

Recursos

Resolución de 21 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Lepe, por la que se suspende la inscripción de una certificación administrativa.

En el recurso interpuesto por doña S. N. G., como Secretaria general del Ayuntamiento de Lepe, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Lepe, don Miguel Verger Amengual, por la que se suspende la inscripción de una certificación administrativa.

HECHOS

I

Por la Secretaria general del Ayuntamiento de Lepe, doña S. N. G., se expide certificación de la resolución del alcalde de dicha localidad de fecha 20 de junio de 2014 por la que se acuerda anular el proyecto de normalización de fincas de las parcelas 65, 66 y 67 del área... de Lepe del Plan General. También certifica de la resolución del alcalde de fecha 15 de septiembre de 2014 subsanatoria de la anterior.

De las resoluciones certificadas resulta que afectan a tres fincas registrales. De ellas una, la registral 13.809, consta inscrita en cuanto a una mitad indivisa a nombre de don E. F. G. H. casado con doña A. J. M. D. en régimen de gananciales.

De la certificación resulta que ha sido notificado de la resolución don E. F. G. H.

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Lepe (...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, le notifico que la certificación expedida por duplicado por la Secretaria General del Ayuntamiento de Lepe, el 12/11/2014, en la que se inserta Resolución del alcalde de dicho Ayuntamiento de fecha 20/06/2014, en relación a la anulación del Proyecto de Normalización de fincas de las parcelas 65, 66 y 67 del área... de Lepe, del PGOU de Lepe, que ha tenido entrada en este Registro el día 05/12/2014, habiéndosele asignado el número de entrada 5387 de 2014, causando el asiento de presentación 764 del Diario 168, ha sido calificada negativamente bajo la siguiente nota: Registro de la Propiedad de Lepe. El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación de la precedente certificación, de conformidad con los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, hace constar: Hechos I.–En la certificación presentada se incorpora resolución dictada por el alcalde de Lepe por la que se anula el Proyecto de Normalización de fincas de las parcelas 65,

66 Y 67 del Área... de Lepe, del PGOU de Lepe, pero no resulta de la misma que tal resolución haya sido sometida al trámite de información pública y anuncio en el «Boletín Oficial» de la provincia, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en un periódico de la provincia de difusión corriente en la localidad, requisito éste indispensable para la inscripción del documento. II.—No constan en la certificación las circunstancias personales completas de los propietarios de las fincas afectadas, al haberse omitido su domicilio, ni la expresa indicación de que doña A. J. M., titular de la finca 13.809 de Lepe, haya sido notificada en el expediente. Fundamentos de Derecho I.—Artículo 120 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que establece que «1. Si la normalización se acordase a instancia de parte, acompañada del correspondiente proyecto, el Ayuntamiento publicará el acuerdo en la forma prevista en el artículo 108 de este Reglamento y dará vista y audiencia a los demás interesados conocidos, por plazo de quince días. 2. En los demás casos, el Ayuntamiento efectuará la misma publicación y requerirá a los interesados para que presenten un proyecto, en plazo no superior a dos meses, transcurrido el cual, dispondrá la redacción de oficio en otro plazo igual. 3. Del proyecto presentado, o redactado de oficio, se dará vista y audiencia a los interesados, durante quince días, y transcurrido este plazo se pasará a informe de los servicios correspondientes, por término de otros quince días.». Asimismo, el artículo 108 al que se remite el anterior dispone que «1. Aprobado inicialmente un proyecto de reparcelación, se abrirá un plazo de un mes para información pública y audiencia de los interesados con citación personal. Este trámite se deberá anunciar en el «Boletín Oficial» de la provincia, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en un periódico de la provincia de difusión corriente en la localidad». Además, el artículo 117 del citado Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, establece en su apartado tercero que en todo lo no previsto expresamente en dicho Reglamento para la normalización de fincas, se tendrán en cuenta las normas del procedimiento general de reparcelación, en cuanto sean de aplicación, por lo que igualmente le es aplicable el artículo 101 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que exige el mismo trámite de audiencia e información pública para los proyectos de reparcelación. Siendo esto así y resultando que el Proyecto de Normalización fue efectivamente sometido al trámite de información pública y anunciado debidamente, su anulación debe cumplir los mismos trámites y requisitos, tal como ha establecido, además, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 1 de diciembre de 2008, entre otras. II.—Artículo 7.11 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, que establece: «Circunstancias que ha de contener el título. El título inscribible, sin perjuicio de los requisitos exigidos por la legislación urbanística aplicable, deberá contener las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria y especialmente: (...) 11. Relación de los propietarios de fincas y de aprovechamientos, así como de los titulares de las cargas y gravámenes afectados por la equidistribución, con especificación de sus circunstancias personales, de acuerdo con lo dispuesto en la Legislación Hipotecaria, y con expresa indicación de haber sido notificados en el expediente». Artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, y artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario. En su virtud, acuerda: Suspender la práctica de la anulación solicitada en la precedente certificación por los defectos subsanables antes expresados de: I.—No constar que la Resolución haya sido sometida al trámite de información pública y anuncio en el «Boletín Oficial» de la provincia, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en un periódico de la provincia de difusión corriente en la localidad. II.—No constar en la certificación las circunstancias personales completas de los propietarios de las fincas afectadas ni la expresa indicación para cada uno de ellos de haber sido notificados en el expediente. No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado expresamente. Contra la nota de calificación negativa (...) Lepe, diecinueve de diciembre del año dos mil catorce.—El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Miguel Verger Amengual».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña S. N. G., como Secretaria general del Ayuntamiento de Lepe, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 21 de enero de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.—Que el proyecto de normalización de fincas de las parcelas 65, 66 y 67 del Área... de Lepe fue aprobado por acuerdo de la Junta en fecha 21 de enero de 2010 siendo debidamente inscrito en las fincas registrales 13.809, 34.988 y 34.989; que interpuesto recurso contencioso-administrativo ha recaído sentencia firme de 9 de enero de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Huelva por la que se declaró la nulidad del proyecto de normalización; que la resolución de la Alcaldía de 20 de junio de 2014 ejecuta la sentencia mediante la anulación del proyecto; segundo.—Que las resoluciones de la Alcaldía objeto de certificación han sido dictadas en ejecución de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso que anula el proyecto de normalización por lo que de conformidad con el artículo 103.2 de la Ley reguladora de lo Contencioso las partes están obligadas a su cumplimiento. Ni la ley ni la sentencia obligan a someter a trámite de audiencia las resoluciones dictadas; que dicho trámite sólo sería exigible si nos encontráramos ante una revisión de oficio del acto administrativo; que la resolución dictada es inscribible de conformidad con la previsión del artículo 1 del Real Decreto 1093/1997 y se ajusta a los requisitos de su artículo 2; que la resolución que cita la nota de 1 de diciembre de 2008 no tiene relación con el supuesto, y tercero.—Que en relación al segundo defecto se advierte que efectivamente se ha omitido determinada circunstancia (el domicilio de doña A. J. M. D.), que se subsanará; que por el contrario en cuanto a la falta de notificación a dicha señora del certificado resulta que se ha notificado a don E. F. G. H. casado en gananciales con la anterior por lo que debe reputarse válida la notificación. Además en el justificante de recepción consta dicha señora como firmante del recibí.

IV

El Registrador, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 30 de enero de 2015, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta la afirmación del registrador de que la presentación del recurso es extemporánea por cuanto la calificación fue notificada mediante fax el día 19 de diciembre de 2014 y el recurso ha tenido entrada el día 22 de enero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.365, 1.357 y 1.375 del Código Civil; 3, 9, 21 y 40 de la Ley Hipotecaria; 103, 104 y 107 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; 62 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 108 y 120 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística; 6 y 7 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de diciembre de 1995; 15 de julio y 27 de noviembre de 1998; 23 de julio de 2001; 1 de octubre de 2002; 11 y 30 de julio de 2011, y 5 de agosto de 2013.

1. Se presenta en el Registro de la Propiedad certificación de la secretaria general del Ayuntamiento de Lepe de la que resulta que, dando cumplimiento a sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Huelva, el alcalde resuelve anular el proyecto de normalización de fincas que afecta a tres registrales. El registrador de la Propiedad de Lepe rechaza la inscripción en base a dos argumentos: que la resolución no ha sido sometida a información pública y publicidad y que falta el dato de domicilio de los notificados titulares de las fincas afectadas así como la expresa indicación de que doña A. J. M. D. haya sido notificada en el expediente.

La recurrente afirma que la omisión de datos será oportunamente subsanada por lo que ciñe su recurso a las otras cuestiones planteadas.

Con carácter previo es preciso referirse a dos objeciones señaladas por el registrador en su informe: la primera hace referencia a la extemporaneidad del recurso; la segunda, a que la recurrente no ha aportado el título calificado si bien el propio registrador trae al expediente copia del duplicado archivado en el Registro de la Propiedad.

Ninguna de estas objeciones puede ser amparada por este Centro Directivo. Respecto de la eventual extemporaneidad del recurso, de acuerdo con lo establecido el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, la notificación de la calificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo, a tal efecto, válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y quedara constancia fehaciente.

Consta en el expediente que el registrador notificó defectos por fax en fecha 19 de diciembre de 2014, pero del escrito aportado sólo resulta un número de teléfono y no un destinatario. Además y como ha señalado este Centro Directivo (Resoluciones de 8 de marzo y 2 de octubre de 2013), no constando en el presente expediente manifestación alguna realizada por el presentante admitiendo la notificación por fax al tiempo de la presentación del título por el presentante y no acreditándose otra forma de notificación válida antes de transcurrido el plazo legalmente previsto, el recurso no puede considerarse extemporáneo (vid. igualmente Resoluciones de 14 de febrero y 13 y 23 de junio de 2014).

Es cierto como dice el registrador que la recurrente aporta, junto con su escrito de recurso, copia del folio de notificación en el que consta en su parte superior la fecha de remisión por fax del 19 de diciembre; pero el mismo documento aportado contiene un sello de entrada del Ayuntamiento con fecha 22 de diciembre fecha que, a falta de acreditación fehaciente de recepción anterior, debe mantenerse. Y es que como afirma la Resolución de 23 de junio de 2014 el derecho de los ciudadanos a recurrir debe prevalecer cuando existan dudas y no resulte acreditado, en la forma legalmente determinada, que el ejercicio de su derecho es extemporáneo.

Respecto de la tacha de falta de aportación del título y como afirmara la Resolución de este Centro Directivo de 3 de junio de 2014, el artículo 327 de la Ley Hipotecaria se enmarca en su título decimocuarto introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y dispone que: «El recurso, en el caso de que el recurrente opte por iniciarlo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, se presentará en el Registro que calificó para dicho Centro

Directivo, debiéndose acompañar a aquél el título objeto de la calificación, en original o por testimonio, y una copia de la calificación efectuada».

La razón de ser de dicho precepto, en lo que ahora nos interesa, la constituye el que siendo el objeto del recurso contra la calificación de los registradores el acuerdo de no inscribir (artículo 324 de la Ley Hipotecaria), y dado que esta decisión se toma en función del documento público presentado al efecto (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), la resolución del recurso sólo puede llevarse a cabo en presencia del mismo documento en que el registrador basó su decisión (vid. Resolución de 5 de septiembre de 2011). Ahora bien como el precepto transcrito permite, el escrito de recurso puede acompañarse con el mismo documento presentado en su día o con un testimonio que garantice que su contenido es idéntico (vid. Resolución de 5 de septiembre de 2013). Para que el expediente pueda seguir su curso basta con acreditar dicha identidad sin perjuicio de que, de ser estimatoria la resolución del recurso, deba aportarse el título original para practicar la inscripción solicitada (artículos 3 y 327 in fine de la Ley Hipotecaria en relación a los artículos 126 y 428 del Reglamento Hipotecario, y Resolución de 10 de julio de 2009).

2. Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo y en relación a la primera relativa a la falta de información pública y publicidad de la resolución administrativa por la que se anula el proyecto de normalización de fincas, la recurrente afirma que tal circunstancia no es exigible al limitarse el alcalde a ejecutar la sentencia judicial por la que se acordó su nulidad.

En efecto, el artículo 103.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que: «La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia».

Por su parte el artículo 104.1 establece: «1. Luego que sea firme una sentencia, el secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél».

Finalmente el artículo 107, apartado 1, en redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, dispone en relación con la ejecución de las sentencias firmes dictadas por los tribunales de dicho orden jurisdiccional que «si la sentencia firme anulase total o parcialmente el acto impugnado, el secretario judicial dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los Registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado...».

Por su parte, el artículo 51, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en su redacción dada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, establece que «serán inscribibles en el Registro de la Propiedad», entre otros, los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento (vid. letra g).

Todo ello es consecuencia de lo dispuesto por el artículo 118 de la Constitución, a cuyo tenor «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto». De acuerdo con ello, el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dice que: «2. Las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes.» Añade a su vez el artículo 18.2 que: «Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos».

De todo lo expuesto se desprende que, siendo la Administración Pública condenada en un proceso contencioso-administrativo la encargada legalmente de ejecutar la sentencia recaída en el mismo, la actividad que al efecto despliegue se materializará necesariamente en uno o varios actos administrativos que habrán de ajustarse a los términos de aquélla. A la naturaleza jurídica de tales actos administrativos se ha referido desde antiguo la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 febrero 1982 (RJ 1982\922) afirmaba que: «...el hecho de que, entre los privilegios de la Administración, instrumentalizados para el más idóneo funcionamiento de la misma, cuya meta final es el servicio a la comunidad, se cuente con el de que sea ella misma quien proceda a la ejecución de las sentencias, en los procesos en que haya sido parte, esto es, en los de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, provoca el que en el procedimiento de ejecución, tenga que adoptar medidas, bien de puro hecho, pero muchas veces –las más– de carácter jurídico, o lo que es lo mismo, verdaderos actos administrativos, caracterizados por la nota de su especialidad: la de ser actos de ejecución lo que, normalmente, les priva de sustantividad propia, por ser puros medios o instrumentos, para la efectividad del fallo judicial, cuya razón de ser (la de la institución procesal) no es otra que la consecución de una paz justa, y con ello, una situación de seguridad jurídica, imposible de conseguir si las controversias o conflictos se prolongaran indefinidamente...».

Serán pues los términos de la sentencia a ejecutar los que determinen la clase y el contenido de los actos que deba dictar la Administración Pública condenada por aquélla a fin de llevarla a efecto. Así, si la sentencia se limita a declarar la nulidad del acto o actos administrativos objeto del recurso, ordenando su desaparición jurídica, bastará que la Administración condenada dicte un acto de contenido puramente negativo, limitándose a declararlo formalmente así. Si, por el contrario, la sentencia ordena la retroacción del expediente administrativo a un momento procedimental determinado, por haberse omitido un trámite esencial, la Administración habrá de proseguir aquél a partir del momento correspondiente, realizando todos los trámites preceptivos (incluyendo por supuesto el omitido) hasta dictar nueva resolución. Si, en fin, la Administración no se limita a expulsar del mundo jurídico el acto o actos declarados nulos por el tribunal, sino que dicta uno o varios actos nuevos en sustitución de aquéllos, estos últimos habrán de ser plenamente ajustados al ordenamiento jurídico, tanto en los aspectos formales como en su contenido material. La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo hace referencia en este sentido a una «doble vía» para impugnar tales actos, constituida por un lado por el incidente del artículo 109 de la Ley Jurisdiccional, limitado a todas aquellas incidencias, incluidas las relativas al artículo 103.4 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que regulan la desviación de poder al momento de la ejecución, y que tienen por objeto determinar o comprobar que el nuevo acto se ajusta y cumple con lo ordenado y dispuesto por la sentencia firme; y por otro, por el cauce procesal general que faculta para interponer un recurso contencioso administrativo independiente, al amparo del artículo 45 de la misma Ley Jurisdiccional. En este segundo caso, por el contrario, los contornos son menos angostos, pues se puede alegar cualquier infracción normativa que ponga de manifiesto que

dicho acto vulnera el ordenamiento jurídico (v. Sentencia del Tribunal Supremo -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta- de 8 febrero 2013, RJ\2013\1382).

Pues bien, entrando en el ámbito estrictamente hipotecario, la calificación por el registrador de la Propiedad, conforme al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, de los documentos administrativos en los que se recojan actos dictados en ejecución de una sentencia contencioso-administrativa, cuando éstos sean susceptibles de causar algún asiento registral, habrá de modularse en función de la clase y contenido de éstos, de acuerdo con los diferentes supuestos que han sido expuestos más arriba.

Así, si el documento recoge uno o varios actos nuevos de contenido positivo en sustitución de los judicialmente declarados nulos, ya sea por haberse subsanado los vicios procedimentales determinantes de dicha declaración, ya sea porque la Administración haya optado por ello en lugar de limitarse a declarar formalmente la desaparición jurídica de los actos viciados, la calificación por el registrador se realizará con plenitud, alcanzando a todos los extremos del artículo 99 del Reglamento Hipotecario. En cambio, si el acto administrativo reflejado en el documento que ingresa en el Registro es puramente negativo, limitado a reproducir miméticamente el fallo de la sentencia que decreta la nulidad del acto o actos impugnados, difícilmente podrá exigirse que el mismo se haya dictado respetando los trámites e incidencias esenciales propias de un acto de contenido positivo. El acto en este caso no entraña ninguna innovación en el mundo jurídico y por tanto no cabe exigir a la Administración que lo dicta que respete las mismas garantías procedimentales que son propias de los actos positivos. En resumen, la calificación registral negativa de un acto así no podrá fundarse en la omisión o realización defectuosa de «trámites o incidencias» que la Ley impone como esenciales a cualquier innovación jurídica por parte de la Administración.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, observamos que la resolución del alcalde de Lepe objeto del documento calificado acuerda, conforme al fallo de la Sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Huelva, dejar sin efecto el proyecto de normalización de fincas de las parcelas números 65, 66 y 67 del Área... de Lepe del Plan General, en lo relativo a las fincas registrales números 13.809, 34.988 y 34.989.

Dicha resolución no introduce ciertamente ninguna innovación jurídica, como sí ocurriría en el caso de que, en lugar de limitarse a reproducir el fallo de la sentencia, hubiese recogido un nuevo instrumento en sustitución del anulado. Así pues, a diferencia de este último caso, en el que sí tendría sentido exigir el cumplimiento de los trámites propios de la elaboración y aprobación de un instrumento tal y, singularmente, el señalado como omitido en la nota de calificación del registrador, aquí esa exigencia, según lo expuesto más arriba, no es necesaria. Por lo tanto, debe decaer el primer defecto opuesto por el registrador y estimarse el recurso en este punto.

3. A distinta conclusión ha de llegarse con relación al segundo de los defectos señalados en la nota del registrador pues, constando una de las fincas inscritas sobre las que se proyectan los efectos del acuerdo anulatorio en cuanto a una mitad indivisa a nombre de don E. F. G. H. casado en régimen de gananciales con doña A. J. M. D., es preceptivo que esta sea debidamente notificada de la existencia del procedimiento.

Como ha reiterado este Centro Directivo (vid. «Vistos»), la inscripción de actuaciones que surten efectos frente al titular registral precisa que el procedimiento asegure que su posición jurídica

es respetada así como la de aquellas personas en cuya esfera jurídica se van a desplegar. Rigiendo en materia de gananciales el principio de codisposición, ni la sola conducta de uno de los cónyuges, ni la decisión judicial o administrativa que la supla, basta para entender que es plenamente válida la actuación cuya inscripción se pretende; lo contrario implicaría su indefensión y el desconocimiento flagrante del principio constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de aquellos a quienes el Registro reconoce derechos sobre el bien afectado (artículo 24 de la Constitución Española).

Es cierto, como pone de relieve la recurrente, que consta en el expediente que la notificación dirigida a don E. F. G. H. fue recibida por su esposa, pero en el estrecho ámbito de este expediente no puede darse a ese hecho la relevancia jurídica que se pretende pues, a falta de un trámite de prueba y valoración, no es equiparable la previsión legal de notificación individualizada a la mera circunstancia de hacerse cargo de una notificación dirigida a persona distinta (vid. artículos 8.5.c y 51.1 de la Ley de suelo en relación al artículo 111 del Reglamento de Gestión Urbanística y al artículo 7.11 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, revocando la nota de calificación del registrador en cuanto al primer defecto y confirmándola en cuanto al segundo.

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, 21 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.

Resolución de 22 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Ciudad Rodrigo, por la que deniega la cancelación de determinadas anotaciones de embargo, ordenada en mandamiento judicial dictado como consecuencia de procedimiento de ejecución.

En el recurso interpuesto don J. R. C. C., Procurador de los tribunales, en nombre y representación de «Banco Santander, S.A.», contra la calificación del registrador de la Propiedad de Ciudad Rodrigo, don Mauricio Prieto Rodrigo, por la que deniega la cancelación de determinadas anotaciones de embargo, ordenada en mandamiento judicial dictado como consecuencia de procedimiento de ejecución.

HECHOS

I

En autos de ejecución de títulos no judiciales número 370/2009 seguidos por la sociedad «Banco Español de Crédito, S.A.», hoy «Banco Santander, S.A.», contra don A. V. G., se

dictó decreto de adjudicación de fecha 23 de octubre de 2013, subsanado por diligencia de ordenación de fecha 11 de noviembre de 2013, por el que se adjudicó a la sociedad ejecutante referida la finca registral número 20.687 de Ciudad Rodrigo.

Mediante decreto de cancelación de cargas de fecha 11 de abril de 2014, el Juzgado ordenó cancelar tanto la anotación de embargo acordada en el procedimiento sobre la referida finca como todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluidas las que se hubieran verificado con posterioridad a la expedición de la certificación prevenida en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El día 5 de mayo de 2014, el Juzgado libró mandamiento de cancelación dirigido al Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo.

Presentados en el Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación, el registrador de la Propiedad, don Mauricio Prieto Rodrigo, practicó la inscripción del dominio en favor de «Banco Santander, S.A.», pero denegó la cancelación de los asientos posteriores ya que ambos documentos, tanto el testimonio de adjudicación, como el mandamiento de cancelación de cargas fueron presentados los días 16 y 26 de mayo de 2014, ambas fechas posteriores al vencimiento de la anotación practicada en el procedimiento, es decir, el día 12 de abril de 2014.

Mediante decreto de fecha 19 de septiembre de 2014, el Juzgado acordó nuevamente la cancelación de cargas posteriores expresando que el citado decreto de adjudicación de 23 de octubre de 2013 ya era firme a fecha de 12 de abril de 2014 «lo que conlleva que no se habría producido aún la caducidad de la anotación». El día 10 de diciembre de 2014, el Juzgado expidió testimonio del citado decreto de fecha 19 de septiembre de 2014 y el día 11 de diciembre de 2014 libró el correspondiente mandamiento de cancelación de asientos posteriores a la expedición de la certificación de cargas dirigido al registrador de la Propiedad de Ciudad Rodrigo.

II

El día 19 de diciembre de 2014, se presentó en el Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo el referido testimonio del citado decreto de fecha 19 de septiembre de 2014 y el mandamiento de cancelación de fecha 11 de diciembre de 2014, que fueron objeto de la siguiente calificación: «(...) el Registrador de la Propiedad que suscribe: Deniega la cancelación de cargas decretada por el defecto insubsanable de haber caducado la anotación preventiva de embargo que se ejecuta, al haber transcurrido el plazo de cuatro años de su vigencia; fue practicada el día doce de abril del año dos mil diez, estando vigente por tanto, hasta el día doce de abril del año dos mil catorce, sin que haya sido prorrogada; no siendo posible practicar la cancelación de los asientos posteriores, ya que la caducidad de las anotaciones preventivas opera "ipso iure" una vez agotado el referido plazo, hayan sido canceladas o no, habiendo ganado rango los asientos posteriores en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba la anotación caducada y no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 172.2 del Reglamento Hipotecario en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. (Artículos 1, 70, 77, 79, 82, 83, 84, 86 y 97 de la Ley Hipotecaria y 175-2 de su Reglamento de aplicación y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 18 de noviembre del 2004; 14 de enero del 2005; 15 de febrero de 2007; 28 de octubre del 2010; 5 de diciembre del 2011; 20 de julio del 2012; 24 de junio de 2013, y 3 de diciembre del 2013). Contra la presente (...) Ciudad Rodrigo, a 29 de diciembre del 2014.–El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Mauricio Prieto Rodrigo».

Dicha calificación fue notificada tanto al referido Juzgado como al presentante el día 31 de diciembre de 2014.

III

El día 28 de enero de 2015, don J. R. C. C., Procurador de los tribunales, en nombre y representación de «Banco Santander, S.A.», interpuso recurso contra la referida calificación, mediante escrito en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos: «(...) I. Inexistencia de fundamento legal que justifique la calificación registral negativa. Existencia de fundamentos legales que justifican la cancelación de cargas y la estimación del recurso. La calificación impugnada del Registrador de la Propiedad carece de fundamento legal: ningún precepto de la regulación hipotecaria o procesal civil establece que deba denegarse la cancelación de cargas posteriores cuando, después de adjudicada la finca, caduque la anotación de embargo que originó la adjudicación. Ninguno de los preceptos de la legislación hipotecaria mencionados en dicha calificación registral (arts. 1, 70, 77, 79, 82, 83, 84, 86 y 97 de la Ley Hipotecaria) prevé la denegación de cancelación de cargas posteriores en caso de caducidad sobrevenida de la anotación que ha originado la adjudicación. El artículo 175-2 del Reglamento Hipotecario mencionado por el señor Registrador como fundamento de la calificación negativa establece justamente lo contrario, es decir, la obligación de cancelar las cargas posteriores cuando la finca se enajene judicialmente en procedimiento de apremio, disponiendo que dicha cancelación se practicará con la mera presentación del mandamiento de cancelación. El artículo 175 del Reglamento Hipotecario fija las reglas a las que debe sujetarse la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas (el recurrente transcribe la regla 2.ª de dicho precepto reglamentario). (...) Esta regulación no requiere para la cancelación de cargas la vigencia de la anotación que dio lugar a la enajenación judicial y nada establece para el supuesto de que, una vez verificada la enajenación, se produzca eventualmente la caducidad de la anotación de embargo en el momento de presentación del mandamiento de cancelación en el Registro pues, de acuerdo con esta reglamentación específica, es la enajenación judicial verificada en el procedimiento de apremio (y no la anotación en el Registro) lo que determina la cancelación de todas las cargas posteriores, incluidas las que se hubieran verificado con posterioridad a la certificación de cargas expedida en el procedimiento de apremio. (...) en caso de hipoteca, el artículo 134 de la Ley Hipotecaria nos recuerda que la inscripción de la adjudicación y la cancelación tanto de la hipoteca como de todas las cargas posteriores sin excepción es un efecto impuesto por la Ley (...) En el mismo sentido, para el caso de procedimiento de ejecución dineraria, el apartado 2 del artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que se transcribe). Por tanto, la regulación hipotecaria y la procesal no vinculan la cancelación de cargas posteriores a la vigencia registral de la anotación de embargo que originó la adjudicación, sino a la misma enajenación judicial de la finca en el procedimiento de apremio, ni tampoco introducen excepción alguna (ni siquiera por caducidad registral) al cumplimiento del mandamiento de cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores del gravamen que causó la adjudicación forzosa. La anotación preventiva de embargo practicada según los artículos 42 de la Ley Hipotecaria y 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre un bien inmueble del deudor en virtud de mandato judicial en el seno de un procedimiento de apremio, tiene por objeto asegurar la efectividad del derecho de crédito, por lo que si este derecho ya ha sido efectivamente ejecutado mediante la enajenación forzosa del inmueble decretada en el procedimiento judicial a favor del acreedor ejecutante, no parece ajustado a Derecho alegar caducidad del gravamen causante de la adjudicación como fundamento de la negativa registral a cancelar los gravámenes posteriores, sobre todo cuando dicha adjudicación judicial se ha verificado antes de aquella caducidad. Por otra parte, la inscripción de la adjudicación y la cancelación de cargas constituye un efecto unitario derivado de la enajenación forzosa a favor

del acreedor ejecutante, por lo que, resulta incongruente y contrario a Derecho que, ante la caducidad sobrevenida de la anotación de embargo que origina la adjudicación, sí se inscriba esta adjudicación pero no se cancelen los asientos posteriores al gravamen que la originó, todo ello cuando además se trata de idéntico procedimiento de apremio. Este injustificado mantenimiento de las cargas registrales posteriores tampoco es conforme con los principios que inspiran la ejecución dineraria pues culmina con una adjudicación forzosa vacía de contenido económico a causa de las cargas que el Registro decide mantener, anulando el valor del bien inmueble adjudicado e impidiendo la legítima satisfacción del derecho de crédito ejecutado. Asimismo la decisión registral no amparada en la normativa vigente en la materia, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva reclamada ante los Tribunales pues el incumplimiento registral del mandato judicial cancelatorio decretado conforme a Derecho, produce una grave discordancia entre lo ordenado en el procedimiento judicial de apremio y lo acordado en el ámbito registral. (...) lo relevante en el presente expediente es que la adjudicación forzosa del bien inmueble se produce estando vigente la anotación preventiva de embargo que originó dicha enajenación, por lo que los efectos cancelatorios de esta adjudicación tienen preferencia frente a cualquier anotación posterior al gravamen que originó dicha adjudicación. (...) II. Inexistencia de fundamento jurisprudencial que justifique la calificación registral negativa recurrida. Existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo que sí justifica la cancelación de cargas y la estimación del recurso. La calificación negativa recurrida carece de base jurisprudencial: ninguna sentencia del Tribunal Supremo establece que deba denegarse la cancelación de cargas posteriores cuando, después de adjudicada la finca, caduque la anotación de embargo. La jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) en esta materia establece que la caducidad sobrevenida de la anotación de embargo por la que trae título el adjudicatario no ha de perjudicar a este si la caducidad acontece después de la adquisición del dominio. La Sentencia n.º 1428/2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) dictada el 12 marzo de 2007 centra el debate en un supuesto análogo al presente y concluye que la situación registral que proclama la certificación de dominio y cargas fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble, de forma que, cualquier alteración posterior como la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante no modifica dicha situación, lo que determina que las anotaciones ulteriores no deban subsistir en perjuicio de quien actúa amparado en el contenido de la certificación de cargas obrante en el proceso ejecutivo (el recurrente transcribe el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia). Asimismo, es definitiva la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como síntesis del criterio de dicho Tribunal, se establece en la Sentencia n.º 5795/2008 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) dictada el 27 de octubre de 2008 (el recurrente transcribe el fundamento jurídico tercero de dicha sentencia). Las Audiencias Provinciales siguen el mismo criterio jurisprudencial. En este sentido, la reciente Sentencia n.º 32/2014 de la Audiencia Provincial de Gerona dictada el 31 de enero de 2014, en un debate jurídico análogo al presente (el recurrente transcribe el fundamento jurídico séptimo de dicha sentencia). Por último, esta parte no desconoce la doctrina tradicionalmente aceptada por la Dirección General de Registros y del Notariado que deniega la cancelación de asientos posteriores a una anotación preventiva de embargo que motivó la adjudicación cuando al presentarse el mandamiento la anotación ha caducado, sin embargo, esta doctrina queda refutada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por otra parte, la doctrina de este Centro Directivo reconoce claramente la procedencia del efecto cancelatorio del mandamiento presentado después de caducada la anotación cuando el decreto de adjudicación se inscribe dentro del plazo de vigencia de la anotación preventiva de embargo (Resoluciones de 20 de noviembre de 2012; 3 diciembre de 2013, y 3 de junio de 2014) pero esta conclusión deriva del mismo fundamento sostenido en el presente recurso, según el cual, la prioridad registral se traslada a la enajenación judicial por lo que, en el presente expediente siendo el decreto de adjudicación (23 de octubre de 2013) anterior a la caducidad de la anotación (10 de abril de 2014), y habiéndose expedido en el procedimiento judicial la certificación de dominio y cargas (4 de agosto de 2010) que proclama las condiciones de la adquisición del bien e identifica las cargas posteriores, con la inscripción de la enajenación

judicial derivada de la anotación, aun cuando esta haya caducado, subsiste la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre las cargas posteriores las cuales se ven extinguidas por la realización del bien (...)».

IV

Mediante escrito, de fecha 25 de febrero de 2015, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho expediente consta que, conforme al artículo 327 de la Ley Hipotecaria, la secretaria judicial del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ciudad Rodrigo formuló alegaciones mediante escrito recibido el día 20 de febrero de 2015, según las cuales hace suyas las alegaciones del recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 17, 24, 32, 34, 40, 66, 71, 79, 82, 83, 84, 86 y 97 de la Ley Hipotecaria; 117, 594, 601, 604, 674, 688 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 108, 111, 175, 206.2.º y 353 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007; 27 de octubre de 2008, y 23 de febrero de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1989; 30 de octubre de 1999; 20 de marzo de 2000; 11 de abril de 2002; 13 de noviembre de 2003; 18 de noviembre de 2004; 14 de enero de 2005; 15 de febrero de 2007; 4 de enero y 11 de diciembre de 2008; 28 de octubre de 2010; 5 de diciembre de 2011; 19 de mayo y 20 de julio de 2012; 3 de abril, 15, 27 y 28 de junio, 11 de septiembre, 7 de octubre y 3 de diciembre de 2013; 5 y 10 de febrero, 3 de junio, 7 de agosto y 17 de septiembre de 2014, y 20 de febrero de 2015.

1. En este expediente, presentados en el Registro de la Propiedad decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas en procedimiento judicial de ejecución, el registrador inscribe el decreto de adjudicación y deniega la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores por haber caducado la anotación practicada en seguridad de la ejecución de que se trata. El recurrente no discute el transcurso del citado plazo de caducidad, pero sostiene su tesis impugnativa sobre el argumento de que en el momento de la adjudicación de la finca se encontraba vigente dicha anotación.

2. La cuestión planteada debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., entre otras, las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente).

Según dicha doctrina, respecto de la cancelación de los asientos posteriores, la caducidad de las anotaciones preventivas opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del Reglamento Hipotecario dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, se había operado ya la caducidad.

3. En el supuesto de hecho de este recurso, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del

embargo de los que dimanaban ya se había producido. Y es que transcurridos cuatro años desde la fecha de la anotación, caducó automáticamente la anotación preventiva.

El artículo 353 del Reglamento Hipotecario autoriza a que se lleve a cabo la cancelación formalmente al tiempo de practicarse un asiento sobre la finca o expedirse certificación sobre la misma. En tal momento, los asientos posteriores mejoraron de rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento cancelatorio de cargas derivado del procedimiento ejecutivo. Lo que nada impide es la inscripción del testimonio del auto de adjudicación, si no existen asientos contradictorios, pero con la preferencia que tenga por razón de su inscripción y no de la anotación del embargo del que dimana, por estar ya caducada.

4. Para que la cancelación de las cargas posteriores ordenadas en el mandamiento hubiera sido posible debió haberse presentado en el Registro el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas o, al menos, el testimonio del auto de adjudicación para ganar prioridad, antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó. Pero el hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas que prevé el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no produce el efecto de prorrogar la vigencia de las anotaciones preventivas, sino que éstas se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Frente a tales consideraciones no puede prevalecer el argumento del recurrente relativo a que la adjudicación judicial se produjo antes de la caducidad de la anotación preventiva de embargo decretada en el procedimiento de ejecución. En efecto, el hecho de que el decreto de adjudicación se hubiese dictado antes de la caducidad de la anotación no altera esta doctrina. Distinto hubiera sido el caso que se hubiese inscrito la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva del embargo trabado en garantía de su efectividad o de su prórroga. En este caso, se consuma la virtualidad de la anotación y de ahí que el artículo 206.2.º del Reglamento Hipotecario disponga su cancelación; la prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores que habían sido registrados sin perjuicio de los derechos del anotante (cfr. artículo 71 de la Ley Hipotecaria), no sólo no se liberan de aquella restricción, sino que sufren el pleno desenvolvimiento de la misma, esto es, la subordinación respecto de la enajenación judicial alcanzada, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad de los asientos respectivos, si se observaron en el proceso de ejecución todos los trámites legalmente previstos en garantía de las mismas. Así pues, con la inscripción de la enajenación judicial subsiste registralmente la preferencia del proceso de ejecución entablado y sus consecuencias últimas sobre esas cargas posteriores, y por ello es indudable la eficacia cancelatoria del mandato dictado por el juez que conoció de aquél, conforme a los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1, 17, 40, 79, 83 y 84 de la Ley Hipotecaria, y 175.2.ª del Reglamento Hipotecario, si en él consta el cumplimiento de los trámites aludidos.

Pero como se ha dicho, en este caso –por razones que no resultan del expediente– no se produjo la inscripción de la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación preventiva del embargo, ni se solicitó su prórroga.

5. Por último, en cuanto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007 a que alude el recurrente, esta Dirección General en Resolución de 7 de agosto de 2014 puso de relieve que la propia Sentencia en su fundamento tercero señala lo siguiente: «Es la propia parte recurrente la que, en el desarrollo del motivo, afirma que en ningún momento está

recurriendo la calificación del registrador denegando la cancelación de las cargas posteriores ni la caducidad de su anotación de embargo, por lo que carece de sentido sostener que dicha norma ha sido infringida, sin perjuicio de que la pretensión de no afectación de la adquisición del dominio por los embargos que figuran en el Registro anotados con posterioridad a su propia anotación pueda sostenerse invocando la adecuada aplicación de otras normas jurídicas». No se impugna ni cuestiona la actuación registral sino que se contiene sobre la preferencia entre distintas anotaciones.

Y respecto de la Sentencia del mismo Tribunal de 27 de octubre de 2008, a la que también se refiere el recurrente, debe tenerse en cuenta que el problema planteado en la misma no se ciñe a una cuestión de preferencia o prioridad registral, sino a la posibilidad de que determinados terceros adquieran «a non domino» del adjudicatario en un procedimiento de ejecución hipotecaria posteriormente anulado, adquisición que el Alto Tribunal descarta porque, al no estar la anotación preventiva de demanda cancelada cuando se produjo la adquisición del dominio, afecta directa e inexorablemente a los adquirentes, por falta del requisito de la buena fe que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al conocer los adquirentes la pendencia del proceso al tiempo de la adquisición.

Caducada la anotación, debe actuar el registrador a estos efectos como si nunca se hubiera practicado la citada anotación, en cuyo caso la inscripción de la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución, como se ha señalado reiteradamente por este Centro Directivo, dependerá de que el deudor siga conservando la titularidad de la misma y en caso de existir cargas posteriores no podrán ser objeto de cancelación registral.

Por todo lo expuesto, no procede sino confirmar el defecto. No obstante, como tiene declarado este Centro Directivo el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho o acciones por la ausencia de buena fe, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo por el hecho de haber sido expedida la certificación de cargas, por cuanto la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas viene determinada por Ley y su caducidad implica la pérdida de su prioridad registral.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación registral en los términos que resultan de los anteriores 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 abril de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.

Resolución de 22 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Palma de Mallorca n.º 5 a inscribir determinadas cláusulas de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

En el recurso interpuesto por don Ciriaco Corral García, Notario de Palma de Mallorca, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5, don Antoni Miquel Torrens Sánchez, a inscribir determinadas cláusulas de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

HECHOS

I

El día 25 de septiembre de 2014 se formalizó un préstamo garantizado con hipoteca sobre un edificio en construcción mediante escritura otorgada ante el Notario de Palma de Mallorca, don Ciriaco Corral García, en cuya parte expositiva se expresa lo siguiente: «III.–Que habiendo sido realizada la tasación del bien objeto de la presente hipoteca resultó una valoración en la hipótesis de edificación finalizada de trescientos cuarenta y un mil setecientos cuarenta y dos euros y treinta y nueve céntimos (341.742,39 euros) tasación efectuada de acuerdo con lo previsto en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, cuya certificación se une a la presente escritura, solicitando su inscripción en el Registro de la Propiedad». En la cláusula décima se pacta lo siguiente: «Acción Judicial.–(...) A efectos ejecutivos: a.–Se tasa la finca objeto de hipoteca para caso de subasta en la cantidad total de trescientos cuarenta y un mil setecientos cuarenta y dos euros y treinta y nueve céntimos (341.742,39 euros), equivalente al valor de tasación del certificado unido a la presente escritura (...)». Y en la cláusula undécima se expresa lo siguiente: «Venta extrajudicial.–En el supuesto de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada durante un plazo superior a tres meses, el Banco también podrá optar por ejercitar la acción hipotecaria mediante la venta extrajudicial de la finca hipotecada, conforme al artículo 1.858 del Código Civil y al artículo 129 de la Ley Hipotecaria. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario con las formalidades establecidas en el artículo 129.2 LH y el Reglamento Hipotecario, a cuyo fin: a.–Para que sirva de tipo de la subasta que, en su caso, corresponda, se tasa la finca hipotecada en la cantidad señalada en el apartado a) de la cláusula décima (...)». En la cláusula financiera «Primera bis. Cuenta especial», se pacta que la disposición del capital del préstamo expresado en la cuenta especial abierta se ajustará a las siguientes condiciones: «El saldo de la cuenta especial, será disponible en la misma proporción o porcentaje que la realización de la obra, acreditado ello mediante actualizaciones de la tasación».

En la certificación de tasación expedida el día 29 de agosto de 2014 e incorporada a la escritura se expresa que el inmueble tiene un valor de tasación hipotecario de doscientos cincuenta y un mil novecientos quince euros y treinta y tres céntimos (251.915,33 euros), y un valor de tasación hipotecario en hipótesis de edificio terminado de trescientos cincuenta y cinco mil novecientos ochenta y un euros y sesenta y seis céntimos (355.981,66 euros).

II

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5 fue objeto de calificación negativa del registrador, don Antoni Miquel Torrens Sánchez, que, a

continuación se transcribe en lo pertinente: «Palma de Mallorca, a 4 de diciembre de 2014 (...) Elementos de hecho (...) - Se incorpora: 1) (...) 2) Certificado de tasación expedido en fecha 29 de agosto de 2014 por la entidad “Sociedad de Tasación, Sociedad Anónima”, con fecha límite de validez 28 de febrero de 2015, por un valor de tasación-hipotecario del inmueble de doscientos cincuenta y un mil novecientos quince euros y treinta y tres céntimos de euro, y por un valor de tasación hipotecario en hipótesis de edificio terminado del inmueble de trescientos cuarenta y un mil setecientos cuarenta y dos euros y treinta y nueve céntimos de euro. 3) (...) - Se observan los siguientes defectos: 1) El precio en que los interesados tasan la finca hipotecada, trescientos cuarenta y un mil setecientos cuarenta y dos euros y treinta y nueve céntimos de euro, para que sirva de tipo en la subasta, es el fijado en la certificación en hipótesis de edificio terminado del inmueble: así lo reconoce el exponen III. No es un valor real, siendo el valor de tasación-hipotecario del inmueble, al 21/08/2014, de doscientos cincuenta y un mil novecientos quince euros y treinta y tres céntimos de euro. Como expresa la propia certificación, el precio elegido como de tasación para subasta no es más que una hipótesis sujeta a concreción, que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define en la norma aplicable como valor de tasación, a efectos de subasta (el artículo 45.1 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, diferencia, en relación a los inmuebles en construcción, entre valor de tasación de los mismos y valoración para la hipótesis de edificio terminado). El valor de tasación escogido está sujeto al elemento accidental de condición consistente en la finalización de la obra, pues no especifica qué debe considerarse por “finalización de obra”, pudiendo abarcar la conclusión parcial, la terminación con modificaciones respecto del proyecto para el que se obtuvo licencia, o incluso la ampliación y mejora en relación a dicho proyecto. Por último, debe tenerse en cuenta que el valor de tasación para el caso de finalizarse la obra fijado como hipotético en la certificación incorporada a la escritura de constitución de la hipoteca está sujeto a la limitación temporal de seis meses impuesta en el artículo 62-4 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, de modo que, de prolongarse las obras para cuyo desarrollo se concede el préstamo más allá de dicho plazo, el precio de tasación fijado para la ejecución de la hipoteca carecerá sobrevenidamente del debido soporte en certificación pericial idónea, quedando de este modo incumplido el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para las entregas o disposiciones sucesivas de cantidades por el acreedor al prestatario se le exigen nuevas y distintas certificaciones o actualizaciones de tasación (cláusula primera bis) que reflejen el valor real, sin las cuales no puede disponer de los fondos concedidos. Será la certificación de tasación para la disposición final del préstamo la que contemplará el valor real y efectivo del bien hipotecado. Si se inscribiera el llamado valor hipotético, de obtenerse con el fin de obra un mayor valor en la finca que el reflejado en la certificación se estará vulnerando, en perjuicio del prestatario, la finalidad de equiparación entre valor de finca-precio de tasación que actualmente persigue el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, como señaló la Resolución de la D.G.R.N. de 29 de octubre de 2013, pretende evitar, para el acreedor, que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, y para el deudor, que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia. De este modo, lo más idóneo es entender que sea la última tasación a realizar, necesaria para la entrega o disposición final de fondos y que habrá de quedar incorporada bien al acta de terminación de obra bien al acta de entrega final que en su caso se estipule, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada como actual. 2) (...) Fundamentos de Derecho: 1) Los artículos 18, 19 bis y 322 a 329 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario, redactados conforme a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. 2) El artículo 681 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: “la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo” 3) El artículo 682 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,

redactado conforme a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: “1. Las normas del presente Capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda. 2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. 2.º Que, en la misma escritura, conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca. 3. El Registrador hará constar en la inscripción de la hipoteca las circunstancias a que se refiere el apartado anterior”. El artículo 682 ha sido redactado por el apartado once del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (“BOE” 15 mayo). Vigencia: 15 mayo 2013. 4) El artículo 129 de la Ley Hipotecaria, redactado conforme a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: “1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada. 2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes: a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución. c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114. En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca. En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca. (...)”. El artículo 129 ha sido redactado por el apartado tres del artículo 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (“BOE” 15 mayo). Vigencia: 15 mayo 2013. 5) Las Resoluciones de la D.G.R.N. de 21 de noviembre de 2013, de 22 de enero de 2014; de 18 de febrero de 2014; 31 de marzo de 2014, y 4 de junio de 2014 refrendan la requisito de la tasación de la finca a efectos de subasta impuesto por la Ley 1/2013, de 14

de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social 6) La Resolución de la D.G.R.N. de 24 de marzo de 2.014 sobre el certificado de tasación, la Dirección examina ampliamente el fundamento de la exigencia y su evolución legislativa reciente, en la que, de ser un mero requisito procesal (ver S. 24.03.1993, S. 14.01.1924 y R. 04.12.1929), pasando por requisito previo a la emisión de los valores garantizados conforme a la legislación del mercado hipotecario (ver R. 16.06.2000 y R. 22.03.2001), ha llegado hasta el actual art. 682.2.1 LEC, en redacción por L. 1/14.05.2013, que no distingue entre unas y otras hipotecas por la naturaleza del acreedor hipotecario, y establece, para todas, como “uno de los requisitos para la aplicación del procedimiento de ejecución directa, que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”. Y lo mismo ha de entenderse para el procedimiento extrajudicial, según la equiparación a estos efectos que hacen los arts. 1858 C.c. y 129.2.a LH. 7) La Resolución de la D.G.R.N. de 12 de septiembre de 2014 declara: “Queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada ‘realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario’, y que el valor (o precio) en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al setenta y cinco por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. Las normas transcritas que así lo establecen tienen carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes, por lo que su infracción derivará en la nulidad de la estipulación que la cometiese, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria)”. “... no constando el valor de tasación, la hipoteca no podrá ejecutarse por el procedimiento de ejecución directa regulado en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por faltar uno de los requisitos previstos en el artículo 682 de la misma ley”. Si en la escritura se pacta la posibilidad de ejercitar cualquier clase de acción ejecutiva aplicable, se incluye el procedimiento de ejecución directa, y la inscripción parcial de la escritura con exclusión esa cláusula “precisa solicitud expresa, por ser dicha estipulación delimitadora del contenido esencial del derecho real de hipoteca (cfr. arts. 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria)”. 19) (sic) La Resolución de la D.G.R.N. de 4 de junio de 2014 declara: “4....Ni siquiera puede admitirse como valor de tasación sujeto al elemento accidental de condición consistente en la finalización de la obra, pues no especifica qué debe considerarse por ‘finalización de obra’, pudiendo abarcar la conclusión parcial, la terminación con modificaciones respecto del proyecto para el que se obtuvo licencia, o incluso la ampliación y mejora en relación a dicho proyecto. 5....el artículo 45.1 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, diferencia, en relación a los inmuebles en construcción, entre valor de tasación de los mismos y valoración para la hipótesis de edificio terminado, en cuanto que dispone en su apartado a) que ‘el valor de tasación será el valor de reemplazamiento neto; no obstante, si las obras estuvieran paralizadas y no se prevé su reanudación a corto plazo, se tomará como valor de tasación el menor entre el valor de reemplazamiento y el residual del terreno y de la edificación realizada’, mientras que en el apartado b) se establece que ‘la valoración –que no el valor de tasación– de los inmuebles en proyecto, construcción o rehabilitación para la hipótesis de edificio terminado se realizará, para la fecha prevista de terminación de las obras, siguiendo las reglas previstas en las letras a), b), c) siguientes’. 6. Por último, debe tenerse en cuenta que el valor de tasación para el caso de finalizarse la obra fijado como hipotético en la certificación incorporada a la escritura de constitución de la hipoteca está sujeto a la limitación temporal impuesta en el artículo 62 de la citada Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, cuyo apartado 4 prevé que ‘los informes y

certificados caducarán, necesariamente, a los seis meses contados desde la fecha en que haya sido emitido el informe', de modo que, de prolongarse las obras para cuyo desarrollo se concede el préstamo más allá de dicho plazo, el precio de tasación fijado para la ejecución de la hipoteca carecerá sobrevenidamente del debido soporte en certificación pericial idónea, quedando de este modo incumplido el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –por remisión a la disposición final séptima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, al artículo 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, al artículo 3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, y todos ellos, al fin, al referido artículo 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo–. 7. En suma, la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define en la norma aplicable como valor de tasación a efectos de subasta. Para las entregas sucesivas de cantidades por el acreedor al prestatario se le exigen nuevas y distintas certificaciones de tasación que reflejen el valor real sin las cuales no puede disponer de los fondos concedidos, y para la disposición final del préstamo se le impone otra certificación de tasación que sí contemplará el valor real y efectivo del bien hipotecado. Si se inscribiera el llamado valor hipotético, de obtenerse con el fin de obra un mayor valor en la finca que el reflejado en la certificación se estará vulnerando, en perjuicio del prestatario, la finalidad de equiparación entre valor de finca-precio de tasación que actualmente persigue el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 2013, pretende evitar, para el acreedor, que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, y para el deudor, que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia. De este modo, y para salvaguardar los intereses en juego, lo más idóneo es entender que sea la última tasación a realizar, necesaria para la entrega final de fondos y que habrá de quedar incorporada bien al acta de terminación de obra bien al acta de entrega final que en su caso se estipule, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada como actual" (...) El Registrador de la Propiedad».

La calificación negativa fue notificada a la presentante el día 11 de diciembre de 2014 y al Notario autorizante el día 9 de diciembre de 2014.

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma fue emitida por la registradora de la Propiedad de Inca número 1, doña Margarita María Grau Sancho, el 5 día de enero de 2015, quien confirmó la calificación del registrador sustituido con base en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «Inca a 5 de enero de 2015 (...) Elementos de hecho: El día 12 de diciembre de 2014 se solicitó por parte del Notario recurrente don Ciriaco Corral García, calificación sustitutoria (...) Se observan los siguientes defectos: 1) Los interesados, en la cláusula Tercera tasan la finca en trescientos cuarenta y un mil setecientos cuarenta y dos con treinta y nueve, para que sirva de tipo en la subasta, de acuerdo con el apartado de la certificación aportada «valor de tasación hipotecario en hipótesis de edificio terminado del inmueble». En esta misma escritura se recoge en el Exponen II que la parte prestataria ha solicitado del banco, la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria para financiar parcialmente la construcción de la finca mencionada en el Expositivo I, que es la finca hipotecada. En el apartado Primera bis. Cuenta especial, dentro de las cláusulas financieras, se pacta que la disposición del capital del préstamo expresado en la cuenta especial abierta se ajustará a las siguientes condiciones: «El saldo de la cuenta especial será disponible en la misma proporción o porcentaje que la obra, acreditado ello mediante actualizaciones de la tasación». De todo ello, pues, se deduce que el valor de

la finca actualmente no es el valor de tasación en hipótesis de edificio terminado, sino que es el de doscientos cincuenta y un mil novecientos quince con treinta y tres céntimos de euro, como se acredita en la certificación antes dicha. Por tanto, no puede admitirse como valor de tasación sujeto al elemento accidental de condición consistente en la financiación de la obra, pues no especifica qué debe considerarse por «finalización de la obra», pudiendo abarcar la conclusión parcial, la terminación de la obra con modificaciones respecto del proyecto para el que se obtuvo licencia o incluso la ampliación o mejora del proyecto. Esta indeterminación del concepto «valor de tasación hipotecario en hipótesis de edificio terminado del inmueble» se manifiesta por las partes otorgantes de la escritura calificada en sus cláusulas, como en la ya mencionada cláusula Primera bis. Cuenta especial, cuando se habla de que «el saldo de la cuenta especial, será disponible en la misma proporción o porcentaje de la obra, acreditado ello mediante actualizaciones de la tasación». Al mismo tiempo, de acuerdo con el artículo 45.1 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, se diferencia en relación a los inmuebles en construcción, entre valor de tasación y valoración en hipótesis de edificio terminado, en cuanto que dispone en su apartado a), que, «el valor de tasación será el valor de reemplazamiento neto; no obstante, si las obras estuvieran paralizadas y no se prevé su realización a corto plazo se tomará el menor entre el valor de reemplazamiento y el residual del terreno de la edificación realizada.» Mientras que en el apartado b) se establece que «la valoración –que no el valor de tasación– de los inmuebles en proyecto, construcción o rehabilitación para la hipótesis de edificio terminado, se realizará para la fecha prevista de terminación de las obras, según las reglas previstas en las letras a), b), c) siguientes». Por último debe tenerse en cuenta que el valor de tasación para el caso de finalizarse la obra, fijado como hipotético, en la certificación incorporada en la escritura de hipoteca, está sujeto a la limitación temporal impuesta por el artículo 62 de la citada orden ECO/805/2003, de 27 de marzo. Como consecuencia de todo lo dicho, la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción, que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define como norma de aplicación a efectos de subasta. De este modo, y para salvaguardar los intereses en juego, lo más idóneo es entender que sea la última tasación a realizar, necesaria para la entrega final de fondos y que habrá de quedar incorporada, bien al acta de terminación de obra, bien al acta de entrega final que en su caso se estipule, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada como actual. 2) (...) Fundamentos de Derecho: 1.–Artículo 18, 19 bis, 322 a 328 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario, con la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. 2.–Artículos 681 y 682 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el último de ellos redactado conforme a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. 3.–Artículo 129 de la Ley Hipotecaria, con la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. 4.–Resoluciones, entre otras, de 31 de marzo de 2014; de 4 de junio de 2014. 5.–Artículo 45 y 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo. (...).

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Ciriaco Corral García, notario autorizante de la escritura, interpuso recurso mediante escrito presentado en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca número 5 el día 29 de enero de 2015, con base en los siguientes fundamentos de Derecho: «1.–Artículos 129 Ley Hipotecaria, y 682 Lec. 2.–El valor de tasación a efectos de subasta es un pacto entre acreedor e hipotecante, del cual resultan unos valores mínimos de realización determinados por la Ley procesal vigente en el momento de la ejecución de la hipoteca, es decir, el ejercicio de la acción directa sobre los bienes hipotecados. La única

limitación legal sobre la misma es la contenida en el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la “Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, que es la siguiente: Artículo 682. Ámbito del presente capítulo 1. Las normas del presente Capítulo sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda. 2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.” Del texto legal reproducido resulta evidente que la Ley procesal sí establece un valor mínimo equivalente al 75 % del que determine la tasadora homologada, pero no establece ningún máximo. Si se examina el certificado de tasación protocolizado, se comprueba que la tasadora homologada afirma que el inmueble tienen un valor el día de la fecha de doscientos cincuenta y un mil novecientos quince euros y treinta y tres céntimos (251.915,33 euros), y que cuando el edificio se termine el inmueble valdrá trescientos cincuenta y cinco mil novecientos ochenta y un euros y sesenta y seis céntimos (355.981,66 euros). De lo anterior resulta que en la escritura objeto de este recurso se pacta solo un valor a efectos de subasta. En el caso que nos ocupa es el certificado de tasación, y no la escritura el que contempla un valor en hipótesis, y, por las razones mencionadas, en este caso basta con que el valor pactado por las partes sea superior al 75 % del que tenía el inmueble en el momento de ser hipotecado (es decir el 75 % de 251.915,33 euros), requisito que se cumple con creces. Por último, el supuesto de la resolución mencionada por el registrador –R12-09-14–, es distinto del presente, ya que en aquel caso la escritura calificada no contenía ningún certificado de tasación».

V

Mediante escrito, de fecha 10 de febrero de 2015, el registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.857 y 1.860 del Código Civil; 12, 24, 98, 104, 122, 129, 130 y 132 de la Ley Hipotecaria; 637 a 639, 670 a 672 y 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1 y siguientes de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; 1, 2, 3, 5, 6 y 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición final decimoséptima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; los artículos 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril; 3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo; 4, 19, 45 y 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo; las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1993 y 8 de julio de 2003, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre 1987; 19 de enero 1996; 5 de mayo 2000; 8 de enero de 2002; 21 de diciembre 2010; 13 de septiembre y 29 de octubre de 2013, y 22 de enero, 24 y 31 de marzo, 4 de junio y 12 de septiembre de 2014.

1. Se debate en el presente expediente si son o no inscribibles las cláusulas de ejercicio de la acción hipotecaria, por vía judicial y mediante venta extrajudicial del bien hipotecado,

contenidas en una escritura de préstamo hipotecario sobre obra nueva en construcción cuando en dichas cláusulas, a efectos de lo dispuesto en el artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece como precio en el que los interesados tasan la finca hipotecada para que sirva de tipo de subasta que en su caso corresponda, el de su valor de tasación, fijándose para ello un valor en hipótesis de terminación del edificio que se encuentra en construcción.

2. Este Centro Directivo ha reiterado (vid. Resolución de 31 de marzo de 2014, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) que toda escritura de constitución de préstamo hipotecario o pacto posterior relativo a la ejecución directa de los bienes sobre los que recae la garantía, precisa, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de la incorporación del certificado de tasación de la finca a que se refiere el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito de la escritura de constitución de hipoteca para la ejecución directa, en la nueva redacción de la norma. Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca que supone que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales, el tipo para subasta no sólo se hará constar en la escritura de constitución de hipoteca sino también en la propia inscripción causada por ésta (artículo 130 de la Ley Hipotecaria).

3. En efecto, la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone, para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación. A tal fin, su artículo 7 da nueva redacción al artículo 682.2, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ahora dispone lo siguiente: «2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». En el mismo sentido se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria que tras la reforma establece lo siguiente: «2. La venta extrajudicial se realizará ante notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes: a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». Esta normativa es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado.

4. La cuestión que se plantea en relación con la fijación respecto de las obras nuevas en construcción, y a efectos de tasación, de un valor hipotético para el caso de finalización de obra, contenido en el certificado de tasación incorporado a la escritura, debe resolverse conforme a la doctrina de este Centro Directivo sentada en Resolución de 4 de junio de 2014, según la cual dicha valoración ni siquiera puede admitirse como valor de tasación sujeto al elemento accidental de condición consistente en la finalización de la obra, pues no especifica qué debe considerarse por «edificación finalizada», pudiendo abarcar la conclusión parcial, la terminación con modificaciones respecto del proyecto para el que se obtuvo licencia, o incluso la ampliación y mejora en relación con dicho proyecto.

Esta indeterminación así como la provisionalidad y fluctuación del concepto «valoración en la hipótesis de edificación finalizada» se manifiesta para las propias partes otorgantes de la escritura calificada en el propio clausulado de la misma en cuanto que convienen que la disposición del capital del préstamo expresado en la cuenta especial abierta se ajustará a las siguientes condiciones: «El saldo de la cuenta especial, será disponible en la misma proporción o porcentaje que la realización de la obra, acreditado ello mediante actualizaciones de la tasación». No se compadece, pues, con el necesario equilibrio contractual el hecho de que el certificado sobre un hipotético valor de obra terminada formalizado al inicio de la misma sirva para fijar el tipo definitivo de subasta de la finca a su conclusión y sin embargo no pueda, siquiera y por su provisionalidad, ser utilizado para la recepción por parte del prestatario de parte de la cantidad comprometida con el banco.

5. Al propio tiempo, el artículo 45.1 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, diferencia, en relación con los inmuebles en construcción, entre valor de tasación de los mismos y valoración para la hipótesis de edificio terminado, en cuanto que dispone en su apartado a) que «el valor de tasación será el valor de reemplazamiento neto; no obstante, si las obras estuvieran paralizadas y no se prevé su reanudación a corto plazo, se tomará como valor de tasación el menor entre el valor de reemplazamiento y el residual del terreno y de la edificación realizada», mientras que en el apartado b) se establece que «la valoración –que no el valor de tasación– de los inmuebles en proyecto, construcción o rehabilitación para la hipótesis de edificio terminado se realizará, para la fecha prevista de terminación de las obras, siguiendo las reglas previstas en las letras a), b), c) siguientes».

6. Por último, debe tenerse en cuenta que el valor de tasación para el caso de finalizarse la obra fijado como hipotético en la certificación incorporada a la escritura de constitución de la hipoteca está sujeto a la limitación temporal impuesta en el artículo 62 de la citada Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, cuyo apartado 4 prevé que «los informes y certificados caducarán, necesariamente, a los seis meses contados desde la fecha en que haya sido emitido el informe», de modo que, de prolongarse las obras para cuyo desarrollo se concede el préstamo más allá de dicho plazo, el precio de tasación fijado para la ejecución de la hipoteca carecerá sobrevenidamente del debido soporte en certificación pericial idónea, quedando de este modo incumplido el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –por remisión a la disposición final séptima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, al artículo 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, al artículo 3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, y todos ellos, al fin, al referido artículo 62 de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo–.

7. En suma, la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define en la norma aplicable como valor de tasación a efectos de subasta.

Para las entregas sucesivas de cantidades por el acreedor al prestatario se le exigen nuevas y distintas certificaciones de tasación que reflejen el valor real sin las cuales no puede disponer de los fondos concedidos. Si se inscribiera el llamado valor hipotético, de obtenerse con el fin de obra un mayor valor en la finca que el reflejado en la certificación se estará vulnerando, en perjuicio del prestatario, la finalidad de equiparación entre valor de finca-precio de tasación que actualmente persigue el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 2013, pretende evitar, para el acreedor, que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, y para el

deudor, que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia.

De este modo, y para salvaguardar los intereses en juego, lo más idóneo es entender que sea la última tasación por realizar, necesaria para la entrega final de fondos y que habrá de quedar incorporada bien al acta de terminación de obra bien al acta de entrega final que en su caso se estipule, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada en la certificación como actual.

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, 22 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.

Resolución de 23 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XI de Barcelona a inscribir una escritura de transformación de sociedad.

En el recurso interpuesto por don Marco Antonio Alonso Hevia, Notario de Barcelona, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XI de Barcelona, don Heliodoro Sánchez Rus, a inscribir una escritura de transformación de sociedad.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona, don Marco Antonio Alonso Hevia, el día 29 de septiembre de 2014 con número 1.633 de protocolo, complementada por otra otorgada ante el mismo Notario el 18 de noviembre de 2014 con número 2.031 de protocolo, se transformó la sociedad civil particular «Vencafesa, S.C.P.» en sociedad de responsabilidad limitada. El artículo 9 de los estatutos sociales de la sociedad «Vencafesa, S.L.», tiene el siguiente contenido:

«La transmisión de participaciones sociales se regirá por lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC). En consecuencia, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter-vivos entre socios, o a favor del cónyuge, ascendientes o

descendientes del socio o de Sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, así como las transmisiones mortis causa a favor de otro socio o del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio fallecido. La sociedad tendrá derecho de adquisición preferente, y de subrogarse en lugar del rematante, o en su caso del acreedor, en los términos que determina el artículo 109 del TRLSC, para el caso de transmisión forzosa de participaciones sociales».

II

El día 31 de diciembre de 2014 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa por el registrador don Heliodoro Sánchez Rus: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos: (...) Fecha de la Calificación: 12/12/2014 (...) Fundamentos de Derecho (defectos). Artículo 9.º Estatutos.–Deberá aclararse la regulación de las transmisiones mortis causa por cuanto el último inciso del primer párrafo del citado artículo 9.º de los estatutos sociales, establece que será libre la realizada entre socios, cónyuge, ascendiente o descendiente del socio fallecido –no regulando los estatutos de forma expresa, qué régimen seguirán el resto de transmisiones mortis causa–, y por otro lado la Ley establece (art. 110 LSC) que salvo disposición estatutaria en contrario, las transmisiones mortis causa son libres. Deberá expresarse si la voluntad social es establecer un derecho de adquisición en favor de los socios en el resto de supuestos regulados, como parece desprenderse, y en este caso, las condiciones de su ejercicio, ya que en los términos expresados dicho precepto no reúne la suficiente claridad (art. 110 de la Ley de Capital y 188 del Reglamento del Registro Mercantil). Debe inscribirse en unión de la escritura complementaria autorizada por el notario de Barcelona, M. A. Alonso Hevia, en fecha 18/11/2014, bajo el número 2031/2014 de protocolo. Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación (...). El Registrador, Heliodoro Sánchez Rus. Registrador Mercantil n.º 11 de Barcelona».

III

Mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el 26 de enero de 2015, el Notario autorizante interpuso recurso contra la anterior calificación, en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos: «I.–Artículo 188 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil [se transcribe en el escrito de impugnación]. II.–Artículo 110 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital [se transcribe en el escrito de impugnación]. El reproche de oscuridad que la nota de calificación contiene parece referirse a dos aspectos: 1. ¿Qué transmisiones mortis causa se quieren someter a la restricción? 2. Aclarado que se quiere establecer un derecho de adquisición preferente en favor de los socios, dígame cuáles sean las condiciones de ejercicio del derecho de adquisición preferente de los socios sobrevivientes. Antes de responder a ello ha de precisarse que el punto de partida de la calificación negativa es «... y por otro lado la Ley establece (art. 110 LSC) que salvo disposición estatutaria en contrario, las transmisiones mortis causa son libres» (sic). ¿Es ello así? El Texto Refundido de la LSC da un tratamiento diferenciado a las transmisiones ex contractu y las adquisiciones ex testamento o ex lege y así, mientras en el artículo 107 dice que salvo disposición estatutaria en contrario será libre, en determinados casos la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos, en el artículo 110, por mor de los artículos

990 y 882, ambos del Código Civil, no puede decir sino que la adquisición por sucesión hereditaria –herencia o legado– confiere al heredero o legatario la condición de socio, de modo que el hecho consumado –ex lege– de la adquisición se impone, sin que el texto legal deba decir –que no lo dice–, que tal adquisición sea libre. Es una adquisición que viene impuesta por el hecho sucesorio y los actos de aceptación de herencia y/o recepción del legado. Es nítida la distinción en los artículos 107 y 110 del TRSLC de lo que se comunica a la sociedad para dar efectucción a la restricción estatutaria que esté establecida: el propósito de transmitir «inter vivos», o la adquisición hereditaria «mortis causa». Ello se compadece con la distinta vía de adquirir y con la preeminencia de la autonomía de la voluntad en la regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, de modo que establecida contractualmente, –estatutariamente– la restricción a la transmisión, los causahabientes por cualquier título de las participaciones sociales asumen la restricción, lo cual es efecto del artículo 1.257 del Cc, y del principio de publicidad del Registro Mercantil. Dicho que no hay imperatividad vulnerada de un dictum inexistente cual sería: «... son libres las transmisiones/adquisiciones mortis causa, salvo previsión estatutaria», queda ver si el texto estatutario que está en la base de este recurso da satisfacción o no a la claridad que exigen los textos legales. La remisión que en el artículo 9 de los estatutos sociales se efectúa es a la totalidad de la regulación legal del acceso de nuevos socios a la sociedad, sea cual fuere la vía y la causa, y de ahí que tras la remisión inicie el texto de la previsión estatutaria con un «en consecuencia» para, a continuación: reiterar una previsión legal -la del artículo 107-1 párrafo primero- y, a seguido, establecer una limitación permitida –la del artículo 110-2–. El artículo 110-2 tiene una formulación defectiva que, en sí misma, rinde tributo, establecida la limitación estatutaria, a la autonomía de la voluntad de quienes son socios de una sociedad en la que prima el intuitu personae, de modo que, salvo que las participaciones sociales se hubieren adquirido por herencia o legado por otro socio, o el cónyuge, ascendientes o descendientes del socio fallecido, será la voluntad de los socios sobrevivientes adquirir las participaciones sociales del socio fallecido o, en su defecto, sea la propia sociedad la que las adquiera. Todo ello, en el plazo de tres meses desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria. ¿Procedimiento?: como no puede ser de otra forma ante una adquisición ya efectuada, el procedimiento es el de exclusión de socio. La remisión inicial a la Ley es «in toto», de modo que está implícita la que efectúa el mismo artículo 110.2 al mecanismo de valoración en el caso de separación de socios, refiriéndose con ello al artículo 353 del TRLSC, primero del Capítulo III del Título IX del TRLSC, que lleva por rúbrica. Normas comunes a la separación y exclusión de los socios. Llámese como se llame el motivo, no es éste el lugar adecuado para discutir la dicción legal, por el que el inevitable socio devenido mortis-causa abandone la sociedad -separación o exclusión-, la norma de valoración de su participación el capital social es la misma. La remisión in toto a la ley que se efectúa en el texto estatutario rechazado por la calificación registral, alcanza asimismo al procedimiento de valoración. III. Los artículos 107 y 110 del real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital forman parte de la Sección 2.ª del Capítulo III; sección y capítulo a los que enseñoorea la locución «transmisión de participaciones sociales», que es la misma con la que el texto legal rotula ambos artículos, para regular en un caso, sí, las transmisiones inter vivos, y en otro las «adquisiciones» por sucesión hereditaria, herencia o legado. La Sección 2.ª del Capítulo IV lleva parecida rúbrica: Transmisión de las acciones y, en consecuencia, el precepto que se refiere al remedio de la adquisición mortis causa arrastra el rotulado «transmisión» para, en realidad referirse al remedio de la adquisición mortis causa sobrevenida. Artículo 127 Transmisiones mortis causa [se transcribe en el escrito de impugnación]. No hay duda de que el TRLSC contempla la protección del «elemento personal», acaso reforzada en las previsiones estatutarias, desde la doble perspectiva del acogimiento y del extrañamiento. Recepción automática en los supuestos configurados como de libre acceso, y expulsión de lo inevitablemente recibido por mor del fenómeno sucesorio en cuanto no esté estatutariamente previsto su libre acceso. A mi juicio, el texto del artículo 9 de los Estatutos Sociales –hasta este incidente no contradicho– por el que pretendió regular la sociedad

Vencafesa, S.L. la transmisión de participaciones sociales, determina clara y escuetamente los supuestos de restricción y el procedimiento legal de efectuación: 1) Los supuestos de libre transmisión en la transmisión inter vivos se determinan, con claridad, mediante transliteración del texto legal; los supuestos de irrechazable acceso de las adquisiciones mortis causa, mediante reiterar que son los mismos para los que se reitera la libertad proclamada por la ley para las transmisiones inter vivos –con excepción de las adquisiciones realizadas por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, de las que nada se translitera– estableciendo sí, para los restantes, un derecho de adquisición preferente suficientemente desenvuelto en el artículo 110.2 del TRLSC; 2) El procedimiento de efectuación –escuetamente– es, en todos los casos, el previsto legalmente, ya esté regulado íntegramente en el correspondiente precepto legal de temática transmisoria/adquisitoria, ya mediante la remisión que en aquéllos se establezca a los estándares y agentes de valoración que en otros preceptos del mismo texto legal se establezcan, es decir, la remisión al artículo 106 y siguientes es, por fuerza, remisión también a sus, a su vez, remisiones y concordancias. Se solicita mediante este recurso, que se interpone a efectos doctrinales la revocación de la nota de calificación (...) declarando la claridad y precisión del mismo en cuanto a los supuestos de restricción a la libre transmisión de participaciones sociales y el procedimiento de efectuación en los respectivos casos.».

IV

Mediante escrito de 2 de febrero de 2015, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 5 de febrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del Código Civil; 107, 108.1 y 110 y 124 de la Ley de Sociedades de Capital; 188 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de enero de 1984 y 18 de abril de 2000.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada en la que, después de disponer que la transmisión de participaciones sociales se regirá por lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, se añade lo siguiente:

«En consecuencia, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos intervivos entre socios, o a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio o de Sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, así como las transmisiones mortis causa a favor de otro socio o del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio fallecido.

La sociedad tendrá derecho de adquisición preferente, y de subrogarse en lugar del rematante, o en su caso del acreedor, en los términos que determina el artículo 109 del TRLSC, para el caso de transmisión forzosa de participaciones sociales.»

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «Deberá expresarse si la voluntad social es establecer un derecho de adquisición en favor de los socios en el resto de supuestos regulados, como parece desprenderse, y en este caso, las condiciones de su

ejercicio, ya que en los términos expresados dicho precepto no reúne la suficiente claridad (art. 110 de la Ley de Capital y 188 del Reglamento del Registro Mercantil)».

2. En nuestro ordenamiento societario el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta, entre otros aspectos, en el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos. Dicha transmisión es restringida, excepto en casos de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisión libre. Salvo estos casos excepcionales, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos), si bien, para el caso de imprevisión estatutaria, se establece un régimen legal supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la junta general (vid. artículos 107 y 108.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

Distinto es el régimen legal respecto de las transmisiones mortis causa de participaciones sociales, caracterizado por la libertad dispositiva como elemento natural de éstas. Así, el artículo 110.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que la «adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio», y en el apartado número 2 del mismo artículo se permite que los estatutos establezcan «a favor de los socios sobrevivientes y en su defecto a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado».

De este modo se deja a la autonomía de la voluntad de los propios socios la posibilidad de limitar la transmisión mortis causa de las participaciones intensificando así el carácter cerrado que es inherente a esta forma social, dentro de ciertos límites estructurales como es el hecho de que tales limitaciones actuarán una vez que se haya producido la adquisición por el heredero o legatario, ajustándose así al sistema romano de sucesión, toda vez que se adquiere la participación del causante desde el momento mismo del fallecimiento, conforme a los artículos 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del Código Civil (cfr. la Resolución de 18 de abril de 2000).

En el presente caso la cláusula debatida adolece de falta de claridad, precisamente porque el artículo 110.2 de la Ley de Sociedades de Capital no establece un derecho de adquisición preferente de participaciones que entre en juego con carácter supletorio sino que se limita a disponer que tal derecho puede establecerse en los estatutos; y en la cláusula referida, después de establecer que la transmisión se rige por lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, se dispone que «en consecuencia» será libre la transmisión mortis causa a favor de otro socio o del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio fallecido, «consecuencia» que no existe en el artículo 110 de dicha Ley, por lo que carece de la claridad necesaria para su inscripción ya que con tal afirmación no es posible concluir de manera evidente la constitución de un derecho de adquisición preferente, que, al ser limitativo de derechos, ha de ser concluyente.

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 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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 23 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 24 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades.

En el recurso interpuesto por don Ricardo Cabanas Trejo, Notario de Torredembarra, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XII de Barcelona, don Jesús González García, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de «Construcciones y Contratas Seal, S.L.», y «Administración de Empresas Rubí, S.L.».

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 29 de diciembre de 2014 por el Notario de Torredembarra don Ricardo Cabanas Trejo, con número 2.049 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales de fusión de las entidades «Construcciones y Contratas Seal, S.L.» (sociedad absorbente) y «Administración de Empresas Rubí, S.L.» (absorbida), adoptados en junta universal de ambas sociedades el 10 de noviembre de 2014. La primera de tales sociedades está integrada por dos socios, doña M.D.P.O. (con participaciones que representan el 34,369 por ciento del capital social) y don M.A.S.T. quien es también el administrador único. La sociedad absorbida está integrada por el mismo señor (con participaciones representativas del 57,955 por ciento del capital social), que es también administrador único de la misma, y la sociedad absorbente (titular de participaciones que representan el 42,045 por ciento del capital social). En dicha escritura se fija el 31 de diciembre de 2014 como fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad absorbida se consideran realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad absorbente.

II

El día 31 de diciembre de 2014 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa por el registrador don Jesús González García: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de

las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos: (...) Fecha de la calificación: 22/01/2015. Fundamentos de Derecho (defecto). Dado que del contenido del documento resulta que las sociedades participantes en la fusión poseen un socio mayoritario común, que es D.M.A.S.T., de conformidad con la Norma 21 del Plan General de Contabilidad, en relación con la Norma 13.^a de elaboración de las cuentas anuales y el artículo 42 del Código de Comercio, de la Resolución número 13 del año 2011 del Instituto de Contabilidad y de Auditoría y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 2014, la fecha contable correspondiente a la fusión pretendida debe ser la del primer día del ejercicio en que se aprueba la fusión y, puesto que la fecha de las respectivas Juntas es el día 10 de noviembre de 2014, no procede la fecha señalada del día 31 de diciembre de 2014. El defecto consignado tiene carácter subsanable. La anterior nota de calificación podrá (...) Barcelona, a 22 de enero de 2015.–El Registrador».

III

Dicha calificación negativa fue notificada al notario autorizante de la escritura el 22 de enero de 2015 y el 26 de enero se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona por vía telemática un escrito suscrito por dicho notario interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito arguye lo siguiente: «... La posibilidad de que el Registrador Mercantil entre a valorar si concurre una «combinación de negocios» o se trata, en cambio, de una «operación entre empresas del grupo», ha recibido una respuesta poco clara por parte de la Dirección General ante la que se interpone este recurso. En la Resolución de 8 de mayo de 2014, en un caso de escisión parcial de una sociedad unipersonal mediante traspaso de parte de su patrimonio a la sociedad de nueva creación, cuyo socio único sería el mismo que el de la escindida, para la Dirección General de los Registros y del Notariado resultó evidente que el Registrador no podía considerarla una fusión intragrupo. En palabras de dicha Resolución: «tiene razón el recurrente al afirmar que, en una escisión como la del presente supuesto, el hecho de que una misma persona sea el socio único tanto de la sociedad escindida como de la beneficiaria que se crea no implica necesariamente que pueda calificarse a efectos contables como una operación «intragrupa». Por ello, al tratarse dicha circunstancia de una cuestión que en el presente caso no puede determinarse por la calificación registral, en este expediente debe decidirse únicamente si, presuponiendo que pueda tratarse de una operación «no intragrupo», cabe o no fijar como fecha de efectos contables la del otorgamiento de la escritura de escisión». No obstante, en la Resolución posterior de 21 de octubre de 2014 (única que cita el registrador en su nota), en un caso de escisión total de anónima en favor de dos anónimas beneficiarias de nueva creación y atribución de las acciones de las beneficiarias a los socios de la escindida y en la misma proporción preexistente, consideró que sí concurría aquella situación, en términos que el registrador puede valorar. Se dice en esta segunda Resolución: «efectivamente, en atención a la naturaleza económica de la operación, es obvio que las dos unidades de negocio en que se escinde totalmente la sociedad «Invertia Praxis, S.A.», se traspasan a sociedades beneficiarias participadas por los mismos socios que lo eran de «Invertia Praxis, S.A.», y exactamente en la misma proporción. No se produce una «adquisición» de negocio toda vez que los mismos socios siguen siendo titulares en la misma proporción del patrimonio que se transmite a cada una de las beneficiarias con la única particularidad –de exclusiva trascendencia jurídica– de que antes cada socio tenía antes en su patrimonio acciones de una sociedad y ahora tiene acciones de dos sociedades en la misma proporción. Conjuntamente, los mismos socios siguen controlando ambos «negocios» como ejercían su poder de dirección conjunto antes sobre el patrimonio agregado de las unidades escindidas». En nuestro caso una misma persona física ostenta la participación mayoritaria en las dos sociedades absorbida/absorbente, pero en la sociedad absorbente hay otro socio distinto con una participación nada irrelevante (34,369 % del capital social). Aquí no se puede predicar la

absoluta neutralidad económica de la operación en la forma que destaca la segunda Resolución citada, por razón de la completa identidad de los titulares y de los porcentajes, pues un tercero que está presente en la sociedad absorbente, no aparece como socio en la absorbida. Sí que habría, por tanto, empleando las palabras de la misma Resolución, «una adquisición de negocio». Pero la cuestión no es determinar ahora con total exactitud la naturaleza económica de la operación, sino la posibilidad de que el registrador lo haga por su cuenta sobre la base de la información disponible, en términos tales que obliguen a las partes a cambiar la fecha escogida para los efectos contables de la fusión, pues no se trata para ellos de una operación intragrupo, y mucho menos a fecha 1 de enero de 2014 (como resulta de las cuentas anuales depositadas de ambas sociedades y la ausencia de la regla 13.^a en la memoria de la absorbente, en los términos del artículo 260 LSC). En la Resolución de octubre concurría un supuesto de hecho muy concreto por la correspondencia exacta de sujetos y de cuotas (en realidad, también en la de mayo, aunque aplicó un criterio distinto de forma un tanto apodíptica), que claramente no se verifica en el presente caso. El modelo general del sistema acogido por nuestro Ordenamiento para la contabilización de las modificaciones estructurales que implican la transmisión en bloque de conjuntos patrimoniales es el plasmado en la Norma de Registro y Valoración 19 del Plan General de Contabilidad, dedicada a las operaciones que denomina «combinaciones de negocios», término polivalente acuñado en el seno de la ciencia contable que engloba supuestos de hecho dispares (y eventualmente difusos) desde el punto de vista jurídico, pero que desde el punto de vista económico tienen el efecto común de otorgar a una empresa el control de uno o varios negocios distintos. Para las modificaciones estructurales que afecten a sociedades integradas en un mismo grupo se dictan reglas especiales en la Norma de Registro y Valoración 21. Sobre ellas, debe puntualizarse que no recogen una disciplina contable global para los fenómenos de sucesión universal intragrupo, sino que «simplemente establecen unas especialidades de régimen cuya aplicación habrá de encajarse en el sistema previsto para las combinaciones de negocios en la Norma de Registro y Valoración 19. Aunque la Norma de Registro y Valoración 21 no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, así se desprende del cometido parcial de sus disposiciones y del sentido implícito de tomar como marco de referencia el régimen general de las combinaciones de negocios. Dada la diversidad de regímenes, resulta de trascendental importancia aclarar la noción de grupo en que se sustenta la relación intersocietaria determinante de la sujeción a la normativa especial. En el plano parcialmente distinto de la consolidación contable, conviene recordar que desde la Ley 16/2007, de 4 de julio, en la definición del artículo 42.1 del Ccom se ha desplazado la «unidad de decisión» por el concepto de «control directo o indirecto» como definidor de la existencia de grupo, desglosando una serie de presunciones de control de la dominante respecto de la/s dependiente/s, que, sin embargo, se mantienen antes y después de la reforma. La consecuencia fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados «grupos de coordinación», integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión, concepto jurídico que permitía identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades estaban controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil. Como puso de manifiesto la Consulta 1 del BOICAC número 82, de septiembre de 2010, si las sociedades no estaban vinculadas por una relación de control de una sobre otra en los términos indicados, no tendrán la calificación de empresas del grupo de acuerdo con el art. 42 del CCom. No obstante, sí que pueden tenerla de acuerdo con la definición de empresa del grupo a los efectos del Plan General de Contabilidad, según la Norma de Elaboración de las Cuentas Anuales 13, regla que ahora interesa por la remisión expresa de la NRV 21.1.I del Plan (pero sólo al primer apartado referido a las empresas del grupo, ya que no se hace extensiva a las empresas asociadas). Para la identificación de las empresas del grupo esta disposición recurre a dos criterios diferentes: 1) la circunstancia de que las empresas «estén vinculadas por una relación de control directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio», y 2) el hecho de que «las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias». Esta

dualidad de pautas para la delimitación de los grupos se corresponde con las dos orientaciones básicas defendidas por la doctrina para definir el supuesto fáctico determinante de la existencia de un grupo: la calificada de «jurídica», que toma como base el control de los órganos sociales mediante el poder que confieren los mecanismos societarios, coincidente con el acogido actualmente por el art. 42.1 del Ccom para imponer el deber de formular cuentas anuales consolidadas, y la denominada «económica», que pone el acento en el hecho de la unidad de dirección, resultado al que no sólo se llega mediante las posiciones societarias de dominio vertical, sino también por virtud de acuerdos o cláusulas estatutarias de actuación conjunta, o por la existencia de focos de poder localizados extramuros del conglomerado societario, como puede suceder en los casos de control jerárquico ejercido sobre un conjunto de compañías por una persona física o jurídica de índole no societaria, o varias de ellas que actúen sistemáticamente en concierto. El supuesto genuino que podía conformar este tipo de grupos eran las sociedades participadas por personas físicas, y que mediante la simple participación directa de las personas físicas en las citadas sociedades, o a partir de personas interpuestas, frente a la alternativa de estructurar la participación a través de una sociedad holding, evitaban incurrir en el supuesto de hecho que desencadenaba la obligación de consolidar (no obstante, el art. 42 del Ccom contempla la posibilidad del control sin participación, configurándose la tipología de las denominadas entidades de propósito especial, identificadas en el artículo 2.2 del RD 1159/2010, de 17 de septiembre). En el segundo de los supuestos indicados la existencia de una unidad empresarial superpuesta a una pluralidad subjetiva requiere esa unidad de dirección. Esta unidad implica la unidad de política empresarial para todas las entidades integradas en el grupo, aunque pueda después modalizarse en cada una de las entidades agrupadas en el marco de la libertad de gestión que cada sociedad posea por decisión de la misma ley o del contrato en que se estableció el grupo, o de los límites derivados de la autonomía inderogable derivada de la independencia jurídica. La formación de la política común del grupo puede realizarse de una manera centralizada desde la sociedad dominante o estar abierta a una cooperación entre todos los integrantes del grupo o a una cierta competencia en la ejecución de las líneas generales de la dirección única. No está determinado ni el contenido ni el ámbito en que la dirección única se ejerce, pero se admite que debe afectar por lo menos al ámbito de la financiación, producción, comercialización y de la política social [v. SAP de Vizcaya (sección 3.ª) de 4 de julio de 2014 rec. 189/2014]. Pero es posible, aunque coincidan las personas, que la gestión de las sociedades sea por completo independiente, sin atisbo alguno de unidad de dirección entre ellas, pues, a diferencia de lo que acontece con la situación de dependencia, la mera posibilidad de ejercer una dirección unitaria no es apta para crear el grupo de sociedades. Y ello porque la dirección unitaria se concreta en una serie de instrucciones de obligado cumplimiento que tiene como finalidad lograr que las diversas sociedades vinculadas actúen conforme a un determinado patrón. En estos términos, la mera coincidencia de administrador y de socio mayoritario en las dos sociedades no permite, o no se lo permite al registrador en su calificación, deducir sin más la existencia de una situación de control o la unidad de dirección a estos efectos. La Consulta 4 del BOICAC n.º 92, de diciembre de 2012, destaca en este sentido que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso. Ciertamente, para esta Consulta, las sociedades integradas en lo que podríamos denominar un grupo «familiar», como regla general, constituyen grupos sometidos a la misma unidad de decisión, pero se trata de una regla, no de un axioma, en todo caso sujeto siempre a una verificación circunstanciada. Por eso la misma Consulta a continuación reconoce: «sin embargo, no es menos cierto que identificar relaciones de subordinación entre ellas puede llevar a un resultado arbitrario o infundado (porque la unidad económica puede adoptar diferentes estructuras jurídicas, en función de los intereses en liza en cada momento), como se puede colegir de la solución legal que se ha seguido para designar a la sociedad que debe informar en la memoria de las cuentas anuales individuales del grupo

«ampliado» (la sociedad de mayor activo, ante la imposibilidad de hacer recaer dicha obligación en las personas físicas que ejercen el control de todas ellas)». Con cita expresa de esta última Consulta, el AJM de Alicante [número 1] de 20 de enero de 2014 rec. 132/2013, considera que el solo dato de que las sociedades estén participadas –directa o indirectamente– y de manera mayoritaria por persona físicas vinculadas por una relación de parentesco, «no permite, a falta de otros, afirmar que las distintas sociedades constituyen un grupo de sociedades de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio». De gran interés resulta la siguiente reflexión, que transcribo de dicha Sentencia: «lo que no parece posible es, con arreglo al artículo 42 CCo tras la reforma de 2007, comprender en el concepto legal de grupo que define el llamado grupo horizontal o de coordinación, sino que se reduce a las situaciones de control, es decir, los conocidos como grupos verticales, y más en concreto, no basta la existencia de control sin más sino que parece reducirlo a aquellos en que hay una sociedad dominante y todas las demás son sociedades dependientes, siendo la primera la que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras. Por tanto, no basta para afirmar que haya grupo de sociedades en el sentido del art. 42 Cco, atendido el tenor de ley, que haya varias personas físicas que tengan la mayoría del capital social, y en consecuencia el poder político, y que al estar vinculadas entre sí, se pueda predicar de ellas el control de las distintas sociedades, pues ninguna de estas es dominante de las demás. Podrán constituir un grupo horizontal, paritario o por coordinación asentado en la idea de unidad de decisión, pero ello no se ajusta al criterio legal tras 2007. Al respecto, y por la proximidad con el caso que nos ocupa, conviene traer a colación la reciente Sentencia de la AP de Barcelona de 5 de diciembre de 2013, en la que se descarta la tesis según la cual dos sociedades formen parte del mismo grupo por existir unidad de decisión en la medida que en la cúspide de ambas sociedades aparece una misma persona que controla la mayoría del capital de las dos sociedades, y que se materializa en el hecho de que las sociedades tengan administrador común. Dice la Sentencia: «... abandonado el criterio de la unidad de decisión y sustituido por el de control o dominación societaria como elemento determinante de la existencia de grupo, quedarían excluidos del concepto los grupos paritarios, de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo vertical o jerárquico» con cita de la STS de 24 de noviembre de 2011, y añade, «en el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso», sin que baste a estos efectos, que la situación de control la ejerce en el presente caso una persona física». En nuestro caso no se puede hablar de control directo de la sociedad absorbida por la absorbente, ya que su participación no es mayoritaria, y no le corresponde al registrador aplicar las presunciones del art. 42 Ccom. Pero tampoco está en condiciones el registrador de afirmar que existe una dirección unitaria efectiva en el sentido antes indicado. En función de las circunstancias concurrentes la fusión podrá contabilizarse como combinación de negocios en sentido estricto, regida por la NRV 19, o como una operación entre empresas del mismo grupo, sujeta a las especialidades recogidas en la NRV 21, pero no es el registrador, en el limitado ámbito de su calificación, y sólo con la información de que dispone, quien pueda valorar esas circunstancias, y mucho menos presumir la existencia de un grupo o de una dirección única, en términos tales que obligue a los interesados a tener que cambiar la fecha de efectos contables. Como se dijo en la Resolución de 8 de mayo de 2014, simplemente ha de presuponer que se trata de una operación «no intragrupo».

IV

Mediante escrito de 30 de enero de 2015 el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 5 de febrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos el artículo 42 del Código de Comercio; las normas de Registro y Valoración 19.^a y 21.^a del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre; las Consultas 8 del Boletín n.º 80, de 2009; 1 del Boletín n.º 82, de septiembre de 2010; 13 del Boletín n.º 85, de 2011; 2 del Boletín n.º 91/2012, y 4 del Boletín n.º 92, de diciembre de 2012, del Instituto de Contabilidad y de Auditoría, y las Resoluciones de esta Dirección General de 8 de mayo y 21 de octubre de 2014.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos de fusión adoptados el 10 de noviembre de 2014 por dos sociedades cuyo socio mayoritario y administrador es la misma persona.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, al tener las sociedades participantes un socio mayoritario común, la fecha contable correspondiente a la fusión no puede ser la fijada (31 de diciembre de 2014) sino la del primer día del ejercicio en que se aprueba la fusión, conforme a la Norma 21.^a del Plan General de Contabilidad, en relación con la Norma 13.^a de elaboración de las cuentas anuales y el artículo 42 del Código de Comercio, la Resolución número 13 del año 2011 del Instituto de Contabilidad y de Auditoría y la Resolución de esta Dirección General de 21 de octubre de 2014.

2. La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si nos encontramos ante una fusión por absorción regulada por la norma 21 de las normas de Registro y Valoración del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, como «operaciones entre empresas del grupo»; o, si nos encontramos ante un supuesto de la norma 19 de las «normas de Registro y Valoración» del mismo Real Decreto 1514/2007, como «combinaciones de negocios».

En el primer supuesto, norma 21, «operaciones entre empresas del grupo», el apartado 2.2.2 dispone que «en las operaciones de fusión y escisión entre empresas del grupo, la fecha de efectos contables será la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubiesen incorporado al grupo. Si una de las sociedades se ha incorporado al grupo en el ejercicio en que se produce la fusión o escisión, la fecha de efectos contables será la fecha de adquisición».

En el segundo supuesto, norma 19, «combinaciones de negocios», el apartado 2.2 determina que «la fecha de adquisición es aquella en la que la empresa adquirente adquiere el control del negocio o negocios adquiridos. En los supuestos de fusión o escisión, con carácter general, dicha fecha será la de celebración de la Junta de accionistas u órgano equivalente de la empresa adquirida en que se apruebe la operación, siempre que el acuerdo sobre el proyecto de fusión o escisión no contenga un pronunciamiento expreso sobre la asunción de control del negocio por la adquirente en un momento posterior», precepto que exige un pronunciamiento expreso y sin que el pacto de postergación pueda llevar los efectos contables más allá de la fecha de la inscripción de la modificación estructural en el Registro Mercantil (Consulta 8.º Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas 80/2009).

Para determinar si estamos ante grupo y aplicar, en consecuencia, la norma 21 de las normas de Registro y Valoración del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, su apartado 1 dispone que «la presente norma será de aplicación a las operaciones realizadas entre empresas del mismo grupo, tal y como éstas quedan definidas en la norma 13.^a de elaboración de las cuentas anuales».

Por su parte la norma 13 de las «normas de elaboración de las cuentas anuales», dispone que «a efectos de la presentación de las cuentas anuales de una empresa o sociedad se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio para los grupos de sociedades o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúan conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias».

Por regla general, ciertamente resulta de difícil apreciación por el registrador en su calificación poder determinar si concurren los requisitos exigidos en la norma 13 de «elaboración de las cuentas anuales», para entender que existe «grupo» y, en consecuencia, ser aplicable la norma 21 y no la norma 19 (cfr. Resolución de 8 de mayo de 2014).

Sin embargo, en el presente expediente, don M.A.S.T. es socio mayoritario de ambas sociedades, la sociedad absorbente y la sociedad absorbida, es el administrador único de ambas sociedades, siendo el otro accionista de la absorbida, la misma sociedad absorbente, de la que como se ha dicho don M.A.S.T. es su socio mayoritario y administrador único. En este contexto, debe considerarse que es «grupo» tal y como lo considera la norma 13 de las «normas de elaboración de las cuentas anuales, «se entenderá», dice el precepto, sin que exista ninguna otra circunstancia justificada que desvirtúe el alcance de la norma.

Consecuentemente, la fecha según el apartado 2.2.2 de la norma 21 «será la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubieran incorporado al grupo...», por lo que el defecto ha de ser confirmado.

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

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

Madrid, 24 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 24 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Bilbao n.º 10, por la que se deniega la práctica de una

anotación preventiva de embargo ordenada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En el recurso interpuesto por doña M. C. S., Letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Bilbao número 10, don Ángel Luis Rodrigo Hidalgo, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

HECHOS**I**

En expediente administrativo de apremio instruido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 4 de Bizkaia de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sociedad «Bready's Factory, S.A.», se dictaron providencias de apremio de 28 de noviembre y 26 de diciembre de 2011; 24 de enero (dos), 24 de febrero, 26 de marzo, 30 de abril (dos), 29 de mayo, 25 de junio, 25 de julio, 28 y 30 de agosto, 27 de septiembre (dos), 27 de octubre, 25 de octubre (cuatro), 26 de noviembre (dos) y 21 de diciembre de 2012; 24 de enero, 25 de febrero, 26 de marzo, 24 de abril, 24 de mayo, 26 de junio, 24 de julio, 27 de septiembre, 25 de noviembre y 20 de diciembre de 2013, y 21 y 26 de febrero, 25 de marzo, 25 de abril (cuatro), 26 de mayo (tres), 27 de mayo (dos) y 25 de septiembre (dos) de 2014. En cumplimiento de las mismas, se dictó diligencia de embargo de fecha 5 de diciembre de 2014 sobre la finca registral número 3.331 inscrita a favor de la sociedad apremiada para cubrir los débitos detallados.

Del Registro resulta haberse tomado anotación preventiva de concurso voluntario de la sociedad ejecutada titular registral, «Bready's Factory, S.A.», con fecha 13 de junio de 2013, habiéndose declarado el concurso por auto de fecha 11 de mayo de 2011. Asimismo consta inscrita la apertura de la fase de liquidación con suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio en virtud de auto firme de fecha 15 de octubre de 2014, que causó la inscripción número 22 de fecha 18 de noviembre de 2014.

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 10 mandamiento de anotación preventiva de embargo dictado por la jefa de la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 4 de Bizkaia de la Tesorería General de la Seguridad Social, fue objeto de la siguiente calificación: «Previo examen y calificación del precedente documento, y tras examinar los antecedentes del Registro, se deniega la anotación, ya que constando previamente anotado en el Registro Mercantil la declaración de concurso de la mercantil «Bready's Factory, S.A.», así como la apertura de la fase de liquidación, no es posible practicar nuevas anotaciones de embargo salvo que así lo acuerde el juez del concurso. Dicha resolución resulta de los siguientes hechos y se justifica en los fundamentos de derecho que a continuación se indican: Hechos: 1. El precedente documento, consistente en un mandamiento expedido el cinco de diciembre de dos mil catorce, por don J. O. M., como Jefe de Negociado actuando por delegación de la Recaudadora Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social, URE 48/04, en expediente N.º 48 04 09 00031937, fue presentado en este Registro el doce de diciembre de

dos mil catorce, bajo el número de asiento 779 del Diario 39, número de entrada 2256. 2. En dicho mandamiento se decreta el embargo de la finca 3.331 de Zamudio, al folio 26 del Libro 96, dirigiéndose el expediente contra Bready's Factory, S.A. En el mandamiento presentado se hace constar que la deuda por la que se realiza el embargo es deuda contra la masa. La fecha de la diligencia de embargo es de cinco de diciembre de dos mil catorce, invocándose diversas providencias de apremio siendo la más antigua de fecha veintiocho de noviembre de dos mil once. 3. Según los libros del Registro Mercantil, la titular registral de esta finca, «Bready's Factory, S.A.», ha sido declarado en concurso con el carácter de voluntario, en virtud de Auto de once de mayo de dos mil once, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número dos de Bilbao, en procedimiento abreviado número 332/11-F, como así consta en la anotación letra A de fecha trece de junio de dos mil trece. Por la inscripción 22.^a de fecha dieciocho de noviembre de dos mil catorce, consta la apertura de la fase de liquidación de la indicada mercantil con suspensión de las facultades de administración y disposición de la concursada, en virtud de auto firme de quince de octubre de dos mil catorce. Fundamentos de Derecho: 1. Calificación registral: La calificación registral de los documentos administrativos se extiende a todos los extremos reseñados en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Por su parte, la Dirección General de Registros y del Notariado (resoluciones de 30/9/1980, 29/1/2009...) señala que el Registrador tiene un mayor margen de calificación de los documentos administrativos que en la de los judiciales, especialmente si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido. 2. De conformidad con el artículo 8.3 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21 de abril de 2006, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente, entre otras materias, respecto de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Como señala la propia exposición de motivos de la citada Ley, el carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial transcendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos. 3. Según el art. 24.4.º de la citada Ley Concursal, respecto a los bienes y derechos inscritos en los Registros públicos, una vez anotada la declaración de concurso, no podrán anotarse más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo dispuesto en el artículo 55.1.º, según el cual, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales y extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, pudiendo continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución de los que se hubiere dictado diligencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 4. La legislación concursal contempla como créditos o deudas extraconcursoales los denominados créditos contra la masa que, al igual que los anteriores, quedan al margen del procedimiento concursal aunque, también como los anteriores, siempre bajo la supervisión del juez que conoce del concurso. Así lo expresa rotundamente la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 4 de julio de 2008: «Sin embargo, el hecho de que no se integren en la masa concursal no comporta que la ejecución no se controle en el seno del proceso jurisdiccional dirigido por el juez de lo mercantil antes de proceder al pago de los créditos concursales, conforme al artículo 154.1 de la Ley Concursal». 5. La jurisprudencia de la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones de 7/ julio/2012; 8/marzo/2013, y 29/mayo/2013, entre otras), considera que, "... aunque se afirme en el mandamiento que se trata de créditos contra la masa, faltaría un pronunciamiento al respecto del Juzgado de lo Mercantil competente en el concurso, requisito necesario aunque no se trate de los créditos exceptuados de la paralización de la ejecución a que se refiere el artículo 55 de la Ley Concursal, sino ante el pago de créditos contra la masa contemplados en

el artículo 154 de la misma Ley. Del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso. Explícitamente lo recoge así el artículo 84.4 de la Ley Concursal”. Por los referidos hechos y fundamentos de Derecho, se deniega la anotación por el defecto expresado el principio de esta nota, no procediendo la anotación preventiva de suspensión por ser insubsanable este defecto. Se ha prorrogado por sesenta días la vigencia del asiento de presentación a contar de la última notificación de conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. De conformidad (...) Bilbao, a 7 de enero de 2015.–El Registrador (firma ilegible). Firmado: Ángel Luis Rodrigo Hidalgo».

III

Doña M. C. S., Letrada de la Administración de la Seguridad Social, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 10 el día 13 de febrero de 2015. En dicho escrito alegó los fundamentos jurídicos que a continuación se transcriben: «Primero.–El Sr. Registrador de la propiedad fundamenta su resolución, tal y como hace constar en los Fundamentos de Derecho de la misma, en la aplicación de los artículos 8.3 y 24.4 de la Ley Concursal, en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 4 de julio de 2008 así como en las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21-04-2006, 7-07-2012; 8-03-2013, y 29-05-2013. Entendemos que la normativa alegada por el Registrador no es de aplicación al caso presente ya que la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, ha supuesto un giro en lo que se refiere a la denominada «ejecución separada de créditos contra la masa». 1. La ejecución separada se define tradicionalmente como la facultad que ostentan determinados acreedores de perseguir o ejecutar, fuera del procedimiento de ejecución colectiva o concurso, bienes del deudor. En el caso de la Administración Pública, la base jurídica y constitucional descansa en la presunción de legalidad de los actos administrativos, y en el carácter ejecutivo de los mismos, derivados del artículo 103 de la Constitución. La justificación o base material de la ejecución separada reside en razones de interés público, y más en concreto, en razones de expeditividad y eficacia en la gestión y recaudación de los recursos públicos (en el caso de la TGSS los recursos públicos del Sistema de Seguridad Social -en especial, las cotizaciones y los capitales coste de prestaciones- que permiten garantizar el régimen público de la Seguridad Social previsto en el artículo 41 de la Constitución. 2. En el caso de la TGSS, la ejecución separada en el marco de la Ley Concursal tiene dos manifestaciones, sujetas al cumplimiento de determinados requisitos: el artículo 55 de la LECO.–Ejecución separada de la deuda concursal, es decir, deuda generada con anterioridad al Auto de declaración del concurso (precepto de que se ha ocupado C. S. en su exposición precedente). El artículo 84.4 de la LECO en la redacción operada por la Ley 38/2011.–Ejecución separada de la deuda contra la masa o postconcursal, es decir deuda generada con posterioridad al Auto de declaración del concurso. 3. Con anterioridad a la Ley 38/2011, la normativa concursal no contemplaba expresamente la posibilidad de ejecutar separadamente y al margen del concurso los créditos contra la masa de la TGSS, y si bien se plantearon ante la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo diversos conflictos de jurisdicción entre la TGSS y los Juzgados de lo Mercantil, el Tribunal Supremo entendió que la competencia para el reconocimiento y la ejecución de

cualquier crédito contra la masa, sin excepción alguna, correspondía en exclusiva a los Juzgados de lo Mercantil. Sin embargo, la reforma del artículo 84.4 de la LECO, que se realizó por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y las abundantes resoluciones judiciales dictadas en su aplicación, ponen de manifiesto el cambio de criterio operado tras la misma, prever ese precepto que podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos los créditos contra la masa cuando se cumplan los siguientes requisitos: - Se apruebe el convenio, -Se abra la liquidación- O transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de los actos anteriores. Segundo.-En cuanto a los requisitos de la ejecución separada de la deuda contra la masa resulta claro, a la vista de la nueva normativa, que no basta la mera constatación de la existencia del crédito contra la masa a favor de la TGSS para poder iniciar el procedimiento de ejecución separada dirigida a su cobro, se requiere algo más. El requisito fundamental que establece el art. 84.4 para iniciar la ejecución administrativa y hacer efectivos los créditos contra la masa es que, alternativamente: -se haya aprobado el Convenio de Acreedores- se haya abierto la fase de Liquidación (como es sabido, con la normativa actual es posible que ya en el propio Auto de declaración de concurso se acuerde la apertura de la fase de liquidación). O haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido ninguno de los dos supuestos anteriores (aprobación de convenio o apertura de la fase de liquidación). Cumplidos esos requisitos o presupuestos, y dado el tenor literal concluyente del artículo 84.4, es claro que la TGSS puede iniciar el procedimiento de ejecución administrativa para hacer efectivos los créditos contra la masa, trabando los embargos correspondientes. No sólo el tenor literal del precepto sino su interpretación en relación con el contexto y los antecedentes legislativos (como ampara el artículo 3 del Código Civil) permiten llegar a la misma conclusión ya que la Ley 38/2011, modifica la redacción del artículo 84.4 precisamente para permitir la ejecución separada de los créditos públicos, incluyendo además ahora expresamente la mención al inicio de las ejecuciones administrativas. Por tanto, cumpliendo los requisitos o presupuestos mencionados, la legalidad de la ejecución separada de los créditos contra la masa es incuestionable sin que el Juzgado de lo mercantil pueda declarar su ilicitud o nulidad (salvo planteamiento de incidente concursal por alguno de los legitimados sobre supuestos concretos de preferencias de crédito) amén de que por estar ante un acto o resolución administrativa la fiscalización de su legalidad sólo puede corresponder a la Jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa. Tercero.-En cuanto al alcance y contenido de la ejecución separada, es interesante destacar dos extremos: 1.º El propio artículo 84.4 de la Ley Concursal utiliza la expresión «para hacerlos efectivos» en referencia a la ejecución separada de créditos contra la masa. 2.º El criterio de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, referido a créditos concursales pero extrapolable a toda manifestación de ejecución separada por parte de la Administración Pública, es el de entender que, en el caso de cumplimiento de los requisitos y presupuestos establecidos en la Ley Concursal para ejecutar separadamente los créditos públicos, la Administración mantiene en toda su integridad las facultades de ejecución. Así se plasma en la Sentencia de esa Sala de Conflictos de 10/2006, referida a la Agencia Tributaria, y en las Sentencias 5/2009 de 22.06.09 y en la 2/2010 de 18.10.10 referida a la TGSS. Cuarto.-El control de las ejecuciones que se realicen en el concurso o en la ejecución separada prevista en el artículo 84.4 de la LECO, la realiza el juez del concurso a través de las resoluciones dictadas en los incidentes concursales que al respecto de las mismas se planteen en el concurso. Así se prevé en los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal que se incluyen en el capítulo III -Del incidente concursal- del Título VIII de la LECO. El artículo 192.1 de la LECO establece que «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal». El artículo 194.1 establece que la demanda se presentará en la forma prevista en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y si se admitiera a trámite se dictará providencia en este sentido, se acordará el emplazamiento de las partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de 10 días contesten en la

forma prevenida en el art. 405 de la Le Civil. De esta manera, resulta claro que el control de los embargos trabados por la TGSS para el cobro de deudas contra la masa, en uso de su potestad de ejecución separada, está sometido al control del juez del concurso que es quien ha de resolver sobre las cuestiones que respecto a las mismas se planteen por la Administración Concursal o por otros acreedores a través de la interposición de la demanda incidental. Pero este control del juez del concurso no es previo al inicio de las actuaciones de embargo de bienes, en uso de su facultad de ejecución separada para el cobro de deudas contra la masa, sino posterior o coetáneo a los actos concretos que se realicen y en virtud de demanda interpuesta por persona legitimada para ello. Quinto.—A la vista de lo expuesto, entendemos que la calificación negativa del titular del Registro de la Propiedad número 10 de Bilbao de fecha 7 de enero de 2015 (...) es incorrecta ya que supedita la anotación de embargo ordenada por la URE 48/04 del TGSS de Bizkaia, en expediente 48 04 09 00031937, a unos requisitos previos que no son exigidos en ningún caso por la normativa vigente. El mandamiento de embargo antes referido reúne todos los requisitos exigidos para que proceda su anotación en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva de embargo, a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre las fincas que se indican en el mismo, por lo que solicitamos a esa Dirección General de Registros y del Notariado que, estimando el presente recurso, revoque la calificación del Registro de la Propiedad n.º 10 de Bilbao de fecha 7-01-2015 y ordene la inscripción del embargo trabado por esta TGSS».

IV

Mediante escrito, de fecha 19 de febrero de 2015, el Registrador de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 2, 3, 9, 12, 13, 18, 19 bis, 322, 323 y 326 de la Ley Hipotecaria; 8, 10, 24, 55, 84, 154, 90, 94, 96, 98, 109, 110, 130, 142, 154 y 157 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; las Sentencias del Tribunal Supremo —Sala de Conflictos de Jurisdicción— 3/2008, de 4 de julio; 11/2014, de 11 de noviembre, y 12/2014, de 9 de diciembre, entre otras, así como la Sentencia número 711/2014, de 12 de diciembre, de la Sala de lo Civil del mismo Tribunal, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de julio de 2012, y 17 de enero, 8 y 11 de marzo, 29 de mayo y 14 de junio de 2013.

1. Se plantea en este expediente si procede anotar en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social habida cuenta que la sociedad titular de la finca tiene anotado en dicho Registro la declaración de concurso, así como la apertura de la fase de liquidación, y tanto la providencia de apremio como la diligencia de embargo son posteriores a la fecha del auto por el que se declaró el concurso.

Esta cuestión ha sido objeto de numerosas Resoluciones de esta Dirección General (cfr., entre otras, las citadas en los «Vistos» de la presente), cuyo contenido no es necesario reproducir ahora en su literalidad.

2. Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 84.1 de la Ley Concursal define «a sensu contrario» cuáles son o qué efectos tienen los créditos contra la masa (los que no sean créditos concursales o contra el deudor común). El apartado 2 de este precepto enumera una serie de ellos y finaliza incluyendo como créditos contra la masa «cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración», y el artículo 84.3 determina las reglas de prioridad en el pago. En lo que ahora interesa, el artículo 84.4 establece que «las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento».

Como ha expresado el Tribunal Supremo –Sala de Conflictos de Jurisdicción– en las Sentencias de 11 de noviembre y 9 de diciembre de 2014, el apartado número 4 del artículo 84, reproducido, contiene dos normas unidas por una conjunción adversativa lo que ha generado dudas en la interpretación de este precepto.

Según una posible interpretación -literal- del precepto, cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse una vez transcurrida la paralización temporal que supone la espera o la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Sin embargo, como reconoce el Tribunal Supremo –Sala Primera– en la Sentencia de 12 de diciembre de 2014, esta interpretación literal choca frontalmente con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales. Y es que una interpretación sistemática de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal conduce a afirmar que la consideración de un determinado crédito como crédito contra la masa, al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la «vis atractiva» que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso.

La regla general consagrada en el artículo 8.3.º de la Ley Concursal es la atribución al juez del concurso de la competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (vid. apartado IV), el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos. Nada obsta a lo anterior el carácter administrativo del procedimiento ni la indiscutida facultad de autotutela de la Administración. El párrafo segundo del artículo 22 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado por la disposición final decimosexta de la Ley 22/2003, Concursal, dispone que «En caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal».

Como advierte la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014, «en realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC) (...). Sin embargo, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del artículo 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del artículo 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS».

3. En el presente caso resulta de los libros registrales la apertura de la fase de liquidación, por lo que no procede sino la confirmación de la negativa a la anotación solicitada.

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, 24 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.

Resolución de 24 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Bilbao n.º 10, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

En el recurso interpuesto por don J. M. U. I., Letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Bilbao número 10, don Ángel Luis Rodrigo Hidalgo, por la que se deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

HECHOS

I

En expediente administrativo de apremio instruido por la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 04 de Bizkaia de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la mercantil

«Centro de Investigación y Desarrollo en Tecnologías para la Transmisión y distribución Eléctrica XXI, S.A.», se dictaron cuatro providencias de apremio de fechas 20 de diciembre de 2013, y 30 de agosto, 25 de septiembre y 22 de octubre de 2014, referentes a los períodos de liquidación 08 2013 y 05, 06 y 07 2014 y, en cumplimiento de las mismas, se dictó diligencia de embargo de fecha 18 de diciembre de 2014 sobre la finca registral número 3.818 inscrita a favor de la sociedad apremiada para cubrir los débitos detallados.

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 10 mandamiento de anotación preventiva de embargo dictado por la jefa de la Unidad de Recaudación Ejecutiva número 04 de Bizkaia de la Tesorería General de la Seguridad Social, fue objeto de la siguiente calificación: «Previo examen y calificación del precedente documento, y tras examinar los antecedentes del Registro, se deniega la anotación, ya que constando previamente anotado en el Registro Mercantil la declaración de concurso de «Centro de Investigación y Desarrollo en Tecnologías para la Transmisión y distribución Eléctrica XXI, S.A.», así como la apertura de la fase de liquidación, no es posible practicar nuevas anotaciones de embargo salvo que así lo acuerde el juez del concurso. Dicha resolución resulta de los siguientes hechos y se justifica en los fundamentos de derecho que a continuación se indican: Hechos: 1.–El precedente documento, consistente en un mandamiento expedido el dieciocho de diciembre de dos mil catorce, por doña M. D. G. B., como Recaudadora Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social, URE 48/04, en expediente número 48 04 14 00178283, fue presentado en este Registro el veintitrés de diciembre de dos mil catorce, bajo el número de asiento 877 del Diario 39, número de entrada 2356. 2.–En dicho mandamiento se decreta el embargo de la finca 3.818 de Derio, al folio 182 del libro 62, dirigiéndose el expediente contra CTDE S.A., con C.I.F. (...). En el mandamiento presentado se hace constar que el embargo es por la deuda postconcurzal. La fecha de la diligencia de embargo es de dieciocho de diciembre de dos mil catorce, invocándose diversas providencias de apremio siendo la más antigua de fecha veinte de diciembre de dos mil trece. 3.–Según los libros del Registro Mercantil, la titular registral de esta finca, «Centro de Investigación y Desarrollo en Tecnologías para la Transmisión y distribución Eléctrica XXI, S.A.», ha sido declarado en concurso, en virtud de Auto de veintidós de julio de dos mil trece, dictado por el Juez de lo Mercantil de Bilbao, en procedimiento concursal número .../2013, practicándose la anotación con fecha cuatro de diciembre de dos mil trece. Fundamentos de Derecho: 1.–Calificación registral: la calificación registral de los documentos administrativos se extiende a todos los extremos reseñados en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Por su parte, la Dirección General de Registros y del Notariado (resoluciones de 30/9/1980, 29/1/2009...) señala que el Registrador tiene un mayor margen de calificación de los documentos administrativos que en la de los judiciales, especialmente si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido. 2.–De conformidad con el artículo 8.3 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21 de abril de 2006, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente, entre otras materias, respecto de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Como señala la propia exposición de motivos de la citada Ley, el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial transcendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos. 3.–Según el artículo 24.4 de la citada Ley Concursal, respecto a los bienes y derechos inscritos en los Registros públicos, una vez anotada la declaración de concurso, no podrán anotarse más embargos o

secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo dispuesto en el artículo 55.1, según el cual, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales y extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, pudiendo continuarse, hasta la aprobación del plan de liquidación, aquellos procedimientos administrativos de ejecución de los que se hubiere dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubiesen embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 4.–La legislación concursal contempla como créditos o deudas extraconcursoales los denominados créditos contra la masa que, al igual que los anteriores, quedan al margen del procedimiento concursal aunque, también como los anteriores, siempre bajo la supervisión del juez que conoce del concurso. Así lo expresa rotundamente la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 4 de julio de 2008: «Sin embargo, el hecho de que no se integren en la masa concursal no comporta que la ejecución no se controle en el seno del proceso jurisdiccional dirigido por el juez de lo mercantil antes de proceder al pago de los créditos concursales, conforme al artículo 154.1 de la Ley Concursal». 5.–La jurisprudencia de la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones de 7 de julio de 2012; 8 de marzo de 2013, y 29 de mayo de 2013, entre otras), considera que, «...aunque se afirme en el mandamiento que se trata de créditos contra la masa, faltaría un pronunciamiento al respecto del Juzgado de lo Mercantil competente en el concurso, requisito necesario aunque no se trate de los créditos exceptuados de la paralización de la ejecución a que se refiere el artículo 55 de la Ley Concursal, sino ante el pago de créditos contra la masa contemplados en el artículo 154 de la misma Ley. Del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso. Explícitamente lo recoge así el artículo 84.4 de la Ley Concursal». Por los referidos hechos y fundamentos de derecho, se deniega la anotación por el defecto expresado el principio de esta nota, no procediendo la anotación preventiva de suspensión por ser insubsanable este defecto. Se ha prorrogado por sesenta días la vigencia del asiento de presentación a contar de la última notificación de conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. De conformidad con el artículo 322 (...) Bilbao, a 16 de enero de 2015.–El registrador (firma ilegible). Fdo.: Ángel Luis Rodrigo Hidalgo».

III

Don J. M. U. I., Letrado de la Administración de la Seguridad Social, interpuso recurso contra la anterior calificación mediante escrito que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 10 el día 27 de febrero de 2015. En dicho escrito alegó los fundamentos jurídicos que a continuación se transcriben: «(...) Primero.–El Sr. Registrador de la propiedad fundamenta su resolución, tal y como hace constar en los Fundamentos de Derecho de la misma, en la aplicación de los artículos 8.3 y 24.4 de la Ley Concursal, en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 4-07-2008, así como en las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 21-04-2006; 7-07-2012; 8-03-2013, y 29-05-2013. Entendemos que la normativa alegada por el Registrador no es de aplicación al caso presente ya que la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, ha supuesto un giro en lo que se

refiere a la denominada «ejecución separada de créditos contra la masa». 1.–La ejecución separada se define tradicionalmente como la facultad que ostentan determinados acreedores de perseguir o ejecutar, fuera del procedimiento de ejecución colectiva o concurso, bienes del deudor. En el caso de la Administración Pública, la base jurídica y constitucional descansa en la presunción de legalidad de los actos administrativos, y en el carácter ejecutivo de los mismos, derivados del artº 103 de la Constitución. La justificación o base material de la ejecución separada reside en razones de interés público, y más en concreto, en razones de expeditividad y eficacia en la gestión y recaudación de los recursos públicos (en el caso de la TGSS los recursos públicos del Sistema de Seguridad Social –en especial, las cotizaciones y los capitales coste de prestaciones– que permiten garantizar el régimen público de la Seguridad Social previsto en el artículo 41 de la Constitución. 2.–En el caso de la TGSS, la ejecución separada en el marco de la Ley Concursal tiene dos manifestaciones, sujetas al cumplimiento de determinados requisitos: El artículo 55 de la LECO.–Ejecución separada de la deuda concursal, es decir, deuda generada con anterioridad al Auto de declaración del concurso (precepto de que se ha ocupado C. S. en su exposición precedente). El artículo 84.4 de la LECO en la redacción operada por la Ley 38/2011.–Ejecución separada de la deuda contra la masa o postconcursal, es decir deuda generada con posterioridad al Auto de declaración del concurso. 3.–Con anterioridad a la Ley 38/2011, la normativa concursal no contemplaba expresamente la posibilidad de ejecutar separadamente y al margen del concurso los créditos contra la masa de la TGSS, y si bien se plantearon ante la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo diversos conflictos de jurisdicción entre la TGSS y los Juzgados de lo Mercantil, el Tribunal Supremo entendió que la competencia para el reconocimiento y la ejecución de cualquier crédito contra la masa, sin excepción alguna, correspondía en exclusiva a los Juzgados de lo Mercantil. Sin embargo, la reforma del artículo 84.4 de la LECO, que se realizó por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y las abundantes resoluciones judiciales dictadas en su aplicación, ponen de manifiesto el cambio de criterio operado tras la misma, prever ese precepto que podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos los créditos contra la masa cuando se cumplan los siguientes requisitos: –Se apruebe el convenio– Se abra la liquidación, o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido ninguno de los actos anteriores. Segundo.–En cuanto a los requisitos de la ejecución separada de la deuda contra la masa resulta claro, a la vista de la nueva normativa, que no basta la mera constatación de la existencia del crédito contra la masa a favor de la TGSS para poder iniciar el procedimiento de ejecución separada dirigida a su cobro. Se requiere algo más. El requisito fundamental que establece el artículo 84.4 para iniciar la ejecución administrativa y hacer efectivos los créditos contra la masa es que, alternativamente: –se haya aprobado el Convenio de Acreedores– se haya abierto la fase de liquidación (como es sabido, con la normativa actual es posible que ya en el propio Auto de declaración de concurso se acuerde la apertura de la fase de liquidación). O haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido ninguno de los dos supuestos anteriores (aprobación de convenio o apertura de la fase de liquidación). Cumplidos esos requisitos o presupuestos, y dado el tenor literal concluyente del artículo 84.4, es claro que la TGSS puede iniciar el procedimiento de ejecución administrativa para hacer efectivos los créditos contra la masa, trabando los embargos correspondientes. No sólo el tenor literal del precepto sino su interpretación en relación con el contexto y los antecedentes legislativos (como ampara el art. 3 del Código Civil) permiten llegar a la misma conclusión ya que la Ley 38/2011 modifica la redacción del artículo 84.4 precisamente para permitir la ejecución separada de los créditos públicos, incluyendo además ahora expresamente la mención al inicio de las ejecuciones administrativas. Por tanto, cumpliendo los requisitos o presupuestos mencionados, la legalidad de la ejecución separada de los créditos contra la masa es incuestionable sin que el Juzgado de lo mercantil pueda declarar su ilicitud o nulidad (salvo planteamiento de incidente concursal por alguno de los legitimados sobre supuestos concretos de preferencias de crédito) amén de que por estar ante un acto o resolución administrativa la fiscalización de su legalidad sólo puede corresponder a la Jurisdicción contenciosa-

administrativa de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa. Tercero.–En cuanto al alcance y contenido de la ejecución separada, es interesante destacar dos extremos: 1.º–El propio artículo 84.4 de la Ley Concursal utiliza la expresión «para hacerlos efectivos» en referencia a la ejecución separada de créditos contra la masa. 2.º–El criterio de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, referido a créditos concursales pero extrapolable a toda manifestación de ejecución separada por parte de la Administración Pública, es el de entender que, en el caso de cumplimiento de los requisitos y presupuestos establecidos en la Ley Concursal para ejecutar separadamente los créditos públicos, la Administración mantiene en toda su integridad las facultades de ejecución. Así se plasma en la Sentencia de esa Sala de Conflictos de 10/2006, referida a la Agencia Tributaria, y en las Sentencias 5/2009, de 22-06-09, y en la 2/2010 de 18-10-10 referida a la TGSS. En relación con esta última sentencia de la Sala de Conflictos, la n.º 2/2010 de 10-10-2010, es relevante reseñar que el Tribunal afirma, expresamente, que «la ejecución iniciada por la Administración puede seguir su curso hasta hacer trance y remate de los bienes y liquidar la deuda con su producto». Cuarto.–El control de las ejecuciones que se realicen en el concurso o en la ejecución separada prevista en el artículo 84.4 de la LECO, la realiza el juez del concurso a través de las resoluciones dictadas en los incidentes concursales que al respecto de las mismas se planteen en el concurso. Así se prevé en los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal que se incluyen en el capítulo III –Del incidente concursal– del Título VIII de la LECO. El artículo 192.1 de la LECO establece que «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal». El artículo 194.1 establece que la demanda se presentará en la forma prevista en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y si se admitiera a trámite se dictará providencia en este sentido, se acordará el emplazamiento de las partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, para que en el plazo común de 10 días contesten en la forma prevenida en el artículo 405 de la LECivil. De esta manera, resulta claro que el control de los embargos trabados por la TGSS para el cobro de deudas contra la masa, en uso de su potestad de ejecución separada, está sometido al control del juez del concurso que es quien ha de resolver sobre las cuestiones que respecto a las mismas se planteen por la Administración Concursal o por otros acreedores a través de la interposición de la demanda incidental. Pero este control del juez del concurso no es previo al inicio de las actuaciones de embargo de bienes, en uso de su facultad de ejecución separada para el cobro de deudas contra la masa, sino posterior o coetáneo a los actos concretos que se realicen y en virtud de demanda interpuesta por persona legitimada para ello. Quinto.–A la vista de lo expuesto, entendemos que la calificación negativa del titular del Registro de la Propiedad número 10 de Bilbao de fecha 16 de enero de 2015 (...) es incorrecta ya que supedita la anotación de embargo ordenada por la URE 48/04 del TGSS de Bizkaia, en expediente 48 04 14 00178283, a unos requisitos previos que no son exigidos en ningún caso por la normativa vigente. El mandamiento de embargo antes referido reúne todos los requisitos exigidos para que proceda su anotación en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva de embargo, a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre las fincas que se indican en el mismo, por lo que solicitamos a esa Dirección General de Registros y del Notariado que, estimando el presente recurso, revoque la calificación del Registro de la Propiedad número 10 de Bilbao de fecha 16-01-2015 y ordene la inscripción del embargo trabado por esta TGSS».

IV

Mediante escrito, de fecha 5 de marzo de 2015, el registrador de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 2, 3, 9, 12, 13, 18, 19 bis, 322, 323 y 326 de la Ley Hipotecaria; 8, 10, 24, 55, 84, 154, 90, 94, 96, 98, 109, 110, 130, 142, 154 y 157 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 22 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; las Sentencias del Tribunal Supremo –Sala de Conflictos de Jurisdicción– 3/2008, de 4 de julio, 11/2014, de 11 de noviembre, y 12/2014, de 9 de diciembre, entre otras, así como la Sentencia número 711/2014, de 12 de diciembre, de la Sala de lo Civil del mismo Tribunal, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de julio de 2012, y 17 de enero, 8 y 11 de marzo, 29 de mayo y 14 de junio de 2013.

1. Se plantea en este expediente si procede anotar en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social habida cuenta que la sociedad titular de la finca tiene anotado en el Registro Mercantil la declaración de concurso, así como la apertura de la fase de liquidación, y tanto la providencia de apremio como la diligencia de embargo son posteriores a la fecha del auto por el que se declaró el concurso.

Este cuestión ha sido objeto de numerosas Resoluciones de esta Dirección General (cfr., entre otras, las citadas en los «Vistos» de la presente), cuyo contenido no es necesario reproducir ahora en su literalidad.

2. Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 84.1 de la Ley Concursal define «a sensu contrario» cuáles son o qué efectos tienen los créditos contra la masa (los que no sean créditos concursales o contra el deudor común). El apartado 2 de este precepto enumera una serie de ellos y finaliza incluyendo como créditos contra la masa «cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración», y el artículo 84.3 determina las reglas de prioridad en el pago. En lo que ahora interesa, el artículo 84.4 establece que «las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento».

Como ha expresado el Tribunal Supremo –Sala de Conflictos de Jurisdicción– en las Sentencias de 11 de noviembre y 9 de diciembre de 2014, el apartado número 4 del artículo 84, reproducido, contiene dos normas unidas por una conjunción adversativa lo que ha generado dudas en la interpretación de este precepto.

Según una posible interpretación –literal– del precepto, cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse una vez transcurrida la paralización temporal que supone la espera o la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Sin embargo, como reconoce el Tribunal Supremo –Sala Primera– en la Sentencia de 12 de diciembre de 2014, esta interpretación literal choca frontalmente con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales. Y es que una interpretación sistemática de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal conduce a afirmar que la consideración de un determinado crédito como crédito contra la masa, al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el registrador dado lo limitado de

los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la «vis atractiva» que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso.

La regla general consagrada en el artículo 8.3º de la Ley Concursal es la atribución al juez del concurso de la competencia exclusiva y excluyente para conocer de «toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (vid. apartado IV), el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos. Nada obsta a lo anterior el carácter administrativo del procedimiento ni la indiscutida facultad de autotutela de la Administración. El párrafo segundo del artículo 22 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, modificado por la disposición final decimosexta de la Ley 22/2003, Concursal, dispone que «en caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal».

Como advierte la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014, «en realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC) (...) Sin embargo, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del artículo 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del artículo 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS».

3. En el presente caso, aun no resultando del Registro de la Propiedad la existencia de una anotación preventiva por la que se publica la declaración de concurso de acreedores del titular registral y la apertura de la fase de liquidación, esta situación ha sido comprobada mediante la oportuna consulta al Registro Mercantil por parte del Registrador. Por ello, no procede sino la confirmación de la negativa a la anotación solicitada.

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, 24 de abril de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.

Resolución de 27 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Villajoyosa n.º 1, por la que deniega la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria.

En el recurso interpuesto por don Juan Guillermo Giménez Giménez, Notario de Villajoyosa, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Villajoyosa número 1, doña María Elena López López, por la que deniega la inscripción de una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria.

HECHOS

I

El día 1 de agosto de 2014, doña A. S. R. otorgó escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria ante el notario de Villajoyosa, don Juan Guillermo Giménez Giménez.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Villajoyosa número 1, dicho documento fue calificado con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de la Vilajoiosa N.º 1 Presentada telemáticamente en este Registro a las 14.28 horas del día 1 de agosto de 2014 una copia autorizada en soporte electrónico del precedente documento -escritura otorgada en Villajoyosa el 1 de agosto de 2014 ante el Señor Notario don Juan Guillermo Giménez Giménez, con el número 1198 de protocolo- presentada al Libro Diario a las 9 horas del día 4 de agosto de 2014, habiendo causado el asiento de presentación número 572 del Diario número 142, y aportada otra copia autorizada del mismo en soporte papel el 13 de agosto de 2014, según consta por nota al margen de dicho asiento de presentación, de cuya copia autorizada en soporte papel resulta acreditada la declaración-liquidación del impuesto correspondiente, se ha procedido a la calificación registral de dicho documento.— Tras dicha calificación, se suspende la inscripción del documento presentado por los Motivos que se hacen constar a continuación, en los que se recogen los correspondientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Primero 1.—En el título presentado comparece doña A. R. S., nacida W., de nacionalidad alemana y en estado de viuda de don E. S. R., incluyendo como bien de carácter privativo de la misma la finca registral 7293 de Finestrat, manifestando que le pertenece por agrupación de las registrales 3919 y 3920 de Finestrat, que las adquirió por compra en estado de casada y que su régimen matrimonial era el supletorio legal propio de su nacionalidad de adquisición diferida de bienes, y por tanto, adquirió las fincas con carácter privativo, citándose como título la escritura de compraventa otorgada el 14 de septiembre de

1989 ante el Notario de Villajoyosa don José María Suárez Sánchez Ventura, con el número 1905 de protocolo. 2.–Sin embargo, según el Registro, dicha finca registral 7293 de Finestrat consta inscrita a favor de doña S. R., nacida W., casada con don E. S. R., conforme a su régimen económico matrimonial. 3.–Dado que la inscripción que se pretende implica una rectificación del Registro, deben cumplirse las normas establecidas en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria al objeto de dicha rectificación, según los distintos supuestos que el citado precepto contempla, o bien, en su caso, acreditando de un modo absoluto la alegada sujeción del matrimonio de que se trata al régimen alegado mediante la aportación de los correspondientes documentos fehacientes que aclaren el error producido, conforme a la doctrina recogida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo y 5 de mayo de 1978 y 6 de noviembre de 1980.–4.–En consecuencia, a la vista de lo expuesto en los precedentes apartados y de conformidad con lo dispuesto en los citados artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria y el 105 de su Reglamento, procede la mencionada suspensión.–Segundo Por no expresarse en el título presentado todas las circunstancias personales, tales como el nombre del cónyuge y régimen económico matrimonial de don J. E. R. S. R., a cuyo favor se constituye hipoteca, siendo tales extremos de obligada consignación en el correspondiente asiento a practicar (artículos 9 de la Ley Hipotecaria, regla 9ª, apartado a) del artículo 51 y párrafo segundo del artículo 98, ambos del Reglamento Hipotecario).–Tercero 1.–En la letra c) de la estipulación «Quinta» se consigna una responsabilidad para costas y gastos, en caso de ejecución, hasta un máximo de 13.000 euros; y que no podrán superar el 5% de la cantidad reclamada. 2.–No obstante el 5% por el indicado concepto de costas y gastos de la cantidad reclamada resulta ser de 11.390 euros y no la de 13.000 euros consignada en la escritura.–3.–A la vista de lo expuesto en los anteriores apartados, dada la contradicción existente, al parecer producto de un error, de acuerdo con el principio de determinación (artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria) y teniendo en cuenta la claridad y exactitud que deben presidir los pronunciamientos registrales, dado su alcance sustantivo, procede la mentada suspensión.–No se practica anotación preventiva de suspensión por no cumplirse lo previsto en el último inciso del párrafo primero del artículo 19 de la Ley Hipotecaria.–Contra la presente calificación, los interesados pueden: (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por María Elena López López registrador/a de Registro Propiedad de Villajoyosa (La Villajoyosa) 1 a día veintinueve de Diciembre del año dos mil catorce».

La nota fue notificada el día 29 de diciembre de 2014.

III

La anterior nota de calificación fue recurrida el día 29 de enero de 2015 por el notario autorizante, don Juan Guillermo Giménez Giménez, en base a la siguiente argumentación: «(...) Primero.–Con relación al primer motivo. A) No resulta de la escritura calificada que se solicite la rectificación de error alguno. Pero, además, ni se cometió error en la escritura por la que la hipotecante adquirió el dominio de la finca, ni existe inexactitud registral que haya que rectificar. Efectivamente: 1.º Con relación a la supuesta rectificación de la escritura de compra.–En la escritura de compra del año 1989 consta el nombre de la compradora el de su marido y la nacionalidad de ambos, que es la alemana. Se omitió toda referencia al régimen económico matrimonial de la compradora y al carácter con el que adquiriría la finca, por lo que la finca quedó inscrita «con arreglo al régimen matrimonial de la compradora». Al constituir la hipoteca, la propietaria declara que tal régimen económico matrimonial al tiempo de la compra era el supletorio legal propio de su nacionalidad alemana de adquisición diferida de bienes. Esta manifestación no contradice el contenido de la escritura de compra. Tampoco se le puede exigir a la hipotecante que acredite mediante documentos fehacientes el régimen alegado porque, con arreglo al artículo 159 del Reglamento Notarial, cuando el régimen

matrimonial declarado es el supletorio legal no es precisa su acreditación fehaciente. En este sentido también la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 23 de agosto de 2011. 2.º Con relación a la supuesta inexactitud registral.—La finca consta inscrita a favor Doña A. S. R., nacida W., casada con Don E. S. R., con arreglo a su régimen económico matrimonial. La inscripción se practicó, por lo tanto, conforme dispone el artículo 92 del Reglamento Hipotecario, al estar sometido el régimen económico matrimonial de la adquirente a una legislación extranjera. Dicha forma de inscripción también es conforme a la doctrina de la Dirección General en múltiples resoluciones, entre otras las de 7 de marzo de 2007 y 26 de agosto de 2008. B) Por otro lado, no resulta de la nota de calificación que se ponga en duda por parte de la señora Registradora el contenido del régimen económico matrimonial supletorio legal de los ciudadanos alemanes. No obstante, creo conveniente dejar constancia de sus principales características. El régimen económico por el que se rige el Matrimonio entre ciudadanos alemanes, a falta de pacto, es de participación en ganancias o comunidad diferida de ganancias, regulado en el código civil alemán, artículos 1363 a 1390. Una versión actualizada del mismo puede consultarse, en idioma inglés, en la página del Ministerio de Justicia Alemán (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/). Con arreglo a dicho régimen matrimonial: 1.º Cada cónyuge es dueño de sus propios bienes, tanto de los adquiridos antes como después del matrimonio (artículo 1363). 2.º Cada cónyuge puede disponer de sus propios bienes sin necesidad del consentimiento de su consorte (artículo 1364), salvo ciertas excepciones como en los supuestos de disposición de la totalidad el patrimonio (artículo 1.365). 3.º Cuando el régimen económico se disuelve por causa distinta del fallecimiento de uno de los cónyuges, se procede a calcular la diferencia entre los patrimonios inicial y final de ambos cónyuges, y aquel cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento tiene un derecho de crédito sobre las ganancias del otro. 4.º Si el matrimonio se disuelve por causa de muerte de uno de los cónyuges, no se procede a liquidar la sociedad conyugal entre el superviviente y los herederos del fallecido. En este supuesto, el artículo 1.371 del código civil atribuye al superviviente, además de la parte que le corresponda en la sucesión intestada, una cuarta parte de la herencia. Las Resoluciones de la Dirección General de 17 de diciembre de 2004, 2 de septiembre de 2008 y 12 de diciembre de 2008 reconocen que el crédito de participación reseñado tiene la naturaleza de crédito ordinario. En el caso de la escritura objeto de calificación, doña A. S. R. adquirió la finca que hipoteca estando casada con Don E. S. R. bajo el régimen matrimonial alemán de participación en ganancias. Por lo expuesto, con arreglo a dicho régimen, en vida de su marido hubiese podido disponer libremente de la finca hipotecada sin necesidad de recabar el consentimiento de éste, que tan sólo tenía un potencial derecho de participar en las ganancias de su consorte al disolverse el matrimonio, derecho que es de naturaleza crediticia. Una vez fallecido su marido, la hipotecante tiene el mismo derecho de disposición sobre la finca hipotecada sin necesidad de tener que liquidar previamente su sociedad conyugal, ya que el derecho de participación en ganancias, que en cualquier caso sigue siendo de crédito, tan solo lo podría materializar la propia Sra. S. R. solicitando le sea adjudicada una cuarta parte de la herencia de su difunto marido, además de lo que le corresponda en la sucesión intestada. Segundo.—Con relación al segundo motivo. El artículo 51, regla 9.ª, apartado a) del Reglamento Hipotecario, exige que conste el nombre del cónyuge y el régimen económico matrimonial si el acto que se inscriba afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal. En términos parecidos, el artículo 159 del Reglamento Notarial. Por lo expuesto respecto al contenido del régimen económico matrimonial supletorio legal de los ciudadanos alemanes, y conforme a las Resoluciones citadas de 17 de diciembre de 2004, 2 de septiembre de 2008 y 12 de diciembre de 2008, en el presente supuesto no es preciso expresar tales datos. Tercero.—Con relación al tercer motivo. El artículo 575. 1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «en todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual, las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva». En la escritura que nos ocupa, en la que la finca hipotecada constituye domicilio habitual de la hipotecante, las partes acuerdan que la responsabilidad por costas y gastos ascienda a un

máximo de 13.000 euros, para establecer a continuación que no podrán superar el cinco por ciento de la cantidad reclamada. Este último inciso se establece con la finalidad de respetar el límite señalado por el artículo 575. 1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.–Claro está que la cantidad que en su día se reclame no se puede conocer en el momento de otorgamiento de la escritura. Pero lo cierto es que dicha cantidad podría llegar a ascender a 296.205 euros, es decir, el resultado de sumar al principal adeudado los intereses ordinarios que se puedan devengar durante los diez años de duración del préstamo al tipo pactado del tres por ciento. Y el cinco por ciento de dicha cantidad sería superior a la cifra de 13.000 euros fijada como responsabilidad para costas y gastos. No hay por lo tanto contradicción entre la cantidad señalada para gastos y la remisión al límite establecido por el artículo 575. 1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

IV

La registradora emitió informe en defensa de su calificación y elevó el expediente formado a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9, 20, 40 y 114 de la Ley Hipotecaria; 575.1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 51, 54, 92, 93, 98.2º y 105 del Reglamento Hipotecario; 159 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1978, 29 de octubre de 2002, 3, 27 y 28 de enero, 21 y 24 de febrero y 19 de diciembre de 2003, 10 de enero de 2004, 7 de julio de 2006, 7 de marzo de 2007, 26 de agosto, 2 de septiembre, 8 de octubre y 2 diciembre de 2008 y 2 de marzo de 2012.

1. Son tres los defectos recurridos. Conforme al primero de ellos, sería preciso rectificar el Registro de la Propiedad para la práctica de la inscripción solicitada, por cuanto la finca sobre la que se constituye el derecho real de hipoteca consta inscrita a favor de doña A. S. R., nacida W., casada con don E. S. R., conforme a su régimen económico matrimonial y no con carácter privativo como resultaría de la disposición ahora realizada.

La doctrina de este Centro Directivo ha establecido, reiteradamente, que cuando cónyuges extranjeros, o uno de ellos, realizan adquisiciones en España no es exigible la determinación de su régimen económico matrimonial –aunque ciertamente sería muy deseable y conveniente su acreditación– siendo posible diferir su concreta determinación al momento en que se lleve a cabo una posterior transmisión o enajenación, como ocurre en este caso. Así es, por otra parte, establecido, en el artículo 92 del Reglamento Hipotecario que permite que la inscripción se realice a favor de los adquirentes con sujeción a su régimen matrimonial.

En este caso concreto en el Registro la finca en cuestión está inscrita a favor de doña A. S. R., de nacionalidad alemana, conforme a su régimen económico matrimonial.

Esa inscripción supone, en la práctica, una remisión a la legislación extranjera determinada, en el caso la alemana, cuya identificación no es discutida por la registradora, por lo que nos encontramos ante su régimen legal supletorio o régimen de participación en las ganancias.

Este sistema legal en su alcance y actual vigencia ha sido analizado en varias ocasiones por la doctrina de este Centro Directivo que ha señalado, por ejemplo –conforme a la norma e interpretación entonces vigente–, el carácter de ordinario del crédito que corresponde al acreedor de la ganancia diferida.

2. Hay que empezar por señalar, que la determinación de cual haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso a la registradora, ya que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al artículo 12.6 del Código Civil, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. En este caso la norma de conflicto está integrada por el artículo 9.2 del Código Civil, conforme al cual «los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

En el presente expediente los bienes constan inscritos «con arreglo al régimen económico matrimonial de la compradora» y ahora se manifiesta que doña A. S. R. se encuentra viuda y su régimen económico matrimonial era el supletorio legal propio de su nacionalidad de adquisición diferida de bienes.

3. Se plantea la cuestión relativa a la prueba del Derecho extranjero en sede registral. Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 15 de julio de 2011 y 2 de marzo y 14 de noviembre de 2012), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, las Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005 y 20 de enero de 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable.

Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un «numerus clausus» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados.

Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999 y la Resolución de 20 de enero de 2011). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2.º del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 de enero de 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

En el caso concreto, la titular registral es viuda. Por lo tanto deberán ser probadas las consecuencias del fallecimiento de su consorte en relación con la liquidación del crédito diferido y por ende si precisa o no, eventualmente, del consentimiento de terceros, como podrían ser sus eventuales herederos.

La falta de prueba –en defecto de su conocimiento directo por el registrador a lo que no puede ser obligado– determina la suspensión de la práctica de la inscripción.

En el título recurrido no queda debidamente acreditado el contenido de la ley que resulta aplicable al régimen económico matrimonial –incluida su liquidación por sucesión «mortis causa»–. Las apreciaciones que realiza el notario autorizante en su recurso, con cita de las propias fuentes sobre Internet del Ministerio de Justicia alemán, sin prejuzgar ahora si son o no suficientes, desde luego no se sitúan en el lugar adecuado para ello, que es el título calificado, que no establece juicio alguno sobre la prueba del Derecho aplicable y su vigencia. Juicio necesario tanto para acreditar el carácter privativo del inmueble como la necesidad o no de concurrencia en la disposición de los eventuales sucesores del cónyuge de la titular registral.

Es por ello que procede confirmar la calificación de la registradora, si bien con la matización de que no es la rectificación registral lo que se precisa, en cuanto nada hay que rectificar en el mismo, sino la acreditación del régimen, incluido su contenido y vigencia, al cual quedó sujeto en su día la finca cuya titularidad consta exclusivamente a nombre de la disponente, si bien con la salvedad relativa al régimen económico matrimonial.

4. El segundo defecto observado, se refiere a la falta de expresión en el título presentado de las circunstancias personales, tales como el nombre del cónyuge y régimen económico matrimonial de la persona física, asimismo de nacionalidad alemana, a cuyo favor se constituye hipoteca, siendo tales extremos de obligada consignación en el correspondiente asiento a practicar. Considera el notario recurrente que respecto al contenido del régimen económico matrimonial supletorio legal de los ciudadanos alemanes, en el presente supuesto no es preciso expresar tales datos.

Deben ser trasladadas aquí las consideraciones anteriormente realizadas, en orden a la alegación y acreditación del Derecho extranjero, que no se hacen en absoluto en el documento calificado, por lo que corresponde asimismo confirmar la nota de calificación en este extremo.

5. Finalmente, en la letra c) de la estipulación quinta se consigna una responsabilidad para costas y gastos, en caso de ejecución, de «hasta un máximo de 13.000 euros (13.000,00 €). No podrán superar el 5 % de la cantidad reclamada».

Alega la registradora que el 5 por ciento por el indicado concepto de costas y gastos de la cantidad reclamada supone una cifra de 11.390 euros y no de 13.000 euros como es consignado en la escritura. El notario recurrente, por su parte, estima que la cantidad que en su día se reclame no se puede conocer en el momento de otorgamiento de la escritura.

El artículo 575.1 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducido por el apartado cuatro del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dispone que «en todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva».

Como se deduce de su literalidad se refiere al supuesto de ejecución de la vivienda habitual limitando las costas exigibles al deudor, al 5 por ciento de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva, que no tiene necesariamente que coincidir con el capital prestado, sino que puede resultar un importe superior en razón a los intereses devengados y no pagados. En la cláusula debatida se establece un doble límite, el importe de 13.000 euros que no podrá superar además el 5 por ciento de la cantidad reclamada, circunstancia esta última que no conoce el registrador al constituirse la hipoteca y que deberá ser tenida en cuenta por el secretario judicial, por lo que este defecto debe ser revocado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en cuanto a los dos primeros defectos; y estimar el recurso y revocar la nota de calificación en cuanto al tercer defecto.

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, 27 de abril de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.

Resolución de 28 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 6, por la que se deniega la inscripción de ciertos pactos en una escritura de hipoteca.

En el recurso interpuesto por don J. O. P., en nombre y representación de «Münchener Hypothekenbank eG», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Madrid número 6, don Juan José Jiménez de la Peña, por la que se deniega la inscripción de ciertos pactos en una escritura de hipoteca.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada ante la Notaria de Madrid, doña Miriam Herrando Deprit, el día 20 de octubre de 2014, con el número 3.137 de protocolo, se formalizó una hipoteca en garantía de un préstamo.

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Madrid número 6, bajo el asiento 1972 del Diario 97, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos Primero.—En Escritura otorgada ante la notario de Madrid doña Miriam Hernando Deprit, el día 20 de octubre de 2014, número 3.137 de su Protocolo, se formalizó un préstamo hipotecario. Segundo.—Dicha escritura se presentó, por vía telemática, en el Registro de la Propiedad de Madrid número 6, el día 20 de octubre de 2014, con el Asiento 1972 del Diario 97. Tercero.—Se acordó Suspender la Calificación, por no acreditarse la autoliquidación de la Escritura. El Acuerdo de Suspensión se notificó telemáticamente al Notario autorizante. Cuarto.—En fecha 14 de noviembre de 2014, se aporta al Registro copia auténtica de la Escritura, en pape1. Fundamentos de Derecho Se han apreciado en la Escritura, previa su calificación registral, los siguientes defectos: 1.—En cuanto a la representación de la entidad Münchener Hypothekenbank eG, por parte de don J. O. P., son defectos: 1.1.—No existe una reseña completa de los documentos que dan lugar al apoderamiento; ya que ésta deberá comprender también la persona, cargo o poder y facultades del otorgante del poder que ahora se invoca, así como su inscripción el Registro Mercantil alemán. 1.2.—Ser necesario respecto del nombramiento de poderdante, un juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el poder que se otorgó. 1.3.—No constar el nombre, apellidos, y el Número de Identificación Fiscal del poderdante. Según

señala el artículo 254.4 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por el mismo texto, «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». Como argumentos jurídicos respecto de los defectos: Arts. 1.216 a 1.218, 1.259, 1713, 1714 Y 1719.1 del Código civil; 3, 18, 19 bis, 21.2, 254.2, 322, 325 Y 327 de la Ley Hipotecaria; 18.2 del Código de Comercio; 2.a, 4, 6, 7, 8, 12 y 94.5 del Reglamento del Registro Mercantil; 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 98 de la Ley 24/2001 de 27 de Diciembre modificado por Ley 24/2005 de 18 de Noviembre; 23 párrafo último de la ley del Notariado y Resolución-Circular DGRN de 12 de abril de 2012, Resoluciones DGRN 13, 22, 23, 24, 26, 27, 28 Y 29 de septiembre y 3 de octubre de 2006, entre otras; 1, 17 bis, 23 y 24 de la Ley del Notariado; 143, 145, 164, 165, 166 y 246 del Reglamento Notarial; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia –Sección 2.^a– de 3 de noviembre de 2008; Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia –Sección 7.^a– de 1 de agosto de 2007, y las Resoluciones de 15 de julio de 1954, 29 de abril de 1994 (Aranzadi 1994\3072), 10 de febrero de 1995 (Aranzadi 1995\1731), 12 de abril de 1996 (Aranzadi 1996\2862), 28 de mayo (Aranzadi 1999\4370) y 11 de junio de 1999, 12 (Aranzadi 2002\1826), 23 (Aranzadi 2002\8101) y 26 de abril (Ar. 2002\8298), 3 y 21 de mayo, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002 (Ar. 2003\3751), 23 de enero, 8 de febrero (Ar. 2003\2606), 11 de junio, 29 de septiembre (Ar. 2003\6470) y 17 de noviembre de 2003 (Ar. 2003\7689), 11 de junio (Ar. 2004\5481), 14, 15 (Ar. 2004\6604), 17 (Ar. 2004\6605), 20, 21 y 22 de septiembre, 14, 15, 18, 19 (Ar. 2005\2554), 20, 21 y 22 de octubre y 10 de noviembre de 2004 (Ar. 2005\2560) y 10 de enero, 21, 22 Y 23 de febrero (Ar. 2005\1703), 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo (RJ 2605\3528), 1 y 28 de abril, 4 (1.^a y 2.^a), 5 (1.^a, 18 (2.^a), 20 (3.^a y 4.^a), 21(1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a), 23 (1.^a, 2.^a y 3.^a) y 17 de junio (Ar. 2005\5394), 1 de agosto, 12 (2.^a y 3.^a), 13 (RJ 2005\6934), 22 (2.^a), 23 (1.^a, 2.^a y 3.^a), 24 (1.^a, 2.^a y 3.^a), 26 (1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a), 27 (1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 5.^a), 28 (1.^a, 2.^a y 3.^a) y 29 y 26 (1.^a, 2.^a, 3.^o y 4.^a) de septiembre y 4 (Ar. 2005\7287) y 15-2.^a de octubre de 2005 (Ar. 2005\7455) y 20 de enero (Ar. 2006\649), 30 (Ar. 2006\6076) y 31 de mayo (Ar. 2006\6139), 9 de junio, 19 septiembre (Ar. 2006\6942), 25 de octubre de 2006 (Ar. 2006\7175), 17 de noviembre, 13, 16, 20 y 21 de diciembre de 2006; 14, 20 y 28 de febrero, 3, 19 y 30 de marzo, 2 de abril, 12, 30 y 31 de mayo, 1 (tres), 2 (dos) y 5 de junio de, 19 de julio, 29 (dos), 30 (dos), 31 (dos) de octubre y varias de 2, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15 y 16 de noviembre y 27 de diciembre de 2007; 25 de enero y 12 de febrero de 2008, 19 de julio de 2011, y 13 de febrero de 2012 entre otras. En la Escritura se dice «Está facultado para este acto en virtud de poder especial, que asegura vigente, otorgado ante el Notario Dr. Rainer Regler, Notario de la ciudad de Muchic, Alemania, el día 25 de septiembre de 2014, del que tengo a la vista su original redactado a doble columna inglés y español y debidamente apostillado y del que libro fotocopia fiel y exacta que dejo unida a la matriz»; no constando así, sin embargo, en la copia auténtica aportada. 2.–En cuanto a la representación de la entidad Iberinve S.A., por parte de don A. L. F. G., son defectos: 2.1.–No existe una reseña completa de los documentos que dan lugar al apoderamiento; ya que ésta deberá comprender también la persona, cargo o poder y facultades del otorgante del poder que ahora se invoca, así como su inscripción el Registro Mercantil. 2.3.–No constar el nombre, apellidos, y el Número de Identificación Fiscal del otorgante del poder. Fundamentos de Derecho citados en el punto 1. 3.–Y se deniega la inscripción de los siguientes pactos de la referida Escritura, a lo que las partes han prestado su consentimiento según la Cláusula 27 de la Escritura (art. 434 párrafo quinto del Reglamento Hipotecario), sin que ello impida la inscripción del resto de la Escritura: -Por carecer de trascendencia jurídico real inmobiliaria (Artículo 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento).–A) De la cláusula primera, las definiciones de Cuenta de Rentas y Cuenta de Reserva y la mención a los Contratos de Garantía de los Documentos Financieros y la definición de Garante. La definición de Ratio de Cobertura del Servicio de la deuda o DSCR y la de Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado. B) De la cláusula segunda, apartado 2.2. Destino del Préstamo, el primer párrafo. C) De la cláusula tercera. Disposición, del apartado 3.1, el segundo párrafo. No se

transcriben tales condiciones suspensivas por su carácter personal y porque para su constancia en el Registro, se requerirá que por las partes se acredite en documento público, que se ha dispuesto del importe del préstamo. D) De la cláusula sexta, apartado 6.2, el punto b) E) De la cláusula séptima, apartado 7.1., desde «habrá de regirse» hasta «amortización ordinaria». F) De la cláusula undécima, el apartado 11.2 Mitigación. G) Toda la cláusula duodécima. H) De la cláusula décimo tercera, los apartados 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 13.7, 13.9, 13.13, 13.14, 13.15. I) De la cláusula décimo tercera, los apartados Cuenta de Renta y Cuenta de Reserva. J) De la cláusula décimo tercera, el apartado 13.12, desde «o renunciar a sus derechos» hasta «documentos financieros». K) De la cláusula décimo cuarta, los apartados 14.3, 14.4, del 14.5 del tercer párrafo desde «el prestatario realizará» hasta «la aseguradora» y el último párrafo del apartado 14.5, 14.7, 14.8, 14.9, 14.10 menos la primera frase, 14.11, y del apartado 14.13 desde «en la que obvie» hasta «fondos recibidos», el 14.14, 14.15, 14.16. L) De la cláusula décimo quinta, el apartado 15.5, 15.6, 15.8 menos las dos últimas frases, 15.10, 15.11. LI) de la cláusula décimo sexta, apartado 16.1 del último párrafo desde «y a tomar las medidas» hasta el final del apartado. M) De la cláusula vigésimo segunda, apartado E), el segundo párrafo. N) de la cláusula vigésimo cuarta, del apartado G) desde «en caso de que» hasta «establezca el préstamo. Ñ) De la cláusula vigésimo séptima, el primer párrafo. O) De la cláusula trigésima, del apartado 30.3, párrafo segundo, desde «a este respecto hasta «secreto bancario», el apartado 30.5., de la cláusula trigésimo primera, lo relativo a la Prueba fehaciente, por ser materia de apreciación jurisdiccional. P) De la cláusula trigésimo segunda, el apartado 32.1 Q) De la cláusula trigésimo séptima, los relativo al anexo 3 y la Cláusula Final Requerimiento. - Por ser contrarias a la Ley- A) De la cláusula quinta, el apartado 5.5.. Capitalización de intereses no pagados, de la cláusula décimo sexta, el apartado 16.2. Por ser una limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero establecida en el art 114 LH. B) De la cláusula séptima, apartado 7.2. los dos primeros párrafos, y de la cláusula décimo quinta, el apartado 15.7, por estar regulado en el art. 110.2 de la LH y 8 de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa, pacto personal carente de eficacia real. C) De la cláusula séptima, apartado 7.2, el tercer párrafo, por la libertad de tráfico de los bienes D) De la cláusula séptima, del apartado 7.2. a partir del cuarto párrafo y el apartado 7 3, de la cláusula décimo quinta, el apartado 15.9, por su indeterminación E) De la cláusula décimo tercera, el apartado 13.6, el apartado 13.10, de la cláusula décimo cuarta, el apartado 14.2, de conformidad con los arts. 6.4 y 1859 del Código Civil, libertad de tráfico de los bienes, arts. 3,27 y 107 LH. F) De la cláusula décimo cuarta, el apartado 14.6, el cumplimiento de un contrato no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, art 1256 del C.C. G) De la cláusula décimo quinta, el apartado 15.3, de la cláusula vigésimo cuarta, el apartado F), por ser de derecho imperativo, arts. 1429.1 LEC y 20 LN. H) De la cláusula décimo quinta, apartado 15.4 por ser obligacional. I) De la cláusula vigésimo cuarta, la expresión «del contemplado en el siguiente apartado D, el apartado d) Venta notarial, de conformidad con el artículo 235 del RH. - Por otras causas.–A) De la cláusula séptima, apartado 7.4, la mención a la cláusula 7.3, al no inscribirse. B) Detrás de la cláusula 15.2. Hago constar yo el Registrador, sin embargo, a efectos de ejecución hipotecaria habrá que estar a lo dispuesto en el número 24 A de la escritura. C) En la cláusula décimo novena, y en la vigésimo segunda, la expresión «de primer rango», porque lo determina el Registro. D) De la cláusula vigésimo quinta, el último párrafo. Hago constar yo el Registrador, que no obstante, los requisitos de la demanda deberán ser valorados por el órgano judicial competente. E) De la cláusula vigésimo séptima el tercer párrafo, la cláusula vigésimo novena, por ser innecesario transcribirlo. F) De la cláusula trigésimo tercera. Hago constar yo el Registrador que lo dispuesto a continuación debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 24 C. Se advierte expresamente, que la hipoteca será inscrita como en garantía de obligación futura o condicional en tanto no se acredite que se ha entregado la totalidad del préstamo, o que han desaparecido las limitaciones impuestas al prestatario para su disposición. (Resolución DGRN. 17 mar 2000). Acuerdo Se acuerda la no inscripción de la precedente Escritura; y la no inscripción de los pactos señalados, por las causas y en los términos que resultan de la presente Nota de Calificación. Contra la

presente Calificación (...) Madrid a 4 de diciembre de 2014. El Registrador.–(firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)». Con el objeto de subsanar los dos primeros defectos, se presenta, por vía telemática, el día 29 de diciembre de 2014, acta autorizada por la notaria de Madrid, doña Miriam Herrando Deprit, de fecha 29 de diciembre de 2014, número 4.021 de su protocolo. En fecha 21 de enero de 2015, a la vista del documento señalado anteriormente, se emite una nueva calificación de la escritura, cuyos fundamentos de Derecho y acuerdo son como siguen: «(...) Fundamentos de Derecho Con referencia a la Nota de Calificación de fecha 4 de diciembre de 2014, puesta en el Asiento 1972 del Diario 97: 1.–Defecto 1, y sus apartados 1.1, 1.2 y 1.3. Se consideran subsanados, por el Documento señalado con el número uno. 2.–Defecto 2, y sus apartados 1.1, 1.2 y 1.3. Se consideran subsanados, por el Documento señalado con el número uno. 3.–Y se deniega la inscripción de los pactos que se indicaron en la Nota de Calificación, a lo que las partes prestaron su consentimiento según la Cláusula 27 de la Escritura (art. 434 párrafo quinto del Reglamento Hipotecario), sin que ello impida la inscripción del resto de la Escritura. Esto no obstante, por escrito privado de fecha 16 de enero de 2015, suscrito por don J. O. P., aportado al Registro, se solicita la constancia registral de todos los pactos que en su escrito se analizan, por lo que no procede la inscripción del préstamo hipotecario; sino la extensión de la presente Nota de Calificación referente a los mismos. Acuerdo Se acuerda la no inscripción de la precedente Escritura; así como la no inscripción de los pactos señalados, por las causas y en los términos que resultan de la presente Nota de Calificación. Contra la presente Calificación (...) Madrid a 21 de enero de 2015. El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Por don J. O. P., en nombre y representación de «Münchener Hypothekenbank eG», se interpuso recurso en base a los siguientes argumentos: En primer lugar, realiza un análisis preliminar sobre el alcance de la calificación registral en materia de hipotecas, del siguiente tenor: «Antes de dar respuesta a las diversas objeciones recogidas en la nota de calificación del titular del Registro de la Propiedad número 6 de Madrid, conviene indicar que de acuerdo tanto con el art. 12.2 de la Ley Hipotecaria (en adelante «LH») como con las resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010 –la crucial–, 13 de septiembre de 2013 o la más reciente de 3 de octubre de 2014 (que recapitula la doctrina imperante en esta materia citando las resoluciones precedentes), los únicos criterios para decidir qué cláusulas han de ser inscritas o cuáles de ellas se harán constar en el registro de la propiedad, son los siguientes: - Art. 12. LH: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». –Las 3 resoluciones DGRN arriba indicadas: el registrador únicamente podrá denegar la inscripción/constancia registral de aquellas cláusulas de vencimiento anticipado y de aquellas cláusulas financieras que i) sean nulas porque así lo establece una norma o una sentencia judicial firme o ii) «cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto: Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre

el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial». (Resolución de 1.10.2010). «Ya desde la Resolución de este Centro Directivo de 1 de octubre de 2010 ha venido reiterando que el registrador ha de calificar la procedencia o no de inscripción de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios (...) puntualizando las razones en que se funda en su nota, sin que basten alegaciones meramente genéricas, de forma que el registrador en virtud de tal calificación podrá rechazar la inscripción de una cláusula de la tipología citada no sólo cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sino también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador, así como obviamente, en aquellos otros casos en que sin concurrir dicha abusividad adolezca de nulidad por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva, y por tanto no sólo cuando el préstamo u operación hipotecaria concreta quede sometida al ámbito de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios» (Resolución de 31 de octubre de 2014). Como recientemente destacara la sentencia del TS de 13 de septiembre de 2013, únicamente en relación con préstamos hipotecarios otorgados a consumidores puede el registrador tomar en consideración, al calificar, la conformidad del título con la «legalidad vigente», lo que va más allá de los nítidos márgenes que para calificar préstamos hipotecarios otorgados a no-consumidores resultan del art. 12.2 LH y la doctrina expuesta más arriba. La remisión a la «legalidad vigente» se halla en el art. 18 de la Ley 2/2009, por la que se regula precisamente la contratación de contratos de préstamo y crédito con los consumidores. Esta relativa mayor exigencia tiene su lógica en relación con unos negocios jurídicos en que el prestatario es, patentemente, la parte débil que no ha tenido oportunidad alguna de negociar el clausulado, ya que suele tratarse, por toda regla, de contratos de mera adhesión. Sin embargo, cuando -como en el que caso que nos ocupa: un préstamo hipotecario otorgado por un banco a una sociedad vehículo de un gran fondo de inversión francés- ha existido una negociación muy pormenorizada y en plena igualdad de condiciones y «armas» entre las partes, no hay parte débil alguna a la que defender ni puede concurrir vicio alguna de la voluntad del prestatario («volenti non fit iniuria»), por lo que no tendrá sentido alguno que el registrador tuviese que tutelar al prestatario no-consumidor y que el ámbito de su labor calificadora fuera más amplio que el prescrito por el art. 12.2. LH (con la interpretación y nítidos márgenes de la DGRN recogidos en las resoluciones citadas). Por consiguiente y en atención a lo expuesto hasta el momento, un criterio que era utilizado habitualmente hasta la reforma del art. 12.2 LH (la operada por la ley 41/2007) para deslindar los pactos inscribibles de los no inscribibles, en concreto el análisis de si eran o no de naturaleza jurídico-real, ya no sirve para tomar tal decisión: sólo se excluye la inscripción de las cláusulas hipotecarias que puedan ser consideradas nulas o abusivas por infringir una norma imperativa o por haber sido declaradas como tales por resolución judicial firme, pero no de aquellas que, siendo obligacionalmente irreprochables, se consideraban antaño privadas de eficacia jurídico real (cfr. C. P., A.: «Comentario de la RDGRN de 1 de octubre de 2010», RJ 2010; 5273). Así, tras las antes citadas resoluciones de la DGRN (entre las que a estos efectos descollan las de 1.10.10 y 31.10.14), el registrador no debe basar su calificación negativa en ineficacias derivadas de normas jurídico-privadas prohibitivas (como el artículo 1.256 CC), por cuanto el supuesto de hecho precisaría de una ponderación o de una interpretación circunstanciada, algo que solo los jueces y tribunales pueden hacer. Simplemente por los motivos expuestos en este apartado preliminar del recurso consideramos que la nota debe ser enteramente revocada ya que todas las denuncias de la nota han sido resueltas ya por las resoluciones del DGRN antes mencionadas». Posteriormente realiza un análisis de cada una de las cláusulas denegadas; análisis que, en aras de la claridad expositiva, estudiaremos separadamente en los fundamentos de Derecho.

El registrador emitió informe el día 3 de marzo de 2015 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1109, 1129 y 1256 del Código Civil; 317 del Código de Comercio; 1.3.º, 2, 9, 12, 18, 19 bis, 27, 98, 107, 110.2, 114, 129.2.c, 130, 143, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 7, 9, 51.6.^a, 234.1.3.^a, 235, 238 y 241 del Reglamento Hipotecario; 8 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa; 8 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa; 18 y 20 de la Ley del Notariado; 1429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; 517.2.4.º y 682 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil; 3 y 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1 y 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; 2 y 19 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; 3 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; 3 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981, 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1991; las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1996, 24 de febrero de 1997, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 27 de mayo y 16 de diciembre de 2009 y 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987, 16 de julio de 1996, 28 de enero de 1998, 2 y 3 de septiembre de 2005, 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008, 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010, 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011, 20 de junio de 2012, 19 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio, 1 de agosto, 29 de septiembre, 2, 3, 4, 6 y 9 de octubre de 2014 y 30 de marzo de 2015.

1. En el presente expediente, dada la subsanación de los dos primeros defectos señalados por el registrador en su nota de calificación y los términos del recurso interpuesto, la cuestión estriba en analizar la calificación registral de las concretas cláusulas de la escritura de hipoteca cuyo acceso al Registro ha sido denegado y que han sido impugnadas.

2. Como consideración previa debemos tener en cuenta que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 1 de agosto de 2014) el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. Esta doctrina, trasladada a la calificación de las cláusulas de la hipoteca, supone que el presente expediente no puede dar como resultado una segunda calificación de la escritura de hipoteca sino, exclusivamente, un pronunciamiento acerca de si las concretas razones aducidas por el registrador para denegar la inscripción se ajustan o no a Derecho.

3. En el recurso que motiva este expediente, como cuestión preliminar, se pone en entredicho las facultades calificadoras del registrador de la Propiedad en presencia de préstamos hipotecarios otorgados a no consumidores, la utilización, en tales supuestos, para la calificación registral de normas jurídico-privadas prohibitivas, como los artículos 1129 y 1256 del Código Civil, y la exclusión tabular de cláusulas que siendo meramente obligacionales carezcan de tacha civil de validez; por lo que antes de entrar a analizar las concretas cláusulas cuya inscripción ha sido suspendida, se hace necesario determinar el ámbito de aplicación de las normas de protección de los consumidores respecto de los préstamos hipotecarios, el contenido inscribible de las escrituras que recojan ese tipo de negocios jurídicos y la respectiva extensión de la calificación registral de las cláusulas contenidas en las mismas según esa normativa de consumo sea o no aplicable.

La primera dificultad con que nos encontramos a la hora de determinar ese ámbito de aplicación de las normas de protección de los deudores en los contratos de préstamo o crédito hipotecario reside en la dispersión y falta de coherencia legal respecto del ámbito subjetivo de protección, el cual es ajeno a la noción jurídica de consumidor, noción que, en principio, debería constituir su eje vertebrador; lo que hace preciso realizar un análisis hermenéutico de la normativa vigente, no sólo literal, sino también sistemático y teleológico.

En cuanto a qué se debe entender por consumidor, con carácter general el artículo 3 de la Directiva 2008/48 UE relativa a los contratos de créditos al consumo, considera como tales a «las personas físicas que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúen con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional», y el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, amplía el concepto a las persona jurídicas al considerar consumidor o usuario a «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial o profesional, y las personas jurídicas –y entes sin personalidad jurídica– que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial», es decir, como señala su Exposición de Motivos y el artículo 1.2.º, a aquellas personas que intervienen en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha excluido la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los contratos celebrados entre sociedades multinacionales o similares por no concurrir el requisito de la relación entre usuario y profesional predisponente (ej. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997) y a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de locales u oficinas comerciales por faltar, normalmente, el requisito de la no incorporación a procesos de producción o comercialización (ej. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1996).

Con relación a la aplicación de la normativa de protección de los consumidores en el marco de los préstamos y créditos hipotecarios el artículo 3 de la Directiva 2014/17 sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, fija su ámbito de aplicación como referido a «a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir», sin exigir que la vivienda

tenga el carácter de habitual del deudor, aunque sí que hayan sido concertados por personas físicas en su condición de consumidores –artículos 1 y 2.1 de la Directiva–.

Pero el artículo 19 de la Orden EHA 2899/2011 sobre transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios, circunscribe su aplicación, en lo que ahora nos interesa, «a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir», es decir, parece que el prestatario debe ser una persona física pero ni se exige que la vivienda sea la habitual del deudor ni que el préstamo tenga por finalidad la adquisición de la vivienda, ni tampoco que la persona física a la que se concede el crédito actúe en condición de consumidor en los términos antes expuestos.

Esta interpretación respecto del carácter del deudor hipotecario en el Derecho español – persona física que no es necesario actúe en concepto de consumidor– se ve reforzada por la dicción del artículo 1 de la citada Orden 2899/2011 que dispone que su objeto es «garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios», añadiendo el número 1.º del artículo 2 que «se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas» y su número 4.º que «cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta orden, con la excepción de lo establecido en las normas relativas a créditos y préstamos hipotecarios».

Por su parte la Dirección General de Registros y del Notario en Resolución de 29 de septiembre de 2014 ha precisado que la aplicación de esta normativa –se refiere concretamente al artículo 6 de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, restructuración de la deuda y alquiler social, de igual ámbito que la Orden de la que tratamos– tiene también lugar cuando la vivienda gravada pertenezca a un hipotecante no deudor persona física, ya en este supuesto concurre igualmente la finalidad de la Ley de paliar el efecto del desalojo o lanzamiento de su vivienda a las familias.

En otro aspecto, la limitación a los intereses moratorios del nuevo artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria –reformado por la citada Ley 1/2013– sólo opera en los contratos del préstamo o crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y no para cualquier préstamo o crédito hipotecario con fines de consumo como parecía inferirse de la normativa aplicada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 que motivó la reforma.

Y, por último, la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en el artículo 1 concreta su ámbito de aplicación a la contratación de los consumidores –personas físicas y jurídicas– con aquellas personas físicas o jurídicas -no entidades de crédito- que, de manera profesional, concedan préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación. Si bien de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1.3 y en la disposición adicional única, serán de aplicación a los préstamos hipotecarios otorgados por estos profesionales no entidades de crédito la Orden EHA 2899/2011 y toda norma que contenga un régimen de mayor protección de los consumidores y usuarios.

Pues bien, no obstante las dificultades derivadas de toda esta normativa descoordinada, se puede concluir que, al margen de los supuestos de especial aplicación a los préstamos destinados a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario –intereses moratorios del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y reglas especiales de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del Real Decreto-ley 6/2012–, la normativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y de protección de los consumidores de este tipo de productos financieros es aplicable en los siguientes supuestos: a) préstamos y créditos hipotecarios que recaigan sobre una vivienda, aunque ésta no tenga el carácter de vivienda habitual, siempre que pertenezcan a una persona física, aunque el propietario –que también se considera cliente– no sea el prestatario que puede ser una persona jurídica, y con independencia de la finalidad del préstamo, es decir, aunque sea de tipo mercantil; b) préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física y que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Y, además, las normas contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios serán aplicables a los préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado y el carácter de su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno, en su caso, a su actividad empresarial o profesional.

De acuerdo con esta hermenéutica es evidente que la operación jurídica garantizada en la escritura de hipoteca objeto de este recurso queda excluida de la aplicación de la normativa sobre consumidores, ya que se trata de un préstamo hipotecario con destino a la refinanciación parcial de un préstamo otorgado para la adquisición de locales comerciales que son objeto de explotación en régimen de arrendamiento y, además, para cubrir el fondo de maniobra asociado y los costes de transacción de la misma, préstamo que se concede a una sociedad anónima, que actúa como vehículo de un gran fondo de inversión francés –así se dice en el recurso–, y que tiene por objeto social la adquisición, rehabilitación, construcción y arrendamiento de toda clase de bienes inmuebles.

4. En cuanto al alcance de la calificación registral en materia de hipotecas, procede recordar la doctrina enunciada por este Centro Directivo desde la Resolución de 1 de octubre de 2010. En este sentido, destaca la reciente Resolución de 3 de octubre de 2014, referida también a un supuesto de refinanciación preconcursal empresarial en que tampoco era aplicable la normativa sobre consumidores, en cuyo fundamento de Derecho segundo se afirmó que: «(...) procede aclarar como cuestión previa los cánones de interpretación que han de seguirse en la interpretación del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de que debe prevalecer sobre la interpretación aislada de dicho precepto, el canon de interpretación sistemática, lo que permite llegar a una conclusión coherente con el resto del ordenamiento civil y registral en que se inserta el precepto, atendiendo a los requisitos de inscripción que prevé la legislación hipotecaria para el acceso al Registro de los derechos reales con su correspondiente contenido, y concretamente el requisito de legalidad derivado de la calificación registral de las cláusulas del derecho real de hipoteca cuya inscripción es constitutiva y determinante del ejercicio de la acción real directa hipotecaria. Dicha interpretación acerca de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras a que se refiere el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, resulta de la doctrina de este Centro Directivo mantenida en las Resoluciones más recientes, a partir de las Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, y luego en las de 8 de junio y 16 de agosto de 2011, completadas por las de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013. Esa es también la doctrina que puede deducirse de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (sobre la fundamental exigencia del principio de especialidad en la determinación del contenido de los

derechos reales), de 16 de diciembre de 2009 (sobre requisitos de inscripción y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado) y de 13 de septiembre de 2013 (sobre calificación registral de la nulidad «apud acta» de las cláusulas de vencimiento anticipado). Partiendo de esta interpretación sistemática del citado párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta las referidas sentencias y resoluciones, lo relevante, a efectos del presente expediente, es que el párrafo segundo de dicho precepto no excluye la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, sin perjuicio de las matizaciones de la misma en los supuestos del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal como resulta de las propias Sentencias y de las Resoluciones de este Centro Directivo. Lo que en todo caso resulta del precepto, al incluir dichas cláusulas en la inscripción del derecho real de hipoteca como objeto de inscripción dentro del contenido de la misma, es la aplicación a las mismas de los efectos de toda inscripción, una vez que hayan sido inscritas en el Registro, como son la legitimación registral, la salvaguarda del asiento por los tribunales, la fe pública registral, la preferencia y rango registral y la inscripción constitutiva propia de la hipoteca y de su total contenido inscrito, lo que requiere precisamente el requisito de la calificación registral conforme al principio de legalidad, sin perjuicio de las particularidades de dicha calificación en este concreto ámbito. Por otra parte, también resultan del citado párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria las especialidades respecto a la forma de consignar en la inscripción el contenido de cláusulas a que el mismo se refiere, que guardan estrecha relación e identidad con la forma de consignación registral de las condiciones suspensivas y resolutorias que establece la regla 6.a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, la cual, frente a la regla general de consignación registral de la «extensión circunstanciada» del contenido de los derechos reales, en dichos supuestos de condiciones suspensivas y resolutorias, prevé la «copia literal» de las mismas en la inscripción del derecho real de que se trate, lo que el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria aplica igualmente a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, lo cual obedece a la necesidad de claridad y transparencia por la especial complejidad y trascendencia de este tipo de cláusulas, pero sin que pueda confundirse la forma concreta de redacción del asiento desde el punto de vista formal respecto a dichas condiciones y cláusulas, con el alcance sustantivo que tiene la inscripción en nuestro sistema, que en ningún caso es de mera publicidad noticia o de transcripción».

Y en este sentido, la misma Resolución de 3 de octubre de 2014 en su fundamento de Derecho sexto señala que «según el Preámbulo de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley Hipotecaria (apartado VII, párrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene «por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa». Esa configuración registral uniforme exige precisar su contenido, determinando las circunstancias que debe recoger la inscripción, pero sin excluir la calificación del registrador, como lo demuestra el hecho de que el legislador la deje expresamente a salvo y modifique sólo la regulación del contenido de las inscripciones de hipoteca, no sus requisitos y efectos, como expresamente afirma su Exposición de Motivos. Un resultado que se impone por sí mismo cuando se interpreta el citado precepto tomando en consideración los objetivos perseguidos por el legislador con la reforma y previo un adecuado análisis del precepto que garantice su coherencia tanto con los principios que rigen nuestro sistema registral como con la normativa específica que regula otros aspectos del mercado hipotecario. Es decir, se hace de él una interpretación no sólo literal, sino también teleológica y sistemática, refrendada, en este caso, con especial fuerza, por la realidad social en que ha de ser aplicada (artículo 3.1 del Código) que ha experimentado notables cambios en relación a la situación que se vivía cuando se promulgó».

Una cosa, sigue diciendo la citada Resolución, es que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria haya de ser interpretado a la luz del criterio hermenéutico de la sistemática de la norma y que, en consecuencia, haya de tomarse en consideración dicha legislación tuitiva de los consumidores para fijar el sentido y alcance del mandato contenido en el referido artículo 12, y otra distinta es que, como erróneamente parece entender el recurrente, una vez fijado dicho sentido una vez agotada la actividad interpretativa, pretenda reducirse el ámbito de aplicación material del precepto a los contratos en que una de las partes contratantes responda al concepto legal de consumidor».

Más reciente, la Resolución de este Centro Directivo, de 30 de marzo de 2015 ha señalado que «(...) es conveniente precisar cuál es, por disposición legal, el contenido inscribible de las escrituras de préstamo hipotecario, ya que el mismo determina un distinto régimen de las estipulaciones de las escrituras de préstamo hipotecario. Este contenido viene recogido en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria que dispone que «en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización», artículo cuya interpretación, como señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de septiembre de 2013 y viene reiterando esta Dirección General, no puede hacerse de forma aislada sino mediante su necesaria coordinación e integración con las otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros. Del indicado artículo resulta que el contenido del asiento de inscripción de hipoteca comprende la extensión propia del derecho real de hipoteca – extensión objetiva y responsabilidad hipotecaria–; la identificación de la obligación garantizada que, a su vez, incluye las cláusulas financieras determinantes de su contenido y las cláusulas de vencimiento anticipado determinantes de la posibilidad de su ejecución (ya lo sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por el ejecutivo ordinario), y en tercer lugar, aun cuando el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no se refiera a ellas, las cláusulas relativas a los distintos procedimientos de ejecución de la hipoteca –artículos 129 de la Ley Hipotecaria, 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes–. Es decir, lo que se inscribe es únicamente el derecho real de hipoteca, pero el contenido obligacional del título se hace constar en la inscripción en sus propios términos, no como tal crédito o préstamo en sí mismo considerado, sino en cuanto delimita el propio contenido del derecho real de hipoteca, delimitación que es imprescindible en un sistema de accesividad. Tal como se infiere del artículo 130 de la Ley Hipotecaria que sólo permite la ejecución hipotecaria directa «sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo», las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado se trasladan al asiento registral, bien porque determinan el contenido de la reclamación hipotecaria (cláusulas financieras) o bien porque fijan los requisitos necesarios (cláusulas de vencimiento de la obligación) para que ésta se ponga en marcha y le sirven de fundamento. Ahora bien, tales cláusulas financieras y de vencimiento anticipado sólo serán inscribibles si resultan conformes a la ley y, además, las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que se refieren al incumplimiento por el deudor de una obligación esencial o que responda a una causa adecuada, pero no cuando se trate de obligaciones accesorias o de incumplimientos irrelevantes tal como ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de diciembre de 2009; por lo que el registrador deberá fundamentar jurídicamente su exclusión de forma clara y suficiente, de acuerdo con las normas generales de la calificación. Junto a las citadas estipulaciones de trascendencia jurídico-real inmobiliaria que, como queda indicado, deben inscribirse si son conformes al ordenamiento jurídico y a la legislación

de protección de los consumidores, existen otras cláusulas que no conforman en modo alguno el contenido del asiento de inscripción de hipoteca y que, por tanto, no pueden tener acceso al Registro de la Propiedad simplemente por carecer de transcendencia jurídico-real inmobiliaria, como, por ejemplo, los apoderamientos, las fianzas u otros pactos de carácter personal. Respecto de estas cláusulas, la labor del registrador consiste en identificarlas, incluso aunque se encuentren incorporadas a otras de contenido predominantemente financiero, valorar su alcance real o meramente personal e indicar, como fundamento de su exclusión tabular, la carencia de transcendencia jurídico-real, ya que esa es la única razón para exclusión».

5. Fijado ya el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma, la forma de redactar este singular asiento registral y el distinto alcance de la variadas cláusulas que suelen contener las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios, procede ahora señalar, con el mismo criterio de interpretación sistemática y siguiendo las pautas marcadas por la citada Resolución de 3 de octubre de 2014 que se da por reproducido, cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en dichas escrituras atendiendo a la aplicabilidad o no de la normativa sobre transparencias de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y de protección de los consumidores.

A este respecto, debe señalarse que ni toda infracción legal permite considerar la cláusula transgresora como abusiva, ni la legislación de defensa de los consumidores y usuarios constituye el único canon normativo cuya infracción determina su exclusión de la publicidad registral, de acuerdo con el principio general de legalidad que rige en nuestro ordenamiento constitucional (vid. artículo 9 de la Constitución) y registral (vid. artículo 18 de la Ley Hipotecaria).

Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al registro de la propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Así ocurre, por ejemplo, con las prohibiciones de disponer, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, o con los derechos reales o cláusulas relativas a los mismos que no contengan las determinaciones legalmente prescritas, recogidas en los artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria, 51.6.ª de su Reglamento, 682 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.

Igualmente se podrán rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, ya sean éstas de carácter específico (por ejemplo, el pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso prohibido por el artículo 61.3 de la Ley Concursal), o referenciadas a los principios generales de la contratación (por ejemplo, el pacto que vulnere de forma objetiva el artículo 1256 del Código Civil o el pacto que excluya o no prevea la facultad de deudor, reconocida en el artículo 1129.3 del Código Civil, de completar la garantía concedida en caso de menoscabo de la misma).

Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (artículo 98 de la Ley Hipotecaria).

Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas cuya nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores, y aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación, porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013.

En estos supuestos el registrador, como señala entre otras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2014, deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma –normal o reforzada– que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, artículo 6 de la Ley 1/2013, etc.–.

Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, las cuales tendrán siempre transcendencia real, en la medida que habilitan el ejercicio de la acción hipotecaria y provocan la cancelación de las cargas posteriores por virtud de la purga registral –artículos 134 de la Ley Hipotecaria y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, además de lo ya expuesto en relación a la aplicabilidad general de las normas imperativas y prohibitivas, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos:

a) Según se infiere de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y también de las Sentencias del mismo Tribunal de 9 de marzo de 2001 y 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, la inscripción y validez de estas cláusulas exige que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes, sino que debe responder a una causa justificativa adecuada, la cual se encuentre relacionada bien con la obligación principal garantizada a la que debe estar vinculada de alguna manera o con la eficacia del derecho real de hipoteca –su rango, posibilidades de ejecución, etc.–, o bien con la conservación de la finca gravada o con las obligaciones inherentes a la misma que puedan constituir cargas preferentes (seguros, gastos de comunidad de propietarios o Impuesto sobre Bienes Inmuebles).

b) Según resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 es necesario que los términos de estas cláusulas de vencimiento anticipado cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate, sin que la concreción de los elementos que generen o sean susceptibles de generar tal vencimiento pueda dejarse al albedrío de una de las partes contratantes.

c) Según señalan, entre otras, las Resoluciones de 8 de junio de 2011 y 3 de octubre de 2014, la especial naturaleza o finalidad de la obligación garantizada influye en la determinación del carácter relevante o no de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado pactadas y, en consecuencia, en su inscribibilidad; provocando, igualmente, la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca.

En definitiva, el que el artículo 1129 del Código Civil sea una norma dispositiva, y la autonomía de la voluntad permita a las partes introducir nuevas causas de vencimiento anticipado, no significa que el incumplimiento de cualquier obligación, incluso extraña a la voluntad del prestatario, irrelevante, contraria a normas positivas o totalmente indeterminada, pueda provocar el vencimiento anticipado de la obligación principal.

6. Sentado lo anterior, procede ahora analizar si la calificación registral de las concretas cláusulas de la hipoteca rechazadas en el supuesto objeto de esta Resolución, es o no ajustada a Derecho. En aras a la claridad expositiva, seguiremos, en la medida de lo posible, el orden mantenido por el registrador en su nota, que ha sido respetado también por el recurrente en su escrito, y que consiste en agrupar las cláusulas denegadas en función de la razón genérica de su exclusión: cláusulas que carecen de trascendencia jurídico real inmobiliaria; cláusulas contrarias a la Ley; otras causas; así como la decisión de inscribir la hipoteca como en garantía de obligación futura o condicional.

7. Así, en primer lugar se deniega un conjunto de cláusulas por la razón genérica de «carecer de trascendencia jurídico real inmobiliaria (artículo 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento)». No se trataría, por tanto, de cláusulas nulas, abusivas o que vulneren un precepto concreto de la legislación hipotecaria, sino de cláusulas obligacionales, cuya validez no se cuestiona, pero que se han considerado por el registrador como completamente ajenas a la obligación garantizada, pues en su apreciación ni tienen carácter real, ni financiero, ni contribuyen a perfilar dicha obligación garantizada.

Cuando concurren tales circunstancias, efectivamente las estipulaciones hipotecarias no deben acceder al Registro, de acuerdo con los artículos 1.3.º, 2, 12 y 98 de la Ley Hipotecaria y 7, 9 y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario. No obstante, como se ha expuesto anteriormente, el registrador debe deslindar con precisión si estamos ante una cláusula de este tipo o bien, como señala el recurrente, ante cláusulas financieras, cláusulas de vencimiento anticipado o cláusulas que pueden contribuir a delimitar la obligación garantizada

Entre todas estas cláusulas cuya inscripción ha sido denegada por carecer de trascendencia real destacan las recogidas en la letra A) de la nota de calificación que determina la exclusión: «De la cláusula primera, las definiciones de Cuenta de Rentas y Cuenta de Reserva y la mención a los Contratos de Garantía de los Documentos Financieros y la definición de Garante. La definición de Ratio de Cobertura del Servicio de la deuda o DSCR y la de Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado».

La cláusula primera se destina a aclarar e interpretar los términos del contrato y en ella la Cuenta de Rentas se define como «la cuenta corriente titularidad del Prestatario en la que se harán efectivos los Ingresos en concepto de Renta, de conformidad con la cláusula 13.8», y la Cuenta de Reserva como «la cuenta corriente titularidad del prestatario en el que el prestatario deberá depositar una cantidad no inferior a 500.000 euros durante todo el plazo

del préstamo para cubrir los pagos del servicio de la deuda de conformidad con el Contrato, según se estipula en la cláusula 13.8.». A su vez, la cláusula 13.8 establece, respecto de la Cuenta de Rentas, que: «Sin perjuicio de que la Cuenta de Rentas será pignorada a favor del Prestamista, el Prestatario dispondrá de derechos exclusivos para la administración, gestión y disposición de los fondos que se encuentren ingresados en la Cuenta de Rentas, con las limitaciones que se establezcan en los Documentos Financieros en cada momento.–El Prestatario garantiza (e instruirá a todos los Arrendatarios presentes y futuros en este sentido), que los Ingresos en Concepto de Rentas se abonen en la Cuenta de Rentas. En caso de que cualquier Arrendatario efectúe cualquier pago de rentas por alquiler o cualquier otro concepto en una cuenta distinta, el Prestatario se obliga a ingresar tales cantidades en la Cuenta de Rentas de forma inmediata»; y respecto de la Cuenta de Reserva, que: «Sin perjuicio de que la Cuenta de Reserva ha sido pignorada en esta misma fecha a favor del Prestamista, el Prestatario se obliga a mantener un saldo mínimo en la Cuenta de Reserva de al menos quinientos mil euros (500.000 €), cuyo importe servirá como garantía del pago del servicio de la deuda bajo el Préstamo, tal y como se establece en la Cláusula 13.9 siguiente. Dicho depósito en la Cuenta de Reserva deberá constituirse por el Prestatario con anterioridad a la Fecha de la Disposición y el saldo de la cuenta deberá mantenerse por importe no inferior a 500.000 euros durante toda la vida del Préstamo vía Cash Sweep desde la Cuenta de Rentas o vía aportaciones de nuevos fondos por parte del Prestatario».

La cláusula primera también prevé que «Documentos Financieros significa: B) Los contratos de garantía (hipoteca, prendas y avales que se citan)»; y que «Garante significa: el avalista, la entidad francesa Holding Victor Hugo S.L.», lo cual, se encuentra relacionado con diversos extremos de la obligación principal, tales como constituir condición esencial de la concesión del préstamo (exponiendo B), condición suspensiva de la disponibilidad del mismo –en realidad de la entrega del efectivo– (cláusula 3.1), y, además, su no mantenimiento es causa de vencimiento anticipado de la obligación principal (cláusula 13.8).

La definición de «Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda o DSCR» es, según la cláusula primera «el ratio entre, por un lado, la previsión de Ingresos Netos Anuales –que forma la Cuenta de Rentas– más la cantidad depositada en la Cuenta de Reserva hasta 500.000 € y, por otro, la suma de los importes anuales que se hayan de destinar por el Prestatario para la amortización del principal, más los intereses devengados en virtud del Contrato, a contar desde la siguiente Fecha de Pago de Intereses. El DSCR se calculará con una periodicidad trimestral de acuerdo con lo establecido en cláusula 14.8 («Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda»)). A su vez, la cláusula 14.8 establece que: «El Prestatario se asegurará de que el Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda no sea inferior, durante el plazo de duración del Préstamo, al 135%. La Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda se calculará cada trimestre. Si el Prestatario incumpliera el Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda deberá, en el plazo de quince (15) Días Hábiles a contar desde la fecha de la comprobación del ratio financiero que evidencie el incumplimiento, reembolsar aquellos importes que resulten necesarios para que el Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda se restablezca de acuerdo con la cláusula 7.3. Únicamente una vez transcurrido dicho plazo de quince (15) Días Hábiles tal incumplimiento podrá tratarse como Supuesto de Vencimiento Anticipado. El Prestamista podrá utilizar el saldo en la Cuenta de Reserva por encima de 500.000 € para realizar amortizaciones parciales del Préstamo si el Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda no haya sido recuperado durante cuatro (4) trimestres consecutivos».

Y, por su parte, según la cláusula primera «Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado» significa «el ratio entre el Saldo Pendiente y el Valor de Mercado, ambos conceptos según el presente Contrato. Esta relación deberá calcularse al menos una vez al año de acuerdo con lo

establecido en cláusula 14.6». La cláusula 14.6 establece los porcentajes que debe mantener dicho ratio, la forma de cálculo, las obligaciones del prestatario, y el vencimiento anticipado en caso de incumplimiento de tales obligaciones. En concreto señala dicha cláusula que «si el Prestatario incumpliera el «Ratio de Cobertura sobre el Valor de Mercado» deberá, en el plazo de quince (15) Días Hábiles a contar desde la fecha de la comprobación del ratio financiero que evidencie el incumplimiento, reembolsar aquellos importes que resulten necesarios para que el Ratio de Cobertura sobre el Valor de Mercado se restablezca de acuerdo con la cláusula 7.3».

Además, hay que tener en cuenta que la cláusula 15.3 eleva a causa de vencimiento anticipado del préstamo el incumplimiento de las obligaciones señaladas en las cláusulas 13 y 14, las cuales, en cuanto a lo anteriormente expuesto, se encuentran vinculadas a la obligación principal, dada la finalidad del préstamo y porque las cuentas sirven para calcular los ratios (cláusulas 1 y 13.8) y el descenso de estos ratios es susceptible de generar amortizaciones parciales obligatorias (cláusulas 7.3, 14.6 y 14.8), las cuales, a su vez, pueden ser cubiertas con los fondos que formen parte de las referidas cuentas (cláusula 14.8).

Por todo lo anterior, las indicadas definiciones de Cuenta de Rentas, Cuenta de Reserva, Contratos de Garantía, Documentos Financieros y Garante, Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda y Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado, no sólo contribuyen a perfilar la obligación garantizada, sino que permiten aclarar supuestos de vencimiento anticipado y presupuestos para la disposición o entrega del préstamo (condiciones suspensivas). Consecuentemente, su exclusión de la inscripción no estaría justificada simplemente por «carecer de trascendencia jurídica real inmobiliaria» ya que sí la tienen, al contribuir a la identificación de la obligación garantizada y constituir causas de vencimiento anticipado y condiciones suspensivas de su disponibilidad. Procede, por tanto, la revocación de la nota de calificación en este punto por falta de motivación suficiente, salvo lo relativo a la pignoración de las cuentas por tratarse de una institución ajena al Registro de la Propiedad, sin que puedan admitirse los nuevos fundamentos de derecho –falta de determinación de la cláusula y exclusión de la facultad de completar la garantía menoscabada–, que respecto de este defecto introduce el registrador en su informe.

8. Aparte del supuesto analizado en el fundamento de Derecho anterior, un primer grupo de cláusulas denegadas exclusivamente por «carecer de trascendencia jurídico real inmobiliaria», cuya alegación debe considerarse insuficiente, viene constituido por los siguientes pactos: B) «De la cláusula segunda, apartado 2.2. Destino del Préstamo, el primer párrafo». Dispone el párrafo denegado que: «El Préstamo debe destinarse (i) a la refinanciación parcial de un préstamo en vigor que fue otorgado para la adquisición del inmueble y (ii) para cubrir el fondo de maniobra y los costes de transacción». C) «De la cláusula Tercera. Disposición, del apartado 3.1 el segundo párrafo. No se transcriben tales condiciones suspensivas por su carácter personal y porque para su constancia en el Registro, se requerirá que por las partes se acredite en documento público, que se ha dispuesto del importe del préstamo. La Cláusula 3.1, relativa a la disposición del préstamo, prevé que debe confirmarse el cumplimiento de las condiciones suspensivas previstas en el Anexo I. El párrafo denegado, párrafo segundo, se refiere a los requisitos de forma y de tiempo de la solicitud de disposición que el prestatario debe presentar al prestamista». D) «De la cláusula sexta, apartado 6.2, el punto b)». El apartado 6.2 se refiere a la «Amortización del Principal», estableciendo el punto b) que «la amortización prevista en la presente cláusula se realizará sin perjuicio de la amortización que corresponda por medio de los ingresos que el Prestatario pudiera obtener de la transmisión del Inmueble, conforme a lo previsto en el apartado 7.2 siguiente». Y E) «De la cláusula séptima, apartado 7.1, desde «habrá de regirse» hasta «amortización ordinaria»». El apartado 7.1 establece

que: «No está prevista la amortización anticipada voluntaria del Préstamo, pero en caso de producirse (lo que requerirá, en todo caso, la autorización del Prestamista) habrá de regirse por cláusula 6.2 anterior. Por tanto, la amortización del Préstamo se realizará siempre por el importe establecido en la cláusula 6.2 y en las Fechas de Amortización Ordinaria. Cualquier amortización extraordinaria llevará aparejada la obligación del Prestatario de abonar los costes de ruptura establecidos en la cláusula 16.3 (Costes de ruptura)».

Todas estas estipulaciones tienen un claro carácter de financieras por lo que, como ocurre con las examinadas en el fundamento de derecho anterior, tampoco pueden ser excluidas de la inscripción bajo el único argumento de su falta de trascendencia jurídico-real inmobiliaria. Así la cláusula 2.2, que se refiere al destino del préstamo, en la medida en que éste se vincula a la adquisición del inmueble hipotecado y a su explotación comercial, contribuye a la identificación de la obligación garantizada. Y el pacto 3.1, que supedita la disponibilidad del préstamo al cumplimiento de unas condiciones suspensivas, debe acceder indudablemente al registro de conformidad con lo que dispone el artículo 142.1 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de la Resolución de 17 de marzo de 2000, en cuanto determina el efectivo nacimiento de la obligación garantizada y, además, si tenemos en cuenta que, según la nota de calificación: «la hipoteca se inscribiría como en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva», la causa de denegación del presente pacto implica una contradicción evidente.

Y lo mismo ocurre, por último, respecto a las estipulaciones 6.2 y 7.1, que regulan respectivamente la amortización anticipada del principal con los ingresos que se obtengan con la transmisión del inmueble hipotecado y la amortización anticipada voluntaria previa autorización del prestamista, ya que es indudable que las reglas de amortización del principal, tanto ordinaria como anticipada voluntaria o forzosa, tienen un marcado carácter financiero, por lo que constituyendo las estipulaciones rechazadas parte de un sistema de complejo de amortización y sin prejuzgar que puedan existir motivos fundados para su denegación, ésta no puede apoyarse en la repetida falta genérica de eficacia real y tampoco es posible admitir ahora los nuevos fundamentos jurídicos -prohibición de disponer encubierta- expuestos por el registrador en su informe, salvo lo que se dirá respecto de la estipulación 6.2 en el fundamento de Derecho decimosexto.

9. Sin embargo, existe otro grupo de cláusulas respecto de las cuales la simple alegación, como motivo de la denegación, de «la carencia de trascendencia jurídico real inmobiliaria», en los términos que se han expuesto anteriormente, sí debe considerarse suficiente. Estas cláusulas son: F) «De la cláusula undécima, el apartado 11.2 Mitigación»: Dispone el apartado denegado que: «Si surgieran circunstancias que provocasen o fuesen a provocar tras la entrega de la correspondiente notificación, que el Prestatario estuviera obligado a pagar al Prestamista cualesquiera importes adicionales según la cláusula 9.1. («Importes íntegros») o a pagar al Prestamista costes incrementados según cláusula 10.1 («Costes incrementados») o a reembolsar cualquier importe según cláusula 11.1 («Ilegalidad»), entonces, sin limitación, reducción u otra clasificación alguna de las obligaciones del Prestatario en virtud de dichas cláusulas y sin necesidad que el Prestamista tome acción alguna que a su juicio podría resultar perjudicial para él o entrar en conflicto con sus políticas bancarias, el Prestamista deberá (sin estar legalmente obligado a ello) tomar las medidas a su juicio razonables para eliminar tales circunstancias o mitigar aquellas consecuencias para el Prestatario». G) «Toda la cláusula duodécima». La cláusula duodécima, bajo la rúbrica «Declaraciones y Garantías» consiste en una serie de manifestaciones efectuadas por el prestatario, reconociendo que «el prestamista ha formalizado el presente contrato al amparo de dichas declaraciones y garantías» y que se refieren a su «Status», «Facultades y capacidad», «Validez legal» de los documentos financieros, «Ausencia de conflicto» con leyes y contratos, «Inexistencia de supuestos de

vencimiento anticipado», «Autorizaciones y aprobaciones», «El inmueble», «Licencias. Aspectos medioambientales», «Prelación de garantías», «Litigios», «Información», «Impuestos», «Insolvencia», «Inexistencia de obligación de constituir garantías», «Cumplimiento de normas legales y reglamentarias» y «Fechas de las declaraciones y garantías». Y LI) «De la cláusula décimo sexta, apartado 16.1 del último párrafo desde «y a tomar las medidas» hasta el final del apartado». El apartado 16.1 se dedica a regular las indemnizaciones que debe satisfacer el prestatario al prestamista, indicando el párrafo denegado que «el prestamista se compromete a notificar al prestatario de cualquier reclamación y a tomar las medidas razonables para mitigar cualesquiera costes, pérdidas, responsabilidades o gastos que pudieran producirse para el Prestamista y de las que será indemnizado por el Prestatario en virtud de la presente cláusula. El Prestamista no deberá allanarse a procedimiento alguno sin haber concedido al Prestatario un preaviso con una antelación de al menos cinco (5) Días Hábiles notificando su intención de hacerlo. Si existe más de un (1) Prestamista, en caso de un procedimiento contra más de un Prestamista con respecto al mismo asunto, todos los Prestamistas deberán estar representados por la misma asistencia letrada».

Así, las estipulaciones 11.2 y 16.1, relativas al compromiso del prestamista de mitigar las consecuencias perjudiciales para el prestatario, por la obligación del pago de importes adicionales en caso de concurrencia de las circunstancias que se pactan detalladamente, sí tiene encaje en los pactos de naturaleza puramente personal, ya que no tiene naturaleza real, ni financiera, ni contribuye a perfilar la obligación garantizada. En realidad no pasa de ser una declaración de buenas intenciones totalmente indeterminada que, conforme a los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6.^a de su Reglamento no debe tener acceso al Registro, por lo que procede confirmar la nota de calificación en cuanto a este defecto.

Por su parte, respecto a la cláusula 12.^a de «declaraciones y garantías», como señala el registrador en su informe, recoge una serie de afirmaciones que han constituido elementos previos a la formación de voluntad del prestamista; procesos previos que son absolutamente irrelevantes desde el punto de vista registral, puesto que el consentimiento negocial ha sido ya prestado y la hipoteca concertada. En consecuencia, tales manifestaciones del prestatario encajan plenamente en la causa de denegación señalada en la nota de calificación de falta de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, estimándose correctamente denegado su acceso al Registro.

10. Otro grupo de defectos recurridos, en los que la causa de denegación es también la ausencia de «trascendencia jurídico-real inmobiliaria», se concentra en los pactos contenidos en la cláusula decimotercera bajo la rúbrica «obligaciones societarias del prestatario», y son los siguientes: H) «De la cláusula décimo tercera, los apartados 13.1, 13.2, 13.3, 13.4, 13.7, 13.9, 13.13, 13.14, 13.15» (obligaciones relativas a «Duración» de estas obligaciones, «Información financiera», «Certificados de cumplimiento», «Autorizaciones», «Validez y exigibilidad de los contratos de garantía», «Garantías», «Fusiones y operaciones de reestructuración societaria», «Notificación de la concurrencia de un supuesto de vencimiento anticipado» y «Ratificación de los documentos financieros»). I) «De la cláusula décimo tercera, los apartados Cuenta de Renta y Cuenta de Reserva». J) «De la cláusula décimo tercera, el apartado 13.12, desde «o renunciar a sus derechos» hasta «documentos financieros»», que comprende renunciaciones a derechos, beneficios e intereses que puedan afectar a la capacidad del prestatario para cumplir las obligaciones derivadas de cualquier documento financiero.

Sin entrar a valorar el contenido concreto de cada una de estas denominadas «obligaciones societarias del prestatario», no parece que pueda decirse que, en general, estas obligaciones

tengan una relevancia especial en relación con la obligación garantizada, pues aparte del carácter genérico e indeterminado de alguna de ellas, su incumplimiento no desvirtúa la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. Esta afirmación tiene como excepción el defecto letra I), por la vinculación de las Cuentas de Renta y Reserva con el devenir de la obligación principal garantizada –determinación y utilización para el pago de amortizaciones anticipadas obligatorias– analizado al tratar del defecto de la letra A) del fundamento de Derecho número siete.

Sea como fuere, lo cierto es que la cláusula 15.3 eleva su incumplimiento –el de todas las obligaciones de la cláusula 13.^a a la categoría de causa de vencimiento anticipado del préstamo y, por tanto, no puede admitirse el rechazo de la inscripción de esta cláusula con una fundamentación circunscrita en que los pactos que comprende carecen de trascendencia real inmobiliaria ya que, como afirmó la resolución de 3 de octubre de 2014, dichas cláusulas tendrán o no trascendencia real según se inscriban o no, es decir, su falta de trascendencia real es efecto, no causa, de su falta de inscripción.

En consecuencia, el defecto tal y como está formulado no puede ser confirmado, sin que tampoco puedan tenerse en consideración, dentro del ámbito de este recurso, las afirmaciones del registrador en su informe relativas a la indeterminación y carácter accesorio de muchas de las obligaciones de referencia, porque tales circunstancias no fueron los motivos de la suspensión señalados en la nota de calificación recurrida, sino única y exclusivamente la falta de trascendencia real de tales cláusulas., y como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resolución de 29 de febrero de 2012), el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

11. Encuadrables también en el anterior grupo de cláusulas cuyo incumplimiento se pacta que provoque el vencimiento anticipado de la obligación principal, y respecto de las cuales la nota recurrida sólo argumenta como motivo de rechazo su carencia de eficacia real, se encuentran las siguientes: K) «De la cláusula décimo cuarta, los apartados 14.3, 14.4, del 14.5 del tercer párrafo desde «el prestatario realizará» hasta «la aseguradora» y el último párrafo del apartado 14.5, 14.7,14.8, 14.9, 14.10 menos la primera frase, 14.11, Y del apartado 14.13 desde «en la que obvie» hasta «fondos recibidos», el 14.14, 14.15, 14.16»: estos puntos se refieren, respectivamente, al presupuesto de explotación del inmueble, el informe anual del inmueble, los seguros sobre el mismo, la posibilidad de nuevas tasaciones, la ratio de cobertura del servicio de deuda, los aspectos ambientales, las reparaciones y las modificaciones en el inmueble, el supuesto de expropiación forzosa, la supervisión del inmueble, el informe sobre las propiedades en cartera del prestatario y la licencia de apertura y funcionamiento del inmueble. Y L) «De la cláusula décimo quinta, el apartado 15.5, 15.6, 15.8 menos las dos últimas frases, 15.10, 15.11»: estos puntos se refieren al cese del negocio, la ilegalidad sobrevenida de alguna obligación del prestatario, la resolución o inejecutabilidad de las garantías –prendas y avales– asociadas a la hipoteca, el incumplimiento de los ratios del préstamo sobre el valor del mercado y/o de la cobertura del servicio de deuda –DSCR–, y el impago de comisiones.

Así, a la cláusula decimocuarta, que establece las «obligaciones del prestatario en relación con el inmueble» y sin necesidad entrar tampoco a valorar el contenido concreto de cada una de esas obligaciones, le es aplicable lo manifestado en el fundamento de derecho décimo respecto a la revocación de la nota de calificación, en la medida en que la cláusula 15.3

eleva también su incumplimiento a la categoría de causa de vencimiento anticipado, y la fundamentación jurídica de la nota de calificación recurrida es exclusivamente la carencia de eficacia real inmobiliaria del contenido del pacto.

Y lo mismo cabe decir de los supuestos excluidos de la propia cláusula decimoquinta, que se dedica a regular, directamente o por remisión, las causas de vencimiento anticipado del préstamo garantizado y, por tanto, dado que los indicados pactos (15.5, 15.6, 15.8, 15.10 y 15.11) se deniegan basándose en su falta de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, sin mayor fundamentación, se reitera lo expuesto en los puntos anteriores respecto a la doctrina emanada de la Resoluciones de 3 de octubre de 2014 y de 30 de marzo de 2015 según las cuales, en estos supuestos, la simple alegación de tratarse de pactos con falta de efectos reales frente a terceros, no sólo es errónea sino que, además, implica una carencia de motivación o fundamentación de la suspensión, pues, en este tipo de cláusulas, la falta de trascendencia real es un efecto de la falta de inscripción y no su causa.

Además, respecto del incumplimiento de los ratios «del préstamo sobre el valor del mercado» y/o «de cobertura del servicio de deuda o DSCR», cuyo descenso supone la necesidad de realizar una amortización parcial de la obligación principal en la cantidad suficiente para restablecerlo, y respecto del impago de las comisiones pactadas, se recuerda que constituyen cláusulas financieras, que, además, en este caso se encuentran cubiertas con una responsabilidad hipotecaria específica (cfr. Resolución de 1 de octubre de 2010), por lo que por esta razón también debe fundamentarse suficientemente su rechazo.

En este sentido es reiterada la doctrina de este Centro Directivo de que cuando la calificación del registrador sea desfavorable, es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011 y 20 de julio de 2012, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador en la nota de calificación que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso. Por este motivo, tampoco pueden admitirse en este ámbito los nuevos defectos que el registrador manifiesta en su informe.

Por ello, sólo la expresión final del tercer párrafo de la cláusula 14.5 que dice: «el prestatario realizará sus mejores esfuerzos para que estos extremos sean acreditados por la aseguradora mediante la firma de sus representantes en la notificación que se remite a la aseguradora», que constituye una mera declaración de intenciones sin la determinación suficiente, puede denegarse alegando exclusivamente que se trata de un pacto de naturaleza personal.

12. Por su parte el defecto letra M) excluye la inscripción «de la cláusula vigésimo segunda, apartado E), el segundo párrafo». La cláusula vigesimosegunda regula la responsabilidad hipotecaria, y su apartado E) concretamente la responsabilidad por «gastos y comisiones». En relación con estos gastos, se deniega el párrafo que afirma que «en cuanto a los pagos en

cuestión, el Prestamista queda irrevocablemente autorizado para hacer frente a los mismos por cuenta del Prestatario, pero únicamente en la medida en que su impago pueda perjudicar su garantía». Y el defecto letra Ñ) excluye la inscripción «de la cláusula vigésimo séptima, el primer párrafo»: se refiere el párrafo denegado al apoderamiento del prestatario al prestamista para la subsanación de defectos y el otorgamiento de cuantos documentos sean necesarios para ellos.

Comenzando por este último defecto letra Ñ), se considera correctamente denegada la cláusula de apoderamiento para subsanar defectos, precisamente por su naturaleza exclusivamente personal y no financiera, al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, tal como resolvió expresamente para una cláusula idéntica este Centro Directivo en las Resoluciones de 1 de octubre de 2010 y de 11 de enero de 2011.

Tal parecería que la misma solución debería adoptarse respecto de la autorización de pago a que se refiere el defecto letra M), ya que cabe afirmar que se trata de un apoderamiento por lo que, en principio, le sería aplicable el artículo 98 de la Ley Hipotecaria y la doctrina emanada de las dos citadas resoluciones. Sin embargo, mientras esas resoluciones rechazan un apoderamiento para realizar declaraciones y subsanaciones ante notarios y registradores, es decir, facultan para cuestiones absolutamente ajenas al derecho real de hipoteca y al préstamo garantizado; el presente supuesto afecta a una cláusula relevante desde la perspectiva procesal y de la configuración del derecho real de hipoteca, pues se refiere a la facultad que se concede al prestamista de pagar por el deudor aquellos gastos que están expresamente cubiertos por un concepto de la responsabilidad hipotecaria por encontrarse «estrechamente relacionados con la obligación garantizada y con la conservación y efectividad de la garantía», facultad cuyo ejercicio genera el nacimiento de esas obligaciones complementarias garantizadas y que en esa medida es inscribible.

Por tanto, dicho poder o autorización adquiere relevancia registral por su contenido, en la medida en que se relaciona estrechamente con la posible ejecución de la hipoteca o más precisamente con la cuantía de la demanda ejecutiva. De este modo, a semejanza del poder previsto en el artículo 234.1.3.^a del Reglamento Hipotecario para la venta extrajudicial, sí que puede tener acceso al Registro la autorización de referencia.

13. Recoge, por último, la nota de calificación la denegación, bajo el paraguas del defecto de «carencia de trascendencia jurídico real inmobiliaria», de un conjunto de cláusulas de diversa índole que analizaremos por separado en este fundamento de derecho. La primera de ellas es la identificada en el defecto letra N) que excluye «de la cláusula vigésimo cuarta, del apartado g) desde «en caso de que» hasta «establezca el préstamo»». La cláusula vigesimocuarta regula el «ejercicio de sus derechos por el prestamista» en relación, fundamentalmente, a la ejecución de la hipoteca. El párrafo denegado establece que: «En caso de que el prestatario incumpla cualquiera de las obligaciones de pago que para él se derivan del préstamo, se den los requisitos previstos en la cláusula 15.12 («Declaración de vencimiento anticipado») y transcurrido el periodo de gracia que, en su caso, establezca el préstamo», «el prestamista estará facultado para ejercitar sus derechos y ejecutar las diferentes garantías (...)».

No puede denegarse el acceso al Registro de la Propiedad a esta cláusula por la simple razón de carecer de trascendencia real inmobiliaria, pues la ejecución de la hipoteca es quizá el aspecto de mayor trascendencia jurídico-real inmobiliaria de todos los previstos en una escritura de hipoteca, y el incumplimiento de las obligaciones de pago derivadas del propio

préstamo garantizado o la concurrencia de un supuesto de vencimiento anticipado, son las eventualidades naturales que facultan al acreedor para el ejercicio de la acción ejecutiva (artículos 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 129 de la Ley Hipotecaria, etc.).

Además, de acuerdo con el artículo 130 de la Ley Hipotecaria el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse sobre la base de aquellos extremos del título que se hayan reflejado en la inscripción de hipoteca, lo que hace necesaria la inscripción de la presente cláusula. Otra cuestión distinta sería si el simple incumplimiento de algunos pagos derivados de gastos u obligaciones accesorias o complementarias o cualquier causa de vencimiento es susceptible de provocar la realización de la hipoteca por el procedimiento de ejecución directa o debería aclararse esta circunstancia en la escritura, pero dado que el registrador no ha basado su defecto en este argumento, no procede entra ahora en su estudio.

Por su parte, el defecto letra O) rechaza la inscripción «de la cláusula trigésima, del apartado 30.3, párrafo segundo, desde «a este respecto» hasta «secreto bancario», el apartado 30.5 «revelación de información», y de la cláusula trigésimo primera, lo relativo a la prueba fehaciente de la deuda, por ser materia de apreciación jurisdiccional».

La cláusula trigésima, en sus apartados tercero y quinto, se refiere a la revelación de los datos personales del prestatario en caso de cesión del crédito, cuestión de naturaleza estrictamente personal y ajena a la obligación garantizada, por lo que se considera correctamente denegado su acceso al registro al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, la cláusula trigésima primera se dedica al «cálculo y prueba fehaciente de la deuda», por lo que la denegación de la expresión «prueba fehaciente», que va asociada al mantenimiento de cuentas que prueben los importes prestado en cada momento y debidos al prestamista, no puede ampararse en que carece de trascendencia jurídico-real inmobiliaria ni siquiera en la referencia a que es materia de apreciación judicial, sin perjuicio que se pueda hacer valer en el procedimiento el error en la determinación de la cantidad exigible (cfr. artículo 695.1.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El cálculo y la prueba de la deuda son cuestiones de gran importancia desde el punto de vista del procedimiento de ejecución, por lo que su trascendencia jurídico-real inmobiliaria está fuera de toda duda (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria), y de admisión, tratándose el acreedor de una entidad de crédito, recogida en los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 572.2 y 573.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; procediendo, en consecuencia la revocación de la nota de calificación en cuanto a este punto.

El defecto letra P) excluye la inscripción «de la cláusula trigésimo segunda, el apartado 32.1». Dispone el apartado denegado que: «La falta de o el retraso en el ejercicio por parte del Prestamista de cualquier derecho o recurso en virtud del presente Contrato no debe considerarse una renuncia al mismo; el ejercicio ocasional o parcial de cualquier derecho o recurso no impedirá que se vuelva a ejercer dicho derecho o recurso o cualquier otro derecho o recurso. Los derechos y recursos establecidos en el presente Contrato son cumulativos y no exclusivos con respecto de cualquier derecho o subsanación establecidos por Ley». Esta cláusula no se puede calificar que el pacto tenga un carácter estrictamente personal y ajeno a la obligación garantizada, ya que contribuye a aclarar la forma de ejercicio de las acciones hipotecarias; por lo que no se considera correctamente denegada la misma al amparo exclusivamente del artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Y, por último el defecto letra Q) deniega el acceso al registro «de la cláusula trigésimo séptima, lo relativo al anexo 3 y la Cláusula Final Requerimiento». El Anexo 3 se refiere a la comunicación a la entidad aseguradora sobre la creación de prenda sobre los derechos de crédito derivados de la póliza de seguro, y la cláusula final de requerimiento se refiere al requerimiento que las partes hacen a la notaria autorizante para que por acta separada notifique a la entidad aseguradora. Se tratan en este caso de cláusulas relativas a una actuación futura de notificación, relativas a una garantía ajena al derecho real de hipoteca, por lo que se considera correctamente denegado su acceso al Registro de acuerdo con el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

14. Un segundo grupo de cláusulas se rechazan «por ser contrarias a la Ley», indicándose para cada una de ellas el artículo o norma violada que constituye el motivo concreto de su denegación, por lo que se hace necesario analizarlas por separado.

En primer lugar, por el defecto letra A) de este segundo grupo de cláusulas denegadas, se rechaza la inscripción «de la cláusula quinta, el apartado 5.5. Capitalización de intereses no pagados, de la cláusula décimo sexta, el apartado 16.2, por ser una limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero establecida en el art 114 LH». Esta cláusula 5.5 establece, bajo la rúbrica de «capitalización de intereses no pagados», que: «En virtud del artículo 317 del Código de Comercio, las Partes acuerdan por medio de la presente y de forma expresa la capitalización de los intereses ordinarios vencidos y no pagados para cada trimestre, que devengarán intereses adicionales al tipo de los Intereses de Demora que resulte aplicable. Además, los Intereses de Demora vencidos y no pagados serán igualmente capitalizados, devengando intereses al tipo aplicable de los Intereses de Demora». Y, por su parte, el apartado 16.2 establece que: «A los efectos de la presente cláusula 16 y la cláusula 10 («Costes incrementados”1), cualquier importe impagado deberá considerarse una disposición bajo el Préstamo y, en consecuencia, en ambas cláusulas el término «disposición» comprende cualquier importe impagado».

El registrador deniega ambas cláusulas «por ser una limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero establecida en el artículo 114 LH». El recurrente defiende la validez del pacto de anatocismo al amparo de los artículos 317 del Código de Comercio y 1109 Código Civil, así como la no aplicación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria a los supuestos anteriores.

El rechazo a la inscripción del pacto de anatocismo, sin perjuicio de su licitud en el plano puramente obligacional, ha sido una constatación de este Centro Directivo en numerosas Resoluciones, desde la Resolución de 20 de mayo de 1987 hasta las de 19 y 25 de marzo de 2008 pasando por las de 28 de enero de 1998 y 16 de julio de 1996; basándose en la consideración de que dicho pacto supone una vulneración del principio de especialidad registral, una de cuyas manifestaciones es la limitación prevista en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que no permite que se produzca un trasvase de importes entre las diferentes partidas de responsabilidad hipotecaria, y posibilita que en la práctica procesal se admitan certificados bancarios determinativos de la cantidad exigible en que en el concepto de principal se incorporan los intereses capitalizados.

Pero es indudable que el pacto de anatocismo tiene naturaleza financiera y que, como señala el recurrente, se trata de un pacto válido desde el punto de vista civil y mercantil (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1994 y de 4 de junio de 2009), por lo que si

aplicamos la interpretación que esta Dirección General viene sosteniendo acerca del alcance del vigente artículo 12 de la Ley Hipotecaria, que en esta Resolución es reiterada, consistente en que todas las cláusulas financieras válidas son inscribibles si no existe norma hipotecaria que lo impida, deberemos replantearnos si realmente el artículo 114 de la Ley Hipotecaria constituye suficiente argumento para impedir su constancia registral. En este sentido, es claro, que los intereses capitalizados no estarán cubiertos por la responsabilidad hipotecaria por ningún concepto, pero por ello no dejan de constituir una cantidad exigible al deudor, al igual que los intereses que excedan de la cantidad garantizada por este concepto o de los gastos complementarios que no estuvieren especialmente garantizados. En consecuencia, los intereses capitalizados formarán parte, como cantidades debidas adicionales, de la certificación bancaria determinativa del saldo líquido, que el acreedor podrá cobrar del sobrante del remate de la subasta si no hay acreedores inscritos posteriores o, en su caso, mediante el procedimiento de ejecución ordinaria subsiguiente a la ejecución hipotecaria, por tratarse de hipoteca sobre locales y no aplicarse el artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria.

Si se consideran inscribibles (cfr. Resoluciones de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011), las cláusulas relativas a comisiones, gastos, impuestos y primas de seguros, por ser cláusulas financieras, con independencia de que estén o no cubiertas con una responsabilidad hipotecaria específica, no se ve razón para que no se considere también inscribible el pacto de anatocismo; por lo que procede revocar la nota de calificación respecto de este defecto.

15. En el defecto letra B) se excluye la constancia registral «de la cláusula séptima, apartado 7.2. los dos primeros párrafos, y de la cláusula décimo quinta, el apartado 15.7, relativos a la expropiación forzosa, por estar regulada ésta en el artículo 110-2 de la LH y 8 de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa, y ser pacto personal carente de eficacia real». Dispone en concreto la cláusula 7.2 bajo la rúbrica «amortización anticipada obligatoria» que: «Sin perjuicio de la cláusula 7.1 anterior, el pago de los importes pendientes en virtud del Préstamo, será obligatorio como sigue, y sujeto al pago de la comisión por amortización anticipada según cláusula 16.3 («Costes de Ruptura»). En caso de expropiación forzosa de la totalidad o parte del Inmueble, un importe igual al de los ingresos obtenidos por la venta menos los impuestos y costes provocados por dicha venta (hasta los importes pendientes en virtud del presente Contrato) se utilizará para reembolsar todos los importes pendientes en virtud del presente Contrato, sin perjuicio del derecho del Prestamista de declarar el Vencimiento Anticipado del préstamo según cláusula 15.12 («Declaración del vencimiento anticipado») si la expropiación forzosa parcial provocara la concurrencia de un Supuesto de Vencimiento Anticipado».

Por su parte, la cláusula 15.7 prevé el vencimiento anticipado en caso de que: «La totalidad o parte del Inmueble sea objeto de una expropiación forzosa o la autoridad local competente emite una resolución para la expropiación forzosa del mismo siendo razonablemente previsible que dicha expropiación u orden afecte la capacidad del Prestamista para amortizar el Préstamo, salvo por lo establecido en las cláusulas («Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado») y 14.13 («Expropiación forzosa»)».

En ambos casos, ya se trate como vencimiento anticipado o como amortización anticipada obligatoria, se considera correctamente denegadas estas cláusulas sobre expropiación forzosa por el registrador, de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo resultante de las Resoluciones de 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008, ya que sus efectos se encuentran regulados en el artículo 110.2º de la Ley Hipotecaria y en los artículos 8 y 51.1.e) del Reglamento de Expropiación Forzosa, y, aunque desaparezca la garantía hipotecaria, el acreedor siempre

puede defenderse en el correspondiente expediente administrativo y cobrarse con el importe de las indemnizaciones por expropiación a las que se extiende la hipoteca por disposición legal, en los términos señalados en dichos artículos.

Además, en la presente escritura falta la previsión, reconocida en el artículo 1129.3 del Código Civil para el caso de menoscabo de la garantía, de facultar al deudor para sustituir la hipoteca por otra garantía para cubrir aquella parte del crédito no satisfecha con la referida indemnización; pero este argumento no fue alegado por el registrador de la propiedad en su nota de calificación, por lo que no se puede tener en cuenta ahora.

16. Por su parte, el defecto letra C) deniega la inscripción «de la cláusula séptima, apartado 7.2, el tercer párrafo, por contraria a la libertad de tráfico de los bienes». Establece el párrafo denegado que: «En el caso de la venta voluntaria del inmueble, todos los importes pendientes en virtud del presente contrato deberán ser reembolsados y los ingresos obtenidos por la venta menos impuestos y gastos deberán aplicarse a dicho reembolso en la medida de lo necesario».

Con este pacto realmente se está estableciendo, de modo indirecto, no sólo como afirma el recurrente el destino del precio de la venta, sino el vencimiento anticipado del préstamo en caso de venta de las fincas, ya que no se pacta simplemente que si se vende una de las fincas hipotecas el precio obtenido deberá destinarse a la amortización parcial del préstamo, el cual seguiría vigente respecto de la cantidad pendiente restante, sino que se determina que «todos los importes pendientes deberán ser reembolsados».

La denegación de esta cláusula por ser contraria a la «libertad de tráfico de los bienes» no está suficientemente fundamentada al no citarse precepto alguno ni argumentarse las razones que llevan a esa conclusión. No obstante, en el apartado E), que comentaremos más adelante, con base en la misma razón (libertad de tráfico), el registrador sí cita los artículos 27 y 107 de la Ley Hipotecaria, los cuales constituyen fundamento suficiente para denegar el acceso al registro de la propiedad de las cláusulas limitativas de la facultad dispositiva, en línea con la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y de las Resoluciones de este Centro Directivo de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011. Por tanto, se considera correctamente denegado el acceso al Registro de la Propiedad de esta cláusula, confirmación de la denegación que, por extensión de la argumentación, es aplicable también a la cláusula 6.2 que regula también la amortización anticipada del principal con los ingresos que se obtengan con la transmisión del inmueble hipotecado, no obstante lo que se manifiesta respecto de la misma en el fundamento de Derecho octavo.

17. El defecto letra D) rechaza la inscripción «de la cláusula séptima, del apartado 7.2., a partir del cuarto párrafo (amortización anticipada en caso de siniestro que dé lugar a indemnización por seguros, regulándose los términos de la misma), el apartado 7.3 (pagos para reestablecer los ratios financieros que se determinan), y de la cláusula décimo quinta, el apartado 15.9 (vencimiento anticipado por no reconstrucción del inmueble en caso de daños graves que se cuantifican), por su indeterminación».

Estas cláusulas son financieras o de vencimiento anticipado por lo que de conformidad con la doctrina que se viene reiterando de la que resulta que, respecto de ese tipo de estipulaciones, toda calificación negativa debe apoyarse en una fundamentación jurídica adecuada y suficiente

de acuerdo con lo señalado en los artículos 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, por lo que, no puede sostenerse esta causa de denegación. Además, los términos de dichas estipulaciones son claros y precisos por lo que tampoco se puede admitir como causa de su denegación la vulneración del principio de determinación por la inconcreción de las estipulaciones, en que funda el registrador su negativa.

18. Por el defecto de la letra E) se excluyen de inscripción «de la cláusula décimo tercera, el apartado 13.6, y el apartado 13.10, de la cláusula décimo cuarta, el apartado 14.2; de conformidad con los arts. 6.4 y 1859 del Código Civil, libertad de tráfico de los bienes, y artículos 3, 27 Y 107 LH». La cláusula 13.6, bajo la rúbrica «Compromiso de no otorgar garantías» dispone que: «Ni el Prestatario ni el Garante podrán constituir garantías, respectivamente, sobre el Inmueble ni sobre las acciones del Prestatario (obligándose a su vez el Garante a que cualquiera de sus empresas filiales, directa o indirectamente participadas, respeten dicho compromiso), excepción hecha de: a) cualquier Garantía otorgada a favor del Prestamista en virtud de cualquiera de los Documentos Financieros; o b) cargas que nazcan por ministerio de la Ley; c) asimismo, el Prestatario no concertará préstamo, línea de crédito ni contrato semejante alguno que guarde relación con el inmueble».

La cláusula 13.10, bajo la rúbrica «disposición del Inmueble e Imposición de nuevos gravámenes» dispone que: «El prestatario puede transmitir, sin consentimiento previo del Prestamista, el Inmueble, siempre y cuando el precio de compra alcance por lo menos el Saldo Pendiente y que el precio de compra sea aplicado al reembolso de aquellos importes indicados en la cláusula 7.2 (B) anterior («Amortización anticipada obligatoria»). En caso contrario, deberá recabar el consentimiento previo y por escrito del Prestamista. El Prestatario no formalizará otro contrato de préstamo adicional con respecto al Inmueble, ni constituirá ninguna garantía de segundo rango en relación con el Inmueble. El Prestatario deberá requerir igualmente el consentimiento previo y por escrito del Prestamista, que no podrá denegarlo injustificadamente, para poder gravar el Inmueble con cualquier otra carga real. Los apartados que anteceden no serán de aplicación en caso de disposiciones y/o gravámenes expresamente permitidos en virtud del presente contrato ni a disposiciones del inmueble siempre que el saldo pendiente sea reembolsado simultáneamente».

Por su parte, la cláusula 14.2 exige la aprobación del prestamista, que no podrá denegar injustificadamente, para modificar los arrendamientos sobre el inmueble o formalizar nuevos arrendamientos que produzcan, en su conjunto, que los ingresos netos anuales sean inferiores a 1.300.000 euros anuales. «Asimismo, se requerirá el consentimiento del Prestamista si el nuevo contrato o la modificación de los Arrendamientos existentes implicara cualquiera de las siguientes circunstancias: a) una limitación de la responsabilidad del arrendatario en caso de abandono de la parte del Inmueble que ocupa actualmente cada Arrendatario con anterioridad a la fecha de terminación del arrendamiento; o b) La reducción del plazo de los Arrendamientos o cualquier otro arrendamiento que se suscriba en el futuro, o la renuncia a su prórroga obligatoria (si estuviera estipulada en los Arrendamientos). El Prestatario facilitará al Prestamista una copia de todos y cada uno de los nuevos contratos de arrendamiento que se celebren, así como de la modificación de los Arrendamientos en el plazo de diez (10) Días Hábiles a contar desde la fecha de su firma. El Prestatario se obliga a ingresar los Ingresos en Concepto de Rentas en la Cuenta de Rentas, salvo que las Partes acuerden algo en contrario».

Procede aquí reiterar lo manifestado en el fundamento de Derecho décimo sexto, en el sentido que la simple denegación de estas cláusulas por existir un fraude de ley, un pacto comisorio

—que no se alcanza a deducir de las mismas— o por ser contraria a «libertad de tráfico de los bienes», sin explicar si todos esos defectos son aplicables a los tres pactos o a cuál de ellos se refiere cada uno, no está suficientemente fundamentada al no realizarse argumentación alguna acerca de en qué consiste el fraude o de la razones concretas que llevan a concluir que existe un pacto comisorio o una vulneración a la libertad de tráfico.

Por lo demás, respecto de las dos primeras cláusulas, la 13.6 y la 13.10, en cuanto implican restricciones a la libre disposición y gravamen de los inmuebles hipotecados, cita también el registrador los artículos 27 y 107.3.º de la Ley Hipotecaria los cuales, al vedar el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer o hipotecar constituidas en actos y contratos onerosos, constituyen fundamento suficiente para denegar el acceso al Registro de estas cláusulas limitativas de la facultad dispositiva, en línea con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y de las resoluciones de este Centro Directivo de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011. Por tanto, se considera correctamente denegado su acceso al Registro.

Aigual conclusión ha de llegarse respecto de la cláusula 14.2, ya que no obstante la consideración por las partes de que el negocio de explotación en régimen de arrendamiento de las fincas hipotecadas constituye un aspecto esencial del contrato celebrado, no nos encontramos ante una situación de refinanciación preconcursal con la aprobación del preceptivo plan de viabilidad que justificaría su inscripción. Como consecuencia de esta circunstancia, resulta aplicable en este caso la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 que rechaza la inscripción de este tipo de pactos por ser contrarios a la prohibición de disponer convencional en acto a título oneroso del artículo 27 de la Ley Hipotecaria alegada por el registrador.

Además, aunque el registrador no hace alusión a este argumento de rechazo, debe recordarse que la aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 lleva a denegar las cláusulas que contengan una prohibición de arrendar los locales hipotecados, porque los arrendamientos de locales comerciales posteriores a la hipoteca ejecutada quedan sometidos al principio de purga de cargas —artículos 134 de la Ley Hipotecaria, 175.2 del Reglamento Hipotecario y 659 y 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y, por tanto, no menoscaban la garantía hipotecaria ni alterar su preferencia. Dicha sentencia sólo admitió este pacto de vencimiento anticipado cuando se trate de arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (los arrendamientos de vivienda por cinco años o menos del antiguo artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y que, además, fueran gravosos o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración del valor de la finca por rentas bajas o por anticipo de rentas.

A este respecto debe tenerse en cuenta que en la actualidad, tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos llevada a cabo por la Ley de 4/2013, de 4 de junio, que regula los arrendamientos de viviendas, esa purga hipotecaria tendrá lugar siempre en el ámbito de aplicación de dicha Ley, por lo que tampoco procederá la admisión de las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo para el supuesto de arrendamiento de viviendas. Así, el actual artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos señala que «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad», el artículo 10.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el artículo 9 (hasta 3 años), así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se

impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecario», por lo que en caso de no inscripción del arrendamiento, éste no se impondrán a las adquirentes ni titulares de hipotecas inscritos con posterioridad, y, por su parte, el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que en caso de enajenación de la vivienda arrendada «el adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca», lo que es aplicable a los rematantes y adjudicatarios de la vivienda en la ejecución hipotecaria, a los que únicamente afectará los arrendamientos inscritos con anterioridad a la hipoteca.

19. El defecto de la letra F) deniega la inscripción «de la cláusula décimo cuarta, el apartado 14.6, el cumplimiento de un contrato no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, art 1256 del Cc». Dispone el apartado 14.6, bajo la rúbrica «Ratio del Préstamo sobre el valor de mercado» que: «El Prestatario se asegurará de que el Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado no supere los siguientes porcentajes del Valor de Mercado en los siguientes tramos del plazo de vigencia del Préstamo: Años 1 y 2: 65 %. Años 3 y 4: 60 %. Años 5 y 6: 55 %. Años 7 al 10: 50 %. El ratio del préstamo sobre el valor de mercado se calculará, al menos, anualmente durante la vigencia del presente contrato sobre la base de la última Tasación de Mercado elaborada por un experto independiente encargado por el Prestamista a su satisfacción en cada aniversario del Préstamo y cuyos costes y honorarios serán asumidos por el Prestatario. Dicha tasación no podrá tener una antigüedad superior a tres (3) meses en la fecha en que sea entregada al Prestamista. El Prestatario se compromete a facilitar al Prestamista en el plazo de quince (15) Días Hábiles siguientes a contar desde la fecha de la comprobación del Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado un certificado de cumplimiento de forma satisfactoria para el Prestamista que debe establecer el ratio de forma detallada». Y añade el citado apartado que «si el Prestatario incumpliera el Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado deberá, en el plazo de otros quince (15) Días Hábiles a contar desde la fecha de la comprobación del ratio financiero que evidencie el incumplimiento, reembolsar aquellos importes que resulten necesarios para que el Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado se restablezca de acuerdo con la cláusula 7.3 («Pago para mantener los ratios financieros»). Únicamente una vez transcurrido dicho plazo de quince (15) Días Hábiles tal incumplimiento podrá tratarse como Supuesto de Vencimiento Anticipado. El Prestamista queda facultado para realizar o encargar la realización de una tasación de mercado en cualquier momento durante la vigencia del Préstamo. Los costes de una tasación de mercado de este tipo serán de la cuenta del prestamista».

Esta cláusula tiene un evidente carácter financiero ya que contribuye a perfilar la obligación garantizada en cuanto determina la necesidad de realizar amortizaciones extraordinarias obligatorias, cuyo incumplimiento, a su vez, constituye una causa de vencimiento anticipado, por lo que su rechazo no puede basarse en una referencia genérica a su contradicción con el artículo 1256 del Código Civil, sin argumentar la razón o causa concreta que lleva a extraer esa conclusión y la interpretación que del mismo debe efectuarse. La fundamentación jurídica basada en la simple mención de un artículo, fuera de algún supuesto concreto –ej. artículo 27 de la Ley Hipotecaria– en que la integración del artículo con el supuesto de hecho pueda considerarse automática, como viene reiterando este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 8 de junio de 2011, 28 de febrero y de 20 de julio de 2012 y 3 de octubre de 2014) implica una carencia de motivación. Por tanto, aunque en esta cláusula concreta puedan existir argumentos suficientes para su rechazo con base en las normas de calificación antes expuestas, el defecto tal como ha sido planteado debe ser rechazado por falta de argumentación suficiente.

20. Por su parte, el defecto de la letra G) rechaza la inscripción «de la cláusula décimo quinta, el apartado 15.3, de la cláusula vigésimo cuarta, el apartado F), por ser de derecho imperativo, arts. 1429.1 LEC Y 20 LN (vencimiento anticipado por incumplimiento de ciertas obligaciones y obtención de segundas copias con carácter ejecutivo)».

La cláusula 15.3 se refiere al vencimiento anticipado en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados 13 y 14 algunas de las cuales como se expone en otros fundamento de derecho se encuentran vinculadas a la obligación principal por la finalidad del préstamo, por ser susceptibles de provocar amortizaciones parciales obligatorias o por el presente vencimiento anticipado, por lo que su denegación al amparo de los artículos 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 20 de la Ley del Notariado carece absolutamente de justificación, debiendo revocarse la calificación en este punto.

La cláusula vigesimocuarta, en su apartado f), se refiere a la autorización al prestamista para la obtención de segundas y posteriores copias ejecutivas de la escritura. Se trata de una cláusula que, en principio, no debería acceder al Registro por su intrascendencia registral ya que va dirigida a facultar al notario la expedición de nuevas copias con carácter ejecutivo, a los efectos del artículo 517.2.4.º de la de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a instancia del acreedor sin tener necesidad de que este obtenga un mandato judicial, autorización que será válida con independencia de su constancia tabular, correspondiendo la apreciación de su legalidad al notario en el momento de la expedición de la copia y al juez a la hora de dictar el despacho de ejecución, sin que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria altere esta operativa procesal.

Ahora bien, la argumentación del registrador se ha fundado en los artículos 20 de la Ley del Notariado y al artículo 1429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que parecen tratarse de un error –de redacción y de vigencia legal–, ya que los artículos aplicables serían, por un lado, el 18 de la Ley del Notariado y el 233 de su Reglamento y, por otra parte, el artículo 517.2.4º de la vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que no obstante haber sido subsanado ese defecto por el registrador en su informe por la referencia a las Resoluciones de 20 de mayo de 1987, y 2 y 3 de septiembre de 2005, completando la argumentación de la nota de calificación, debe revocarse la nota de calificación en cuanto a este defecto porque si la mera referencia genérica a un determinado artículo no constituye fundamentación suficiente para la denegación de los pactos de la hipoteca si no va acompañada de una argumentación adecuada, con más razón no puede considerarse suficiente un artículo erróneo de cuya dicción el prestatario no podrá obtener conocimiento acerca de las razones del registrador para la subsunción de la cláusula denegada en el ámbito de aplicación de la norma, ni en consecuencia combatir la nota de calificación dictada.

21. El defecto de la letra H) excluye la inscripción «de la cláusula decimoquinta, apartado 15.4 por ser obligacional (Vencimiento anticipado por falsedad en las declaraciones y garantías)».

La mera alusión al carácter obligacional de una cláusula no puede considerarse argumento bastante para denegar su acceso como cláusula de vencimiento anticipado, tal y como ya hemos señalado anteriormente; y es que si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 declara que no son inscribibles las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquier obligación accesorio, no esencial, lo que no puede hacer el registrador es remitirse genéricamente a un artículo o a una errónea carencia de trascendencia real de estas cláusulas, sin precisar la concreta motivación jurídica de la denegación (cfr. Resolución de 8 de junio de 2011). Esta motivación es tanto más obligada en este punto

dada la progresiva importancia que en el tráfico jurídico inmobiliario y mercantil actual ha adquirido la veracidad de las declaraciones del prestatario acerca de su patrimonio y situación de solvencia, en cuanto determinantes de la asunción por el acreedor de un determinado riesgo y de la prestación de su consentimiento contractual; por lo que procede revocar la calificación en este punto.

22. Por el defecto de la letra I) se deniega la inscripción «de la cláusula vigésimo cuarta, la expresión «del contemplado en el siguiente apartado D» de la letra A, y el apartado D) Venta notarial, de conformidad con el artículo 235 del RH».

El artículo 235 del Reglamento Hipotecario (y también el artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria) dispone que la ejecución extrajudicial solo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, por lo que en principio no cabe la utilización de este procedimiento para la realización de hipotecas de máximo en garantía de obligaciones respecto de las que inicialmente se desconoce su montante. No obstante, esta Dirección General ha reconocido la posibilidad de utilización de este procedimiento, incluso en supuestos en que la cuantía de la obligación no apareciera inicialmente determinada, siempre que en la propia escritura de constitución de hipoteca se pactara la forma de hacer constar en el registro el nacimiento y determinación de la obligación garantizada antes de iniciar la venta extrajudicial, como, por ejemplo, la nota marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento (cfr. resolución de 20 de junio de 2012).

Respecto de la primera cuestión que resulta del artículo 235 del Reglamento Hipotecario – indeterminación inicial de la deuda-, frente a lo que defiende el registrador en su informe, el principal del préstamo sí aparece determinado en la escritura ya que si bien es verdad que en la cláusula 2.1 se dice que: «...el Prestamista concede al Prestatario un préstamo por el importe de principal igual al valor más bajo de los siguientes: o 60 % del Valor de Mercado del inmueble hipotecado o Doce millones de euros (12.000.000 €)», si analizamos las definiciones de la cláusula 1.^a –de ahí la importancia de su constancia registral–, el valor computable de mercado en la fecha de la firma era de 23.478.292,23 euros, por lo que al ascender su 60% a 14.086.975,34 euros, la cantidad prestada son 12.000.000 euros. Esta conclusión viene avalada por la cláusula 3.2 que expresamente señala que el deudor tiene derecho a una disposición única de 12.000.000 euros, si bien supedita su ejercicio al cumplimiento de unas condiciones suspensivas que no se declaran cumplidas en la escritura.

Respecto a la cuestión de si para la inscripción del pacto de venta extrajudicial es necesario que se prevea expresamente en la escritura de constitución la forma de determinar la deuda antes de intentar su utilización, que plantea en registrador en su informe como una consecuencia del artículo 235 del Reglamento Hipotecario, en realidad, como se infiere de lo expuesto, se trata de un problema distinto ya que la deuda se encuentra inicialmente determinada y lo único necesario es acreditar su nacimiento. Pues bien, al contrario de lo que ocurre con el procedimiento ejecutivo directo en que este Centro Directivo –cfr. Resolución de 19 de julio de 2002– ha considerado que es posible su utilización sin necesidad de que por la nota marginal del artículo 143 de la Ley Hipotecaria se acredite el nacimiento de la obligación futura o condicional, siempre que esa circunstancia se demuestre de forma adecuada ante el juez correspondiente; respecto de la venta extrajudicial, por motivos de identidad de razón con la determinación de la deuda, en la Resolución de 20 de junio de 2012 sí se ha considerado necesario para su utilización que en una hipoteca en garantía de obligación futura conste en la escritura de constitución el pacto de determinación de la forma de la constancia registral de

su nacimiento. Procede, por tanto, denegar el pacto de venta extrajudicial ante la ausencia de fijación de la forma de determinar en el registro el nacimiento de la obligación en los términos expuestos.

23. Un tercer grupo de cláusulas se deniegan por el motivo denominado «por otras causas». Son las siguientes:

El defecto de la letra A) deniega la inscripción «de la cláusula séptima, apartado 7.4, la mención a la cláusula 7.3, al no inscribirse». Dado que se ha revocado la denegación de la cláusula 7.3 (pago para reestablecer los ratios financieros), sí que procede inscribir su mención en la cláusula 7.4.

El defecto de la letra B) rechaza la inscripción de «detrás de la cláusula 15.2, hago constar yo el registrador: sin embargo, a efectos de ejecución hipotecaria habrá que estar a lo dispuesto en el número 24 A de la escritura». Afirma el recurrente respecto de este supuesto que no se trata de una denegación y efectivamente no lo es, ya que no está impidiendo el acceso al Registro de ninguna cláusula, sino aclarando que en caso de incumplimiento, a efectos de ejecución de hipoteca, se estará a los pactos relativos a la ejecución. Se trata de una aclaración de los efectos del impago, que en nada altera el contenido del derecho real de hipoteca ni perjudica los derechos de las partes ni de terceros, y que encuentra su razón de ser en el principio de especialidad hipotecario y en la necesaria claridad de los asientos registrales, recogidos en el artículo 51.6.^a del Reglamento Hipotecario.

El defecto de la letra C) excluye la inscripción de «en la cláusula décimo novena y en la vigésimo segunda, la expresión «de primer rango», porque lo determina el Registro». En este defecto se deniegan las menciones al primer rango de la hipoteca, lo cual se estima correcto y, aunque hubiera sido preferible una mayor argumentación jurídica, que sólo se recoge en el informe, no se estima estrictamente necesaria ya que no se trata aquí de denegar una cláusula de la hipoteca, sino de una cuestión de estricta mecánica registral cual es la fijación del rango hipotecario, el cual viene determinado por los asientos del registro y no por la manifestaciones de las partes, dándose además la circunstancia en este supuesto de que existe una hipoteca inscrita anteriormente respecto de las fincas gravadas que no ha sido cancelada, lo que desvirtúa dicha expresión o voluntad del prestatario. Procede, en consecuencia, confirmar este defecto.

El defecto de la letra D) deniega la constancia en el Registro «de la cláusula vigésimo quinta, el último párrafo. Hago constar yo el registrador, que no obstante, los requisitos de la demanda deberán ser valorados por el órgano judicial competente». Si en el presente caso se ha denegado el citado último párrafo (lo que no queda claro), se debe revocar la calificación por la absoluta falta de fundamentación. Y en cuanto a la advertencia del registrador, en este caso se estima inapropiada ya que este funcionario no se está limitando a relacionar dos o más cláusulas de la escritura para dar mayor claridad al asiento de hipoteca como en el supuesto anterior, sino que está introduciendo una información que no resulta del título presentado ni de la aplicación de la Ley ni de otros asientos del Registro, por lo que conforme a los artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, se considera una extralimitación, que provoca la revocación en este punto, de la nota de calificación.

El defecto de la letra F) rechaza la inscripción «de la cláusula trigésimo tercera. Hago constar yo el Registrador que lo dispuesto a continuación debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto

en el punto 24 C». En este caso sí se trata de una aclaración, mediante la relación de diferentes cláusulas de la escritura para mayor claridad del asiento de hipoteca, concretamente para evitar confusiones respecto a cuál es el domicilio a efectos de los procedimientos de ejecución hipotecaria, aunque desde este punto de vista habría sido preferible no inscribir la citada cláusula trigésimo tercera dada su nula eficacia registral. En todo caso, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, se estima correcta y conveniente esta aclaración a los efectos de la ejecución.

24. Por último, en su nota de calificación el registrador advierte que «la hipoteca será inscrita como en garantía de obligación futura o condicional en tanto no se acredite que se ha entregado la totalidad del préstamo, o que han desaparecido las limitaciones impuestas al prestatario para su disposición. (Resolución DGRN de 17 de marzo de 2000)».

El recurrente sostiene respecto esta cuestión que la hipoteca debe inscribirse como en garantía de una obligación presente, pues «la totalidad del importe del préstamo fue dispuesto por la prestataria en la fecha de otorgamiento de la escritura y tal extremo puede quedar acreditado mediante el correspondiente justificante bancario de que tal cantidad fue transferida en la fecha señalada».

Se debe confirmar en este punto la calificación del registrador, ya que, no obstante la citada manifestación del recurrente, la hipoteca se configura, claramente, como en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva, pues de la escritura resulta que el prestatario no dispondrá del importe del préstamo hasta que acredite el cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas. Ni el cumplimiento de las citadas condiciones suspensivas ni la entrega del dinero objeto del préstamo han sido acreditados en la forma prevista en la legislación hipotecaria (artículos 143 Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario), por lo que, hasta la constancia registral de una y otra circunstancia, la hipoteca debe constar inscrita como en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 28 de abril de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 28 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca, por la que, tras inscribir parcialmente una escritura pública de apoderamiento, rechaza determinada cláusula.

En el recurso interpuesto por don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, por la que, tras inscribir parcialmente una escritura pública de apoderamiento, rechaza determinada cláusula.

HECHOS

I

Por el notario recurrente se autorizó, en fecha 19 de diciembre de 2014, escritura pública de apoderamiento en la que comparecen los dos administradores solidarios de la sociedad «Hostelería Casino Teatro Balear, S.L.», otorgando poder general mercantil a favor de determinada persona física. Tras la cláusula en la que se recoge el contenido de facultades que comprende el poder, se hace constar lo siguiente: «c) Autocontrato: Las facultades conferidas podrán ejercitarse aun cuando aparezca la figura jurídica de la autocontratación o exista conflicto de intereses».

II

Presentada la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Notificación inscripción Diario/asiento: 227/11887 F. Presentación: 22/12/2014 Entrada: 1/2014/16.018,0 Sociedad: Hostelería Casino Teatro Balear SL Autorizante: Morote Mendoza, Jesús María Protocolo: 2014/1202 de diecinueve de diciembre de dos mil catorce. El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he practicado su inscripción con fecha trece de enero de dos mil quince: Tomo: 2596 Folio: 173 Hoja: PM-75337 Inscripción: 2 Haciéndose constar expresamente la no inclusión de la persona/s nombrada/s a que se refieren las inscripciones practicadas en este Registro en virtud de este documento, en el índice Centralizado de Incapacitados ni en el Registro Público Concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 bis del Reglamento del Registro Mercantil. El precedente documento ha sido inscrito parcialmente, no habiéndose inscrito la posibilidad de que el apoderado pueda ejercitar las facultades relacionadas aún cuando aparezca la figura jurídica de autocontratación o exista conflicto de intereses por cuanto al no disponer de ellas los otorgantes sin autorización de la Junta General –Resoluciones DGRN de 02/12/1998 y 17/11/2000– no pueden conferirla a un tercero.–Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15º del Reglamento del Registro Mercantil, contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la precedente calificación: (...). Palma de Mallorca, quince de enero de dos mil quince».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jesús María Morote Mendoza, notario de Palma de Mallorca, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 9 de febrero de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que aplica la nota de defectos no es aplicable al supuesto de hecho por cuanto se refiere al supuesto de que el administrador autocontrate y no al supuesto de que otorgue poderes con facultades de autocontratación, si bien es cierto que existen otras decisiones

(que cita) en que efectivamente hay Resoluciones contrarias. Lo que ocurre es que la doctrina de la citada Dirección General debe ser objeto de revisión, pues el razonamiento que en ellas se contiene no es aplicable al supuesto de hecho planteado porque la persona a que se refiere la cuestión (administrador-apoderado), es distinta en cada caso. Así, la prohibición de que un administrador A autocontrate no le impide contratar con otra persona B; pero si A confiere poder a B para actuar en nombre de la sociedad, no le faculta para contratar con A (que es lo que implica la prohibición de autocontratación), sino para que contrate consigo mismo, facultades que sí tiene A. Por tanto, si A puede legítimamente contratar con B, no hay razón para que B no pueda contratar consigo mismo. Lo que no puede hacer A es darle poderes a B para que contrate con A, porque daría lugar a una autocontratación indirecta. Si en el caso del administrador, el órgano competente para dispensar la autocontratación es la junta general, en el caso del apoderado, la competencia recae en el órgano de administración. El control del uso de los poderes otorgados es exclusivamente del administrador, no de la junta general. Tras la nueva redacción del artículo 230.2.3º de la Ley de Sociedades de Capital ese control se ejerce por los demás administradores. En definitiva, el administrador no está inhabilitado para permitir bajo su responsabilidad que un tercero actúe en situación de conflicto de intereses, pues el administrador no se halla en tal caso condicionado por un conflicto de intereses entre el mismo y la sociedad. La doctrina hasta ahora mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado sería inconsistente con el actual artículo 230.2.3º pues, si el resto de administradores puede dispensar a un administrador concreto de la situación de autocontrato aun careciendo ellos de las facultades para autocontratar, es porque las facultades del dispensado no son las mismas que las de los dispensantes, pues la prohibición de autocontratar es personal y no transferible a terceros, y Segundo.—En el supuesto de hecho, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no sería de aplicación pues, como resulta del título, los dos administradores solidarios concurren al otorgamiento; además, resultan ser los dos únicos socios, como aparece en la escritura de constitución autorizada inmediatamente antes, circunstancia que no puede ser desconocida por el registrador pues, además, en la escritura el notario ha cumplido con su obligación de identificar a los titulares reales, resultando la afirmación de que coinciden con los de escritura de constitución. Si los registradores deben calificar por lo que resulte del Registro, y tal argumento se utiliza para rechazar la inscripción de títulos, debería servir para lo contrario en beneficio del tráfico jurídico, sin necesidad de convocar y celebrar una junta general, al resultar de forma evidente que los comparecientes son los únicos socios.

IV

El registrador emitió informe el día 10 de febrero de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6, 7, 162.2, 221, 1216, 1217, 1218, 1259, 1459, números 1 a 4, 1713, 1721, 1722 y 1725 del Código Civil; 18, 244, 261, 267 y 288 del Código de Comercio; 63 y 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 127, 127 bis y 127 ter de la Ley de Sociedades Anónimas; 227, 228, 229, 230 y 232 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958, 27 de octubre de 1966, 2 de febrero de 1968, 31 de enero de 1991, 15 de marzo de 1996, 9 de junio de 1997, 27 de enero de 2000, 30 de junio de 2009 y 14 de marzo y 23 de septiembre de 2011, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo

de 1943, 30 de julio de 1976, 20 de septiembre de 1989, 29 de abril y 21 de mayo de 1993, 3 de abril de 1995, 11 de mayo y 2 de diciembre de 1998, 1 de junio de 1999, 17 de noviembre de 2000, 21 de junio de 2001, 15 de junio, 8 de noviembre y 3 de diciembre de 2004, 7 de septiembre y 21 de octubre de 2011, 13 de febrero, 22 de mayo y 18 de diciembre de 2012, 28 de junio de 2013 y 30 de junio de 2014.

1. La única cuestión que se debate en este expediente hace referencia a si puede acceder a los folios del Registro Mercantil una cláusula contenida en escritura de apoderamiento general concedido por los administradores solidarios de una sociedad de responsabilidad limitada a un tercero con el siguiente contenido: «c) Autocontrato: Las facultades conferidas podrán ejercitarse aun cuando aparezca la figura jurídica de la autocontratación o exista conflicto de intereses».

El notario recurrente no niega que la doctrina asentada de esta Dirección General es contundentemente contraria a la inscripción de semejante cláusula; sin embargo entiende que dicha doctrina debe ser revisada y modificada en base a los argumentos que por extenso se han extractado en los hechos.

2. En sede de representación voluntaria nuestro ordenamiento jurídico establece que el ámbito de actuación del apoderado viene delimitado por el contenido del poder de representación otorgado a su favor (artículo 1713 y concordantes del Código Civil). En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. «Vistos») tiene declarado de forma reiterada que el ámbito de actuación del apoderado viene limitado por la declaración de voluntad que proviene del principal, a la que debe acomodarse y ajustarse, lo que no autoriza al mandatario a excederse para llevar a cabo negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y por tanto autorizados por quien otorgó el poder. Este propio Centro Directivo, de conformidad con dicha doctrina, tiene igualmente declarado reiteradamente que la valoración del contenido del poder de representación voluntario debe hacerse con el máximo rigor y cautela con el fin de evitar que se modifique el contenido del Registro en base a una actuación extralimitada del representante.

Partiendo de esta premisa, este Centro Directivo en relación a la admisibilidad de la autocontratación, ha afirmado que lo que interesa dilucidar es si en sede de representación voluntaria nuestro ordenamiento jurídico admite la actuación de un apoderado en conflicto de intereses.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 29 de noviembre de 2001), afirma que «el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación (...) sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que salvo que otra cosa se disponga, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza. Este criterio de flexibilidad formal es el que prevalece en la doctrina científica, en las decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la jurisprudencia de esta Sala...». Por ello se llega a la conclusión de que la autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la autorización del poderdante, sin que sea preciso que tal autorización reúna especiales

requisitos de forma (cfr. también las Resoluciones citadas en el «Vistos» y, en especial las de 15 de junio y 8 de noviembre de 2004).

Con fundamento en la reiterada doctrina jurisprudencial, esta Dirección General ha reiterado a su vez (por todas, Resolución de 22 de mayo de 2012), que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación o situación de conflicto de intereses, no se debe a obstáculos conceptuales o de carácter dogmático (en base a la cuestión sobre si cabe que el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones materiales de protección de los intereses en juego (dada la necesaria defensa de los intereses de los representados en que se produce un conflicto de intereses por corresponder a un misma persona la representación de intereses contrapuestos). Por ello tampoco existe prohibición de actuación cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966).

El ordenamiento jurídico trata de garantizar así que la actuación de los gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal o «dominus negotii» sin interferencia de los propios del gestor, objetivo que se evidencia en muy diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico como son: a) los que establecen una prohibición de compra para el mandatario o gestor, que opera incluso en supuestos en que este último ni decide la venta del bien que gestiona ni determina su precio (cfr. artículos 221 y 1459, números 1 a 4, del Código Civil); b) los que sustraen expresamente al ámbito de poder del representante aquellos actos en que medie conflicto de intereses (cfr. artículos 162.2 y 221 del Código Civil), y c) los que configuran una prohibición de concurrencia del gestor en los negocios del principal (cfr. artículos 288 del Código de Comercio y 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy derogada).

Corolario de las anteriores consideraciones es la consolidada doctrina de este Centro (Resoluciones de 3 de diciembre de 2004 y 13 de febrero de 2012, entre otras), que afirma que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. En la defensa de intereses contrapuestos es regla, confirmada por el artículo 267 del Código de Comercio, que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades correspondientes da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1259 y 1727.2 del Código Civil).

En definitiva, según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966, así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998).

3. Este esquema de cosas es aplicable al supuesto en que un administrador societario confiere un poder a un tercero en nombre de su principal persona jurídica por cuya cuenta actúa. Así se ha pronunciado esta Dirección General como reconoce el propio recurrente (Resolución de 18

de julio de 2006). El hecho de que quien comparece para otorgar el poder sea el representante orgánico de una sociedad no modifica la situación jurídica de las distintas partes involucradas. El administrador que actúa en nombre de la sociedad no lo hace en nombre propio sino por cuenta e interés de la sociedad (artículos 209 y 233.1 de la Ley de Sociedades de Capital), de modo que al igual que tiene vedado actuar cuando se encuentra en situación de conflicto de intereses, no puede atribuir a otro la posibilidad genérica de hacerlo pues sólo el principal, la sociedad cuya voluntad expresa la junta de socios, puede hacerlo. Téngase en cuenta que, como ha quedado expresado, la situación de conflicto de intereses es, fuera de los supuestos objetivos contemplados por la Ley, una situación de hecho que depende de la concreta posición jurídica que en un momento determinado ostenten las partes implicadas; la situación de conflicto es, ante todo, una situación material (vid. Resolución de 30 de junio de 2014).

Por otro lado es importante destacar que el problema que subyace no es una cuestión de suficiencia del poder de representación del órgano de administración sino de que, como ha recalado nuestro Tribunal Supremo, en situación de conflicto no existe poder de representación; en suma, no es un problema de suficiencia sino de existencia de poder de representación para actuar en un caso concreto aun cuando el representante ostente la facultad para el acto de que se trate (comprar, por ejemplo). Por este motivo sólo el principal (la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), puede conferir ese poder de representación, esa licencia o dispensa, ya con carácter previo ya con posterioridad a la actuación de la persona en conflicto (artículo 1259 del Código Civil).

4. A la luz de las anteriores consideraciones resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. El escrito del recurrente plantea la cuestión de forma incompatible con los anteriores razonamientos por cuanto no se trata de dilucidar si el órgano de administración puede conferir por vía de poder voluntario una facultad, sino de afirmar que no existe la facultad de actuar por cuenta del principal en situación de conflicto de intereses. Cuando este Centro Directivo afirma que el poderdante no puede atribuir una facultad de la que carece se refiere al hecho de que sólo el principal, la sociedad, puede dispensar la situación de conflicto de intereses sanando así la ausencia de actuación representativa que la misma implica conforme a la continua doctrina de nuestro Tribunal Supremo. Esta ausencia de actuación representativa se predica tanto del órgano de representación como del apoderado en situación de conflicto pues depende de la concreta circunstancia en que se encuentre un representante en un momento determinado. De aquí que en ambos casos la solución sea la misma: ausencia de actuación representativa que sólo el principal puede dispensar. El órgano de administración consecuentemente no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio del órgano de expresión de su voluntad: la junta general de socios.

5. Sostiene el recurrente que la doctrina de esta Dirección General es incompatible con la nueva regulación introducida en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital. En realidad, ocurre lo contrario. La Ley 31/2014, de 3 diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (no vigente en el momento de autorización de la escritura objeto de la presente pues entró en vigor el día 24 de diciembre de 2014), introduce una serie de modificaciones acordes con su finalidad en los artículos correspondientes a los deberes de los administradores, enfatizando su obligación de abstenerse de actuar en situación de conflicto de intereses con la sociedad (artículo 228, letras c y e, y su desarrollo en el artículo 229).

El artículo 230.2 contempla la posibilidad de dispensa para casos singulares y, en lo que ahora interesa, en relación a una determinada transacción. El mismo artículo en su segundo párrafo atribuye la competencia para dispensar la realización de un acto concreto a la junta general en aquellos supuestos que por su relevancia enumera. En los demás supuestos la dispensa para la realización del acto concreto corresponde al «órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso».

Como resulta de la regulación legal, la situación de conflicto es ante todo un conflicto material que puede ser dispensado siempre que el interés de la sociedad quede salvaguardado. La regla general es que la dispensa en un supuesto concreto la pueda otorgar el órgano de administración en los estrictos términos en que se pronuncia la norma; en los demás casos, la competencia corresponde a la junta general.

Pero nada permite en la normativa señalada llegar a la conclusión que pretende el recurrente y que consiste en que el órgano de administración otorgue una dispensa general a cualquier situación de conflicto que se produzca entre los intereses del principal, la sociedad, y el apoderado representante. Bien al contrario, de la norma resulta con absoluta claridad que la dispensa debe ser singular, para casos concretos y adoptando las medidas que permitan salvaguardar los intereses de la sociedad. Y aun así, en los supuestos más graves, la dispensa corresponde a la junta general (artículo 230.2, segundo párrafo). Además, la regulación legal no se refiere a la dispensa a posteriori cuyo régimen no queda regulado lo cual puede plantear dudas sobre el régimen de competencias para la dispensa. En cualquier caso, la infracción de la norma supone la nulidad de los actos realizados (vid. artículo 232 de la propia Ley).

En definitiva, el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general sólo puede ser llevada a cabo por la junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa (artículo 1259 del Código Civil).

6. Por último, no puede pretender el recurrente que el registrador lleve a cabo una calificación conjetural basada en los indicios que el mismo señala por muy significativos que estos sean. Ni del Registro ni del documento presentado resulta que los dos administradores solidarios que comparecen al efecto de otorgar el poder sean los dos únicos socios en el momento de adoptar tal decisión; tampoco resulta que actúen constituidos en junta de la sociedad; bien al contrario, actúan en su condición de administradores. Esta Dirección General tiene una dilatada doctrina en relación al modo de llevar a cabo la calificación registral y ha afirmado en reiteradas ocasiones que no cabe una calificación conjetural basada en circunstancias que no resulten debidamente acreditadas (por todas, Resolución de 23 de mayo de 2012, precisamente en un supuesto en que se afirmaba la existencia de un conflicto no acreditado de intereses). Si los comparecientes deseaban actuar constituidos en junta universal como únicos socios al efecto de otorgar una dispensa de tipo general a quien había de ser nombrado como representante, tal voluntad no se ha plasmado en la documentación presentada ni hay nada en ella, que permita afirmarlo.

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

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

Madrid, 28 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 28 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad accidental de San Lorenzo de El Escorial n.º 3, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de auto recaído en expediente de reanudación del tracto.

En el recurso interpuesto por don N. H. H., abogado, en nombre y representación de doña F. S. D., contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad accidental de San Lorenzo de El Escorial número 3, doña Cristina Zabala Guadalupe, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de auto recaído en expediente de reanudación del tracto.

HECHOS

I

En el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Lorenzo de El Escorial se ha seguido el procedimiento número 469/2012 de expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido en el que ha recaído auto, de fecha 24 de abril de 2014, dictado por la magistrada-juez, doña María del Carmen del Val Agustín, por el que se declaran justificados los extremos expuestos por doña F. S. D. para reanudar el tracto interrumpido respecto al 50% de la finca registral número 493 y se ordena la inscripción a su nombre.

Por auto firme de aclaración, de fecha 26 de septiembre de 2014, de la misma magistrada se acordó, entre otras cuestiones que no son de interés en este expediente, lo siguiente tras la transcripción del artículo 202 de la Ley Hipotecaria: «cuestión acreditada según consta en el auto cuya aclaración se solicita la oportunidad de haber oído a todos los causahabientes citados y las alegaciones realizadas por los causahabientes que comparecieron para ser oídos, por lo que no es procedente solicitar la aclaración adición del auto en el sentido de incluir en el mismo que se cancelen las inscripciones contradictorias al no ser necesario en las presentes actuaciones».

II

Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad

de San Lorenzo de El Escorial nº 3 Calificado el precedente testimonio del auto firme de fecha 24 de abril de 2014 y del auto firme de rectificación de fecha 26 de septiembre de 2014 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de San Lorenzo de El Escorial, procedimiento Expediente Dominio. Reanudación del Tracto nº 469/2012, expedido dicho testimonio el 12 de noviembre de 2014 por la Secretaria Judicial, se suspende la inscripción solicitada por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos: El referido testimonio fue presentado en este Registro el día 24 de noviembre del corriente año bajo el Asiento número 1.577 del Diario 35. Fundamentos de Derecho y defecto: Por cuanto el Auto dictado no dispone la cancelación de las inscripciones contradictorias de la participación indivisa de la finca cuyo tracto ha de reanudarse, según exige el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, requisito preciso para su inscripción según el constante criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 07/03/1979, 29/08/1983, 24/01/1994, 04/10/2004, 16/03/2006 y 17/02/20014, entre otras). La presente nota de calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por 60 días hábiles a partir de la notificación conforme al artículo 323-1º de la Ley Hipotecaria. Contra esta nota de calificación (...) San Lorenzo de El Escorial a 16 de diciembre de 2014. La registradora accidental (firma ilegible). Fdo. Cristina Zabala Guadalupe».

III

Contra la anterior nota de calificación, don N. H. H., abogado, en nombre y representación de doña F. S. D., interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 10 de enero de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: La doctrina de la Dirección General tiene declarado que, por mucho que pueda resultar un requisito de forma excesivo, es defecto el hecho de que el auto recaído en expediente de dominio para la reanudación del tracto no contenga expresamente el pronunciamiento de cancelación a que se refiere el artículo 286 del Reglamento Hipotecario. La citación en el expediente del titular registral o sus causahabientes se debe al hecho de que sus derechos se exponen al efecto cancelatorio, que implica la práctica de una inscripción contradictoria. Por ello el registrador debe velar porque se han llevado a cabo las notificaciones y citaciones previstas en la Ley. En el caso del expediente, se han llevado a cabo los requisitos previstos en los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, procede la cancelación de las inscripciones contradictorias. Cuando el objeto del expediente de dominio es la reanudación del tracto, el testimonio del auto aprobatorio, además de ser título inscribible, tiene necesariamente efectos cancelatorios respecto de las inscripciones contradictorias, como en el supuesto de hecho, que tienen más de treinta años de antigüedad y sin que se haya formulado oposición.

IV

La registradora, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 16 de marzo de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 18, 40, 79, 200, 201, 202 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 100, 173 y 286 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo, 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1989 y 30 de septiembre de 1991, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de marzo de 1979,

29 de agosto de 1983, 24 de enero de 1994, 4 de octubre de 2004, 16 de marzo de 2006, 9 y 17 de septiembre de 2009 y 17 de febrero de 2014.

1. En el presente expediente se plantea una cuestión que ha sido objeto de estudio por esta Dirección General en diversas ocasiones (vid. «Vistos»), por lo que la respuesta debe acomodarse a la doctrina entonces elaborada.

Sin perjuicio de lo anterior y en atención a las especiales circunstancias que se dan en el supuesto de hecho debe valorarse la respuesta que debe proporcionar este Centro Directivo en este caso concreto.

2. La cuestión debatida se refiere a si el auto judicial por el que se resuelve un expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido debe contener expresamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias o, por el contrario, tiene por sí virtualidad cancelatoria sin necesidad de mandato alguno. La solución a esta cuestión formal viene impuesta por la normativa hipotecaria vigente sobre esta cuestión, en particular en el artículo 286 del Reglamento Hipotecario. Ya la Resolución de 7 de marzo de 1979 declaró que por mucho que se trate de un requisito de un rigor formal excesivo y no del todo justificado, constituye defecto subsanable el hecho de que el auto dictado para la reanudación del tracto sucesivo no contenga expresamente, como impone el artículo 286 del Reglamento Hipotecario, el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias. En la misma línea, se han pronunciado las Resoluciones de 29 de agosto de 1983, 24 de enero de 1994, 4 de octubre de 2004 –que considera inexcusable que se ordene la cancelación de las inscripciones contradictorias– o en la misma línea, las Resoluciones de 16 de marzo de 2006 y 17 de febrero de 2014.

De acuerdo a la doctrina expresada en dichos pronunciamientos, dicho requisito se justifica porque hay un salto en el tracto sucesivo, y no una sucesión de titularidades, como así dispone el último párrafo del artículo 285 del Reglamento Hipotecario, dado que no se puede exigir a quien promueve el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho.

En este sentido es importante distinguir dos aspectos relevantes: que una cosa es que el ejercicio de una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar específicamente la nulidad o cancelación de los asientos contradictorios vigentes, pueda llevar implícita dicha petición, y otra muy distinta que el auto judicial que ha de resolver el expediente de tracto sucesivo no deba cumplir todas las manifestaciones y requisitos formales y sustantivos exigidos por la normativa aplicable al procedimiento.

En la manifestación o mandato judicial de proceder a la cancelación de determinados asientos registrales, que implica una alteración de los asientos registrales, la necesidad de adecuación del auto judicial a la normativa aplicable al procedimiento se hace, si cabe, más indispensable. En otro caso, la salvaguardia judicial de los asientos registrales que el mismo artículo 1 de la Ley Hipotecaria consagra quedaría relativizada, en clara merma de la seguridad jurídica.

3. El artículo 286 del Reglamento Hipotecario es taxativo cuando dispone que «el auto aprobatorio del expediente de dominio, cuando se trate de reanudación del tracto sucesivo

interrumpido, dispondrá la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley...».

Que es criterio constante de este Centro Directivo, que el auto judicial tiene que ordenar la cancelación de las inscripciones contradictorias, en el presente caso de la participación indivisa de la finca cuyo tracto ha de reanudarse, como requisito imprescindible para su inscripción en el Registro de la Propiedad, pues la nueva inscripción que se practique no trae causa de la inscripción anterior, que por ello ha de cancelarse y, aunque ello sea una consecuencia lógica del expediente de reanudación, es de competencia del juez y no del registrador cancelar asientos vigentes que se encuentran bajo la salvaguardia judicial (artículo 1.3º de la Ley Hipotecaria). Debe tenerse en cuenta que mediante el expediente de reanudación de tracto se va a proceder a cancelar un asiento vigente, con una titularidad que se halla protegida por el principio de legitimación registral (artículo 38 de la Ley Hipotecaria), en cuyo procedimiento no es necesario que sea demanda, bastando cumplir los requisitos de citación establecidos en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, por lo que el Reglamento Hipotecario establece en el artículo 286 la exigencia expresa de que el auto ordene la cancelación de dicho asiento.

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

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, 28 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gá

Resolución de 29 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad accidental de Sueca, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de una sentencia declarativa de dominio.

En el recurso interpuesto por don E. R. O. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad accidental de Sueca, don Jorge Romero Melle, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de una sentencia declarativa de dominio.

HECHOS

I

Mediante mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alzira el día 15 de julio de 2013, se solicitó la inscripción de una sentencia declarativa de dominio dictada contra una herencia yacente, estando dictada en rebeldía de la parte demandada.

II

Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad de Sueca el día 11 de noviembre de 2014, bajo el asiento número 1.287, del tomo 255 del Libro Diario, fue objeto de la siguiente nota de calificación de fecha 25 de noviembre de 2014, tras una previa calificación objeto de subsanación parcial, y que no fue objeto de recurso: «Registro de la Propiedad de Sueca Hechos: Primero.–En mandamiento librado por el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número cuatro de los de Alzira, en fecha 15 de julio de 2013, dimanante del procedimiento ordinario, en ejercicio de acción declarativa de dominio, seguido bajo número 699/2012, a instancias y como demandante don E. R. O., contra la herencia yacente y desconocidos herederos de doña C. E. A., declarados en rebeldía, se inserta literalmente la sentencia número 3/20013, dictada por el Juez en sustitución del citado Juzgado, que es firme en derecho, en la cual se estima la demanda y declara que el nombrado don E. R. O., es propietario en pleno dominio de la finca registral número 42.354 de Sueca y de otras dos que no pertenecen a esta circunscripción territorial. Segundo.–Dicho mandamiento fue presentado en este Registro de la Propiedad de Sueca, el 11 de noviembre de 2014, causando el asiento 1287 del Diario 255. Se ha acompañado al referido mandamiento dos copias de la escritura autorizada por el Notario de Alzira, Don Enrique Sifre Corts, el diecisiete de febrero de dos mil nueve, protocolo número 283, de capitulaciones postnupciales pactando separación de bienes, en la cual los cónyuges Doña R. M. F. S. y Don E. R. O., establecieron que a partir de ese momento su matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes; consta inscrita en el Registro Civil de Alzira, el día 18 de febrero de 2009, al tomo 76, página 17. Tercero.–Vistos los libros de este Registro resulta que la finca registral número 42.354 de Sueca, está inscrita a nombre de doña C. E. A., soltera, por título de compra, según su inscripción 1.^a. Fundamentos de Derecho Se ha apreciado, previa su calificación registral –conforme a los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria–, los siguientes defectos: Primero.–Del documento presentado resulta que la demanda se ha dirigido contra la herencia yacente y desconocidos herederos de doña C. E. A., impidiendo esta circunstancia la inscripción, por cuando por exigencia del principio de tracto sucesivo, conforme al artículo 20 Ley Hipotecaria, para alterar una titularidad registral es preciso que en el procedimiento correspondiente el titular haya tenido posibilidad de intervenir y, en caso de fallecimiento, que todos los herederos hayan tenido parte en el procedimiento para que no sufran las consecuencias de una indefensión judicial, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española. Por tal motivo, es necesario que la autoridad judicial ponga de manifiesto que ha estimado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente, mediante el emplazamiento y comparecencia de la herencia a través de un posible interesado, identificando al mismo, como se señala en las últimas Resoluciones de la Dirección General en las que indica que es posible el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Entendiéndose a efectos de la inscripción que la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aun no aceptada, si no se adoptan las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indeterminado. Y siempre teniendo en cuenta, como señala la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones, 22 de enero y 27 de octubre de 2003, 21 de enero de 2005, 15 de octubre y 20 de noviembre de 2007, 17 de marzo y 9 de junio de 2009, 27 de julio de 2010, 22 de enero de 2011, 12 de julio de 2013 y 27 de junio de 2014, entre otras.–que la exigencia de que el juez nombre a un administrador de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa; sino que debe limitarse a aquellos casos en el que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Son de aplicación los artículos 24 de la Constitución; artículos 18, 19 bis, 20, de la Ley Hipotecaria; 100, 166.1 del

Reglamento Hipotecario; arts 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2, 797 y 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Resoluciones de la Dirección General Registros y Notariado de 22 de enero y 27 de octubre de 2003, 21 de enero de 2005, 15 de octubre y 20 de noviembre de 2007, 17 de marzo y 9 de junio de 2009, 27 de julio de 2010, 22 de enero de 2011, 12 de julio de 2013 y 27 de junio de 2014; las Sentencias del Tribunal Constitucional 109/1999, de 14 de junio de, y 185/2001, de 17 de septiembre; las Sentencias Tribunal Supremo de 7 abril 1992, 7 julio 2005, 12 junio 2008. En concreto la Resolución de 27 de junio de 2014, entre otras, establece: «...2. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido, el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral. Esta es la razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción. Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. Por lo tanto, entiende este Centro Directivo que la calificación por los registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador determinar), sino un obstáculo del Registro derivado del tracto sucesivo, conforme a los artículos 18.1 y 20 de la Ley Hipotecaria, 100 de su Reglamento y 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunstancia que el registrador ha sido cuidadoso de resaltar en su nota de defectos.» Segundo.—Sin perjuicio del defecto anteriormente indicado, y dado el carácter unitario de la calificación registral, en la medida que la Sentencia ha sido dictada en rebeldía de la parte demandada, se plantea la posibilidad de que pueda ejercitarse la acción de rescisión de resoluciones judiciales firmes regulada en los artículos 501 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que de conformidad con ello y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil será preciso: a) bien, que se acredite el transcurso del plazo legalmente previsto para la interposición de tal acción, esto es: —tanto el plazo de veinte días contados desde la notificación de la resolución judicial firme en casos de notificación personal o el de cuatro meses computados desde la publicación del edicto de notificación de la resolución judicial firme en caso de notificación por edictos (con indicación de la fecha de la notificación);— como el plazo de dieciséis meses contados desde la fecha de notificación de la resolución judicial firme en caso de subsistencia de la situación de fuerza mayor que hubiese impedido la comparecencia del rebelde al juicio (con indicación de la fecha de la notificación); b) o bien que se ponga de manifiesto que, ejercitada dicha acción de rescisión dentro del plazo legalmente previsto, la misma ha sido desestimada por el órgano judicial competente (circunstancia que, en su caso y como se ha indicado, deberá ponerse expresamente de manifiesto por parte de la autoridad judicial). Ello en la medida que, de los datos que resultan del precedente documento, el dies a quo para el cómputo de dichos plazos sería el 16 de enero de 2013, por lo que en la fecha de expedición del precedente documento (15 de julio de 2013) no habría transcurrido el plazo de dieciséis meses previsto en el artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; hasta entonces, sólo cabrá la práctica de anotación preventiva de la sentencia indicada, a instancia de los interesados -dado el principio

de rogación que inspira el procedimiento hipotecario-, conforme a lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. artículo 502) señala tres plazos a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente; un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal; y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por continuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia. Toda vez que caso de existir la fuerza mayor que justifique la falta de comparecencia, puede continuar durante todo el procedimiento e incluso después de dictada la sentencia, una interpretación lógica de la norma, que no conduzca al absurdo, exige interpretarla en el sentido de que para poder practicar la inscripción es preciso que transcurra el tercer plazo de dieciséis meses, todo ello, sin perjuicio de que pueda tomarse la anotación preventiva a que se refiere el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr., por todas, las Resoluciones de 15 de febrero de 2005, 21 de febrero de 2007 y 1 de octubre de 2014 «aun cuando se hubiese acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el 'Vistos') según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala tres plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía,... Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente).» Son de aplicación los artículos 24 de la Constitución Española, 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento; 501 y ss., 524.4 y 595 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011; así como, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2005, 21 de abril de 2005, 29 de diciembre de 2005, 21 de febrero de 2007, 9 de abril de 2007, 17 de mayo de 2007, 28 de mayo de 2007, 23 de junio de 2007, 20 de octubre de 2007, 2 de octubre de 2008, 17 de marzo de 2009, 29 de mayo de 2009, 27 de septiembre de 2011, 28 de enero de 2013 y 30 de octubre de 2014. Del artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta literalmente lo siguiente: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos». Acuerdo Se acuerda suspender la inscripción del precedente documento, por las causas y en los términos que resultan de la presente nota de calificación; asimismo, se hace constar: a) que conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados extendiéndose la calificación –entre otros extremos– a «los obstáculos que surjan del Registro», a «la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción», a «las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos» y a «la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad»; tratándose de documentos judiciales la calificación se extiende además, según el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, a «la competencia del Juzgado o Tribunal, y a «la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado»; b) que no se ha procedido a la práctica de anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable por no haberse solicitado expresamente (artículo 65, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria). Contra la expresada calificación (...) Sueca, a 25 de noviembre de 2015. El registrador-acc. (firma) Fdo: Jorge Romero Melle».

III

El día 18 de diciembre de 2014 se solicitó calificación sustitutoria, que correspondió al registrador de la Propiedad interino de Chelva, don Domingo Jordán Domingo, quien emitió calificación el día 7 de enero de 2015 en la que se confirmó íntegramente la calificación del registrador de la Propiedad accidental de Sueca.

IV

Contra la anterior nota de calificación, don E. R. O. interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 10 de febrero del año 2015, en base a los siguientes argumentos: «(...) Alegaciones Primera.—En fecha 2 de julio de 2012 se interpuso por la representación procesal de D. E. R. O. demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción declarativa de dominio contra la Herencia Yacente y Herederos Desconocidos de D.^a C. E. A., señalándose a efectos de emplazamiento, el último domicilio de la causante. El 30 de julio de 2012 se admitió a trámite la demanda por el Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción número 4 de Alzira, dando lugar al Procedimiento Ordinario 699/2012. La demanda no fue contestada por la parte demandada, por lo que de conformidad con el artículo 496.1 de la LEC, cumpliendo con los plazos establecidos y mediante edictos, fue declarada en rebeldía procesal. Tras la celebración de la Audiencia Previa y posterior vista de Juicio Oral, el 16 de Enero de 2013 se dictó sentencia n.º 3/2013, dictada por la Juez de sustitución del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Alzira D.^a Isabel Giner Moreno. Dicha sentencia, declara que: «D. E. R. O., es propietario en pleno dominio de las siguientes fincas: –Local comercial, denominado bajo derecha, de la casa en Alzira, (...)– Vivienda del primer piso alto del edificio sito en Alzira, (...)–Vivenda situada en la tercera planta alta del Edificio (...) radicado en el poblado del Perelló, del término de Sueca, sita en (...). Una vez firme la presente Resolución expídanse los correspondientes mandamientos para la inscripción a nombre del actor en los Respectivos Registros de la Propiedad para su Inscripción» (...) Segunda.—El 17 de Enero de 2013, el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Alzira, dictó diligencia de ordenación, dando cuenta de que: «A la vista de las actuaciones y dado que la parte demandada no tiene domicilio conocido, y habiéndose declarado en rebeldía, al amparo de lo dispuesto en el artículo 497.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede notificar la Sentencia dictada en este proceso a dicha parte en el tablón de anuncios de este Juzgado así como en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana, expidiéndose a tal efecto los despachos y documentos necesarios, que se entregarán a la parte demandante para que cuide de su gestión». El 20 de marzo de 2013, el Secretario Judicial dictó nueva diligencia de ordenación, acompañando la publicación del edicto en el DOCV y comunicando la retirada del edicto que había estado expuesto en el tablón de anuncios de este Juzgado, cumpliendo así con los trámites legales previstos por encontrarse la parte demandada en rebeldía. El 16 de Abril de 2013, se dictó nueva diligencia de ordenación por el Secretario Judicial estableciendo que: «Notificada la sentencia dictada en los presentes autos a las partes, y no habiéndose interpuesto recurso contra la misma, se decreta su firmeza, hágase saber a las partes al objeto de que insten lo que a su derecho convengan» Tercera.—Esta parte presentó la Documentación pertinente en el Registro de la Propiedad de Sueca para que se procediese a la inscripción de la vivienda sita en el Perelló (Valencia). En fecha 26 de Septiembre de 2013, se dictó Nota de Calificación negativa por el Señor Registrador de Sueca D. Jorge Romero Melle, con los siguientes defectos: –Problemas de inscripción por exigencia del principio de tracto sucesivo.—Acreditación del transcurso de los plazos por el Secretario Judicial.—Determinar el régimen económico matrimonial y el carácter privativo o ganancial de la adquisición (...) Posteriormente, en fecha 11 de noviembre de 2014, más de un año después,

se volvió a presentar Documentación en el Registro de la Propiedad de Sueca, aportando diligencias de Ordenación con el fin de subsanar el defecto de los plazos y capitulaciones matrimoniales del titular de los bienes y su cónyuge con el fin de subsanar el carácter privativo o ganancial de la inscripción. En fecha 25 de Noviembre de 2014 se emitió Nota de Calificación negativa por el mismo Registrador, alegando igual que en la nota anterior, el primer y el segundo defecto (...) Cuarta.—Tras las calificaciones expuestas y haciendo uso de su Derecho, esta parte solicitó el cuadro de sustituciones previsto en el artículo 19 Bis de La Ley Hipotecaria. Correspondió al Registro de la Propiedad de Chelva conocer de la referida inscripción. Presentada la documentación el 29 de Diciembre de 2014 en el Registro de la Propiedad de Chelva, el 7 de Enero de 2015 el Señor Registrador D. Domingo Jordán Domingo, confirmó la nota de calificación suspensiva del Registro de Sueca, corroborando la concurrencia del primer y segundo defecto. Dicha calificación fue notificada a esta parte en fecha 13 de enero de 2015 (...) Sexta.—En fecha 13 de Agosto de 2013 se procedió al pago por D. E. R. O. del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en relación con las tres inmuebles descritos, ascendiendo a un total de (...) Séptima.—El primer defecto por el que el Registrador de la Propiedad de la ciudad de Sueca no inscribe el inmueble, es porque considera que se ha ignorado a la otra parte en el proceso y no se ha nombrado a un Administrador Judicial de la herencia, alegando indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) y que no se respeta el principio de tracto sucesivo (artículo 20 de La Ley Hipotecaria). Pues bien, la parte demandada se encuentra en rebeldía por no contestar a la demanda ni comparecer. Esta parte considera que se ha cumplido íntegramente con el contenido del artículo 497 de La LEC, y que han sido practicados todos los edictos exigidos ante tal situación. La calificación registral se ha extralimitado en su función de calificación de Documentos Judiciales, ya que ha entrado a calificar el fondo de una Sentencia Judicial dictada tras la celebración de un proceso judicial con todas las garantías. El Juez, apreció la legitimación procesal pasiva y no consideró necesario nombrar un Administrador Judicial de la Herencia, cumpliendo con los edictos y los plazos previstos para los supuestos en lo que la parte demandada se encuentra en rebeldía. No puede quedar justificada la calificación registral de una resolución judicial firme en cuanto a la necesidad de un defensor judicial en que el propio Juez no consideró necesario exigir. El registrador tiene la obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes y no le corresponde, por tanto, calificar ni los trámites ni los fundamentos del procedimiento judicial. Apreciada por el Juez la correcta legitimación pasiva, como es el caso, y habiendo transcurrido el plazo exigido de 30 años, podría ser desproporcionado exigir una citación a unos supuestos causahabientes que no han inscrito su derecho en el registro de la Propiedad, pues no puede pretender la protección registral quien no inscribe su adquisición, como ha reconocido la DGRN, entre otras, en una reciente resolución de 26 de marzo de 2014. Las personas ignoradas a quienes en este caso puede perjudicar la inscripción, se tienen que tener por citadas mediante la publicación de los correspondientes edictos, que se llevaron a cabo como requisitos especiales en garantía de los transmitentes intermedios, para dar cumplimiento íntegro al contenido de los artículos 497 y 502 de la LEC. Tratándose de un procedimiento judicial declarativo que tiene por exclusivo objeto declarar la usucapión de una vivienda, cuestionar la validez del pronunciamiento judicial por falta de intervención del titular registral o de sus causahabientes es tanto como cuestionar que la declaración de la usucapión no se ajusta a Derecho. Es evidente que la usucapión puede perjudicar al titular registral. Pero la usucapión, como modo originario de adquirir la propiedad contemplado en el artículo 609 del Código Civil, se consume única y exclusivamente por el transcurso del tiempo fijado por las leyes, e incluso la renuncia al derecho usucapido no perjudica a los acreedores de quien se ha usucapido, motivos para los cuales la usucapión se produce en la esfera civil, no en la esfera judicial y es el juez el que quien, como único órgano legitimado para examinar si han concurrido los requisitos necesarios para la usucapión, puede dictar una sentencia en la que admita que concurren. El registrador no puede desconocer la facultad de la autoridad judicial de entrar en el fondo de la cuestión y decidirla conforme a los hechos alegados y probados, ajustando su calificación dentro del ámbito que le permite el

artículo 100 del Reglamento Hipotecario. La sentencia judicial declara la adquisición por usucapión de los inmuebles descritos. Es un título declarativo de dominio y una especialidad o excepción del principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de La Ley Hipotecaria. Se reconoce una situación de Derecho consumada, y es directamente título inscribible y suficiente para la inscripción de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 3 de La Ley Hipotecaria. Es título hábil para inscribir, puesto que la usucapión contra tabulas ya está prevista en el artículo 36 del mismo cuerpo legal. Es evidente, que no pueden acceder al registro resoluciones judiciales que puedan dar lugar a una indefensión judicial patente del titular registral y por eso, la calificación del registrador tiene que abarcar en todo caso el hecho de que quien aparece protegido por el registro haya sido emplazado en forma legal en el procedimiento. El artículo 790 de la LEC regula la adopción de medidas de aseguramiento del patrimonio en los procedimientos judiciales de división de herencia, y entre las medidas, figura el nombramiento de un administrador judicial. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el objeto del procedimiento no es una división de herencia o un reparto de la misma, no va por la vía de la sucesión, si no de la usucapión, como modo originario de adquirir la propiedad contemplado en el artículo 609 del Código Civil y regulado en el artículo 1959 del Código Civil, que no requiere de relación con el titular anterior, sino que emana de la propia decisión judicial, por lo que no cabe aplicar el principio del tracto sucesivo. La sentencia recaída en el procedimiento, declara consumada la usucapión por la posesión de la finca durante el tiempo requerido, 30 años, una vez fallecida la titular registral, D^a C. E. A. En un supuesto similar, la Dirección General estimó que de la sentencia recaída en juicio resultaba que la titular registral había fallecido, y que el demandante no alegó título sucesorio, sino la prescripción de más de treinta años, lo que le releva de cualquier otra acreditación. De admitir la tesis de la Registradora, entraría ésta en la calificación del fondo de la sentencia, lo cual le está vedado. (R.6-5-2009, BCNR-157, BOE 30-5). El sistema registral no puede ignorar la realidad que se desarrolla fuera de los libros registrales y que puede modificar su contenido. La usucapión, si bien parte de una situación de hecho, se transforma en una situación de Derecho cuando se consuma; momento a partir del cual puede influir o afectar al sistema registral, y al margen de éste, puede dar lugar a un resultado distinto al que se recoge en los libros registrales. Es necesario citar una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 11 de Mayo de 2012 (publicada en el BOE el 12 de Junio de 2012), dictada en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por una Registradora de la Propiedad, denegando la inscripción de una sentencia declarativa de dominio. En la sentencia que da lugar a la resolución nombrada, se reconoce por parte del juzgador el dominio de una finca, sin aclarar si se reconoce como consecuencia de la cadena de ventas desde el titular registral al actual propietario, o como consecuencia de usucapión a favor de éste. Inscrita la finca a favor de una determinada persona, se dictó Sentencia en el juicio seguido contra ella por el que era el actual propietario, para que se reconociera su dominio como consecuencia de las sucesivas ventas operadas a partir del titular registral, todas ellas formalizadas en Documentos privados, e igualmente de la usucapión operada en su favor. La sentencia le reconoce el dominio de la finca sin determinar si lo es por compra, previas las transmisiones intermedias, o por usucapión. La Dirección General resolvió que no cabe reconocer dos títulos adquisitivos diferentes a favor de una misma persona, y que la Sentencia debía ser aclarada en ese extremo. Y así, si la sentencia se hubiese dictado como medio de suplir los títulos intermedios, no sería inscribible, pues dadas las circunstancias debería haberse acudido a un expediente de dominio para la reanudación del tracto (por las mayores garantías que éste hubiera supuesto para los adquirentes intermedios). Pero por el contrario, si la Sentencia se hubiese dictado reconociendo que el dominio derivaba de la usucapión, sí cabría la inscripción. La resolución establece que: La sentencia declarativa de dominio por usucapión contra el titular registral sí sería inscribible en el registro de acuerdo con las normas generales, como se desprende del párrafo tercero del artículo 36 de la Ley Hipotecaria al establecer que «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho R. que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la calificación de terceros, se calificará el título y se contará con arreglo a la legislación civil». La

resolución añade que es necesaria una aclaración de la Sentencia que especifique la causa por la que la demandante deviene propietaria, estableciendo que «si se aclara que la declaración de dominio se realiza por razón de la usucapión contra el titular registral, sí sería inscribible la ejecutoria» (...) Octava.—El segundo de los defectos que alegan los Señores Registradores de la Propiedad de Sueca y Chelva viene referido a un problema de plazos. Establece el artículo 207.2 de la LEC que son firmes aquellas resoluciones contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. Es necesario para poder practicar un asiento registral por resolución judicial que la misma sea firme, firmeza que requiere que no quepa recurso alguno. En el procedimiento Judicial que ha dado lugar a la sentencia que se pretende inscribir, la parte demandada está en rebeldía. Esta especialidad requiere cumplir con lo previsto en los artículos 501, 502 y 524 de la LEC, es decir, que además de ser firme la sentencia, conste que hayan transcurrido los plazos del posible ejercicio de audiencia del rebelde y/o el ejercicio de la acción de rescisión. Así, el Artículo 501 de la LEC establece que: «Los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme en los casos siguientes: 1.º De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma. 2.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable. 3.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos.» El Artículo 502 de la LEC establece que: 1. «La rescisión de sentencia firme a instancia del demandado rebelde sólo procederá si se solicita dentro de los plazos siguientes: 1.º De veinte días, a partir de la notificación de la sentencia firme, si dicha notificación se hubiere practicado personalmente. 2.º De cuatro meses, a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, si ésta no se notificó personalmente. 2. Los plazos a que se refiere el apartado anterior podrán prolongarse, conforme al apartado segundo del artículo 134, si subsistiera la fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia, pero sin que en ningún caso quepa ejercitar la acción de rescisión una vez transcurridos dieciséis meses desde la notificación de la sentencia.» Como hemos expuesto anteriormente, el 16 de abril de 2013 se dictó diligencia de ordenación por el Secretario Judicial, decretando la firmeza de la sentencia 3/2013 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Alzira. Por tanto, el 16 de Agosto de 2014 se cumplió el plazo establecido como límite máximo (16 meses) para ejercitar la acción de rescisión prevista en el artículo 502.2 de la LEC, sin que se haya ejercitado acción alguna por la parte demandada. La sentencia es firme a todos los efectos».

V

El registrador notificó la interposición del recurso al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alzira, el cual no emitió escrito de alegaciones, suscribió informe el día 24 de febrero de 2015, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 2, 3, 18, 20, 38, 40, 82, 199, 201, 202, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 496 y siguientes, 524 y 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 100, 272 y siguientes del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 2002, 7 y 8 de abril de 2003, 23 de marzo y 22 de junio de 2007, 29 de mayo y 26 de agosto de 2008, 6 de junio, 11 de julio de 2009, 8 de noviembre de 2010, 2 de septiembre de 2011, 11 de mayo de 2012, 28 de enero, 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 29 de enero, 8 de mayo y 2 de octubre de 2014 y 29 de enero y 5 de marzo de 2015.

1. Es objeto de este recurso resolver sobre la posibilidad de inscribir una sentencia dictada contra los herederos desconocidos de una herencia yacente, atendiendo a la circunstancia añadida de que dicha resolución judicial ha sido adoptada en situación de rebeldía procesal de la parte demandada.

2. El primer aspecto a tratar entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución española. Este principio, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. De ahí que la doctrina de este Centro Directivo, si bien matizada en sus últimos pronunciamientos, impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y de 5 de marzo de 2015). En el caso presente ninguna de estas circunstancias se ha producido, por lo que el defecto debe mantenerse por infracción del principio de tracto sucesivo.

Considera por otro lado el recurrente, para poder subsanar de manera subsidiaria la insuficiencia de tracto, que la sentencia declarativa de dominio basada en la usucapión es título hábil igualmente para, en su caso, proceder a la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Es doctrina consolidada de esta Dirección General que el medio de reanudación del tracto de origen judicial sólo puede serlo el expediente de dominio con dicha finalidad, ya que su específico procedimiento asegura la citación de los titulares registrales tanto si las inscripciones contradictorias ostentan una antigüedad superior a los treinta años, bien en la forma establecida en el artículo 202.2 de la Ley Hipotecaria cuando es inferior de dicho plazo, pero sin dejar de lado que dicho expediente impone dar traslado al Ministerio Fiscal que asegure los intereses de dichos titulares registrales. La sentencia declarativa adolece de la falta de intervención del Ministerio Público, por lo que preceptiva intervención directa de uno de los interesados en la sucesión, o el nombramiento de un administrador judicial que preserve sus derechos, deviene imprescindible para poder proceder a la inscripción.

En el mismo sentido no puede tampoco pretenderse la rectificación del Registro alegando la existencia de la mencionada sentencia judicial ordenando dicha alteración en los asientos registrales basándose en la usucapión de los demandantes, sin que hayan intervenido los titulares registrales en el proceso o se haya justificado que se adquirió de los mismos en el

procedimiento judicial, como bien indicó la Resolución de 11 de mayo de 2012, la cual es mencionada por la parte recurrente en su escrito de recurso.

3. El segundo aspecto objeto de recurso recae sobre la posibilidad de inscribir una sentencia judicial que ha sido dictada en rebeldía. A estos efectos, resulta conveniente recordar el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que señala «mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos». La reanudación del tracto solicitada o la rectificación del Registro implicaría en todo caso la cancelación de los asientos contradictorios y la inscripción a favor de los demandantes, por lo que es labor del registrador controlar el transcurso de los plazos de rescisión de las sentencias en rebeldía.

En este momento cabe recordar que, en cumplimiento del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, sólo puede ser objeto del recurso el título presentado a inscripción junto con sus documentos complementarios o aclaratorios en relación a la calificación verificada por el registrador en su nota de suspensión o denegación. Por ello, todos los medios de prueba aportados a posteriori por los interesados no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de resolver la cuestión, puesto que desvirtuaría la equidad e igualdad existente en este procedimiento de revisión de la calificación. Por ello no pueden influir en la Resolución nuevos documentos aportados en la tramitación del recurso, aunque supusieran la subsanación o aclaración de los defectos, ya que ello debería generar la calificación positiva en su caso, pero fuera del recurso mediante la renuncia al mismo y con una nueva presentación de la documentación en cuestión ante el Registro de la Propiedad.

Atendiendo de nuevo al fundamento sustantivo del defecto ahora analizado, es doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 28 de enero de 2013 y 29 de enero de 2015) que la inscripción o la cancelación de asientos proveniente de los pronunciamientos de una sentencia dictada en rebeldía exige el cumplimiento de los plazos de rescisión de dicha resolución judicial ya vistos en el artículo 524 de la ley procesal civil. De manera añadida –y como ocurre en cualquier otro supuesto de justificación de la firmeza de las resoluciones–, es el interesado el que debe aportar la documentación que acredite el transcurso de los indicados lapsos temporales, o la firmeza de la resolución, lo cual no ha ocurrido dentro de los plazos de calificación del título (no valiendo una presentación extemporánea, dentro del trámite de la interposición del recurso), por lo que el defecto debe igualmente mantenerse.

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

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, 29 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 29 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Mazarrón, por la que se deniega la inscripción del testimonio de un auto de reanudación de tracto.

En el recurso interpuesto por don L. R. L. y doña C. A. G. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Mazarrón, don Eduardo Cotillas Sánchez, por la que se deniega la inscripción del testimonio de un auto de reanudación de tracto.

HECHOS

I

Mediante testimonio judicial, librado el día 21 de noviembre de 2014 por la secretaria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Totana, se insertó auto dictado por el juez de dicho Juzgado, de fecha 23 de septiembre de 2014, en autos de expediente de dominio, reanudación de tracto número 52/2013, por el que se declara justificado el dominio de don L. R. L. y doña C. A. G. sobre determinada finca registral.

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Mazarrón bajo el asiento 1768 del Diario 70, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificado el precedente documento, testimonio judicial librado el 21 de noviembre de 2014 por el/la Secretario/a del Juzgado de primera Instancia número tres de Totana, que comprende el auto dictado por el Juez del indicado juzgado el 23 de septiembre de 2014, en autos de expediente de dominio, reanudación de tracto número 0000052/2013, presentado bajo el asiento 1.768 del Diario 70, el Registrador de la Propiedad que suscribe, tras examinar los antecedentes del Registro, califica negativamente, con esta fecha, la inscripción solicitada en base al/los siguiente/s hecho/s y fundamento/s de Derecho: Hecho/s: 1.º Resulta del precedente documento que los promotores del expediente adquirieron la finca objeto del mismo por compraventa a quienes se expresa en el hecho 1.º, en virtud de escritura pública de fecha 30 de marzo de 1.994. Examinado el Registro se observa que, efectivamente, los cónyuges don L. R. L. y doña C. A. G. adquirieron la finca 28.694 objeto del precedente documento por compra a dichos señores -si bien la señora R. según Registro debe de ser R. J.-y por escritura pública pero no de 30 de marzo de 1994 sino de 30 de agosto de 1994 y autorizada por el Notario de Mazarrón don Miguel González Cuadrado, número 253 de su protocolo; que además provocó la inscripción 3.ª del historial registral de la finca por la que una séptima parte indivisa de la misma -concretamente, la correspondiente a W. (que no W.) E. (que no A.) J. quedó inscrita precisamente a favor de los hoy promotores del expediente; y del asiento 1312 del Diario 6 de este Registro resulta que las restantes seis séptimas partes indivisas de la finca no pudieron inscribirse por no acreditarse debidamente la representación alegada de los vendedores. Y es lo cierto que, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, no es el expediente de dominio el medio apropiado para rectificar el Registro, por no existir interrupción del tracto cuando el promotor ha adquirido por escritura pública directamente del titular registral, y lo que ocurre es que dicha escritura es rechazada por el Registro por defectuosa, según antes se dijo. En estos casos, existe titulación y cabe continuar el tracto, sin que la existencia de obstáculos para la inscripción pueda considerarse como determinante de la interrupción. Además no puede utilizarse el

procedimiento de reanudación de tracto como vía para eludir el cumplimiento de las normas legales sobre subsanación de los títulos inscribibles. Lo que procede en estos casos es, bien subsanar el defecto de la escritura, bien entablar juicio declarativo sobre la validez de la misma; pero no acudir al expediente de dominio para reanudar el tracto, ya que, propiamente, no hay interrupción alguna del tracto. 2.º Faltan todas las circunstancias personales de los promotores del expediente; a saber, estado civil, mayoría de edad, D.N.I./N.I.F., vecindad y domicilio y, de estar casados, régimen económico matrimonial y si es convencional, título en el que se pactó e inscripción en Registro Civil. 3.º La finca, tal y como se describe en el documento presentado no coincide con el Registro, pues se omite que sobre ella, ocupando su total superficie, existe construida una edificación de una sola planta destinada a cochera, y el lindero oeste está incompleto, resultando del Registro que es como sigue: «la que se adjudica a J. N. O., F. G. P. y W. E. J., a R. J., a J. W. L., a M. E. W. L., a R. M., a J. H., a R. J. H. J.». 4.º Resulta del hecho 2.º que se acuerda citar como titulares registrales a quienes allí se dicen, para seguidamente indicar que se le cita como dueños de las fincas colindantes por lo que existe falta de claridad sobre en qué concepto se les cita; y sin que, en cualquier caso, dichos señores resulten ser los titulares registrales, por lo que, en definitiva, no queda acreditado si dichos titulares registrales o sus causahabientes (del Hecho 1.º⁴ resulta que los antiguos propietarios han fallecido) han sido, o no, debidamente citados. Tampoco resulta que haya sido citado debidamente el que tenga catastrada la finca a su favor; o el poseedor de la misma, en su caso. Y sin que, por lo demás, A tal/es hecho/s es/son de aplicación el/los siguiente/s fundamento/s de Derecho: 1.º Artículos 1, 3, 18, 19 bis, 199, 200, 201, 202 y 322 a 328 de la Ley Hipotecaria; 100, 272, 285 y 286 de su Reglamento, y Resoluciones de la D.G.R.N. de de 21 de junio de 1991, 12 de marzo de 1999, 5 de noviembre de 2004, 24 de febrero de 2006, y de 10 de agosto de 2011. 2.º Artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 51 y 912 y ss. del Reglamento Hipotecario, 1.315, 1.316, 1.325, 1.333 y 1.361, y concordantes de ellos, del Código Civil, 77 de la Ley del Registro Civil, y 266 y concordantes de su Reglamento. 3.º Artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y 1.261, 2.º, del Código Civil. 4.º Artículo 201.3 y 202 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, y 286 del Reglamento Hipotecario. Dicho/s defecto/s se consideran insubsanable el primero y subsanables los restantes, por lo que se deniega la inscripción solicitada. Se han practicado las operaciones registrales que se especifican en la minuta que se acompaña, cuyo importe asciende a euros, (IVA excluido) y sobre valores declarados. Ley 8/1989, Disposición Adicional 3.ª-2. Contra la presente calificación (...). Mazarrón, 5 de enero de 2015. El registrador (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don L. R. L. y doña C. A. G. interpusieron recurso en virtud de escrito de fecha 30 de enero de 2015, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: Genéricamente se cita el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, considerando que el título presentado cumple con los requisitos del mismo por lo que debe inscribirse; Respecto del primer defecto (no interrupción del tracto), reconocen que el dominio les fue transmitido por los titulares registrales en virtud de escritura de compraventa (de la que aportan fotocopia), y que dicha escritura fue presentada en el Registro y no se inscribió por defecto de representación de la parte vendedora. Se alega el fallecimiento de los entonces vendedores y, en consecuencia, la verdadera interrupción del tracto como consecuencia de dicho fallecimiento, al ser imposible subsanar el defecto; Respecto del segundo defecto (falta circunstancias personales), alegan que sus circunstancias personales constan en la referida escritura de compraventa y en un poder para pleitos, que se presentaron en el expediente de dominio; Respecto del tercer defecto (falta de coincidencia total en la descripción de la finca), alegan que la finca descrita en el auto coincide básicamente con la que consta en la escritura de compraventa, y Respecto del cuarto defecto (falta de citación de los titulares registrales,

del titular catastral y del poseedor en su caso), alegan que, tal como resulta del auto, fueron llamados los colindantes, que no mostraron ninguna oposición.

IV

El registrador emitió informe el día 17 de febrero de 2015 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 1, 2, 3, 9, 20, 21, 38, 40, 82, 200, 201, 202 y 326 de la Ley Hipotecaria; 51.9ª, 93, 94 y 285 del Reglamento Hipotecario; 1259, 1279, 1280 y 1727 del Código Civil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 1988, 5 de julio de 1991, 19 de enero de 2001, 24 de septiembre de 2002, 12 de mayo y 29 de diciembre de 2005, 10 de agosto de 2011, 3 de febrero, 13 de junio, 19 de septiembre, 13 de noviembre y 7 de diciembre de 2012, 8 de enero, 20 de septiembre y 25 de noviembre de 2013, 26 y 27 de marzo, 30 de abril, 19 de mayo, 8 de julio y 21 de octubre de 2014 y 24 de marzo de 2015.

1. Con carácter principal y como defecto insubsanable, se debate en este recurso si es posible la inscripción de un auto recaído en expediente de dominio para la reanudación del tracto, concurriendo las siguientes circunstancias relevantes:

a) Los promotores del expediente adquirieron el dominio directamente de los titulares registrales en escritura pública que fue denegada parcialmente por insuficiente representación, inscribiéndose a su favor únicamente una séptima parte indivisa.

b) Los promotores (aquí recurrentes) alegan la procedencia del expediente de dominio por haber fallecido los titulares registrales y, en consecuencia, ser imposible subsanar el defecto.

c) El auto de expediente de dominio declara justificado el dominio a favor de los promotores, considerando probado el fallecimiento de los titulares registrales.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, cualquiera que sea la fecha de la inscripción contradictoria, es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor, y ello por una triple razón: a) Porque contra la regla básica de nuestro sistema que exige para la rectificación de un asiento el consentimiento de su titular o una resolución judicial dictada en juicio declarativo contra él entablado (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), dicho auto puede provocar la cancelación de un asiento sin satisfacer ninguna de esas dos exigencias; b) Porque contra la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular registral (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria), se va a posibilitar una declaración dominical contraria al pronunciamiento registral en un procedimiento en el que no ha de intervenir necesariamente el favorecido por dicho pronunciamiento y de ahí que el propio artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria contemple este cauce como subsidiario de la inscripción

de los titulares intermedios, y c) Porque contra la exigencia de acreditación fehaciente del título adquisitivo para su acceso al Registro (cfr. artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria), se posibilita la inscripción en virtud de un auto que declara la exactitud del título adquisitivo invocado por el promotor, siendo así que dicho título puede estar consignado en un simple documento privado y que tal auto recae en un procedimiento en el que puede no quedar asegurado el legítimo reconocimiento de aquel documento privado por sus suscriptores (cfr. artículos 1218 y 1225 del Código Civil, 602 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 201 de la Ley Hipotecaria). Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquéllos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias, etc.).

Se impone, por tanto, una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que sólo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición.

En el presente caso, tal y como ha entendido el registrador en su nota, no hay verdadera interrupción del tracto, al haber adquirido el promotor del expediente directamente del titular registral. Como ya señaló la Resolución de 30 de mayo de 1988: «En el supuesto contemplado en que es el titular registral el mismo que transfirió la finca al promotor, no cabe, pues, utilizar el expediente de dominio; y no puede ser de otro modo si se tienen en cuenta las exigencias básicas de orden substantivo, procesal o hipotecario; efectivamente, en tal hipótesis el problema a solventar no es el de reanudación de tracto, sino el de la falta de acreditación suficiente del acto transmisivo a favor del recurrente (artículo 3 de la Ley Hipotecaria), el de falta del título formal adecuado para la inscripción, pero tal deficiencia no puede ser superada a través de un expediente de las características procedimentales del ahora debatido, sino a través del reconocimiento y pública documentación de dicho acto, voluntariamente otorgados por el transferente o sus herederos (cf. artículo 20-V-1.º de la Ley Hipotecaria) o mediante la debida declaración judicial de su existencia obtenida en juicio contradictorio correctamente entablado, que asegure convenientemente la tutela jurisdiccional del derecho del transmitente (artículos 24 de la Constitución Española y 40 de la Ley Hipotecaria) (...). Desde la perspectiva exclusivamente hipotecaria se llegaría a idéntico resultado por cuanto el asiento a favor del transmitente del promotor está bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) de modo que su rectificación por vía de una nueva inscripción de transferencia sólo procede, de conformidad con el artículo 40, letra a) de la Ley Hipotecaria, por la presentación del título adecuado –construido tal como se apuntó anteriormente– o por la resolución judicial que ordene la rectificación, recaída en juicio declarativo entablado contra el titular del asiento a rectificar (artículo 40 párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria)».

Esta doctrina, con los matices aplicables a cada caso, ha sido reiterada en numerosas Resoluciones (cfr. las citadas en los «Vistos»), sin que el argumento de la extraordinaria dificultad contenida en ciertas Resoluciones de este Centro Directivo para casos muy cualificados se considere aplicable al presente. En este sentido, cabe recordar que dicha doctrina siempre contempla la extraordinaria dificultad para elevar un documento privado a

documento público (cfr. Resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012 y 24 de marzo de 2015), es decir, para llenar el requisito de los artículos 1279 y 1280 del Código Civil, pero no para ratificar un documento público al que nunca se ha prestado consentimiento por los titulares registrales (cfr. artículos 1259 y 1727 del Código Civil).

2. Con carácter subsidiario, se debaten tres defectos a los que el registrador atribuye el carácter de falta subsanable. En cuanto a la omisión en el auto de las circunstancias personales de los promotores del expediente, debe confirmarse la calificación del registrador, sin que puedan tenerse en cuenta documentos no presentados en tiempo y forma, como señala el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas, cfr. Resolución de 29 de diciembre de 2005).

Por tanto, de acuerdo con los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51.9.^a, 93 y 94 del Reglamento Hipotecario, y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 13 de noviembre de 2012, 8 de enero de 2013 y 27 de marzo de 2014) es imprescindible la constancia en el título de todas las circunstancias personales que la legislación hipotecaria exige para identificar al futuro titular registral y el carácter de su adquisición.

3. En cuanto a la falta de coincidencia de la descripción de la finca, debe revocarse el defecto. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 13 de noviembre de 2012: «Pretendiéndose en el procedimiento seguido sólo la reanudación de tracto y no la rectificación de la descripción de la finca, y quedando explicitado en el auto que se trata de una determinada finca registral, respecto de la cual se ordena la reanudación de tracto y la cancelación de una inscripción contradictoria concreta, la última, a nombre de persona concreta determinada en el propio auto, no puede sostenerse que pueda quedar a la registradora duda alguna sobre la identidad de la finca que le impida la identificación precisa del objeto del derecho inscrito, tal y como ha venido exigiendo este Centro Directivo (véase, por todas, la Resolución de 13 de junio de 2012)».

En el presente caso, no hay duda de que la finca ha quedado suficientemente identificada, por lo que no puede mantenerse el defecto.

4. En cuanto a la citación a titulares registrales, titular catastral y, en su caso, poseedor de hecho, debe confirmarse la calificación del registrador, pues resulta una exigencia que no sólo deriva, en el caso del titular registral, de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución Española, sino específicamente, para titular registral, catastral y, en su caso, poseedor de hecho, de los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria. El artículo 286 del Reglamento Hipotecario expresamente determina que «el auto aprobatorio del expediente de dominio, cuando se trate de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, dispondrá la cancelación de las inscripciones contradictorias a que se refiere el artículo 202 de la Ley, y necesariamente expresará que se han observado los requisitos exigidos, según los casos, por el citado artículo y la forma en que se hubieran practicado las citaciones de la regla 3.^a del artículo 201 de la misma Ley». La regla 3.^a del artículo 201 se refiere expresamente a la citación a los titulares de derechos reales sobre la finca, a quien la tuviere catastrada y al poseedor de hecho, si lo hubiere. La necesaria y oportuna calificación registral de estos requisitos ha sido constantemente reiterada por este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 13 de noviembre de 2012 y 26 de marzo, 30 de abril y 21 de octubre de 2014, por citar solo las más recientes).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador respecto a los defectos 1.º, 2.º y 4.º; y revocar la nota de calificación y estimar el recurso en cuanto al defecto 3.º

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, 29 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.