza Gold, S.L.» y sin otorgar carta de pago de la deuda en su día garantizada con hipoteca, consintió la cancelación de dicha garantía, la cual se había constituido en su favor sobre determinadas fincas.

Se expresa también en la escritura que la hipoteca había sido originariamente constituida por la sociedad «Proyectos y Promociones del Entorno Urbanizable, Sociedad Limitada», por razón de una suma adeudada a la otorgante de la escritura de cancelación, si bien la propiedad de las fincas en su día hipotecadas había pasado a los titulares originales del solar (uno de ellos ahora recurrente), «por ejercicio de la condición resolutoria ejecutada la mercantil «Proyectos y Promociones del Entorno Urbanizable, Sociedad Limitada», con motivo de la resolución de la permuta de solar a cambio de obra futura...»

II

Presentada la escritura en el citado Registro (telemáticamente primero el 28 de julio de 2009 y en papel después, tras la liquidación de impuestos, el 31 de julio

del mismo año), fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe parcialmente: «... la inscripción de dicho título ha sido suspendida, con defectos subsanables, por los siguientes hechos y fundamentos de derecho: 1. Porque existiendo al margen de la inscripción de la hipoteca la nota de expedición de cargas prevista en el artículo 688 de la LEC para el procedimiento 1044/2007 que se sigue en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza, se precisa la cancelación previa de dicha nota mediante el mandamiento judicial oportuno, artículo 131 LH. 2. Y porque el crédito hipotecario aparece embargado a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria; principio de prioridad, artículo 17 LH y RDGRN 23-3-93 y 5-5-93. Contra esta calificación... Eivissa, a trece de agosto del año dos mil nueve. El Registrador. Firma ilegible».

III

Don V. M. P. interpuso, en plazo, recurso contra la anterior calificación, alegando, en síntesis: 1.º Que la calificación no se ajustaba a los requisitos del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, al no estar ordenada en hechos ni fundamentos de derecho, pues resultaba de la misma una mezcolanza palmaria –sic– que impide que dicha calificación pueda prosperar. 2.º Que yerra el Registrador en cuanto a la aplicación del principio «prior tempore» a favor de la Agencia Tributaria, dado que, precisamente, si alguien era primero era la parte recurrente, pues en su día se había formalizado una permuta de solar a cambio de obra futura con la sociedad «Proyectos y Promociones del Entorno Urbanizable, Sociedad Limitada», habiéndose pactado, sobre dicho negocio, una condición resolutoria debidamente inscrita y con efecto «erga omnes». 3.º Que mientras se ejecutaba la obra de permuta, se había constituido, por el cesionario del solar, una hipoteca

en favor de «Ibiza Gold, S.L.» y el incumplimiento de la parte cesionaria derivó en la resolución de la permuta y en la adquisición de la plena propiedad de la obra ejecutada para el cedente, cancelándose las anotaciones e inscripciones de fecha posterior –sic–, por lo que a su juicio y al ser posterior a la condición resolutoria la hipoteca en favor de «Ibiza Gold, S.L.», ésta ha de cancelarse y no puede embargarse ningún crédito hipotecario, pues como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria, la parte cedente recupera la propiedad y su derecho es preferente sobre el que podría ostentarse por la Agencia Tributaria. 4.º Que al recaer el embargo preventivo sobre un derecho de crédito (obligación principal) con garantía hipotecaria (accesoria), quien ha tenido la facultad y la capacidad legal de constituir la obligación accesoria sobre la principal también se halla especialmente legitimado para su extinción o cancelación, de modo que no puede prevalecer el embargo trabado por la Agencia Tributaria, lo que no significa crear a ésta perjuicio alguno, pues el crédito embargado subsiste y se puede perseguir. Y terminaba su escrito solicitando se tuviera por presentado y ser resuelta dejar sin efecto el embargo preventivo del crédito hipotecario respecto de las fincas reseñadas.

IV

Mediante escritos con fecha de 29 de septiembre de 2009, el Registrador emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 1 de octubre). Se acompaña una certificación de las fincas hipotecadas en su día, de la que resulta que la hipoteca objeto de cancelación había causado la inscripción tercera el 14 de septiembre de 2007 y el embargo en favor de la Agencia Tributaria, la anotación letra «C», el 13 de agosto de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 6, 1257 y 1937 del Código Civil; 1, 17, 18, 38, 40, 107.1.º, 131 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 175 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de esta Dirección General de 5 de abril de 1990, 28 de mayo de 1992, 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, 19 de noviembre de 1996, 24 de febrero de 1998, 15 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007 y 4 y 29 de septiembre de 2009.

1. En el supuesto de este expediente el título calificado es una escritura por la que el acreedor hipotecario (cuyo crédito está embargado), sin conferir carta de pago de la deuda garantizada, consiente la cancelación de la hipoteca en un momento en el que las fincas hipotecadas, y como consecuencia de la efectividad de determinada condición resolutoria –por allanamiento y consentimiento de la titular registral– han pasado a propiedad de quienes la habían transmitido a la hipotecante con sujeción a dicha garantía resolutoria.

Limitado necesariamente el recurso a los defectos invocados en la calificación que sean impugnados, la presente resolución habrá de versar únicamente sobre el segundo de los defectos expresados en la nota, en la que el Registrador se limita a indicar que suspende la inscripción «porque el crédito hipotecario aparece embargado a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria; principio de prioridad, artículo 17 LH y RDGRN de 23 de marzo de 1993 y 5 de mayo de 1993».

2. La calificación impugnada, excesivamente escueta, no indica la situación registral derivada del orden de despacho de los distintos documentos presentados y del que han de derivarse las consecuencias lógicas del principio de prioridad

registral. No obstante, del expediente resulta que documentos que determinan la situación tabular que debe tener en cuenta el Registrador al calificar (y que son susceptibles de configurar los obstáculos que pueden surgir del Registro), han provocado los asientos correspondientes, sin que sea posible prejuzgar, en este expediente, el acierto o desacierto que en la práctica de tales asientos haya tenido el Registrador (toda vez que el recurso contra la calificación registral no es el medio adecuado para atacar asientos ya practicados, al encontrarse los mismos bajo la salvaguardia de los Tribunales), en contra de lo que pretende el recurrente según su escrito de recurso. En el mencionado escrito se alega que, al ser posterior a la condición resolutoria la hipoteca en favor de la sociedad acreedora, esta carga ha de cancelarse y no puede embargarse ningún crédito hipotecario, ya que –se añade–, como consecuencia de la efectividad de la condición resolutoria, la parte cedente recupera la propiedad y su derecho es preferente sobre el que podría ostentarse por la Agencia Tributaria, sin perjuicio de que esta entidad pueda reclamar el crédito embargado, que subsiste.

3. Hechas las precedentes aclaraciones, no puede estimarse el recurso, pues ha de ponderarse la necesaria salvaguardia de los derechos de los terceros interesados (en el presente supuesto la Agencia Tributaria), en tanto que registralmente afectados por el asiento cuya práctica se pretenda –en este caso una determinada cancelación–, de modo que, respecto de aquéllos, la documentación presentada ha de cumplir con un mínimo de garantías (como por ejemplo la prestación de su consentimiento), en aras de la debida protección de sus derechos, o, en su defecto, obtenerse la oportuna resolución judicial (Resoluciones de 28 de mayo de 1992, 19 de noviembre de 1996, 24 de febrero de 1998 y 15 de noviembre de 2005).

Además, en el presente caso la cancelación de la hipoteca no deriva de la extinción de la obligación asegurada, por lo que, en línea con otros pronunciamientos de este Centro Directivo que analizaron las repercusiones que podrían derivarse de la efectividad de la condición resolutoria y su trascendencia respecto de titulares posteriores, no ha de concluirse necesariamente que éstos hayan de soportar cualquier acto de admisión del incumplimiento o de los demás presupuestos de la resolución (o de cancelación en este caso, cabría añadir), pues de lo contrario, y sin su intervención, se podrían concertar acuerdos sobre aquélla en menoscabo de la posición que les corresponde. Añádase por último que, en el caso que motiva el recurso, la cancelación documentada más bien supone una renuncia a una garantía real, pues la deuda subsiste, y tal renuncia claramente podría perjudicar a tercero (cfr., por todas la Resolución de 5 de abril de 1990, según la cual, la eficacia relativa de los contratos –art. 1.257 del Código Civil–, la indisponibilidad de los derechos ajenos o de la renuncia en perjuicio de terceros –arts. 6.2 y 1.937 del mismo Código; 107.1.º de la Ley Hipotecaria y 175.1.º del Reglamento Hipotecario–, la eficacia del derecho inscrito y la protección derivada de los asientos registrales –arts. 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria– determina que la renuncia al derecho inscrito correspondiente sólo podrá operar registralmente dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó el asiento respectivo).

Por ello, si se procediera, sin más, a la pretendida cancelación de la hipoteca se produciría la pérdida de protección registral de determinados derechos –los reflejados en la anotación preventiva– sin que sus titulares hubieran tenido ni siquiera la oportunidad de intervenir ni defender su posición jurídica, con lo que se incurriría en la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución.

Y es que la cancelación de un asiento (la anotación de embargo en favor de la Agencia Tributaria en este caso) que se derivaría de la pretendida cancelación registral de la hipoteca, requiere consentimiento expreso del titular o resolución judicial firme en el correspondiente procedimiento.

Bien es cierto que hay excepciones a lo que sería la regla general, en las que la cancelación de asientos puede producirse por la ejecución de gravámenes anteriores (cfr. el art. 175 Reglamento Hipotecario), pero no es posible generalizar soluciones previstas para otros supuestos. En esta línea cabe aludir, por ejemplo, a las reglas previstas para la ejecución por subasta, que prevén las notificaciones a los titulares de cargas posteriores, y que claramente no pueden extenderse a casos como los que motivan este recurso, en el que la operativa se ha desarrollado al margen de todo procedimiento y en instancias privadas, por lo que habrá de exigirse, en defecto de resolución judicial, la conformidad del embargante del crédito hipotecario.

Esta solución resulta razonable, pues está en juego el derecho de este acreedor a la satisfacción de su crédito, y adquiere mayor fuerza aún en casos como el examinado, pues no resulta posible que el tercero afectado pueda, al menos, contar con el depósito de cantidad alguna (nada se ha cobrado por el acreedor que consiente la cancelación y el crédito no está extinguido), y sin olvidar que, al tener lugar todas las actuaciones de los interesados privadamente, al margen de todo procedimiento judicial –o ante otros funcionarios– legalmente previsto y con la falta de garantías que ello comporta para los terceros afectados, se hace aún más necesario contar con su consentimiento.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, en los términos que anteceden.

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, 23 de marzo de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 24 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben, contra la negativa del registrador mercantil I de Pontevedra, a inscribir el nombramiento de administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada contenido en una escritura pública. («BOE» núm. 114 de 10 de mayo de 2010).

En el recurso interpuesto por el Notario de Pontevedra, don Luis Darrieux de Ben, contra la negativa del Registrador Mercantil I de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, a inscribir el nombramiento de administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada contenido en una escritura pública.

HECHOS

I

Mediante escritura de compraventa de participaciones, renuncia y nombramiento de administradores, autorizada por el Notario de Pontevedra don Luis Darrieux de Ben el día 15 de enero de 2009 con el número 55 de su protocolo, la totalidad de los socios de la compañía mercantil «Automoción Rodríguez, S.L.», que concurrieron a su otorgamiento, de-

cidieron dar a ese acto el carácter de junta universal, y se adoptaron los acuerdos de aceptar la renuncia presentada a sus cargos por los administradores de la sociedad y de designar a otras personas para ocupar dichos cargos. En la estipulación correspondiente al nombramiento, y sin especificar si se trata propiamente de un acuerdo de Junta o un mero pacto entre los otorgantes de la escritura, se incluyó un párrafo con el siguiente texto: «Los nombrados podrán ser separados de sus cargos por acuerdo de los socios que representen dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social».

II

Presentada el día 13 de febrero de 2009 en el Registro Mercantil de Pontevedra la referida escritura, fue calificada negativamente el día 2 de marzo de 2009 por estimar el Registrador que «el acuerdo de establecimiento de una mayoría de dos tercios de los votos correspondientes en que se divide el capital social, para la separación de los administradores, contradice lo dispuesto en el artículo 30.º de los Estatutos de la Sociedad, ya que en dicho artículo de los Estatutos no se establece una mayoría cualificada especial para dicho acuerdo, por lo que para ser inscribible la fijación de dicha mayoría, debería serlo como modificación estatutaria (art. 94 RRM)».

Notificada el 3 de marzo al presentante y al Notario autorizante, el 1 de abril de 2009 se solicitó por el primero la inscripción parcial de la escritura, procediéndose a practicarla al siguiente día, «a excepción del contenido de la misma objeto de calificación negativa».

III

El día 2 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Pontevedra

escrito de la misma fecha por el que el Notario autorizante de la escritura interpuso recuso contra la referida calificación. En su impugnación, argumenta que la cláusula discutida no tiene vocación de generalidad para ser aplicada a una serie ilimitada de futuras e hipotéticas destituciones, sino tan sólo la de establecer una mayoría reforzada singular para el eventual cese de los administradores nombrados en el mismo acuerdo, particularidad que, a su juicio, determina la oportunidad de que no conste en los estatutos sociales. Y concluye solicitando que se revoque la calificación y se ordene la inscripción de la referida escritura.

IV

Mediante escrito de 8 de abril de 2009, el Registrador Mercantil elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el día 14 del mismo mes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 11.2, 12, 13, 53.3 y 68.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 5 y 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se formalizan los acuerdos adoptados unánimemente por todos los socios de una sociedad de responsabilidad limitada por los cuales se nombran determinados administradores y –sin especificar si se trata propiamente de un acuerdo de Junta o un mero pacto entre los otorgantes de la escritura– se estipula que «Los nombrados podrán ser separados de sus cargos por acuerdo de los socios que representen dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social».

El Registrador rechazó la inscripción de dicha escritura alegando que dicho pacto no es inscribible si no se realiza la correspondiente modificación estatutaria.

2. Respecto del proceso fundacional de las sociedades de capital, la distinción entre previsiones escriturarias y estatutarias tiene una trascendencia eminentemente funcional, en el sentido de que las primeras recogen las declaraciones dirigidas a la constitución de la persona jurídica, y las segundas incorporan las orientadas a organizar el funcionamiento de la sociedad, de suerte que estas últimas son las que resultan modificables por acuerdo mayoritario. De acuerdo con ello, el establecimiento de un régimen de mayorías diferente al legalmente establecido para la adopción de acuerdos sociales, dentro de los márgenes que la normativa reconoce, necesariamente habrá de plasmarse en el texto estatutario, si se pretende que forme parte del ordenamiento de la persona jurídica. Así lo confirma con carácter general el artículo 53.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al contemplar como mención estatutaria específica la referente a este extremo, y concretamente para la destitución de administradores el artículo 68.2 del mismo texto legal, cuando dispone que «los estatutos no podrán exigir para el acuerdo de separación [de los administradores] una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social». Frente a esta disposición, no puede servir de excusa el carácter singular de la regla estipulada, dirigida a privilegiar la estabilidad en el cargo de unos administradores determinados, pues los términos de su formulación entran directamente en el supuesto de hecho de la norma transcrita y, mientras se mantuvieran los mismos titulares en el ejercicio de sus cargos, la exigencia de una mayoría reforzada para cesarlos gozaría de una eficacia general.

No obstante, y a falta de especificación sobre el carácter corporativo o meramente convencional del pacto debatido, el hecho de no incorporarlo a los estatutos sociales no debe conducir ineludiblemente a la conclusión de su invalidez, toda vez que (sin que deba prejugarse en este expediente sobre tal extremo) no puede descartarse que, en el supuesto de haberse convenido como mero pacto entre los socios, sin consideración de acuerdo societario, de Junta General, pueda atribuirse a dicha estipulación una eficacia diferente a la que en otro caso le correspondería. La admisibilidad de los pactos de este tipo, adjetivados en la práctica de «parasociales», se fundamenta en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecer vínculos obligacionales con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él. La posibilidad de los mismos se encuentra reconocida de forma expresa en el artículo 11.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (fiel trasunto del segundo párrafo del art. 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas), al disponer que «los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad». Y aunque, por su propia naturaleza, los pactos parasociales no acceden al Registro Mercantil, caben excepciones, como acontece con algunos acuerdos incluidos en los llamados protocolos familiares, que pueden tener reflejo tabular, si bien mediante su mera reseña o depósito, en los términos previstos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

En consecuencia, la cláusula debatida en el presente caso no podrá tener acceso al Registro Mercantil, habida cuenta de las dos posibles alternativas respecto de

su naturaleza jurídica. En efecto, si se trata de un acuerdo de la Junta General debe observarse el procedimiento propio de la correspondiente modificación estatutaria, lo que en el presente caso no se ha respetado. Y si lo que estipulan los socios es un mero pacto convencional entre ellos, configurándose como uno de los llamados pactos parasociales, no imputable a la Junta General ni, por tanto, a la sociedad, tampoco podrían acceder al Registro Mercantil, por su propia naturaleza extrasocietaria o extracorporativa, sin que se trate de uno de los supuestos referidos en que se permite dicho acceso.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, 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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de marzo de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.ª Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 25 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por la notaria de Benalmádena, doña María Nieves García Inda, contra la negativa del registrador de la propiedad de Málaga n.º 10, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca. («BOE» núm. 114 de 10 de mayo de 2010).

En el recurso interpuesto por la Notaria de Benalmádena, doña María Nieves

García Inda, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Málaga número 10, don Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Benalmádena, doña María Nieves García Inda, el 13 de mayo de 2009, doña I. P., en nombre y representación de la entidad «Banco Halifax Hispania, S. A.», como apoderada, otorgó carta de pago de determinado préstamo y solicitó la cancelación de la hipoteca que gravaba determinada finca en garantía de dicho préstamo. Según se expresa en la escritura, la mencionada apoderada tiene nacionalidad francesa y es titular de la Tarjeta de Residencia cuyo número se reseña (integrado por la letra «X», siete dígitos y la letra final «Z»), que está vigente.

II

El título se presentó en el Registro de la Propiedad número 10 de Málaga el día veintiocho de mayo de dos mil nueve, con asiento 1481 del Diario 99; y fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe parcialmente: «... Hechos:... II. En dicho documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable:... Única.–Figura en la escritura el número de la tarjeta de residencia de doña I. P..., documento que es distinto al NIE cuya numeración debe constar en las escrituras, no bastando que figure un número como de la tarjeta de residencia que, como el consignado en el título, aunque por sus dígitos pudiera pensarse corresponder a un NIE, denota un error al no especificar claramente se trate del número NIE, debiendo ser conveniente-

mente aclarado. Defecto subsanable. A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes: Fundamentos de derecho: I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II. En relación a las circunstancias reseñadas en el hecho II anterior, debe tenerse en consideración: El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo primero, determina: «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. La constancia del NIF en las escrituras viene exigida por los siguientes preceptos: El artículo 21 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada tras la reforma producida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, el cual establece que «1. Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos». El artículo 254 de la Ley Hipotecaria, en su nueva redacción dada tras la reforma operada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, que establece que «2. No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los

demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen. 4. Las escrituras a las que se refieren los números 2 y 3 anteriores se entenderán aquejadas de un defecto subsanable. La falta sólo se entenderá subsanada cuando se presente ante el Registro de la Propiedad una escritura en la que consten todos los números de identificación fiscal y en la que se identifiquen todos los medios de pago empleados». La apreciación del defecto consignado en la nota de calificación, resulta también de nota informativa que la Agencia Tributaria, a través de la Subdirección General de Verificación y Control Tributario, dirigió a la Directora General de los Registros y del Notariado, con fecha 6 de febrero del presente año, para que la trasladara al Consejo General del Notariado y al Colegio de Registradores. De dicha nota, se deduce claramente que una cosa es el soporte de la Tarjeta de Régimen Comunitario o Permiso de Residencia, y otra el NIE del extranjero, que constituye el número de identificación exigible con arreglo al artículo 254 de la Ley Hipotecaria; sin que el hecho de que el NIE figura también en la tarjeta o permiso de Residencia y pueda ser tomado de dicho documento, signifique que tal número se identifique y confunda con el de la tarjeta o permiso de residencia, que también consta en la misma. En la referida nota, en concreto en sus anexos, se especifican las diversas variantes para la identificación policial de los extranjeros y los posibles formatos del NIE así como la ubicación del NIE o NIF en la distinta documentación que pueda servir para acreditarlos y, en concreto, en las Tarjetas de Residencia. III. De conformidad con la regla contenida en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, el Registrador debe proceder a la notificación de la calificación negativa del do-

cumento presentado, quedando desde entonces automáticamente prorrogado el asiento de presentación... En su virtud, acuerdo suspender la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha. Contra la presente nota de calificación cabe interponer recurso gubernativo... Asimismo conforme al artículo 19 bis) de la vigente Ley Hipotecaria según su última redacción –Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social– asiste al interesado la posibilidad de solicitar calificación sustitutoria. El referido artículo 19 de la Ley Hipotecaria ha sido desarrollado por el Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto («BOE» número 184, de 2 de agosto de 2003). En Málaga, a dieciocho de junio de 2009.–El Registrador. Fdo. Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez».

III

La calificación fue notificada a la Notaria autorizante de la escritura calificada el 22 de junio de 2009. Por escrito que

tiene fecha de 1 de julio de 2009, y causó entrada en el Registro el día 3 del mismo mes, dicha Notaría interpuso recurso contra la calificación en el que, alegó lo siguiente: 1.º En la comparecencia de la escritura se hace constar que la otorgante es titular de determinada Tarjeta de Residencia, expresándose un número que es precisamente el número del NIE. En este sentido, cabe citar las Resoluciones de esta Dirección General de 1 y 3 de diciembre de 2007. En las tarjetas de residencia de extranjeros aparecen dos números, uno, el número de la tarjeta que comienza con la letra E, y otro su número de identificación fiscal como extranjero, el NIE, que comienza por X, le siguen siete números y la letra de control, y es el que se ha transcrito en la escritura. Y una de las formas de acreditar su NIE el compareciente no nacional, titular y portador de tarjeta de residencia, es mediante ésta, igual que el español acredita su NIF con su documento nacional de identidad. Cuando comparece un nacional español se justifica su NIF con el número del DNI y no se exige que se acredite la antigua tarjeta del NIF, ni etiquetas identificativas, sino que basta hacer constar su número del DNI y ese número, sin especificar que es el NIF, acredita su número de identificación fiscal. Y en el DNI también aparecen otros números y no hace falta especificar que el que se hace constar como número del DNI es también el NIF. Cuando comparece un extranjero residente en España y con Tarjeta de Residencia, una de las formas de identificarle es mediante ésta, la cual en el presente caso se ha reseñado con su número NIE sin especificar, como en el caso de los españoles con documento nacional de identidad, en el que se hace constar su número sin decir que es su NIF. 2.º En relación a la nota de la Agencia Tributaria, debe entenderse que la nota hace en realidad referencia a la 1 de febrero de 2008, la cual precisamente indica que uno de los documentos donde consta el NIE es la Tarjeta de Residencia, y que el

formato de dicho NIE es «X + 7 números + letra de control». Por todo ello, se entiende cumplido el requisito de hacer constar el NIE, al reseñar el número de la tarjeta de residencia que aparece con el formato «X + 7 números + letra de control», y consignando dicho dato no cabe albergar duda razonable acerca de que dicho número es el NIE. 3.º La exigencia de aclaración del documento por parte del Registrador, dados los perjuicios que puede comportar, ha de estar proporcionalmente justificado por la oscuridad o contradicción real, que no aparente del documento, y en el caso de la escritura calificada puede deducirse, que el número que se ha consignado en la tarjeta de residencia de la compareciente es el NIE de la misma, y más con el conocimiento que tiene el Registrador de la nota informativa de la Agencia Tributaria a la que se refiere.

IV

Mediante escritos con fecha de 14 de julio de 2009, el Registrador emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 16 del mismo mes).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos el artículo 23 de la Ley del Notariado; artículos 18, 19 bis, 254, 322, 325, 326, y 327 de la Ley Hipotecaria; la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal; artículo 29 de la Ley General Tributaria; artículo 4.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social; el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre

el Espacio Económico Europeo; artículos 18.2 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, de Gestión Tributaria; la Orden del Ministerio del Interior de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de extranjero; y las Resoluciones de esta Dirección General de 1 y 3 de diciembre de 2007.

1. En la escritura presentada a inscripción la Notaria autorizante expresa que identifica a la señora compareciente –de nacionalidad francesa– mediante exhibición de la Tarjeta de Residencia, vigente, cuyo número se reseña (integrado por la letra «X», siete dígitos y la letra final «M»).

El Registrador suspende la inscripción mediante una calificación en la que aduce como único defecto que el número de la tarjeta de residencia es diferente al del NIE (cuya numeración debe constar en las escrituras), y que no basta «que figure un número como de la Tarjeta de Residencia que, como el consignado en el título, aunque por sus dígitos pudiera pensarse corresponder a un NIE, denota un error al no especificar claramente se trate del número del NIE, debiendo ser convenientemente aclarado». Y, como fundamentos de Derecho, alega la normativa hipotecaria de la que resulta que deberá constar en la escritura, para consignarlos en la inscripción, los números de identificación fiscal de los comparecientes.

2. El presente recurso debe resolverse mediante la mera aplicación de la normativa vigente sobre identificación de personas físicas extranjeras que otorguen instrumentos públicos.

Una de las finalidades de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, según su exposición de motivos, es la prevención del fraude fiscal en el sector inmobiliario, en el que las novedades que introduce aquélla «se dirigen a la obtención de información que permita un mejor seguimiento de las transmisiones y el empleo

efectivo que se haga de los bienes inmuebles».

Respecto del Notario, y por lo que interesa en el caso del presente recurso, el artículo 23 de la Ley del Notariado, modificado por la referida Ley 36/2006, establece que «si se trata de escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, los comparecientes acreditarán ante el Notario autorizante sus números de identificación fiscal y los de las personas o entidades en cuya representación actúen, de los que quedará constancia en la escritura».

En lo relativo a los Registradores y a la función pública que prestan, la reforma se centra entre otros aspectos, en la disposición por la que se establece que «No se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen» –art. 254.2 de la Ley Hipotecaria–. En este caso se debate la eventual inexistencia de número de identificación fiscal de los comparecientes (y lo mismo se dispone respecto de la negativa total o parcial a identificar el medio de pago) se entenderá que tales escrituras están aquejadas de un defecto subsanable, pudiéndose subsanar éste a través de otra escritura «en la que consten todos los números de identificación fiscal» (y en la que, en su caso, se identifiquen todos los medios de pago empleados) –artículo 254.4 de la misma Ley–.

Conforme al artículo 18.2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, el número de identificación fiscal podrá acreditarse por su titular mediante la exhibición del documento expedido para su constancia por la Administración tributaria, del documento nacional de identidad o del documento oficial en que se asigne el número personal de identificación de extranjero. Además, el artículo 20.1 del mismo Real Decreto establece que para las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, el número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y su normativa de desarrollo. Y según el artículo 4.2 de dicha Ley Orgánica (en su redacción vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura calificada), todos los extranjeros a los que se haya expedido una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero.

No obstante, y aun cuando no afecte al presente caso, a lo anterior debe añadirse que desde la entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (vid. art. 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que remite a la normativa especial), la Tarjeta de residente comunitario, cuya solicitud era voluntaria, aunque conveniente para realizar determinados trámites en España, ha sido sustituida por la obligación –impuesta a todos los ciudadanos comunitarios que residen en España por un período superior a tres meses– de solicitar su inscripción en el

Registro Central de Extranjeros obteniendo un certificado de registro que incorpora su número de identidad de extranjero, debiendo por tanto ser identificados por el Notario mediante su correspondiente documento de identidad o por su pasaporte, los cuales –según proceda– sí que habrán de ser reseñados convenientemente en la escritura en unión del correspondiente número de identificación fiscal, cuando así venga legalmente exigido.

3. A la vista del único defecto expresado en la calificación impugnada y de la normativa entonces vigente, el defecto ha de ser revocado, toda vez que el número de la tarjeta de residencia –en vigor según se indica– que se reseña en la escritura calificada no puede ser sino el número personal de identificación de extranjero y, consecuentemente, es el número de identificación fiscal.

En efecto, según el punto sexto, letra a), párrafo segundo, de la Orden del Ministerio del Interior de 7 de febrero de 1997 (en la redacción introducida por la Orden INT/2058/2008, de 14 de julio), relativo al número de identidad de extranjero incorporado al anverso de la tarjeta de extranjero, ya se dispone que dicho número «... estará integrado por nueve caracteres con la siguiente composición: Una letra inicial, que será la X, seguida de siete dígitos o caracteres numéricos y de un código o carácter de verificación alfabético que será definido por el Departamento Ministerial competente...»

Por lo demás, la revocación de la calificación impugnada resulta, asimismo, de los criterios expresados por este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, vinculantes conforme al párrafo décimo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. Algunas de ellas (las dos Resoluciones de 3 de diciembre de 2007, publicadas en el «BOE» de 15 de enero de 2008) fueron dictadas para estimar recursos inter-

puestos por la misma Notaria contra calificaciones del Registrador Sr. Ruiz-Rico Márquez sobre idéntica materia. En las calificaciones revocadas por tales Resoluciones, ante la reseña de la tarjeta de residencia de la misma forma en que se expresa en la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso, dicho Registrador alegaba que no se consignaba el número de identificación de extranjero y citaba, como fundamentos de Derecho, las mismas normas de la legislación hipotecaria expresadas en este caso. Además, la normativa posterior en nada ha cambiado el criterio mantenido por esta Dirección General, que se ajusta también al contenido del referido Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, el cual, aun cuando entró en vigor el 1 de enero de 2008, ya fue citado en tales Resoluciones, sin que la nota informativa de la Agencia Tributaria de 1 de febrero de 2008 a la que alude la calificación impugnada (aunque citada con fecha errónea, como el mismo Registrador reconoce en su informe) pueda servir para separarse de dicho criterio. Así, en relación con lo establecido en este Real Decreto y en el ámbito de las competencias de dicha Agencia, se limita a poner de relieve que el número de identidad de extranjero, que será también su número de identificación fiscal, deben acreditarlo no sólo quienes tengan tarjeta de residencia –por residir legalmente en España– sino todos aquellos otros extranjeros que estén obligados a disponer de dicho número de identidad (e, incluso, que los extranjeros que no estén obligados a disponer de este número, deberán acreditar un número de identificación fiscal si realizan operaciones con trascendencia tributaria). Y de la misma nota informativa resulta claramente que, tratándose de la tarjeta de residencia de una ciudadana francesa como la reseñada en la escritura calificada, el número de identidad de extranjero (NIE) es el que figura en la misma con la letra inicial X, seguida de siete dígitos y la letra alfabé-

tica de control, mientras que el denominado número de soporte (consistente en una E seguida de ocho dígitos) que figura en la parte superior derecha del anverso de dicha tarjeta en ningún caso se utiliza como número de identidad de extranjero ni, por ende, como número de identificación fiscal. Por ello, dicha nota informativa, más que servir de base a una calificación negativa como la impugnada que permitiría su consideración como excesivamente formalista, en el sentido de exigir que se especifique que el número de identidad reseñado es el de extranjero y no el de soporte de la misma tarjeta, permitiría la inscripción de la escritura calificada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que anteceden.

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, 25 de marzo de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *María Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 26 de marzo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Ponferrada nº 3, a la inscripción de una declaración de obra nueva de una finca. («BOE» núm. 114 de 10 de mayo de 2010).

En el recurso interpuesto por doña D. L. A., contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Ponferrada número 3, doña Raquel Largo Escudero, a la inscrip-

ción de una declaración de obra nueva de una finca.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro escritura autorizada por el Notario de Ponferrada, don José Pedro Rodríguez Fernández, por la que la recurrente declara la obra nueva construida en una parcela de su propiedad, consistente en dos plantas de 126,75 metros cuadrados de superficie las plantas primera y segunda y 120,94 metros cuadrados la planta de semisótano.

Se acompaña certificado de don Pedro Udaondo Cascante, «Perito Judicial Inmobiliario», describiendo las circunstancias de la finca y afirmando que la construcción se ha realizado hace más de quince años.

II

La Registradora suspende la inscripción extendiendo la siguiente nota de calificación: «Calificado por doña Raquel Largo Escudero, Registradora de la Propiedad de Ponferrada n.º 3 León, el documento a que se hace referencia en el Hecho I de esta nota, y tras examinar los antecedentes del Registro, resultan los siguientes: Hechos - El documento objeto de la presente calificación que tiene el número de entrada 2800/2009, otorgado por don José Pedro Rodríguez Fernández, Notario de Ponferrada, el día 22 de junio de 2009, con el número 1538 de Protocolo, y que fue presentado en este Registro el día 24 de julio de 2009, causando el asiento 279 del diario 119, ha sido objeto de calificación desfavorable por los siguientes motivos: Se declara una obra nueva sobre la registral 16297 de la sección 3.ª del término municipal de Ponferrada, resultando que: - la finca

sobre la que se procede a hacer la declaración consta en el Registro de la Propiedad inscrita con 3330 m² de superficie, si bien en la escritura objeto de esta calificación la interesada declara que su superficie es de 2659 m², sin que se presente documento alguno del que resulte la justificación de tal diferencia de superficie, resultando además que consultadas las bases gráficas del catastro la finca a la que se hace referencia, que es la del polígono 45 finca 187, consta catastralmente con una superficie de 2531 m², lo que plantea aún más dudas en cuanto a si se trata de la misma finca, máxime cuando en ningún momento se hace referencia a posibles nuevas mediciones de la misma que justifiquen esta diferencia tan importante en su descripción y que hagan suponer que se está ante una rectificación de cabida. - resulta que la descripción que de la obra nueva se hace ahora en la escritura no coincide con el certificado incorporado en su totalidad, y ello porque si bien en cuanto a superficies de plantas de la vivienda, lo que se indica en el certificado sí que coincide con lo señalado en la escritura, no ocurre lo mismo en cuanto a la existencia de un almacén de 138 m², que se refleja en el certificado pero no en la escritura, así como en cuanto a la superficie ocupada por la edificación, que si bien en la escritura se señala que es de 126,75 m², en dicho certificado se indica que es de 2531 m². Por lo tanto sólo en cuanto al volumen construido de la vivienda hay plena coincidencia entre certificado y escritura, no así en cuanto a existencia y metros cuadrados del almacén, y parte de la parcela ocupada por la edificación. - para acreditar la antigüedad de la obra nueva se aporta certificado expedido don Pablo Udaondo Cascante, Perito Judicial Inmobiliario, planteándose dudas en cuanto a si dentro de sus facultades cabe la de certificar la antigüedad de la obra nueva, circunstancia que deberá ser constatada por el colegio profesional competente para ello. Fundamentos de derecho

- En cuanto a la modificación de la superficie de la finca el artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario cuando establece que «Del mismo modo podrán inscribirse los excesos de cabida acreditados mediante certificación catastral...» en relación con el artículo 53.8 de la ley 13/1996, de 30 de diciembre, cuando dice «La rectificación de la cabida de una finca registral, o la alteración de sus linderos cuando éstos sean fijos o de tal naturaleza que existan dudas de la identidad de la finca, podrá realizarse con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación y la que conste en el Registro, pueda deducirse la identidad de la finca...» y el artículo 53.10 de la misma ley cuando establece que «La modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que haga dudar de la identidad de la finca podrá efectuarse en virtud de acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro, e informe de técnico competente sobre su medición, superficie y linderos. Dicha acta se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria a excepción de lo previsto en su regla 8.^ª». Asimismo la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en Resoluciones como las de 1 y 2 de junio y 19 de noviembre de 1998; 31 de mayo, 21 de octubre y 3 de noviembre de 1999; 2 de febrero y 8 de abril de 2000; y las de 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, fue sentando las bases de sus consideraciones en las que se establece de forma reiterada que la registración de un exceso de cabida «*strictu sensu*» sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la su-

perficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día, por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados, postura que se viene recogiendo en las resoluciones últimas de 10, 13 y 18 de octubre de 2008. En relación a la obra nueva los principios de especialidad y determinación, así como la necesaria claridad de los asientos del Registro, y específicamente los artículos 208 de la LH y 308 del RH, y ya más concretamente los artículos correspondientes del Real Decreto de 4 de julio de 1997, de Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de los Actos de Naturaleza Urbanística. Así: - artículo 45: «Los edificios... serán inscribibles... en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en los mismo, al menos..., el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados...» - artículo 52 en relación a las denominadas «obras antiguas» que desarrolla en este aspecto los artículos 208 y 308 indicados, que en relación a las mismas señala «que se podrán inscribir cuando... se pruebe por... certificación del catastro, certificación del Ayuntamiento, acta de notoriedad o certificado de técnico competente la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. Que no conste en el Registro la practica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación», Además habría que tener en cuenta, en relación al contenido de la certificación, el artículo 49 del RD, en función de si el técnico comparece en el otorgamiento de la escritura, se incorpora el certificado a la misma o se acompaña como documento complementario, con

los requisitos subsiguientes en uno y otro caso, y el artículo 50 en cuanto a técnico competente, y exactamente en su apartado 3.º al señalar que podrá certificar como técnico competente «cualquier otro técnico, que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes». La imposibilidad de inscribir la declaración de obra nueva si la documentación presentada no se ajusta a lo indicado se recoge en el artículo 55 del mismo Real Decreto. Acuerdo Suspender la inscripción del documento objeto de la presente calificación según resulta de los Hechos y Fundamentos de Derecho consignados. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha. Asimismo (...) En Ponferrada, a 30 de julio de 2009.»

III

La interesada antedicha recurre alegando: que, en cuanto a las discordancias de medición, ha solicitado al Perito una nueva medición; que no puede dudarse de la cualificación profesional del perito; que, respecto a la existencia del almacén, que consta en la certificación y no en la escritura, no ha de tenerse en cuenta pues lo que ahora interesa a la otorgante es la declaración de obra nueva de la casa-vivienda, y su inscripción; que lo que se llama la superficie de parcela ocupada según el certificado técnico es en realidad la superficie total de la parcela, según resulta de un examen de dicho certificado; y que el técnico reúne los requisitos de idoneidad exigidos.

IV

La Registradora se mantuvo en su criterio, elevando el expediente a este Centro Directivo, con el oportuno informe, con fecha 2 de septiembre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9 y 200 de la Ley Hipotecaria; 53.10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, 50.3 del Real Decreto 1093/1997, 51 del Reglamento Hipotecario, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de febrero y 16 de junio de 2003, 3 de enero y 23 de marzo de 2006, 21 de septiembre de 2007 y 12 de septiembre de 2009.

1. Tratándose de una declaración de obra nueva, son cuatro los defectos atribuidos por la Registradora: 1) falta de coincidencia sobre la superficie cuya inscripción se solicita ya que la parcela sobre la que se edifica tiene una superficie, según el Registro, de 3330 metros cuadrados, según el documento ahora presentado, de 2659 metros cuadrados y según el certificado catastral de 2531 metros cuadrados; 2) que en el certificado catastral figura la existencia de un almacén que no se refleja en la escritura; 3) que la superficie ocupada, según el certificado técnico es de 2531 metros cuadrados, y según la escritura, de 126,75 metros cuadrados y 4) que, para acreditar si el perito certificador tiene facultades para la certificación que expide, es necesario que tales facultades se constaten por el Colegio oficial correspondiente.

2. El primero de los defectos no puede ser considerado como tal. Es cierto que en el título inscribible se señala una superficie superior a la inscrita y que la misma no se justifica en forma suficiente para que pueda inscribirse el exceso de cabida. Pero, sin perjuicio de que no se produzca en el Registro tal inscripción, ello no impide que se practiquen las demás operaciones registrales que se pretenden en la finca objeto del recurso. Por ello, se deberá inscribir la finca con la superficie que figura en el Registro, lo cual no impedirá que, en el futuro, si se

acredita suficientemente la mayor cabida de la misma, pueda hacerse constar con tal cabida.

3. El hecho de que la certificación catastral constate la existencia de un almacén que no se recoge en la escritura no es tampoco un obstáculo para la inscripción de ésta, pues, como dice la recurrente, en este momento no interesa la inscripción de tal almacén, sino la vivienda unifamiliar que se declara.

4. Aunque en el certificado técnico se habla de «superficie ocupada de 2531 metros cuadrados», es claro que se trata de una expresión defectuosa que resulta de la comparación de esta expresión con las demás a que se refiere el mismo documento, y no de la superficie ocupada por la edificación, pues, si en ésta se dice que la primera planta tiene una superficie de 126,75 metros cuadrados, ésta es la superficie ocupada por la edificación que se declara. Por consiguiente, este defecto también ha de ser revocado.

5. En cuanto al último defecto, consistente en que falta certificado del Colegio oficial del técnico certificador, este defecto ha de ser mantenido, pues el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997 exige tal requisito para acreditar las facultades del técnico certificador.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, salvo en lo referente al último de los defectos, que debe ser mantenido.

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, 26 de marzo de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.

RESOLUCIÓN de 15 de febrero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad nº 4 de Albacete, a practicar la cancelación registral de dos hipotecas. («BOE» núm. 120 de 17 de mayo de 2010).

En el recurso interpuesto por el Letrado, don Ricardo Ferrando Gil, en nombre y representación de doña M. G. O. y doña L., doña Y., don C. y doña M. L. G., contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Albacete número 4, don José Simeón Rodríguez Sánchez, a practicar la cancelación registral de dos hipotecas.

HECHOS

I

Mediante instancia suscrita por doña M. G. O. y doña L., doña Y., don C. y doña M. L. G., presentada el 6 de noviembre de 2009 en el Registro de la Propiedad número cuatro de Albacete, se solicitó la cancelación registral de dos hipotecas constituida sobre una finca propiedad de los solicitantes, por haber transcurrido –según afirman– el plazo de caducidad legalmente establecido.

Dichas hipotecas se constituyeron mediante escritura otorgada el 5 de noviembre de 1987, en garantía de determinadas obligaciones hipotecarias al portador. Según alegan en dicha instancia, dichas obligaciones se debían amortizar el 5 de noviembre de 1988.

II

Dicho documento fue objeto de calificación negativa, el 24 de noviembre de 2009, que a continuación se transcribe:

«Examinada instancia suscrita por doña M. G. O., doña L., doña Y., don C. y doña

M. L. O. con fecha 11 de noviembre de 2008 y que ha causado el asiento de presentación 204 del diario 140, referencia 3800/2009, solicitando la cancelación por caducidad de dos hipotecas sobre la finca registral 1.899 de la sección 2.^a de Albacete, inscripciones 13.^a y 14.^a, se suspende la extensión del asiento solicitado por cuanto:

Resulta: Hechos.

1. En las inscripciones 13a y 14a de la finca 1.899 de la sección 2a de Albacete a que se refiere el precedente documento dice literalmente en ambas inscripciones lo siguiente:

Tercera.–Se amortizarán el día cinco de Noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, devengando mientras tanto un interés anual del doce por ciento. Dicho interés se pagará por anualidades anticipadas al tenedor o tenedores de las obligaciones en el domicilio del remitente.

Cuarta.–Los esposos otorgantes se obligan a pagar a los tenedores de los citados títulos el valor nominal de cada uno de los mismos al vencimiento; no obstante si al concluir el plazo señalado no se pagasen las obligaciones emitidas, se entenderá, si no exigen los tenedores de las mismas el reembolso o pago, y hasta que lo exijan, prorrogadas las obligaciones de pagar de año en año, en un máximo de diez años.

De ello resulta, no darse las condiciones previstas en el artículo 82, párrafo 5.º de la Ley Hipotecaria, para la caducidad de las indicadas inscripciones, dado que el plazo a que se refiere dicho artículo empezaría a contar desde el 5 de noviembre de 1998.

Siendo de aplicación, a mi juicio, los siguientes fundamentos jurídicos:

1. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria que establece la obligación del Registrador de calificar los títulos presentados a inscripción.

2. Lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, párrafo 5.º, en relación con el plazo de 20 años a que se refiere el artículo 128 de la Ley Hipotecaria y 1964 del Código Civil.

Contra la precedente (...) Albacete, 24 de noviembre de 2009. Fdo. José Simeón Rodríguez Sánchez.»

III

La calificación se notificó el 24 de noviembre de 2009. Y mediante escrito que entró en el referido Registro de la Propiedad el 14 de diciembre de 2009, don Ricardo Ferrando Gil, en nombre y representación de doña M. G. O. y doña L., doña Y., don C. y doña M. L. G., interpuso recurso contra dicha calificación, en el que alega lo siguiente:

1.º La discrepancia con la calificación negativa del Sr. Registrador se centra en la consideración de cuándo debe considerarse nacido el plazo de prescripción de veinte años de la acción hipotecaria. El Sr. Registrador parte de un evidente error, porque no tiene en cuenta que dicho plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde que puede ser ejercitada la citada acción.

Por ello, el punto de partida del computo del plazo de prescripción que recoge la Ley sobre la acción hipotecaria ha de ser el día del vencimiento de la obligación principal, esto es el día en el que el obligado hipotecario venía obligado al pago del capital objeto del préstamo hipotecario, es decir el día 5 de noviembre de 1988, una vez transcurrida la anualidad con la que inicialmente se contrató la devolución del capital objeto de préstamo y reconocido como tal por los obligados hipotecarios.

2.º La manifestación que consta en la inscripción registral, relativa a que finalizado el plazo anual del vencimiento de las cédulas, y con la expresión de que no obstante ello, si no se pagasen las mismas,

se entenderá si no lo exigen los tenedores, prorrogada la obligación de año en año hasta un máximo de diez, debe considerarse como una obligación de carácter accesorio a la principal constituida a la hora de otorgar la escritura de préstamo hipotecario.

3.º Además esa obligación accesorio es nula, ya que materialmente se deja en manos de una sola parte, la prestamista, precisamente el contrato de crédito que representan las cédulas, por cuanto la parte prestataria no puede dar lugar a su cancelación al no tener constancia de dónde están las cédulas y de quién las tiene, como de hecho ocurre, al haberse actuado fraudulentamente respecto a quienes prestaron su firma como prestatarios y sin haber recibido los importes que representan las cédulas, como se puso de manifiesto en determinado procedimiento en la Audiencia Nacional (diligencias judiciales n.º 204/89 ante el Juzgado de Instrucción Central n.º 1 de la Audiencia Nacional, por presunto delito de estafa y falsedad en determinadas operaciones).

IV

Mediante escrito con fecha de 15 de diciembre de 2009, el Registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 17 del mismo mes).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 82 y 128 de la Ley Hipotecaria; 1964 y 1969 del Código Civil; y las Resoluciones de esta Dirección General de 15 de febrero de 2006, 26 de septiembre de 2007 y 4 de junio de 2009.

1. En el supuesto al que se refiere este expediente, se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia soli-

citando la cancelación –por caducidad– de dos hipotecas constituidas sobre una misma finca en garantía de determinadas obligaciones hipotecarias al portador.

En la escritura de constitución de dichas hipotecas, otorgada el 5 de noviembre de 1987, se pactó que tales obligaciones se amortizarían el 5 de noviembre de 1988 y que, no obstante, si al concluir el plazo señalado no se pagasen las obligaciones emitidas, se entendería, «si no exigen los tenedores de las mismas el reembolso o pago, y hasta que lo exijan, prorrogadas las obligaciones de pagar de año en año, en un máximo de diez años».

El Registrador denegó la cancelación solicitada por no haber transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria.

El recurrente sostiene que dicho plazo ha transcurrido toda vez que debe iniciarse el cómputo del mismo el día 5 de noviembre de 1988.

2. La norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, introducido mediante la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, posibilita la cancelación de la hipoteca mediante solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, en un supuesto de caducidad o extinción legal del mencionado derecho real inscrito.

Pero para que opere esta cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, al que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que

las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.

En el presente caso no concurre el presupuesto temporal de dicha caducidad o extinción legal, al no haber transcurrido el plazo de veinte años que para la prescripción de la acción hipotecaria establecen los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria. En efecto, habiéndose pactado la prórroga del plazo anual inicialmente previsto hasta un máximo de diez años más, debe entenderse producido el vencimiento del plazo durante el que se garantizan las referidas obligaciones el día 5 de noviembre de 1998, por lo que no ha prescrito la acción hipotecaria, y consecuentemente, no ha transcurrido el plazo de caducidad o ex-

tinción legal exigido por el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso 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, 15 de febrero de 2010.–La Directora general de los Registros y del Notariado, *M.^a Ángeles Alcalá Díaz*.