

RECURSOS

Resolución de 9 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora mercantil y de bienes muebles de La Rioja, por la que se deniega la inscripción de una escritura de declaración de unipersonalidad sobrevenida.

En el recurso interpuesto por don I. G. T., en nombre y representación de la sociedad «C.D.T. Fuentelavero, S.L.» (Unipersonal), contra la calificación de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal, por la que se deniega la inscripción de una escritura de declaración de unipersonalidad sobrevenida.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Logroño, don Tomás Sobrino González, de fecha 20 de octubre de 2014, con el número 1.718 de protocolo, don I. G. T., como administrador único de la sociedad «C.D.T. Fuentelavero, S.L.», otorgó declaración de unipersonalidad sobrevenida. En el reflejo de la titularidad de las participaciones se hace constar que 1.500 pertenecen al único socio que se declara, por asunción en la escritura de constitución de la sociedad, y las 1.500 participaciones restantes se manifiesta fueron adquiridas por compraventa el día 18 de noviembre de 2013 en virtud de documento privado.

II

La referida escritura se presentó en el Registro Mercantil de La Rioja el día 3 de noviembre de 2014, y fue objeto de calificación negativa de fecha 12 de noviembre de 2014 que, a continuación, se transcribe: «Doña María Celia Meneses Martínez Bernal, Registradora Mercantil de La Rioja, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario/Asiento: 38/2692 F. Presentación: 03/11/2014. Entrada: 1/2014/3.470,0 Sociedad: C.D.T. Fuentelavero, Sociedad Limitada. Autorizante: Sobrino González, Tomás. Protocolo: 2014/1718 de 20/10/2014. Fundamentos de Derecho (defectos). 1.–Artículos 13, 104 y 106.1 de la Ley de Sociedades de Capital, artículos 5, 8 y 203.2 del Reglamento del Registro Mercantil, artículo 6º de los estatutos sociales.–El acto o negocio que dé lugar a la declaración del socio único debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.– Artículos 38.2, 58.2 y 203.2 del Reglamento del Registro Mercantil, artículo 13 de la Ley de Sociedades de Capital.–Según consta inscrito en este Registro Mercantil (en la inscripción 3.^a de la hoja LO-7.736, abierta a la mercantil J.I.G. Consulting, S.L.), el socio único sobrevenido está domiciliado en Logroño, calle (...) y no en la calle (...) como consta en la escritura que antecede. En relación con la presente calificación: Todos los defectos son subsanables salvo aquellos en los que expresamente se manifieste lo contrario. Logroño, a 12 de Noviembre de 2014 (firma ilegible) La registradora».

III

El día 19 de diciembre de 2014, don I. G. T., en nombre y representación de la sociedad «C.D.T. Fuentelavero S.L.» (unipersonal), interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.–La certificación del Libro Registro de Socios en la que se declara la unipersonalidad está incorporada a una escritura pública de declaración de unipersonalidad. De dicha certificación resulta que la mitad de las participaciones pertenecen al socio único por escritura de constitución y la otra mitad por compraventa de fecha 18 de noviembre de 2013. El documento fue comprobado por los administradores dándole validez, por lo que se procedió a inscribir dicha operación en el Libro Registro de Socios, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital; segundo.–La inscripción se solicita en base a un documento público que corresponde con la escritura autorizada por notario, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 del Reglamento de Registro Mercantil. Por lo tanto, incorporada la certificación del Libro Registro de Socios a una escritura pública, se han cumplido los requisitos exigidos por la ley para la declaración de unipersonalidad; tercero.–Para evitar la situación de indefensión que se le ha producido con la consiguiente responsabilidad establecida para el socio único, por el artículo 14 de la Ley de Sociedades de Capital, se sostienen por el recurrente diversos argumentos para demostrar que se cumple lo establecido por el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital: que la doctrina y la jurisprudencia entienden que salvo la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales –que establece que cualquier cambio de socios y administradores requiere de la escritura pública–, los restantes textos legales exigen documento público y no escritura pública, y que el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la exigencia del documento público no atañe a la eficacia y validez de la transmisión de las participaciones sociales sino a la oponibilidad de la misma frente a la sociedad, por lo que hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1526 del Código Civil por el que la cesión de un derecho crédito acción no produce efectos respecto a terceros sino desde que su fecha no sea tenida por cierta de conformidad con los artículos 1218 y 1227 del Código Civil; cuarto.–Las participaciones sociales no son títulos valores ni están representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, por lo que su transmisión tiene lugar mediante los el régimen común de los créditos y demás derechos incorporales -artículo 1526 del Código Civil-, como expresamente se establece para las acciones representativas del capital de la sociedades anónimas antes de que se hayan impreso y entregado los títulos -artículos 56, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y 120, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2010. También en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de abril de 2011; quinto.–Los artículos 1278 y 1279 del Código Civil consagran el principio espiritualista para la validez de los negocios jurídicos. La exigencia formal de las operaciones de compraventa de participaciones sociales debe entenderse en el sentido de que no tiene forma «ad substantiam» o «ad solemnitatem» sino «ad probationem». El artículo 1280 del Código Civil define los actos que deben figurar en documento público y entre ellos no incluye las participaciones sociales, reiterando que deben constar por escrito los contratos de cuantía superior a las 1.500 pesetas (9,02 euros); sexto.–El artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil define las clases de documentos públicos a efectos del proceso y, entre ellos, están los documentos autorizados por notario con arreglo a Derecho, las certificaciones expedidas por lo registradores de lo Mercantil respecto de los asientos registrales, los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados y los expedidos por funcionarios por referencia a archivos y registros de órganos del Estado. Entiende el recurrente que no existe imperativo legal de formalizar las ventas de participaciones sociales en escritura pública, ya que los documentos privados son válidos entre las partes, y no necesitan ser incorporados a registro público para poder demostrar la fecha del mismo frente a terceros; séptimo.–En consecuencia, se podrá aplicar el artículo 215 del Reglamento Notarial, protocolizando en acta notarial el documento privado

para dar autenticidad a su fecha, y así se cumplirá lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil. Igualmente, mediante Circular número 03.03/2009/P de 2 de abril, del Ministerio de Economía y Hacienda, Dirección General de Catastro, sobre «Tratamiento en el Catastro de los distintos modos de adquisición del dominio», se acepta que un documento privado de compraventa de bien inmueble, es título suficiente para realizar la inscripción catastral de cambio de titularidad, principio que recoge una Sentencia de 12 de enero de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Otros medios de prueba para demostrar la fecha de un documento privado y poder oponerla a terceros: el Libro Registro de Socios (artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece la obligación de llevarlo, por lo que es habitual aportar certificaciones del este Libro Registro para acreditar titularidad de participaciones y derechos reales sobre las mismas); la escritura pública de declaración de unipersonalidad, incorporando a la misma certificación del Libro Registro de Socios en la que se acredita y hace referencia a los documentos públicos o privados en los que se adquirieron por el socio las participaciones dando lugar a la unipersonalidad; la presentación en el Registro Mercantil junto con la escritura pública de declaración de unipersonalidad, de las certificaciones a las que hace referencia el artículo 203 del Reglamento de Registro Mercantil. En conclusión, que los documentos privados de compraventa de participaciones sociales son válidos y obligan entre las partes. La fecha de los mismos puede acreditarse en alguna de las intervenciones antes reseñadas, incluso sin la necesidad de justificar la autoliquidación si el acto jurídico está exento o no sujeto (se acompañan al escrito de recurso las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011 y de 5 de enero de 2012, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de octubre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 12 de enero de 2012 y sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 11 de julio de 2014). También se hace constar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo de 2013, en un supuesto de compraventa de participaciones de una sociedad profesional regulada por la Ley 2/2007, en la que se exige que se recoja en escritura pública el cambio de socios y administradores en cumplimiento de lo establecido por el artículo 8.3. Rechaza la aplicación de la doctrina jurisprudencial antes referida al estimar que la forma es la escritura pública, pero acepta la jurisprudencia alegada por el recurrente, recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2012 antes expresada. Entiende que la jurisprudencia interpreta el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital en los siguientes términos: a.–Que la formalización en documento público de la transmisión de participaciones sociales no constituye una forma «ad solemnitatem»; b.–Que no es obligatorio realizar operaciones de compraventa de participaciones en escritura pública; c.–El artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital hace referencia a documento público que la jurisprudencia ha interpretado en un sentido «ad probationem» y no «ad solemnitatem», y d.–Que el contrato privado de compraventa de participaciones sociales es válido y eficaz entre las partes, de acuerdo con lo establecido por el 1278 del Código Civil; octavo.–El artículo 13 de la Ley de Sociedades de Capital, referente a la publicidad de la unipersonalidad, exige el requisito de hacerla constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, estableciendo la obligación única y exclusiva de recoger necesariamente la identidad del socio único. Los artículos 174 y 203 del Reglamento del Registro Mercantil recogen la publicidad de la personalidad sobrevenida, exigiendo escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil exhibiendo la obligación única y exclusivamente de recoger necesariamente la identidad del socio único. En el párrafo 2 de ambos artículos se establece la obligación de expresar, además de la identidad del socio único, la fecha y naturaleza del acto o negocio por el que se hubiere producido la adquisición. De la lectura de estos artículos se deduce la falta de competencia del registrador Mercantil para la calificación jurídica de los documentos de compraventa de las participaciones sociales. En este sentido, la Resolución de 14 de enero de 2002. Reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado establecen que el administrador único, como órgano competente para la llevanza y custodia del mencionado Libro Registro de Socios, declara que la transmisión de las participaciones ya ha producido el efecto señalado y asume el compromiso de hacer constar el compromiso de

hacer constar el cambio de titularidad de las participaciones en el citado Libro, de suerte que está confirmando de este modo la regularidad de la transmisión. En resumen, la capacidad para calificar la validez o no de una operación de compraventa de participaciones sociales, corresponde a los administradores que llevan el Libro Registro de Socios, y noveno.–Por último, la nota de calificación hace referencia al incumplimiento del artículo 6 de los estatutos, sin mencionar que apartado de dicho artículo estatutario está incumplido. Los administradores solidarios comprobaron los documentos de la operación de compraventa de participaciones, entendiendo que la misma era válida y que cumplía todos los requisitos exigidos por los estatutos y procedieron a la inscripción de la misma en el Libro Registro de Socios de la sociedad recurrente. La compraventa se llevó a cabo entre socios de la propia sociedad, ostentando la condición de previa de socio la parte compradora, «Consulting, S.L.», que es la actual socia única de la recurrente y, por lo tanto, conforme el apartado 4 del artículo 6 de los estatutos sociales, no es de aplicación la limitación en la transmisión de las participaciones sociales.

IV

El día 29 de diciembre de 2014 se dio traslado del recurso al Notario autorizante sin que a la fecha no se haya recibido ninguna alegación. Mediante escrito, de fecha de 29 de diciembre de 2014, la registradora emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 1.218, 1.227, 1.278 y siguientes y 1.526 del Código Civil; 13, 14, 104 y 106 de la Ley de Sociedades de Capital; 5, 6, 38, 58, 108, 109, 174 y 203 del Reglamento de Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011 y de 5 de enero de 2012 (Sala Primera) y de 16 de octubre de 2011 (Sala Tercera), y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1998; 3 de diciembre de 1999; 14 de enero de 2002; 10 de marzo de 2005; 20 de mayo de 2006; 22 de junio de 2011; 22 de abril de 2014, y 5 de febrero de 2015.

1. En la escritura cuya calificación es impugnada el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada declara que ésta ha devenido unipersonal y que, según consta en el Libro Registro de Socios, las participaciones fueron adquiridas por el socio único, unas por asunción en la escritura de constitución de la sociedad y las restantes por haberlas comprado mediante documento privado.

La registradora suspende la inscripción de solicitada porque, a su juicio, el «acto o negocio que dé lugar a la declaración del socio único debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Ley de Sociedades de Capital», según el cual la transmisión de participaciones sociales deberán constar en documento público.

2. Ante las singularidades de la sociedad de capital unipersonal, se prevén en la normativa societaria determinadas cautelas para proteger los intereses de terceros, entre las que destaca la necesaria publicidad tanto de la situación de unipersonalidad –originaria o sobrevenida– como de la pérdida de tal carácter o del cambio de socio único. En concreto, con respeto de

los principios generales del sistema registral (cfr. artículos 18.1 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil), se establece que la declaración sobre tales situaciones y circunstancias se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, debiéndose expresar en la inscripción necesariamente la identidad del socio único. Además, la omisión de la publicidad registral de la unipersonalidad sobrevenida se sanciona con la responsabilidad personal e ilimitada del socio único (cfr. artículos 13 y 14 de la Ley de Sociedades de Capital).

El Reglamento del Registro Mercantil, al desarrollar en su artículo 203 la previsión legal relativa al supuesto de la unipersonalidad sobrevenida, contempla por un lado la legitimación para otorgar aquélla escritura –que se atribuye a quienes tengan la facultad de elevar a público los acuerdos sociales conforme a los artículos 108 y 109 del mismo Reglamento– y, por otro, el medio o instrumento que ha de servir de base a tal otorgamiento –el Libro Registro de Socios, ya sea por exhibición al notario, a través de testimonio notarial del mismo en lo pertinente o certificación de su contenido–. Exige aparte, en su apartado 2, que en la inscripción se haga constar la identidad del socio así como la fecha y naturaleza del acto o negocio por el que se hubiera producido la adquisición del carácter unipersonal.

Como ya puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 26 de mayo de 1998, tales normas imponen la obligación de presentar la declaración a la propia sociedad en situación de unipersonalidad, no a su socio único; es aquélla la obligada a dar publicidad a su carácter unipersonal no sólo a través del Registro Mercantil, sino también en su documentación, correspondencia, etc., como resulta del artículo 13.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Es la sociedad la llamada a constatar la unipersonalidad, pues la condición de socio único se pondrá de manifiesto a través del contenido del Libro Registro de Socios que debe llevar la propia sociedad (artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital).

La redacción de la norma reglamentaria parte de la base de que la declaración de unipersonalidad es una declaración autónoma respecto de cualquier acto o negocio, destinada inscribir en el Registro Mercantil el resultado que conste previamente el Libro Registro de Socios. Es esa declaración sobre la unipersonalidad y no la transmisión de participaciones sociales que puede haberla originado lo que es objeto de la inscripción registral. El objeto propio de la inscripción en dicho Registro no son los singulares negocios de transmisión de las participaciones sociales, y la consiguientes titularidades jurídico-reales que se derivan de ellos, sino uno de los datos estructurales básicos de la entidad inscrita, cual es su carácter unipersonal y la identidad del socio único. Los negocios individuales de transmisión de participaciones ni forman parte del título hábil para dicha inscripción (si así fuera deberían acceder al Registro no por simple manifestación del órgano de administración o persona legitimada sino mediante la aportación de los documentos auténticos en los que conste su realización) ni han de ser calificados previamente por el registrador como presupuesto de la inscripción y, por ende, sólo puede exigirse la indicación de aquellos datos que por imperativo de la legislación rectora del Registro Mercantil deban reflejarse en el asiento. El artículo 13.1 de la Ley de Sociedades de Capital sólo exige que se haga constar en la escritura y se inscriba la declaración de la situación de unipersonalidad como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales, con expresión de la identidad del único socio. Y, el artículo 203.2 del Reglamento del Registro Mercantil únicamente exige que se haga constar en la inscripción de la unipersonalidad además de esa identidad del socio único «la fecha y naturaleza del acto o negocio por el que se hubiese producido la adquisición». Es decir, no exige que se hagan constar los demás elementos esenciales del negocio jurídico

(cfr. artículo 1.261 del Código Civil), ni su forma, pues dichas circunstancias, como se ha expresado, son ajenas al contenido del Registro Mercantil.

Por cuanto antecede, reuniendo la escritura calificada los requisitos exigidos por el artículo 203 del Reglamento de Registro Mercantil, no puede confirmarse la calificación impugnada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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

Resolución de 9 de marzo 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 Gérgal a la inscripción de dominio y cancelación de cargas ordenadas en decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados.

En el recurso interpuesto por don A. V. M., Procurador de los tribunales, en nombre y representación de la sociedad «Cimenta-2 Gestión e Inversiones, S.L.», unipersonal, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Gérgal, don Diego José Ortega Muñoz, a la inscripción de dominio y cancelación de cargas ordenadas en decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados.

HECHOS

I

En el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria número 1511/2011, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Almería a instancia de «Cajamar Caja Rural, S.C.C.», actualmente «Cajas Rurales Unidas, S.C.C.», frente a la entidad «Andalucía Urbana y Rústica, S.L.», se dictó por el secretario judicial decreto de fecha 14 de abril de 2014 por el que se adjudicaron determinadas fincas hipotecadas, y por lo que interesa en este expediente las fincas registrales 12.017 y 12.018 de Gérgal a «Cimenta-2 Gestión e Inversiones, S.L.», unipersonal.

Del Registro resulta que el día 21 de marzo de 2011 se practicó la inscripción de dominio de las citadas fincas registrales 12.017 y 12.018 en favor de don M. H. G., para la sociedad de

gananciales con su esposa, doña A. G. G., por compra a la sociedad «Andalucía Urbana y Rústica, S.L.», en escritura autorizada el 17 de febrero de 2011, ante el Notario de Vera, don Francisco Enrique Vidal Martín de Rosales.

Por resolución de fecha 6 de junio de 2011 se despachó ejecución y el día 27 de junio de 2011 se expidió certificación de cargas, conforme al artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 131 de la Ley Hipotecaria, en virtud de mandamiento del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Almería, expedido el día 6 de junio de 2011, en el que se tramita el referido proceso de ejecución hipotecaria número 1511/2011 contra «Andalucía Urbana y Rústica, S.L.». En dicha certificación consta que tales fincas registrales constan inscritas a favor de don M. H. G., para la sociedad de gananciales con su esposa, doña A. G. G.

II

El día 8 de octubre de 2014 se presentó el título en el Registro de la Propiedad de Gérgal, que fue objeto de la siguiente calificación emitida el día 23 de octubre de 2014 por el registrador, don Diego José Ortega Muñoz: «Registro de la Propiedad de Gérgal. Entrada 900/2014. Asiento 296. Diario 87. Visto por (...) Hechos (...) Segundo: Respecto de las fincas de Gérgal 12.017 y 12.018 constan inscritas a favor M. H. G. y el procedimiento se ha seguido contra Andalucía Urbana y Rústica, S.L.. Por tanto, don M. H. G. es respecto de la hipoteca que se ejecuta un tercer poseedor, que tenía su derecho inscrito al tiempo de expedirse la certificación de dominio y cargas del artículo 688 L.E.C. Por esto, el actual titular de la finca debió de ser demandado y requerido de pago. Sin que esta circunstancia conste en el decreto de adjudicación, pues en el Antecedente de Hecho tercero, que solo le reconoce titular de la registral 12.017 (y no de la registral...), expresa que fue notificado a los efectos previstos en el artículo 689 L.E.C., pero no dice que haya sido demandado y requerido de pago. Fundamentos de Derecho (...) En el presente caso el tercer poseedor debe de estar demandado y requerido de pago, pues el artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: "Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento". Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija "frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes". Y el artículo 686 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil regula el requerimiento de pago estableciendo que "en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro". Por tanto, basta tener en cuenta estos preceptos legales para comprobar que es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Esta es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y el Notariado en resoluciones como las de 13 de septiembre de 2012; 22 de mayo, 10 de julio, 18 y 19 de septiembre y 17 de octubre de 2013. Procede, por tanto, denegar la inscripción solicitada respecto de estas dos fincas. Acuerdo Inscribir parcialmente y denegar la inscripción del documento en cuanto a las fincas de Gérgal 12.017 y 12.018 según los fundamentos de hecho y derecho antes alegados. De conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogado automáticamente el asiento de

presentación por el plazo de 60 días contados desde la fecha de la última notificación. Pudiendo el interesado o funcionario competente, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de 60 días, solicitar que se tome anotación preventiva prevista en el artículo 42.6 de la ley hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario en el plazo máximo de 10 días contados desde esta fecha. Contra esta calificación (...) Gérgal a veintitrés de Octubre del año dos mil catorce. El Registrador (firma ilegible). Fdo. Diego José Ortega Muñoz».

Dicha calificación fue notificada al presentante el día 17 de noviembre de 2014.

III

El día 17 de diciembre de 2014, don A. V. M., Procurador de los tribunales, en nombre y representación de la sociedad «Cimenta-2 Gestión e Inversiones, S.L.», unipersonal, interpuso recurso contra la referida calificación mediante escrito en el que formula las siguientes alegaciones: Primera.–La calificación impugnada no es ajustada a Derecho, pues la legislación procesal vigente permite diferenciar claramente dos fases o momentos cronológicos del procedimiento: a) La legitimación pasiva o personas frente a las que debe dirigirse la demanda, cuya regulación se encuentra en el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y b) La llamada al procedimiento al titular inscrito y/o acreedores posteriores a que se refiere el artículo 689 del mismo cuerpo legal; Segunda.–La demanda origen del decreto de adjudicación objeto de calificación se dirige frente a la mercantil «Andalucía Urbana y Rústica, S.L.», en su doble condición de deudora y de hipotecante, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el presente caso, no se ha producido la acreditación por el adquirente de los bienes a «Cajamar Caja Rural, S.C.C.», como acreedor, que es el requisito que marca el legislador como exigencia para que el tercer poseedor sea llamado al procedimiento con el carácter de parte demandada, sin perjuicio de que la posición procesal quedaría garantizada con la entrada en juego de lo previsto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los términos utilizados son claros: se trata de acreditar la adquisición al acreedor por parte del tercer poseedor, sin que pueda entenderse la acreditación de forma tácita o presunta derivada de otros actos, a los que se refiere la calificación como fundamento de la denegación de la inscripción, equiparando la inscripción registral de la adquisición a la acreditación al acreedor, y Tercera.–Una vez incoado el procedimiento frente a quienes ostentan legitimación pasiva y verificada la cumplimentación de la certificación de cargas, es cuando aparece la figura de don M. H. G., titular registral de las fincas ejecutadas, registrales número 12.017 y 12.018 por haberlas adquirido de la sociedad «Andalucía Urbana y Rústica, S.L.», mediante escritura de compraventa de fecha 17 de febrero de 2011; adquisición que es de fechas muy posteriores a la constitución de la hipoteca e incluso posterior a verificarse el acta de fijación de saldo que prevé el artículo 573.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (14 de diciembre de 2010, protocolo 3.082 del Notario de Molina de Segura, don Santiago Augusto Ruiz Rodríguez). Esa relación contractual creada entre «Andalucía Urbana y Rústica, S.L.», y don M. H. G. es completamente ajena al adjudicatario, no sólo por no haber comparecido al otorgamiento de la escritura sino también porque ningún momento recibió pago alguno por parte de don M. H. G. derivado por las cantidades adeudadas por la hipoteca que gravaba ambas fincas adquiridas, que pudieran hacer pensar o acreditar de alguna manera a «Cajamar Caja Rural, S.C.C.», que se había producido la adquisición a que se refiere el artículo 685, ni tampoco comunicación que acreditara el cambio de titularidad como expresamente dice el artículo. Apareciendo don M. H. G. como titular de las fincas, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y a este trámite se le ha dado debido cumplimiento, según diligencia extendida por el registrador de fecha 27 de junio de 2011, haciendo constar que se ha notificado a los titulares de derechos posteriores, la expedición de

la certificación anterior, conforme a los artículos 656 y 660 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; extremo que se hace constar igualmente en el decreto de adjudicación en el antecedente de hecho tercero: «(...) aportada la certificación registral a que se refiere el artículo 656 de la LEC, se expresaba que la hipoteca inscripción segunda modificada por la tercera, se hallaba subsistente y sin cancelar, apareciendo como titular de las fincas la propia entidad ejecutada, excepto de la finca 12017, siendo titular de la misma M. H. G., quien fue notificado a los efectos previstos en el artículo 689 LEC, sin que haya comparecido». De esta manera, el titular que no ha efectuado en vía extrajudicial ni un solo pago de las cuotas de hipoteca que gravan las dos fincas de su propiedad, ha tenido la oportunidad de comparecer en el procedimiento y liberar la responsabilidad de sus fincas, tras la notificación en forma, lo que no ha realizado dejando decaer los derechos que la ley le confiere. Una vez que es librada la certificación antes referida por el registrador de la Propiedad, puede ocurrir que de la misma se desprendan dos situaciones bien distintas. Una primera, en la que puede figurar como titular de dominio de la finca hipotecada persona distinta de la ejecutada en el procedimiento hipotecario, con la particularidad de haber tenido acceso tal inscripción en momento posterior a cuando lo tuvo la hipoteca y, además, con la posible circunstancia añadida de no haber sido requerido ese tercer poseedor para el pago, ni judicial ni notarialmente, siendo ajeno totalmente al procedimiento entablado. Ello supondría mantenerle de forma injustificada al margen de la posible defensa de sus intereses, de modo que la solución que prevé el artículo 689.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pasa por la necesaria notificación que ha de realizarse de la pendencia del proceso a tal sujeto, la que se llevará a efecto en el domicilio que figure en el Registro –ya que tal transmisión ha tenido acceso al Registro–, si bien con posterioridad a la hipoteca, con la obligación para el registrador de la Propiedad de ser él quien tenga que efectuar tal notificación (a diferencia de lo que acontecía antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000 por cuanto era el juez el que desplegaba tal actividad comunicativa). Además, el artículo 689.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de notificación y no de requerimiento, como sí hace el artículo 686 al referirse entre otros al tercer poseedor como posible sujeto contra el que dirigir la demanda ejecutiva por aplicación del artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los casos, como es evidente, en que el ejecutante tuviera conocimiento de la existencia del mismo. Una vez notificado el tercer poseedor de la pendencia del procedimiento, podrá optar bien por intervenir en la ejecución en los términos regulados en el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca. En definitiva, a los efectos de la calificación que se recurre, resulta crucial la diferenciación entre la fase inicial del procedimiento, mediante la interposición de la demanda frente a las personas y en los términos que marcan el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y una fase posterior constituida por la situación creada al constatar en la certificación de cargas la existencia de otras personas interesadas, que reciben su correspondiente notificación vía registral en el domicilio que obra en la inscripción para comparecer en el juzgado a fin de hacer valer sus derechos. Se discrepa de la interpretación que se hace en la calificación al afirmar que entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho la nota marginal de expedición de certificación de cargas, porque dejaría vacío de contenido el artículo 689 y obligaría al acreedor a un seguimiento de los tractos posteriores de la finca, que el legislador no pretende y a los que la ley no obliga. Se invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1999 que establece un análisis claro de la figura del tercer poseedor y su tratamiento jurídico.

IV

Mediante escrito, de fecha 12 de enero 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, el secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Almería alegó que el auto dictado el día 6 de junio de 2011 despachó ejecución exclusivamente frente a la entidad «Andalucía Urbana y Rústica, S.L.», porque la demanda se dirigió únicamente contra la misma y al escrito de demanda no se acompañó certificación actualizada de titularidad de las fincas hipotecadas, de modo que no constaba que ninguna de dichas fincas estuviesen inscritas a nombre de persona distinta a la deudora hipotecaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 1875 del Código Civil; 1, 13, 17, 18, 20, 32, 34, 40, 82, 130, 132 y 145 de la Ley Hipotecaria; 538.1.3, 568, 659, 661, 675, 681.1, 685, 686 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; 100 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Constitucional –Sala Primera– número 79/2013, de 8 abril; la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2001; 20 de septiembre de 2002; 14 de abril de 2009; 27 de julio de 2010; 27 de junio y 23 de julio de 2011; 7 de marzo, 7 de junio, 13 de septiembre y 29 de noviembre de 2012; 7 de marzo, 22 de mayo, 10 de julio, 18 y 19 de septiembre y 17 de octubre de 2013, y 4 de febrero (2.^a), 20 de marzo, 22 de mayo y 20 de noviembre de 2014.

1. En este expediente se plantea una vez más si es o no inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y practicables las consiguientes cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si en el procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago a la persona que, no siendo deudora del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudora, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento.

2. La cuestión planteada debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones de 13 de septiembre de 2012; 22 de mayo, 10 de julio, 18 y 19 de septiembre y 17 de octubre de 2013, y 4 de febrero, 20 de marzo, 22 de mayo y 20 de noviembre de 2014 entre otras citadas en los «Vistos» de la presente).

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

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

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

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

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

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

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

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

contenido obligacional garantizado con la hipoteca (...) Desde la estricta perspectiva constitucional, una línea constante y uniforme de este Tribunal en materia de acceso al proceso en general (art. 24.1 CE), y al procedimiento de ejecución hipotecaria en particular, ha promovido la defensa, dando la oportunidad de participar, contradictoriamente, en la fase de ejecución de este procedimiento especial, al existir una posición privilegiada del acreedor derivada de la fuerza ejecutiva del título. En este sentido, el artículo 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados “siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes”, precepto éste que entendido según el artículo 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria. En efecto, (...) la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral. Esta solución resulta reforzada por lo dispuesto en el artículo 538.1.3 LEC, de aplicación al proceso especial de ejecución hipotecaria ex artículo 681.1 LEC, donde se reconoce la condición de parte al titular de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda, así como por lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley hipotecaria, que exige al Registrador, a la hora de realizar la calificación del título, que constate si se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y “terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento”».

4. En el presente supuesto, como se ha indicado anteriormente, se trata de dilucidar si, no habiendo sido demandada ni requerida de pago la persona titular registral de la finca hipotecada que adquirió su derecho con posterioridad a la hipoteca, cabe inscribir la finca a nombre del ejecutante y practicar las demás actuaciones derivadas del procedimiento.

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

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

cumplido los requisitos de la demanda y el requerimiento (cfr. art. 132 de la Ley Hipotecaria, en su redacción vigente).

La notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se le realizado no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago (sin que, por lo demás, pueda aplicarse –como pretende el recurrente– el artículo 660.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la ejecución ordinaria y no a la que tiene por objeto directo bienes hipotecados). Es cierto que según el artículo 132.2.º de la Ley Hipotecaria, la calificación del registrador se extenderá al hecho de «que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...», y, conforme al artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca». Pero, como se ha señalado en la doctrina científica, el tercer poseedor ha de ser demandado y requerido de pago de conformidad con lo dispuesto en los artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien, en los casos en que no se hubiere acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados –ni se hubiera inscrito– en el momento de formular la demanda sino que hubiera inscrito su derecho posteriormente de modo que aparezca en la certificación registral, debe ser entonces (tras la expedición de dicha certificación para el proceso) cuando se le deberá notificar la existencia del procedimiento.

En el presente caso, habiendo inscrito su derecho en el Registro con anterioridad a la interposición de la demanda de ejecución, es necesario que esta se haya dirigido contra el tercer poseedor, por lo que el recurso no puede ser estimado.

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

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

Madrid, 9 de marzo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 12 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de La Rioja a inscribir una escritura de aumento de capital social, ampliación de objeto y cambio de estatutos de una sociedad.

En el recurso interpuesto por don J. M. M. S., como administrador y socio único de la sociedad «Netsite Consulting, S.L.U.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez Bernal, a inscribir una escritura de aumento de capital social, ampliación de objeto y cambio de estatutos de dicha sociedad.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Logroño, don Gonzalo Sánchez Casas, el día 26 de septiembre de 2014, con el número 70 de protocolo, se formalizó aumento de capital social, ampliación de objeto y cambio de estatutos de la sociedad «Netsite Consulting, S.L.U.», compareciendo en nombre de la misma su administrador único, quien indicaba que, por decisión del socio único, se adoptaban las siguientes modificaciones estatutarias: aumento de capital, ampliación del objeto social y modificación del sistema de retribución del cargo de administrador, y que ello resultaba de certificación expedida por el compareciente como administrador único de la sociedad. En dicha certificación consta el contenido del acta de decisiones del socio único adoptadas el día 18 de septiembre de 2014.

En la parte dispositiva de la escritura el compareciente, «en ejecución de sus propias decisiones», declaró aumentado el capital social, ampliado el objeto social (con la consiguiente modificación estatutaria respecto de tales extremos) y, por último, asimismo modificado el sistema de retribución del cargo de administrador, por lo que el artículo 15 de los estatutos sociales queda redactado de la siguiente forma: «Art. 15.º–Retribución del administrador. 1.º–El cargo de administrador será retribuido y consistirá en una cantidad dineraria, que resultará de la cantidad más alta de entre el del dos por ciento (2 %) sobre el resultado de la sociedad después de impuestos del ejercicio anterior o la cantidad de mil euros (1.000,00 euros) anuales para cada uno de los administradores. 2.º–Los miembros del órgano de administración, además de ejercer las funciones propias de éste, podrán desempeñar en la propia entidad cualquier empleo contemplado en la legislación laboral, percibiendo por su trabajo en la misma; la contraprestación que comprende en calidad de trabajadores y según su categoría, todos ellos valorados según valor de mercado. Dicha retribución será independiente de la función de administrador».

II

Se presentó copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de La Rioja, y fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe únicamente respecto de los defectos objeto de impugnación: «Doña María Celia Meneses Martínez Bernal, Registradora Mercantil de La Rioja, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento:

38/2470 F. Presentación: 10/10/2014. Entrada: 1/2014/3.200,0 Sociedad: Netsite Consulting, Sociedad Limitada. Autorizante: Sánchez Casas, Gonzalo. Protocolo: 2014/70 de 26/09/2014. Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–(...) 2.–Artículos 15, 202 y 285.1 de la Ley de Sociedades de Capital, artículos 107, 164 y 197 del Reglamento del Registro Mercantil.–La nueva redacción de los estatutos sociales dada como consecuencia de la ampliación del capital, de la ampliación del objeto social y del cambio en el sistema de retribución de los administradores debe constar en la certificación del acta de la junta que recoge las decisiones tomadas por el socio único que se eleva a público, puesto que la modificación de los estatutos sociales es competencia de la junta general y estos deben ser elevados a público, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.–Artículos 217 y 218 de la Ley de Sociedades de Capital, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de marzo de 2013 («BOE» de 11 de abril de 2013).–No es admisible la forma de retribución elegida puesto que el sistema de retribución del órgano de administración puede ser cumulativo, pero no alternativo, y en el presente supuesto, se alternaría una cantidad fija (mil euros) con una participación en beneficios (el dos por ciento), dependiendo del resultado obtenido por la sociedad tras impuestos, que daría lugar a una retribución incluso aunque la sociedad obtuviese unos resultados negativos; por tanto o se establece que serán retribuidos mediante una participación en beneficios o se establece que la retribución sea fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, o se acumulan ambas formas de retribución. En relación con la presente calificación: (...) Logroño, a 29 de octubre de 2014 (firma ilegible). La Registradora».

Habiendo resultado infructuosa una primera notificación de la calificación al presentante el día 4 de noviembre de 2014, le fue posteriormente notificada el día 5 de diciembre de 2014.

III

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de La Rioja el día 17 de diciembre de 2014, don J. M. M. S., como administrador y socio único de la sociedad «Netsite Consulting, S.L.U.», interpuso recurso contra la calificación en el que alega lo siguiente: Primero.–Respecto del fundamento de Derecho 2 de la calificación no se está conforme por las siguientes razones: a) En esta sociedad no hay «junta general» sino socio único, y sus decisiones ya fueron consignadas en acta y han sido ejecutadas y formalizadas por el mismo socio único y, a su vez, administrador único, como resulta de la disposición primera de la escritura donde dice «el señor compareciente, en ejecución de sus propias decisiones»; b) La nueva redacción de los estatutos se ha dado por el socio-administrador único respetando la literalidad del acta, sin que haya ninguna discrepancia entre el acta y la redacción nueva de los estatutos, por lo que se ha limitado a formalizar y, además (como permite el artículo 15.2 de la Ley de Sociedades de Capital), «ejecutar» en la escritura una decisión ya tomada y en los mismos términos que fue tomada y consignada en el acta; c) Aunque no respetara la literalidad del acta, las decisiones del socio único tomadas en la propia escritura pública directamente no precisan ser elevadas a público (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de enero de 1993), sin perjuicio de que su contenido se lleve posteriormente al libro de actas de la sociedad; d) El acta no es requisito constitutivo para la validez de las decisiones del socio, sino que caben actas a posteriori, y así reconoce el artículo 97.2 del Reglamento del Registro Mercantil la posibilidad de la «transcripción» posterior, y e) El administrador se entiende facultado por el mismo acuerdo de junta para dar nueva redacción a los estatutos en los aumentos de capital, según artículo 313 de la Ley de Sociedades de Capital, y Segundo.–En el fundamento de Derecho 3 de la nota se pretende que el sistema de retribución elegido es «alternativo». El error de la nota de calificación es patente, porque no hay retribución

alternativa sino que, como dice literalmente el artículo de los estatutos, «... resultará de la cantidad más alta de entre...», y establece dos posibilidades; de manera que la junta no podrá optar entre un sistema u otro de retribución, sino que debe retribuirse al administrador obligatoriamente por el sistema del que resulte una cantidad dineraria más alta.

IV

Mediante escrito, de fecha 23 de diciembre de 2014, la registradora elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifiesta que se dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 15, 23.e), 28, 202, 217, 218, 285.1 y 313 de la Ley de Sociedades de Capital; 97, 103.2, 107, 108.1, 109.3, 164, 185.4 y 197 del Reglamento del Registro Mercantil; 148 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1956; 18 y 20 de febrero, 20 y 25 de marzo, 26 de julio y 4 de octubre de 1991; 17 de febrero de 1992; 5 de enero, 23 de febrero y 3 de mayo de 1993; 7 de mayo de 1997; 19 de febrero y 15 y 18 de octubre de 1998; 15, 18 y 21 de septiembre de 1999; 15 de abril de 2000; 19 de marzo y 30 de mayo de 2001; 12 de abril de 2002; 12 de noviembre de 2003; 1 de junio de 2005; 7 de abril y 4 de junio de 2011; 16 de febrero, 7 de marzo, 5 de abril y 18 de junio de 2013; 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014, y 19 de febrero de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se formaliza el aumento de capital social, ampliación de objeto y modificación del sistema de retribución del cargo de administrador. Dicho título es otorgado por quien es administrador único y también socio único. Aunque expresa que interviene en su condición de administrador, añade que tales modificaciones estatutarias se adoptan por decisiones del socio único (en los términos que se expresan tanto en la escritura –en la que consta claramente que dicho señor es el socio único que ha tomado tales decisiones– como en la certificación expedida por el propio compareciente como administrador único) y, en la parte dispositiva, declara realizados tales actos y la correspondiente modificación de los estatutos, con la nueva redacción de los artículos afectados, «en ejecución de sus propias decisiones».

2. Según el primero de los defectos impugnados, la registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, «la nueva redacción de los estatutos sociales dada como consecuencia de la ampliación del capital, de la ampliación del objeto social y del cambio en el sistema de retribución de los administradores debe constar en la certificación del acta de la junta que recoge las decisiones tomadas por el socio único que se eleva a público, puesto que la modificación de los estatutos sociales es competencia de la junta general y estos deben ser elevados a público, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil».

Ciertamente, la reunión de todas las participaciones sociales en una sola mano no puede dispensar de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad y, en particular,

de las que disciplinan su organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con los órganos previstos en la Ley y observar los preceptos procedimentales y formales relativos a la toma de decisiones, salvo los que tengan carácter dispositivo (cfr. la Resolución de 4 de junio de 2011, según la cual la junta general, aun constituida por el socio único, no tiene capacidad para otorgar un poder, por ser su otorgamiento competencia del órgano de administración –que, por lo demás, en tal caso estaba integrado por personas distintas del socio único–).

El artículo 15 de la Ley de Sociedades de Capital establece que en la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general, y que las decisiones del mismo se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad. Y, conforme a dicha norma legal, el Reglamento del Registro Mercantil reconoce como titulares de la facultad certificante y la de elevación a público de las decisiones del socio único consignadas en acta no sólo a los administradores de la sociedad sino también al propio socio único (cfr. artículos 97.2, 108.1, párrafo segundo, y 109.3 del citado texto reglamentario).

Respecto de la modificación de los estatutos para hacer constar la nueva cifra del capital social, el artículo 313 de la Ley de Sociedades de Capital establece que, una vez ejecutado el acuerdo de aumento del capital, los administradores deben dar nueva redacción a la disposición estatutaria afectada, a cuyo efecto se entenderán facultados por el acuerdo de aumento.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, como expresó esta Dirección General en Resolución de 7 de abril de 2011: «a) Que el Acta no constituye la forma “ad substantiam” de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales sino que preserva una declaración ya formada, de modo que mediante la constatación de los hechos –consistentes o no en declaraciones– garantice fundamentalmente el interés de todos aquéllos a quienes pueda afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes; b) Que si lo que se eleva a público es el acuerdo social y para ello puede tomarse como base la certificación de los mismos, no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura en la cual quien tenga facultades suficientes para ello certifique sobre tales acuerdos en el cuerpo de la escritura sin que sea necesaria una certificación en documento unido a dicho título público; y c) Que, según la doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 3 de mayo de 1993) las especificaciones formales relativas a las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 97.1 y demás concordantes del Reglamento del Registro Mercantil para protección de los intereses de los socios ausentes y disidentes carecerían de sentido en los casos en que los acuerdos sean adoptados unánimemente por los dos únicos socios que sean además los administradores de la sociedad. Por tanto si la escritura otorgada expresa los requisitos que necesariamente debe contener la inscripción solicitada y cumple las exigencias establecidas por la legislación notarial para la validez formal del instrumento público, ha de concluirse que no existiría inadecuación de la forma documental por el hecho de que los acuerdos adoptados en Junta por los dos únicos socios y administradores de la sociedad se otorgaran directamente ante Notario, ni sería necesario que el proceso de formación de tales acuerdos (que aparece simplificado en tanto en cuanto por la unificación de las voluntades concordes de ambos socios se transforman éstas en voluntad social) quede reflejado en una previa Acta –notarial o no notarial– de la Junta que luego hubiera de servir de base de la correspondiente elevación a escritura pública, máxime si se tiene presente que la función de garantía que se atribuye a la constatación de los acuerdos sociales mediante acta de la Junta queda cumplida (y con mayores garantías de autenticidad y legalidad) por el otorgamiento directo ante el Notario; todo ello sin perjuicio de la obligación de trasladar dichos

acuerdos a los libros de actas de la sociedad (vid. artículo 103.2 del Reglamento del Registro Mercantil)».

Estas últimas consideraciones son aplicables a los supuestos como el presente, de decisiones tomadas por el único socio que es, además, administrador único. Ciertamente, aunque una buena técnica documental (cfr. artículo 148 del Reglamento Notarial) exigiría haber empleado un mayor rigor en la redacción de la escritura, evitando imprecisiones en la expresión del concepto en que interviene el compareciente, las mismas, dado que éste es a la vez administrador y único socio y puede formalizar directamente las decisiones en la escritura, no han de vedar su acceso al Registro, pues el criterio contrario conduciría a formalismo que en este caso no añadiría garantía sustancial alguna a tales decisiones y a su reflejo tabular (algo en suma beneficioso para la seguridad del tráfico mercantil, pues no lesionan ningún interés legítimo). Por ello, el citado defecto debe ser revocado.

3. Según el segundo de los defectos objeto del recurso, considera la registradora que «no es admisible la forma de retribución elegida puesto que el sistema de retribución del órgano de administración puede ser cumulativo, pero no alternativo, y en el presente supuesto, se alternaría una cantidad fija (mil euros) con una participación en beneficios (el dos por ciento), dependiendo del resultado obtenido por la sociedad tras impuestos, que daría lugar a una retribución incluso aunque la sociedad obtuviese unos resultados negativos; por tanto o se establece que serán retribuidos mediante una participación en beneficios o se establece que la retribución sea fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, o se acumulan ambas formas de retribución».

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) que el concreto sistema de retribución de los administradores de las sociedades de capital debe estar claramente establecido en estatutos –sea simple o combinado–, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer.

Así, en concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 2003 (cuyo criterio ha sido reiterado, entre otras, en las Resoluciones de 16 de febrero, 7 de marzo y 18 de junio de 2013, y 25 de febrero, 17 de junio y 26 de septiembre de 2014, en relación con el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción vigente en el momento de la calificación impugnada), mantuvo que el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma –que pueden ser cumulativos pero no alternativos–, de modo que su alteración exigirá la previa modificación estatutaria. Mas cuando este Centro Directivo ha expresado que esos sistemas no pueden ser alternativos lo que ha entendido es que no es suficiente la mera previsión estatutaria de varios sistemas y dejar al arbitrio de la junta general la determinación de cuál de ellos debe aplicarse en cada momento (vid. Resoluciones de 18 y 20 de febrero, 25 de marzo y 4 de octubre de 1991; 23 de febrero de 1993; 15 de octubre de 1998; 15 de abril de 2000; 19 de marzo de 2001; 12 de abril de 2002, y 12 de noviembre de 2003).

En el presente caso no puede confirmarse la calificación en todos los términos en que ha sido expresada. Así, no admite que se alterne una cantidad fija establecida en estatutos (mil euros) con una participación en beneficios (dos por ciento), cuando del texto de la disposición estatutaria cuestionada resulta que no se deja a la decisión de la junta general el concreto sistema retributivo de entre ambos, sino que se trata de un sistema combinado por el que la retribución es determinable sin intervención de la junta (consistirá en la cantidad mayor de las dos contempladas en los estatutos). Por otra parte, no puede exigirse que, en vez de establecerse en los estatutos esa cantidad fija anual, sea fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, pues, como ha puesto de relieve recientemente esta Dirección General, la Ley establece una reserva estatutaria respecto del sistema de retribución, pero no en cuanto a la retribución exacta o aspecto cuantitativo de la misma –con las limitaciones establecidas en caso de participación en beneficios, conforme al artículo 218.1 de la Ley de Sociedades de Capital– (vid. la Resolución de 19 de febrero de 2015, según la cual la previsión estatutaria de una retribución consistente en una cantidad fija determinada no sólo no es contraria a la Ley ni a los principios configuradores del tipo social escogido –artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital–, sino que garantiza una mayor certidumbre y seguridad tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador cuya retribución, en su aspecto cuantitativo concreto, dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general).

Cuestión distinta es determinar si la previsión sobre retribución consistente en un porcentaje «del dos por ciento (2 %) sobre el resultado de la sociedad después de impuestos del ejercicio anterior» se ajusta o no a las exigencias legales. Según el artículo 218.1 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios es necesario que los propios estatutos la concreten con el límite máximo del diez por ciento de los repartibles entre los socios. Pero en la calificación no se expresa objeción alguna respecto tal extremo, por lo que en el presente recurso no debe decidirse sobre dicha cuestión (vid. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar 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 vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 12 de marzo de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.

Resolución de 12 de marzo 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 Albacete número 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario.

En el recurso interpuesto por doña María Adoración Fernández Maldonado, Notaria de Albacete, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Albacete número 4, don Julián Cuenca Ballesteros, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada el día 28 de octubre de 2014 ante la Notaria de Albacete, doña María Adoración Fernández Maldonado, con número de protocolo 1.687, se vendió una vivienda que, según manifestación expresa efectuada en dicho documento, va a destinarse a vivienda habitual del comprador, el cual se subroga en la hipoteca que grava la finca, modificando las condiciones de la misma. En el referenciado documento, en la estipulación tercera del mismo, se establece: «Tipos máximo y mínimo: El tipo de interés revisado, conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15 por ciento nominal anual, ni inferior al 0,30 por ciento nominal anual». Asimismo, dentro de las advertencias que se relacionan al final de la escritura después de informar la notaria autorizante del contenido de lo dispuesto en la Ley 1/2013, lo siguiente: «(...) los comparecientes, debidamente enterados, según manifiestan, renuncian expresamente ante mí a redactar el texto manuscrito por considerarse adecuada y suficientemente informados dada su formación y capacidad, información que se hace extensiva por mí a la incidencia del diferencial pactado sobre el tipo de interés, y a la lectura en alta voz del contenido de la FIPER sobre estos extremos».

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Albacete número 4, fue objeto de la siguiente calificación: «Don Julián Cuenca Ballesteros registrador titular del Registro de la Propiedad de Albacete número 4 (...) Se suspende el apartado «Tipos máximo y mínimo», por el siguiente defecto: 1) No se acompaña la expresión manuscrita del deudor exigida en el artículo 6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo. En base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: En el referenciado documento en la estipulación tercera del mismo se establece un límite a la variación del tipo de interés, pacto de cláusula suelo. «En el título que se pretende inscribir se pacta en la cláusula Tipos máximo y mínimo. El tipo de interés revisado, conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15% nominal anual, ni inferior al 0,30% nominal anual», por lo cual al tratarse de una «Cláusula suelo y techo» es exigible, junto a la firma del deudor, una expresión manuscrita conforme determina el apartado a) punto 2 del referido artículo 6 de la Ley 1/2013. Fundamentos de Derecho: Según dispone el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios: 1. «En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha

sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, 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, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza...» Por ello el Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen del documento indicado ha resuelto con esta fecha suspender la inscripción de la citada cláusula conforme a lo anteriormente expuesto. La precedente calificación podrá (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Julián Cuenca Ballesteros registrador/a de Registro Propiedad de Albacete 4 a día diecinueve de noviembre del año dos mil catorce».

III

Contra la anterior calificación, doña María Adoración Fernández Maldonado, Notaria autorizante, interpuso recurso mediante escrito suscrito el día 11 de diciembre de 2014, en el que expone: «(...) Recurso frente a tal calificación, al amparo de lo dispuesto en el art. 325.2 LH., apoyado en los siguientes fundamentos de derecho: 1.º El Registrador de la propiedad suspende, no deniega, la inscripción del tal cláusula por la ausencia de expresión manuscrita, sin determinar si el defecto es o no subsanable. 2.º Dado que no se expresa en la parca calificación, el control aplicado por el Registrador parece haber sido el control de transparencia, no el derivado del carácter abusivo o no de esta cláusula. 3.º En relación con este control, en la escritura se han observado todas las exigencias documentales previstas en el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, como consta en la misma. Consta incorporada la denominada FIPER y Oferta vinculante. Constan advertencias exigidas por dicha normativa y también las derivadas 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. La única especialidad en el cumplimiento es que el otorgante no realiza la «expresión manuscrita» prevista en el apartado a) punto 2, artículo 6 de dicha ley, pero la escritura sí contiene una referencia a la misma: una renuncia a redactarla por parte del deudor hipotecario, después de que el notario haga hincapié en ese punto suministrando una información específica y reforzada, como se ha transcrito en las advertencias. 4.º Ante la calificación y en defensa de la inscripción de tal cláusula, considero que la manifestación sustitutiva de la fórmula manuscrita se ajusta a Derecho, cumpliendo el control de transparencia por los fundamentos que expongo a continuación. Atendida la naturaleza de esa expresión manuscrita que se impone al deudor, si la entendiésemos como un derecho a reforzar su conocimiento de los riesgos del contrato, en este caso concreto en lo relativo a la cláusula suelo-techo, deberíamos valorar si incurre en las prohibiciones de renuncia contenidas en el Código Civil, artículo 6.º 2, y en contratos del tipo examinado, en la prohibición del artículo 10 TR LGDCU. El examen de esta imposición legal al deudor de un préstamo con hipoteca que grava una vivienda, permite considerar que no estamos ante un derecho a redactar una cláusula manuscrita que le aporte con esa transcripción una mayor información y protección, sino ante un deber de manuscibir una fórmula cuyo contenido, ritual, determinado por el Banco de España, más bien parece ir dirigido a evitar demandas de nulidad de las cláusulas a las que la fórmula se refiere por defecto de información contra la Entidad acreedora o el notario. 5.º Si, como parece, no es un supuesto de renuncia de derechos, sino que la suspensión de inscripción es consecuencia de un control de transparencia de esa cláusula, control que no supera, a juicio del registrador, por el incumplimiento de un requisito exigido por la legislación sectorial, a ello puede oponerse que no existe tal incumplimiento, lo que resulta de determinar cuál es el objetivo de ese control que en el

ámbito de nuestra actuación debemos hacer notarios y registradores, y si ese requisito de expresión manuscrita previsto en el apartado a), punto 2, artículo 6, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, puede o no ser suplido por una manifestación notarial del tipo de la contenida en la escritura. El Notario, en la autorización de estas escrituras lleva a cabo controles de incorporación y transparencia relativos a la fase precontractual mediante el examen de los documentos entregados a la parte prestataria y su coincidencia con el texto de la escritura conforme al artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; y un control en el mismo acto del otorgamiento de la comprensión y voluntad libremente informadas del prestatario sobre todo el contenido documental; en este último momento, sin embargo, se superpone el requisito de redactar una expresión manuscrita que se refiere también extrañamente a su propia actuación, obligando al deudor a escribir a mano que el notario y la entidad acreedora le han informado adecuadamente y que entiende el negocio. La reciente STS 8 sept. 2014 (3903/2014), tratando la misma cuestión, habla de superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura comercial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación, teniendo en cuenta el Derecho contractual europeo y las Directrices de orden público económico como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual en el ámbito de las condiciones generales. ...el control de transparencia. ... queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predisuelta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato... Pues bien, en esta superación de lecturas literales, en esa comprensibilidad real, en una interpretación acorde con la libertad y con el irrenunciable (este sí) derecho de todo prestatario a recibir de un funcionario que autoriza ese acto una información cierta y cercana, adaptada a cada prestatario –sepa o no escribir, entienda o no qué es una condición general de la contratación– se puede enmarcar la manifestación contenida en esta escritura, que se funda en una actuación notarial mucho más tuitiva de ese deudor, permitiéndole una manifestación no manuscrita, pero sí muy informada en los términos que aparecen transcritos, que añaden, además, información específica sobre la importancia que el diferencial pactado tiene en la revisión de los tipos de interés (un «suelo» real), y una lectura en alta voz de la Fiper sobre este extremo en la que aparecen especificados en sus Anexos I y III, valores medios, mínimos y máximos del índice y cuotas del prestamos correlativos. Así consta esta manifestación del prestatario. Por esta norma en el Derecho notarial español, al margen de las formas documentales consagradas en el Reglamento Notarial, se introduce un añadido que parece más propio de los derechos anglosajones, ajeno a una escritura pública notarial como la regulada en nuestro Reglamento en todas sus partes, y que causa estupor, desconfianza, o incluso resistencia a los otorgantes (de ello podría dar fe cualquier notario de España). Si a ello añadimos que no hay excepciones a esta obligación manuscrita, y que incluso quienes no saben leer o escribir deben pedir a unos testigos que se lo escriban, ya no estamos ante un control de transparencia, sino que podemos caer en un formalismo sin contenido de voluntad bajo su manto de manuscrito, amparado en un rigor literalista, no permitiendo cuando interviene un funcionario imparcial obligado por el propio Reglamento Notarial a un control reforzado en estos contratos, en su artículo 147, un cumplimiento en forma alternativa que comporta incluso mayor responsabilidad a cargo del notario. A mayor abundamiento, si examinamos la propia legislación sectorial, en algunos supuestos en los que se exige expresiones manuscritas, nunca se trata de contratos intervenidos o autorizados por funcionario imparcial ajeno al mercado y con deber específico de informar a la parte que no redacta las condiciones contractuales, sino que se trata de productos contratados entre una Entidad financiera y un inversor, al que solo se le exige manuscibir textos, muchos más sintéticos y comprensibles que el previsto por el Banco de España en el caso objeto de recurso, en supuestos en los que el inversor se niega a proporcionar una información a la entidad, se trata de un producto no

adecuado para él, o incluso, no ha sido asesorado. Así aparece determinado en la «Circular 3/2013, de 12 de junio, de la CNMV sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros», cuando, dicta las normas precisas para el desarrollo de las obligaciones de información previstas en el art. 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 julio, de Mercado de Valores. Norma cuarta Obligaciones de información en el proceso de evaluación de la conveniencia. «Este es un producto complejo y por falta de información no ha podido ser evaluado como conveniente para mí.» Este producto es complejo y se considera no conveniente para mí.» «No he sido asesorado en esta operación». Por tanto, por lo expuesto, considero que la manifestación transcrita realizada por el otorgante –persona física– tal y como se expresa bajo la fe notarial, en el supuesto del artículo 6 de la Ley 1/2013, suple con creces el rigor formal de la «expresión manuscrita», superando el control de transparencia si queremos entenderlo de manera real, tal y como resulta de la doctrina jurisprudencial del TS, al margen de cumplimientos rituales frente a los cuales cualquier deudor podrá alegar que «copió a mano» un texto que no entendía». Finaliza solicitando la revocación de la calificación.

IV

El registrador de la Propiedad de Albacete número 4, don Julián Cuenca Ballesteros, emitió su informe, manteniendo su calificación, y formó expediente que elevó a esta Dirección General.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6 y 1218 del Código Civil; 18, 19 bis y 258.2 de la Ley Hipotecaria; 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; 317.2.º y 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 5, 6, 7, 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 80, 82, 83, 84, 85 y 87 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, 17 bis, 24 y 25 de la Ley del Notariado; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007–; los artículos 7, 9, 51, 127 y 220 del Reglamento Hipotecario; 147, 193 y 194 del Reglamento Notarial; 24, 25, 26 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) y 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013 y 26 de mayo, 30 de junio y 8 de septiembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014 y 22 de enero de 2015.

1. El título objeto de la calificación impugnada es una escritura por la que se vende una vivienda que según manifestación expresada en aquél va a destinarse a vivienda habitual del comprador, el cual se subroga no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca que grava la finca sino también en préstamo con ella garantizado, modificándose determinadas condiciones del mismo.

En tal escritura se pacta un tipo de interés variable, con tipo inicial del 0,30 por ciento nominal anual durante los primeros doce meses, revisable anualmente mediante la resta de 0,10 puntos porcentuales al tipo de referencia («Euribor»), siempre que el «Euribor» no descienda del 0,40 por ciento, en cuyo caso, el tipo de interés aplicable será del 0,30 puntos porcentuales. Además, en la estipulación tercera se establece lo siguiente: «Tipos máximo y mínimo: El tipo de interés revisado, conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15 por ciento nominal anual, ni inferior al 0,30 por ciento nominal anual». Así mismo entre las advertencias que se expresan por la Notaria al final de la escritura consta la siguiente:

«C/ Por razón de la aplicación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de Medidas para Reforzar la protección a los deudores hipotecario, reestructuración de deuda y alquiler social, por trataras la finca hipotecada de vivienda habitual, informo expresamente a la parte deudora e hipotecante, del contenido de las normas de la misma destinadas a su información y protección, tanto en la formalización del contrato como en caso de ejecución de la garantía pactada. Expresamente les informo del contenido de la citada Ley 1/2013 cuando existen cláusulas suelo/techo, sobre la redacción por los prestatarios de un texto manuscrito reconociendo la suficiencia y comprensión de la información recibida; los comparecientes, debidamente enterados, según manifiestan, renuncian expresamente ante mí a redactar el texto manuscrito por considerarse adecuada y suficientemente informados dada su formación y capacidad, información que se hace extensiva por mí a la incidencia del diferencial pactado sobre el tipo de interés, y a la lectura en alta voz del contenido de la FIPER sobre estos extremos.»

Se expresa por la Notaria autorizante las advertencias prevenidas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la forma que se detalla en los «Hechos» de esta resolución.

El registrador de la Propiedad suspende la inscripción del apartado «Tipos máximo y mínimo», porque «no se acompaña la expresión manuscrita del deudor exigida en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo».

2. En primer lugar, respecto de las alegaciones de la recurrente sobre la falta de determinación del carácter subsanable o insubsanable del defecto expresado en la calificación impugnada, debe tenerse en cuenta que se suspende, no se deniega, la inscripción de la cláusula (vid. artículo 65 Ley Hipotecaria) y el propio enunciado de la nota, que indica que no se acompaña la expresión manuscrita, es indicativo de que incluyéndose la misma en el título calificado no habría obstáculo para la inscripción.

3. Por lo que se refiere a la cuestión fondo planteada, la Ley 1/2013, en que se integra el precepto que invoca el registrador en su calificación, tiene por objeto dar respuesta a una situación económica singular de la que se han derivado consecuencias patrimoniales adversas para numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario y se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, situación que exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Esta desgraciada situación, a la que alude el Preámbulo desde sus primeras palabras, se combate en el articulado mediante dos tipos de medidas: por un lado, medidas de carácter temporal absolutamente excepcionales y que vienen recogidas en el primer capítulo relativo a la suspensión de lanzamientos por un plazo de dos años de aquellos desahucios en curso y que afecten a familias en situación de especial riesgo de exclusión; y por otro lado, una serie de

modificaciones de futuro que se recogen en los capítulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Bajo la rúbrica «Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios», el precepto objeto de debate dispone lo siguiente: «1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, 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, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas».

Al interpretar esta norma debe tenerse en cuenta que se ubica en el Capítulo II de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, el cual, como también expresa su Preámbulo, introduce mejoras en el mercado hipotecario que se adoptan «como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993». Se trata de una declaración de indudable valor interpretativo y que debe ponerse en relación con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada Sentencia de 14 de marzo de 2013, y con la propia jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Supremo respecto de las normas de nuestro Derecho interno a través de las que se ha traspuesto en nuestro ordenamiento la citada Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (especialmente la relevante doctrina sentada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, y las citadas por ella), de la que, a su vez, se ha hecho eco la doctrina de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente).

4. Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 5 de febrero de 2014, la valoración de las denominadas «cláusulas suelo» se incardina en el ámbito del control de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad, cuyo análisis en relación con las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios relativos al objeto principal del contrato, y en particular en relación con las cláusulas de interés variable y las relativas a su composición o determinación, o las a ellas asociadas (como en el caso de los contratos o cláusulas de cobertura del riesgo de los intereses variables) ha sido abordada en profundidad por nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera) en las Sentencias 241/2013, de 9 de mayo, entre otras posteriores y la más reciente 464/2014, de 8 de septiembre. Partiendo de que las cláusulas que disciplinan contractualmente los intereses variables y las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, deben entenderse incluidos en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido que da a tal expresión la citada Sentencia 241/2013 de la misma («forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario»), en cuanto resulta relevante en la resolución del presente expediente, interesa subrayar los siguientes

pronunciamientos de la primera de las citadas Sentencias: «196 (...) como regla no cabe el control de su equilibrio», posibilidad de control de contenido que si bien la misma Sala Primera del Tribunal Supremo había afirmado en alguna ocasión anterior (vid. Sentencias 401/2010, de 1 de julio, 663/2010, de 4 de noviembre, y 861/2010, de 29 de diciembre), la misma Sentencia de 9 de mayo de 2013 antes citada se encarga de recordar que dichas afirmaciones se hicieron «más o menos obiter dicta», y que, por el contrario, tal posibilidad de control de contenido «fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio» (vid. párrafo 195). Ahora bien, la misma Sentencia aclara que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, «no supone que el sistema no las someta a un doble control de transparencia» (párrafo 197).

Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la Resolución de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2013, no sólo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. En este sentido, la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, reconociendo que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, añade que «también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-» (párrafo 259). A lo que añade la citada Sentencia que: «206. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»», precepto del que hace una interpretación a en los siguientes términos: «207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible».

Esta obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro. El primero es aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (vid. artículo 7 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación). El segundo filtro, limitado al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia, en relación con el cual la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 es elocuente al afirmar que «210. (...) el artículo 80.1 TRLCU dispone que «[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido». Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta

sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. 211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. 212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante».

La importancia de este segundo control de transparencia en relación con las cláusulas no negociadas individualmente relativas al objeto principal del contrato se pone de manifiesto en las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal: «215. (...) a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

Como afirma la citada Sentencia de 8 de septiembre de 2014, «el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)». Y añade esta Sentencia que «(...) el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales [...] el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes

tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)». Asimismo, afirma que tal extremo o enjuiciamiento no queda excluido ni suplido por «la mera «transparencia formal o documental» sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada».

A la luz de estos claros criterios jurisprudenciales se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, está relacionada con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en las citadas Sentencias.

5. Además, al citado control de transparencia debe preceder un previo control de inclusión o incorporación al contrato de la cláusula que revista caracteres de condición general de la contratación, siendo así que el contenido de los contratos sobre servicios financieros a que se refiere la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas, de ahí que se impongan determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura (vid. parágrafo 157 de la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013).

Así, este control de inclusión se pretende garantizar por el ordenamiento reglando el proceso previo a la constitución de las hipotecas, que en lo pertinente aparece recogido en la actualidad en la citada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y antes en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. A esta última se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, señalando que «la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja» (parágrafo 198). Este proceso previo a la constitución de la hipoteca se encuentra actualmente regulado por Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, al prever la aprobación de una guía de acceso al préstamo hipotecario por el Banco de España (artículo 20), una ficha de información precontractual (artículo 21), otra ficha de información personalizada (artículo 22), información adicional sobre instrumentos de cobertura de riesgo de intereses (artículo 24) y otra información adicional sobre cláusulas suelo y techo (artículo 25).

A la vista de tal regulación, el Alto Tribunal se plantea en el caso por el mismo enjuiciado si la información que se facilita en los términos indicados «cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles» (transparencia a efectos de incorporación al contrato). Contesta a este interrogante la reiterada Sentencia de 9 de mayo de 2013 en los siguientes términos: «201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato

se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC –«[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez»–, 7 LCGC –«[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]»–. A la vista de tal marco legal, concluye el Tribunal Supremo en este punto afirmando que «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones...» (parágrafo 202), siempre, claro es, que los requisitos impuestos con carácter imperativo por la citada Orden ministerial (hoy Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), ordenados al conocimiento real y efectivo de las condiciones y riesgos de la operación por el prestatario se hayan cumplido. La exigencia de cumplimiento en este punto, ha de ser acorde con la finalidad esencial al que se dirigen los reiterados requisitos de transparencia, esto es, nada menos que a garantizar a través de dicho conocimiento real y efectivo la incorporación de las correspondientes cláusulas al contrato.

6. Pues bien, es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que por extenso ha quedado expuesto en los precedentes fundamentos.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, el control de transparencia, conforme a su naturaleza y caracterización, exige valorar si «el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta». Debe advertirse que la transparencia sobre la cláusula debatida debe garantizarse ya desde el momento en que el consumidor decide contratar eligiendo una determinada oferta frente a otras posibles y, por ende, la información transparente debe ser suministrada en la fase de negociación, previa a la celebración del contrato. Por ello, señala la citada Sentencia que no es admisible que el predisponente «descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados»; y añade que «sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia». Ahora bien, debe tenerse en cuenta que estas afirmaciones del Alto Tribunal se refieren al caso concreto enjuiciado, conforme a la normativa sectorial entonces vigente (Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios), en el que concluye que no se acreditó la transparencia real de las disposiciones contractuales analizadas, «pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del «interés variable» del préstamo».

Diferente es la situación existente en el momento de la autorización de la escritura cuya calificación ha sido impugnada. Ciertamente, si se trata de que el cliente pueda apreciar claramente que el tipo de interés variable tiene un mínimo y conocer los riesgos que dicha circunstancia comporta, el cumplimiento de la normativa sectorial vigente (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) y de la legislación notarial debe ser, «prima facie», considerado suficiente. Pero, por otra parte, se establece la exigencia adicional establecida en el artículo 6 de la citada Ley 1/2013, de modo que en la escritura pública que documente el préstamo hipotecario debe incluir, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que ya ha determinado el Banco de España (en el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013), en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato con la siguiente fórmula ritual: «...he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que... el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]».

Según las disposiciones de la Sección 4.^a del Capítulo II del título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, referidas a la actuación notarial en la formalización de los préstamos hipotecarios, el notario, en la autorización de estas escrituras, lleva a cabo los controles de incorporación y transparencia relativos a la fase precontractual y debe advertir expresamente al prestatario, conforme a dicha Orden, si se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo: «En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia. ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés» (vid. artículo 30 de la citada Orden).

Respecto de la forma de cumplimiento por el notario de esta obligación de advertir e informar al prestatario, no puede desconocerse que, según la normativa notarial, la lectura de la escritura pública puede ser realizada por el notario o sólo por los otorgantes, a elección de éstos (cfr. artículos 25, párrafo tercero, de la Ley del Notariado y 193, párrafo primero, del Reglamento Notarial). Indudablemente, aun cuando los otorgantes lean por sí mismos la escritura, el notario no sólo puede sino que debe explicar las cláusulas de la misma e informar sobre ellas a las partes, prestando asistencia especial al otorgante necesitado de ella (artículo 147, párrafo cuarto, del Reglamento Notarial).

En relación con las cláusulas suelo, este deber de información, rectamente entendido, debe cumplirse en los términos referidos mediante las oportunas advertencias que habrán de ser de palabra y no simplemente expresadas por escrito en la escritura (así se infiere del artículo 194 del Reglamento Notarial, en general, y del artículo 25 de la citada Orden EHA/2899/2011, en particular). En este sentido, pudiera entenderse que resulta superflua la incorporación a la escritura de una expresión manuscrita por la que el prestatario manifiesta haber sido advertido por el notario de los riesgos derivados de las cláusulas suelo y techo, pues el notario debe dar fe en la escritura de que la lectura ha tenido lugar –así como de la forma en que se ha realizado– y de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a éste su libre consentimiento (cfr. artículos 17 bis.2.a) y 25, párrafo tercero, de la Ley del Notariado, y 193, párrafo tercero, del Reglamento Notarial).

Ciertamente este deber de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias impuestas por la regulación sectorial; de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor puede evaluar directamente, basándose en criterios comprensibles, de las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas.

Si bien, de «lege ferenda», ello debiera ser suficiente, sin embargo, la literalidad del artículo 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, de rango superior y posterior a la Orden EHA/2899/2011, se manifiesta en términos imperativos, «se exigirá» dice el precepto, por lo que esta Dirección General debe desestimar el recurso interpuesto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

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

Resolución de 13 de marzo 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 Marbella número 3 a inscribir una sentencia que declara el dominio de una sociedad sobre determinada finca.

En el recurso interpuesto por don T. D., en nombre y representación de la sociedad «Store For You - Group Holding, S.L.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Marbella número 3, don Ramón Orozco Rodríguez, a inscribir una sentencia que declara el dominio de dicha sociedad sobre determinada finca.

HECHOS

I

La sociedad «Store For You Group Holding, S.L.», interpuso demanda contra «Everon Properties, S.L.», y don J. S., solicitando que se le declarara propietaria de la finca registral número 2.267 que la sociedad demandante había adquirido de don J. S. mediante contrato privado de compraventa, de fecha 24 de junio de 2007, y la sociedad demandada había transmitido al citado don J. S. mediante contrato de fecha 21 de septiembre de 2001.

Por sentencia número 302/2010, dictada por don Gonzalo Ónega Coladas-Guzmán, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella, el día 16 de noviembre de 2010, en el procedimiento ordinario número 267/2009 seguido a instancia de la recurrente contra don J. S. y «Everon Properties, S.L.», se declaró a la entidad demandante propietaria de la finca 2.267 y se ordenó la cancelación de cuantos asientos contradictorios estén vigentes.

La finca objeto de la declaración de propiedad en favor de la demandante aparece inscrita en el Registro el día 9 de febrero de 2010 a nombre de «Lucía Nueva, 2009, S.L.», por haber sido aportada al capital social de esta sociedad por «Everon Properties, S.L.» mediante la escritura de constitución de aquélla otorgada el día 11 de septiembre de 2011.

II

El día 4 de noviembre de 2014 se presentó testimonio de dicha sentencia en el Registro de la Propiedad de Marbella número 3, y el día 5 de diciembre de 2014 fue objeto de la calificación que a continuación se transcribe, emitida por el registrador, don Ramón Orozco Rodríguez: «Visto por don Ramón Orozco Rodríguez, Registrador de la Propiedad de Marbella número tres, provincia de Málaga, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 6.094 del presente año, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos: I.—El documento objeto de la presente calificación, testimonio de la sentencia número 302/2010, dictada por don Gonzalo Ónega Coladas-Guzmán, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Marbella, el día 16 de noviembre de 2010, que motivó el asiento 1 del Tomo 121 del diario, de fecha 4 de noviembre pasado, por la que en el procedimiento ordinario número 267/2009, seguido a instancia de la entidad «Store For You Group Holding, S.L.», contra don J. S. y «Everon Properties, S.L.», declarados en rebeldía, entre otros extremos se declara a la entidad demandante, legítima propietaria de la finca 2.267 de este Registro y se ordena la cancelación de cuantos asientos contradictorios estén vigentes sobre dicha finca.—II.—Examinado el Registro, la finca a que se refiere el documento objeto de calificación, registral 2.267, figura inscrita a nombre de la entidad «Lucía Nueva, 2009, Sociedad Limitada», persona distinta de la demandada, por lo que se deniega la inscripción y cancelación interesada, de acuerdo con los siguientes Fundamentos de Derecho: 1.—Al figurar la finca inscrita a favor de persona contra la que no se ha dirigido el procedimiento, se vulnera el principio de tacto sucesivo consagrado en el artículo 20 L.H: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen el Registrador denegará la inscripción solicitada».—La falta se califica de insubsanable.—Contra la presente nota de calificación (...) Marbella a 5 de diciembre de 2014.—El Registrador (firma ilegible) Fdo: Ramón Orozco Rodríguez».

III

El día 2 de enero de 2015, don T. D., en nombre y representación de la sociedad «Store For You - Group Holding, S.L.», interpuso recurso contra la calificación, con base en los siguientes razonamientos: En la sentencia firme número 302/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella de fecha 6 de noviembre de 2010, se ha declarado en el punto primero del fallo a la entidad «Store For You Group Holding, S.L.», propietaria del inmueble referido. Y según el punto segundo del fallo de la misma sentencia se aclara que dicha entidad ostenta el derecho a inscribir su titularidad sobre la citada finca, debiendo procederse a la cancelación de cuantos asientos contradictorios con su derecho estén vigentes. Hay que tener en cuenta que la demanda en el procedimiento jurídico reseñado se ha dirigido contra la entidad «Everon Properties, S.L.», y contra don J. S. Según la sentencia, la entidad «Everon Properties, S.L.», ha vendido la propiedad a don J. S. mediante contrato de fecha 21 de septiembre de 2001, y don J. S. la vendió a la entidad «Store For You Group Holding, S.L.», mediante contrato privado de fecha del 24 de junio de 2007. Es cierto que el inmueble actualmente se encuentra inscrito a nombre de la entidad «Lucía Nueva, 2009, S.L.», una entidad que ha adquirido con fecha del 11 de septiembre de 2009 la propiedad mediante una aportación de capital por parte de «Everon Properties, S.L.». Según el Registro Mercantil, el capital social de un millón cien mil euros queda suscrito íntegramente por los fundadores y totalmente desembolsado en la siguiente forma y proporción: la entidad «Everon Properties, S.L.» suscribe un millón noventa y nueve mil novecientas participaciones, números 1 al 1.099.900, ambas inclusive, por su valor de un millón noventa y nueve mil novecientos euros. Dicho desembolso lo realiza mediante la aportación que hace a la sociedad de la finca de la que es dueña. El administrador único de «Everon Properties, S.L.» es don J. S., igualmente demandado en el procedimiento jurídico reseñado, que fue nombrado como administrador único con fecha del 9 de octubre de 2009, como consta en la información general mercantil del Registro Mercantil de Málaga que se adjunta. Don J. S., como administrador de «Everon Properties, S.L.», es la misma persona que ha vendido el inmueble a la entidad «Store For You Group Holding, S.L.» mediante contrato de fecha 24 de junio de 2007, tal como consta en la citada sentencia y que sabiendo de esta venta procedió a la aportación del mismo inmueble a la entidad «Lucía Nueva, 2009, S.L.», el día 11 de septiembre de 2009. Además, hay que tener en cuenta que se ha comunicado el hecho de la aportación del inmueble como capital social de «Lucía Nueva, 2009, S.L.», que efectuó, con fecha del 11 de septiembre de 2009, al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella mediante escrito de fecha del 26 de febrero de 2010. Se informó al Juzgado en este escrito de todas las circunstancias de esta operación y del cambio del titular registral del inmueble, de «Everon Properties, S.L.» a «Lucía Nueva, 2009, S.L.». A pesar de tener esta información, el Juzgado no ha puesto en duda la legitimación pasiva de los demandados, «Everon Properties, S.L.» y don J. S., y dictó la sentencia declarando a la entidad «Store For You Group Holding, S.L.» como propietario del inmueble y declaró que «Store For You Group Holding, S.L.» ostenta el derecho de inscribir su titularidad sobre la citada finca, debiendo procederse a la cancelación de cuantos asientos contradictorios con su derecho estén vigentes, e interesando del registrador de la Propiedad la práctica de las inscripciones que resulten necesarias a fin de adecuar los datos registrales a la realidad extrarregistral. En conclusión, la sentencia fue dictada por parte del Juzgado Primera Instancia número 4 de Marbella con el pleno conocimiento del cambio del titular registral de la demandada, «Everon Properties, S.L.», a «Lucía Nueva, 2009, S.L.». No cabe duda ninguna que el titular real de «Lucía Nueva, 2009, S.L.» es la entidad demanda, «Everon Properties, S.L.», que ha suscrito 1.099.900 de 1.100.000 participaciones de «Lucía Nueva, 2009, S.L.», siendo esto el motivo por que el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella dictó sentencia en este sentido, sin poner en duda la legitimación pasiva de «Everon Properties, S.L.» como titular real de «Lucía Nueva, 2009, S.L.». Por lo tanto, el razonamiento expresado en la calificación, de fecha del 5 de diciembre de 2014, del Registro de la Propiedad de Marbella número 3 es

erróneo siendo el demandado del procedimiento judicial el titular real del titular registral, la sociedad «Lucía Nueva, 2009, S.L.». Por lo tanto, se solicita se respete la sentencia firme número 302/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Marbella de fecha del 16 de noviembre de 2010, se inscriba la entidad «Store For You Group Holding, S.L.» como titular de la citada finca, se cancelen los asientos contradictorios con su derecho y que estén vigentes y se practiquen las inscripciones que resulten necesarias a fin de adecuar los datos registrales a la realidad extrarregistral. La constitución de la entidad «Lucía Nueva, 2009, S.L.» y la aportación del inmueble como capital social se ha efectuado el día 11 de septiembre de 2009, y como se trata de una operación no onerosa y no cabe la posibilidad de una adquisición de buena fe, no es de aplicación del artículo 1473 del Código Civil que, únicamente, es aplicable en caso de varias ventas del mismo inmueble. En el presente caso, no se ha transmitido la propiedad a la entidad «Lucía Nueva, 2009, S.L.» mediante una compraventa, sino con una operación no onerosa, que es la aportación del inmueble como capital social en la sociedad «Lucía Nueva, 2009, S.L.». Además, no hay nada de buena fe en la actuación del administrador del propietario anterior, «Everon Properties, S.L.», que es don J. S., que ha efectuado la aportación del bien en la entidad «Lucía Nueva, 2009, S.L.», sabiendo perfectamente que «Everon Properties, S.L.» ha vendido el inmueble mediante contrato privado al mismo don J. S. que, a su vez, ha vendido la propiedad mediante contrato privado a «Store For You Group Holding, S.L.». Lo anteriormente expuesto consta en el punto primero del fallo de la sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia número 4, que aclara que don J. S. adquirió la propiedad del inmueble de la mercantil «Everon Properties, S.L.» mediante contrato de fecha 21 de septiembre de 2001, y que «Store For You Group Holding, S.L.» ha adquirido la propiedad de don J. S. mediante contrato privado de fecha 24 de junio de 2007. En contrario, se puede calificar esta actuación como fraudulenta, pues don J. S. sabía perfectamente que «Everon Properties, S.L.» no fue propietario del inmueble cuando él mismo, en representación de «Everon Properties, S.L.», ha efectuado la aportación del inmueble a la entidad «Lucía Nueva, 2009, S.L.».

IV

Mediante escrito, de fecha 15 de enero de 2015, el registrador de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo. En dicho informe manifiesta que se dio traslado del recurso a la autoridad que expidió el título calificado, sin que se haya recibido alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 y 118 de la Constitución; 1, 17, 20, 32, 34, 38, 40, 42.9º, 82, 96 y 326 de la Ley Hipotecaria; 100 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de junio y 21 de octubre de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 2001, 15 de noviembre de 2005, 2 de marzo de 2006, 8 de junio de 2007, 16 de julio de 2010, 3 de marzo y 3 de diciembre de 2011, 18 de enero, 3 de febrero, 16 de julio y 21 y 26 de noviembre de 2012, 1 y 6 de marzo, 8 y 11 de julio, 5 de agosto, 8 de octubre y 25 de noviembre de 2013, 6 y 12 de marzo, 12 y 13 de junio, 2 y 4 de julio, 2 de agosto y 2 y 26 de diciembre de 2014 y 29 de enero de 2015.

1. En este expediente debe resolverse si es o no inscribible una sentencia firme dictada en un procedimiento judicial ordinario seguido contra personas distintas del titular registral por la que

se declara el dominio de determinada finca en favor del actor y se ordena la cancelación de cuantos asientos contradictorios estén vigentes sobre dicha finca.

Son relevantes los hechos siguientes:

a) La sociedad «Store For You Group Holding, S.L.» interpuso demanda contra «Everon Properties, S.L.» y don J. S., solicitando que se le declarara propietaria de una finca que la sociedad demandada había adquirido de dicho señor mediante contrato privado de compraventa de fecha 24 de junio de 2007 y la sociedad demandada había transmitido al citado don J. S. mediante contrato de fecha 21 de septiembre de 2001. La sentencia, de fecha 16 de noviembre de 2010, estima íntegramente la demanda y declara que la demandante es la propietaria de la finca indicada.

b) La finca objeto de la declaración de propiedad en favor de la demandante aparece inscrita en el Registro el día 9 de febrero de 2010 a nombre de «Lucía Nueva, 2009, S.L.», por haber sido aportada al capital social de esta sociedad por «Everon Properties, S.L.» mediante la escritura de constitución de aquélla otorgada el día 11 de septiembre de 2009.

c) El registrador deniega la inscripción solicitada porque «al figurar la finca inscrita a favor de persona contra la que no se ha dirigido el procedimiento, se vulnera el principio de tacto sucesivo consagrado en el artículo 20 L.H.».

2. Con carácter previo, es necesario recordar una vez más que siendo el objeto de este recurso con carácter exclusivo la calificación del registrador llevada a cabo en función de la documentación presentada (artículo 326 Ley Hipotecaria), esta Dirección General no tendrá en cuenta otros documentos aportados con el escrito de recurso ni llevará a cabo pronunciamiento sobre los mismos.

3. Respecto de las alegaciones del recurrente sobre la obligación de respetar la sentencia declarativa del dominio en su favor, cabe recordar que, como puso de relieve el Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala Primera de 28 de junio de 2013 (dictada en impugnación de la Sentencia que confirmó la Resolución de este Centro Directivo de fecha 6 de junio de 2009), «no ha de apreciarse extralimitación en la actuación del registrador que tuvo en cuenta los obstáculos nacidos del propio contenido del Registro que impedían llevar a cabo lo interesado por el Juzgado que seguía la ejecución (artículo 100 del Reglamento Hipotecario)». Y sigue afirmando que la sentencia que confirmó aquella Resolución no puede ser objeto de casación pues «ni se han reconocido al registrador de la Propiedad facultades no previstas en la ley y, en concreto, la de oponerse a dichas resoluciones judiciales. Tampoco se ha sustituido de hecho al Juez predeterminado por la Ley, con indefensión de la parte recurrente, ni se ha atribuido al registrador el conocimiento del proceso de ejecución en detrimento de las facultades de los jueces y tribunales, como tampoco se ha admitido la interferencia de un órgano administrativo en el ámbito de competencia de los tribunales ni se han vulnerado las garantías del proceso».

Más recientemente, la Sentencia de la misma Sala de fecha 21 de octubre de 2013, ante un supuesto en que se llevó a cabo la cancelación de un asiento en ejecución de sentencia sin

que el titular hubiera sido parte en el procedimiento afirma: «Antes bien, debía tener en cuenta lo que dispone el art. 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, «no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte»».

Y más adelante añade: «La fundamental función calificadora del Registrador, está sujeta al art. 20 LH que exige al Registrador, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el Registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (art. 20, párrafo séptimo)».

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. La presunción «iuris tantum» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular.

En el caso de este expediente es indudable que la nota de calificación se produce dentro del ámbito competencial del registrador, pues la objeción que se expresa en ésta consiste en que la titular del dominio reflejado en los asientos registrales afectados por la declaración de dominio no ha tenido adecuada participación en el procedimiento.

Debe tenerse en cuenta: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos, y d) que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda.

Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia y afecte a titulares de asientos posteriores –cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de nulidad con anterioridad a los mismos– es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

Por lo demás, no compete al registrador enjuiciar si el titular registral es de mala fe o si la aportación de la finca en la constitución de la sociedad no queda amparada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Según este precepto legal, la buena fe se presume siempre, por lo que si se pretende hacer valer la mala fe a que se refiere el recurrente debe ser ésta probada en el juicio contradictorio correspondiente seguido frente al actual titular registral. No obstante, presentada la demanda podrá solicitarse anotación preventiva de la misma para impedir que durante la tramitación del procedimiento judicial pueda surgir un tercero protegido por la fe pública registral.

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

Resolución de 13 de marzo 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 Vélez-Málaga número 1, por la que se suspende la inscripción de una sentencia aprobatoria de un convenio regulador de separación por mutuo acuerdo.

En el recurso interpuesto por don P. G. A. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga número 1, don Manuel Maximiliano Martínez Falcón, por la que se suspende la inscripción de una sentencia aprobatoria de un convenio regulador de separación por mutuo acuerdo.

HECHOS

I

Mediante sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Loja, con fecha 19 de julio de 2014 y con el número de procedimiento 443/2014, se procede a la separación de mutuo acuerdo de los cónyuges, y se aprueba el convenio regulador suscrito con fecha de 15 de mayo de 2014.

II

Presentada dicha sentencia en el Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga número 1, con fecha 9 de diciembre de 2014, bajo el asiento número 1088, del tomo 154 del Libro Diario y

número de entrada 1681 fue objeto de la siguiente nota de calificación: «... Hechos: En la fecha indicada, se presentó para su inscripción, documento al principio relacionado. Fundamentos de Derecho: Vistos los artículos y, en su caso, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se indican a continuación y de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria: «Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Dicho documento motiva la siguiente nota de calificación: Suspendida la inscripción del precedente documento, respecto de las fincas sitas en el término municipal de Alcaucín, único término perteneciente a esta demarcación registral, por observarse el/los siguiente/es defectos de carácter subsanable: Falta de previa inscripción de la correspondiente escritura pública de aportación a la sociedad de gananciales. (Art. 20 de la Ley Hipotecaria). Ya que en el convenio regulador –documento privado–, no se puede realizar dicha aportación, sólo liquidar la sociedad de gananciales y adjudicar las fincas a los correspondientes adjudicatarios. Recurso: (...) Vélez-Málaga, 16 de diciembre de 2014».

III

Contra la anterior nota de calificación, don P. G. A. interpone recurso en virtud de escrito de fecha 2 de enero del año 2015, en base entre otros a los siguientes argumentos: «... II.– Hechos. (...) III.–Fundamentos de Derecho. No cabe aportación a gananciales en convenio regulador. Se presenta testimonio de convenio regulador, aprobado por sentencia de divorcio, en el que se incluyó en el inventario, entre otras, varias fincas privativas del marido. Se dice de ella que «es aportada por el mismo en este acto a la sociedad legal de gananciales, pasando a formar parte del activo de la misma» y luego se adjudica a la ex esposa. Dichas fincas figuran inscritas en el Registro con carácter privativo del marido. Por el Sr. registrador exige escritura pública de aportación al régimen de gananciales. Esta parte entiende que el según artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquéllos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse. De este modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras). Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (cfr. artículos 1397 y 1404 del Código Civil, y 18 de la Ley Hipotecaria). Por otra parte, la especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora, y después practicar debidamente los asientos que procedan (artículos 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 y 193.2 de su Reglamento, y Resoluciones de 20 de febrero de 2003, 10 de marzo de 2004, 8 de junio de 2009, 29 y 31 de marzo de 2010 y 19 de enero de 2011). En el presente caso no puede entenderse, efectivamente que el negocio jurídico celebrado tenga su adecuado reflejo documental. Adjudicación de bien. El registrador suspende la inscripción por considerar que la adjudicación que en el convenio regulador se hace a la mujer, el bien del marido excede

de la pura liquidación de la comunidad, al no ser un bien perteneciente en proindiviso a los cónyuges, debiéndose, en su caso, otorgar la correspondiente escritura pública de aportación de bienes gananciales (art. 20 LH). Según la doctrina del Centro Directivo (ver las Resoluciones, R. 25.10.2005, R. 31.03.2008, R. 22.03.2010, R. 22.12.2010 y R. 19.01.2011), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, separación o el divorcio. Se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Ahora bien, como también tiene la Dirección General (Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida. Como dice la DG, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, erga omnes, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional –artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria–), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador. Así, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción registral y esta norma se reitera en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento. Las adjudicaciones de bienes no matrimoniales deben hacerse en escritura pública. El Sr. registrador exige el otorgamiento de escritura pública porque los actos jurídicos contenidos en el convenio regulador son complejos, tienen una entidad propia y exceden del ámbito de un convenio regulador de divorcio, conforme a la doctrina de la DGRN. El convenio regulador no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia. Si resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes pues, aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble (cfr. las Resoluciones de 21 de enero de 2006 y 29 de octubre de 2008). En definitiva la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza, pero nunca como se califica a través de la escritura de aportación al régimen de gananciales, pues es entendible que el matrimonio ya se encuentra disuelto. En virtud de los hechos y fundamentos anteriores, solicito: Se tenga por presentado en tiempo y forma este recurso y documento y analizado este se confirme que efectivamente es necesario la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza, pero no en el sentido que se fija en la nota de calificación por resultar del todo imposible e ineficaz; debiéndose por tanto emitir nueva nota en los estrictos términos de acuerdo con la LH y Resoluciones de la DGRN (...))»

IV

El registrador emitió informe el día 8 de enero de 2015 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 2, 3, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria; 90, 91, 92, 95 y 102 y siguientes, 1261 y siguientes, 1274, 1323 y siguientes del Código Civil; 34 y 100 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 2008, 22 de marzo de 2010, 22 de diciembre de 2010, 13 de junio, 5 de agosto y 3 de septiembre de 2011, 11 de abril de 2012, 1 de julio y 4 de agosto de 2014.

1. Es objeto del presente recurso si por medio de un convenio regulador de una separación por mutuo acuerdo, elaborado por los cónyuges y aprobado posteriormente por la autoridad judicial, se puede incluir una aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, para proceder a posteriori y de manera inmediata a su adjudicación a uno de sus integrantes en pleno dominio.

2. El principio de titulación formal establecido en nuestra legislación hipotecaria (y concretado principalmente en el artículo 3 de la ley) permite la inscripción de los actos o negocios jurídicos cuando los mismos se instrumentalizan en documentos públicos, ya sean notariales, judiciales o administrativos.

Sin embargo, esta doctrina ha sido matizada por este Centro Directivo, de tal manera que se ha elaborado el denominado principio de idoneidad o adecuación de cada tipología de título formal a una serie de negocios o actos que le son propios, con la consiguiente exclusión de determinados contratos o actos para algunas formas que no le son adecuadas, debiendo existir congruencia entre el continente –título formal– y el contenido –título material–. Y ha sido en el ámbito del convenio regulador donde esta tesis ha conseguido una mayor profundidad, en el sentido de que dicho instrumento no pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

De las resoluciones analizadas en los «vistos» se puede concluir que el convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio, sólo puede incluir aquellas precisiones que encuentran apoyo legal en los artículos de la norma sustantiva que lo regula, es decir, los artículos 90 y siguientes del Código Civil. Sin perjuicio de otros efectos personales, las consecuencias patrimoniales de una separación conyugal sólo pueden referirse a la liquidación del régimen económico matrimonial, la atribución de una pensión o prestación compensatoria, el régimen de cargas y alimentos, o a la asignación del uso sobre la vivienda habitual.

La repentina inclusión de nuevos bienes en el patrimonio ganancial no puede por tanto producirse en el convenio regulador de la liquidación de dicho régimen económico al carecer de justificación o razón para ello, por lo que se trata de un desplazamiento patrimonial ajeno

a su propia naturaleza y finalidad, que deberá hacerse fuera de dicho convenio, es decir, en escritura pública notarial.

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

Resolución de 13 de marzo 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 mercantil y de bienes muebles de Jaén, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2012.

En el recurso interpuesto por don C. M. T., como administrador único de la sociedad «Hijos de José Muñoz Redondo, S.L.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Jaén, doña María Belén López Espada, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2012.

HECHOS

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Jaén la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 con presentación de la documentación correspondiente.

II

La referida documentación fue objeto de una primera nota de calificación, de fecha 6 de agosto de 2013, que es la siguiente: «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, ha resuelto no practicar el depósito solicitado conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento 46/4654 F. Presentación: 29/07/2013. Entrada: 2/2013/5.183,0 Sociedad: Hijos de José Muñoz Redondo, S.L. Ejercicio depósito: 2012. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Falta el previo depósito de las cuentas anuales de los ejercicios 2010 y 2011 RDGRN de 18-2-2004;

26-5-2009, y 8-2-2010. 2.—La cifra de capital que consta en el pasivo del Balance no se corresponde con la que figura inscrita en el Registro Mercantil. Artículo 11 RRM y RDGRN 10-12-2008; 17-12-2012, y 13-5-2013. 3.—Al no estar presente todo el capital social, es preciso acreditar la convocatoria de la Junta en la forma legal o estatutariamente establecida. Artículo 173 TRLSC y RDGRN de 16-2-2013. En relación con la presente calificación: (...) Jaén, a 6 de agosto de 2013». Nuevamente presentada la documentación, fue objeto de una segunda calificación: «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, ha resuelto no practicar el depósito solicitado conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario/Asiento 46/4654 F. Presentación: 29/07/2013. Entrada: 2/2013/5.183,1 Sociedad: Hijos de José Muñoz Redondo, S.L. Ejercicio depósito: 2012. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.—Reportado el documento el dieciséis de diciembre último, se suspende de nuevo el depósito solicitado, porque no se han subsanado los defectos expresados con los números 2 y 3 del acuerdo de calificación de 6 de agosto de 2013: A) La cifra de capital que consta en el pasivo del Balance no se corresponde con la que figura inscrita en el Registro Mercantil. Artículo 11 RRM y RDGRN 10-12-2.008, 17-12-2012, y 13-5-2013. Se hace constar que figura presentada escritura otorgada en Úbeda el 4 de abril de 2013, ante la notario doña María Elena López Viera, protocolo 300, que eleva a público un acuerdo de reducción de capital, adoptado en la Junta celebrada el 28 de junio de 2012, que debería haberse tenido en cuenta al formular el Balance B) Al no estar presente todo el capital social, es preciso acreditar la convocatoria de la Junta en la forma legal o estatutariamente establecida. Artículo 173 TRLSC y RDGRN de 16-2-2013. Subsancable. En relación con la presente calificación: (...) Jaén, a 9 de enero de 2014». La tercera, y última presentación, motivó la nota de calificación objeto del presente recurso, siendo del tenor siguiente: «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, ha resuelto no practicar el depósito solicitado conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario/Asiento 47/8161 F. Presentación: 07/11/2014. Entrada: 2/2014/11.555,0 Sociedad: Hijos de José Muñoz Redondo, S.L. Ejercicio depósito: 2012. Fundamentos de Derecho (defectos) 1.—Reportadas las cuentas anuales el siete de los corrientes, junto con Informe de Auditoría, emitido el 10 de junio de 2013, por C & O Consultores y Auditores, S.L., fotocopias del anuncio de convocatoria, así como de los justificantes del mismo, por correo certificado con acuse de recibo, y un mail de órgano de administración, en el que se alude a la Consulta del ICAC que se dirá, se suspende de nuevo el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2012, por los siguientes motivos: 1) La fotocopia de la convocatoria que se acompaña se refiere a una Junta general a celebrar el día 14 de noviembre de 2013, y referida a las cuentas anuales del ejercicio 2010, circunstancias totalmente distintas a las referidas en la certificación de los acuerdos: Junta general celebrada el 26 de junio de 2012 y cuentas anuales del ejercicio 2012. Concordar, puesto que, en caso contrario, resultaría vulnerado el derecho de información de los socios, constituyendo, por tanto, un defecto de convocatoria que podría implicar la nulidad de la Junta general, conforme a los artículos 173, 174, 196 y 280 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1999; 16 de septiembre de 2002; 9 de mayo de 2003; 13 de abril de 2004; 8 de julio de 2005; 25 de mayo de 2009; 23 de abril de 2012, y 20 de mayo de 2013. Subsancable, en principio. 2) El citado mail hace mención a la Consulta número 4, publicada en el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, número 81/2010, de la que, consultada por la registradora que suscribe, resulta correcta la cifra del capital social, toda vez que, según dicha Consulta, las modificaciones de capital social, aun habiendo sido adoptadas con carácter previo a la formulación de las cuentas anuales (en este caso, Junta general de 28 de junio de 2012), no deben figurar en la cifra de capital social, si la escritura no ha queda inscrita en el Registro Mercantil con anterioridad a dicha formulación (la inscripción se practicó el 9 de enero de 2014). No obstante, la citada consulta también señala que el importe de la modificación de capital, en este caso

94.329,39 euros, figurará en la partida 3, «Otras deudas a corto plazo» del epígrafe C.III, del pasivo del modelo abreviado, si bien la cifra que figura en las cuentas presentadas, en dicho epígrafe, es de 67.172,04 euros. Por tanto, debe rectificarse el citado epígrafe, para adaptarlo a la cantidad aumentada, pendiente de inscripción en el momento de formularse las cuentas. Artículo 280 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 366 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil, así como la indicada consulta del ICAC. Subsanable. En relación a la presente calificación: (...) Jaén, a 28 de noviembre de 2014».

III

Contra la anterior nota de calificación, don C. M. T., como administrador único de la sociedad «Hijos de José Muñoz Redondo, S.L.», interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 15 de diciembre de 2014, en el que alega lo siguiente: Que por error se incorporó fotocopia de junta diferente a la de la certificación de los acuerdos. Adjunta, al escrito de interposición del recurso, fotocopia de la convocatoria de la junta de fecha 26 de junio de 2013, a efectos de subsanar el error; Que, una vez que está claro que las modificaciones de capital, aun anteriores a la formulación de las cuentas anuales, no deben de figurar en la cifra del capital social si la escritura no ha quedado inscrita en el Registro Mercantil, no ha lugar al registro contable hasta que se realice la inscripción, adjuntando modelo de asiento pendiente de realizar en el año 2014; Que la sociedad ha registrado correctamente la operación, según la Norma de Valoración 9.^a del Nuevo Plan General Contable; Que, cuando se posean acciones propias, pendientes de amortización adquiridas en ejecución de un acuerdo de reducción de capital, se creará el Epígrafe A. VIII del Pasivo, con la denominación «Acciones propias para reducción de capital», que es lo que consta en las cuentas anuales aportadas; Que no existe ninguna contraprestación económica por parte de la sociedad y, por tanto, no ha de figurar nada en la partida 3 «Otras deudas a corto plazo», y Que la escritura pendiente de inscripción es de reducción de capital social.

IV

La registradora emitió informe el día 24 de diciembre de 2014, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18, 20, 21, 34 y 36 del Código de Comercio; 173, 174, 196, 254, 263 y siguientes y 280 de la Ley de Sociedades de Capital; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; los artículos 326 de la Ley Hipotecaria; 6, 7, 8, 9, 10, 11, 97, 112, 366 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil; el Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre; las Resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, publicadas en sus boletines números 81/2010 y 82/2010; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 1999; 22 de abril de 2000; 16 de septiembre de 2002; 8 de abril y 2 de junio de 2003; 13 de abril de 2004; 28 de febrero de 2005; 23 de enero de 2006; 10 de diciembre de 2008; 18 de enero y 23 de diciembre de 2010; 13 de enero y 16 de marzo de 2011; 17 de diciembre de 2012; 16 de febrero, 13 de

mayo, 19 y 21 de junio y 28 de agosto de 2013, y 22 de julio y 5 de noviembre de 2014, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de enero de 2006.

1. Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso. La primera versa sobre la necesidad de acreditar (o certificar sobre) la convocatoria de la junta general que haya de aprobar las cuentas anuales, siendo que la certificación de los acuerdos de la misma es uno de los documentos a depositar (artículo 366.2.º del Reglamento del Registro Mercantil), previa calificación de su contenido (artículos 368 del Reglamento del Registro Mercantil y 280 de la Ley de Sociedades de Capital). La segunda, si existiendo una modificación del capital social (reducción, en este caso) no inscrito en el momento de la formulación de las cuentas anuales, el balance ha de reflejar la cifra ya modificada o la previa a la modificación pendiente de inscripción, teniendo en cuenta las disposiciones del Plan General de Contabilidad, y, además, si la calificación de la registradora puede o debe extenderse a haberse realizado todos y cada uno de los asientos y registros contables que, en su caso, puedan derivar de esa circunstancia.

2. En relación a la acreditación de la convocatoria de la junta que haya de aprobar las cuentas anuales, la calificación de si los documentos a depositar «están debidamente aprobados», exige examinar todas las circunstancias referentes a la validez y regularidad de la junta que los aprueba, comenzando por si estuvo o no debidamente convocada –requisito previo a su válida constitución–, en la forma y plazo legales o estatutarios. Y mal podría examinarse si no resultan aportados los anuncios o comunicaciones o justificación de inserción de anuncios en la página web de la sociedad –según sea el medio establecido en los estatutos o el legalmente determinado en ausencia de regulación estatutaria–, en que la convocatoria se haya, materialmente, efectuado. O, tratándose de medios privados de convocatoria, si la certificación no recoge –tal y como disponen los artículos 97 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil– «todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados», una de las cuales es el «texto íntegro de la convocatoria», así como el «modo y fecha en que se hubiere efectuado», cuando no se trate de junta universal.

Lo cierto es que este extremo no ha sido discutido por el recurrente, que admite el error padecido al haber aportado fotocopias de la convocatoria de otra junta, diferente a aquélla que aprobó las cuentas anuales del ejercicio 2012. Y, a fin de «subsana el error», adjunta, junto con el escrito de interposición del recurso, fotocopia de la convocatoria de la junta correcta, la que se celebró el día 26 de junio de 2013, así como fotocopia de acta notarial de la misma junta. Tal subsanación no puede admitirse. El recurso contra la calificación del registrador no es el cauce procedente para la subsanación de los defectos señalados en la nota, ni puede decidirse en él sobre si tales documentos remueven o no los obstáculos señalados por el registrador. De conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria el objeto de recurso está basado exclusivamente en la calificación del registrador, por lo que debe rechazarse «cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». De acuerdo con ello no pueden ser tenidos en cuenta en este expediente los documentos que se aportaron junto al escrito de recurso y que no fueron puestos a disposición de la registradora en el momento de la calificación. No obstante, se advierte que las simples fotocopias de los documentos tampoco habrían podido ser tenidas en cuenta en la calificación –incluso habiéndose aportado en tiempo oportuno–, carentes como son de fehaciencia o garantía alguna respecto de su contenido. Como también se advierte que, tratándose de medios privados de convocatoria, la sola presentación del anuncio de la misma no acredita, ni justifica, por sí sola, que el anuncio haya sido remitido a todos los socios con la antelación debida y que dicha remisión ha sido efectuada efectivamente a todos los partícipes de la sociedad.

De conformidad con lo expuesto, procede la confirmación del defecto señalado por la registradora, defecto 1 de su nota de calificación de fecha 27 de noviembre de 2014.

3. La cuestión de la calificación de la coincidencia de la cifra de capital social entre la que consta inscrita en el Registro en la hoja abierta a la sociedad, y la consignada en el balance que forma parte del contenido de las cuentas anuales (artículos 34 del Código de Comercio y 254 Ley de Sociedades de Capital), ha sido ya resuelta por este Centro Directivo. Así, la Resoluciones de 28 de febrero de 2005; 23 de enero de 2006; 10 de diciembre de 2008; 17 de diciembre de 2012, y 13 de mayo de 2013. Señala la última citada que la única referencia que la normativa registral dedicaba a la calificación de los documentos contables se contiene en el artículo 368.1 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual «el Registrador calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta General o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas...». Dicha regulación ha adquirido rango legal al ser incorporada en el artículo 280.1 de la Ley de Sociedades de Capital de contenido sustancialmente idéntico salvo lo que se dirá. De acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo, aunque los términos literales del precepto reglamentario parecen restringir el examen a la faceta estrictamente formal, debe admitirse la prolongación del análisis a ciertos aspectos materiales; en concreto, ha estimado procedente el rechazo del depósito cuando la cifra de capital consignada en las cuentas no coincida con la que figure inscrita en el Registro Mercantil. Esta doctrina se fundamenta en el hecho de que los registradores tienen que calificar bajo su responsabilidad –respecto de los documentos presentados– la validez de su contenido por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro (cfr. artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil). Señaladamente el artículo 280.1 de la Ley de Sociedades de Capital no incorpora el término «exclusivamente» que sí aparece en el texto reglamentario lo que refuerza la doctrina que se viene exponiendo. En definitiva, resultando de los asientos registrales una determinada cifra de capital que se presume exacta y válida y que resulta oponible a terceros, no puede accederse al depósito de unas cuentas que proclaman otro contenido pues de hacerlo así, se estarían distorsionando los derechos de información y publicidad que el depósito de las cuentas pretende. Esta doctrina resulta aplicable a los supuestos en que, inscrita una modificación de capital en el Registro (ya sea aumento o reducción) realizada durante un ejercicio, las cuentas presentadas a depósito y relativas a tal ejercicio, no reflejen la modificación, ya que el contenido del Registro se presume exacto y válido, produciendo sus efectos en tanto no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad, declaración que no perjudicará los derechos de terceros de buena fe (artículos 20 del Código de Comercio y 7 y 8 del Reglamento del Registro Mercantil); contenido que resulta oponible a terceros en los términos de los artículos 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil. Todo ello impide el acceso al Registro de las cuentas anuales que contradigan el contenido de sus asientos (Resolución de 16 de marzo de 2011).

4. Situación distinta es la planteada por las modificaciones de capital que, realizadas, no se hayan inscrito resultando, por tanto, sin constancia registral en la hoja de la sociedad, al tiempo de la formulación de las cuentas anuales. Respecto de los aumentos de capital, el Plan General Contable de 1990, vigente hasta el 1 de enero de 2008, incluía, entre las cuentas del subgrupo «10. Capital», la cuenta «Capital social» que se define como «capital suscrito en las sociedades que revistan forma mercantil», añadiendo que «se indica en esta cuenta que tratándose de sociedades anónimas y comanditarias por acciones, la emisión y suscripción de acciones se registrarán en la forma que las sociedades estimen conveniente, mientras se encuentren en período de suscripción y no se haya procedido a la inscripción en el Registro Mercantil». La norma se refería exclusivamente a las sociedades anónimas y comanditarias por acciones. No existía previsión expresa similar para las reducciones de capital. El nuevo

Plan General Contable, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establece (Tercera parte. Cuentas anuales. I. Normas de elaboración de las cuentas anuales. 6.ª Balance) «el balance, que comprende, con la debida separación, el activo, el pasivo y el patrimonio neto de la empresa, se formulará teniendo en cuenta que: (...) 9. El capital social y, en su caso, la prima de emisión o asunción de acciones o participaciones con naturaleza de patrimonio neto figurarán en los epígrafes A-1.I. «Capital» y A-1.II. «Prima de emisión», siempre que se hubiera producido la inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad a la formulación de las cuentas anuales. Si en la fecha de formulación de las cuentas anuales no se hubiera producido la inscripción en el Registro Mercantil, figurarán en la partida 5. «Otros pasivos financieros» o 3. «Otras deudas a corto plazo», ambas del epígrafe C.III «Deudas a corto plazo» del pasivo corriente del modelo normal o abreviado, respectivamente». Con base a ello, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en resolución de consulta publicada en el boletín de dicho organismo número 82/2010 (Consulta 4) entiende que, y para un caso de aumento de capital, «solo en el caso de que las cuentas anuales se formularan antes de la inscripción, la ampliación de capital debería registrarse en el balance correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio 200X+1». Asimismo, otra consulta publicada en el mismo boletín, número 81/2010 (Consulta 4), y para un caso de reducción de capital para compensar pérdidas, señala que la citada norma 6.ª de elaboración del balance, si bien se refiere básicamente a las ampliaciones de capital, «debemos entender que lo recogido en este apartado también resultaría aplicable en el caso de reducciones de capital». A la vista de ello cabe concluir la correcta formulación del balance, de conformidad con el Plan General Contable, cuando se consigne la cifra de capital previo a un acuerdo de junta que acuerde una modificación, precisamente, del capital, siempre que dicho acuerdo, ya existente, no haya aún obtenido reflejo registral en el momento en que las cuentas se formulan. Esta circunstancia habrá de señalarse también en la Memoria, dado que la Norma de Valoración y Registro 23ª (del Plan General de Contabilidad) dispone que los hechos posteriores que pongan de manifiesto condiciones que ya existían al cierre del ejercicio, deberán tenerse en cuenta para la formulación de las cuentas anuales. Estos hechos posteriores motivarán en las cuentas anuales, en función de su naturaleza, un ajuste, información en la memoria o ambos, tal y como señala también la Consulta publicada en el «Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas» número 81/2010 (Consulta 4). Ciertamente es que las cuentas reflejarán, entonces, un capital distinto al inscrito en la hoja de la sociedad, al menos transitoriamente, y en tanto no se proceda al depósito de las cuentas del ejercicio siguiente, pero, de un lado, ello es consecuencia de la aplicación de las disposiciones legales vigentes en materia contable (sin prejuzgar, no obstante, el alcance de los criterios del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas) y, de otro, no perturba los derechos de información y publicidad que el depósito de cuentas pretende, dado que el motivo y datos de divergencia entre una y otra cifra de capital habrán de señalarse en la Memoria, con las necesarias explicaciones que conduzcan a la imagen fiel de la situación patrimonial. Por tanto, si, presentados a depósito los documentos contables, la cifra de capital resulta ser diferente a la de los asientos del Registro, pero resulta con claridad de los documentos presentados (entre los que puede hallarse la propia escritura de modificación del capital aún pendiente de definitiva constancia registral) que ello obedece a la circunstancia de una modificación de capital no inscrita antes de la formulación de las cuentas, el depósito no puede rechazarse sólo por tal divergencia.

5. En el presente expediente, señalada por la registradora la no coincidencia entre el capital inscrito y el reflejado en el balance de la sociedad cerrado a 31 de diciembre de 2012, en posterior presentación y calificación de los documentos a depositar se tiene en cuenta todo lo precedentemente expuesto y, en concreto, la Consulta número 81/2010 citada (mencionada en un mail del administrador, según resulta de la nota de calificación), considerando la registradora, a la luz del contenido de la Consulta, correcta la cifra del capital social, pero señalando, entonces, un nuevo defecto: no figurar en la partida 3, «Otras deudas a corto

plazo» del epígrafe C.III, del pasivo del modelo abreviado el importe del capital reducido y no inscrito. Alega el recurrente haber registrado correctamente la operación de conformidad con la Norma de Valoración 9.^a del nuevo Plan General Contable y reseñando incluso el asiento contable pendiente de realizar una vez inscrita la reducción.

El defecto tal y como ha sido formulado, no puede ser mantenido. Si bien los registradores no están limitados, en la calificación de los documentos contables, exclusivamente, a examinar si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados, así como si constan las preceptivas firmas (artículos 322 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil), sino que pueden calificar la validez de su contenido por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro (artículo 18 del Código de Comercio), abarcando, como ya se ha dicho, ciertos aspectos materiales, la calificación no puede alcanzar al contenido intrínseco de las cuentas, ni al análisis de la correcta contabilización, registro o imputación de todas y cada una de las partidas, ya sean del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias, por ser función que no le atribuye la Ley. De conformidad con las previsiones legales la publicidad de la existencia de las cuentas depositadas no puede ir más allá del hecho mismo del depósito y del cumplimiento de los requisitos previstos por el Reglamento del Registro Mercantil. Y si en múltiples ocasiones este Centro Directivo ha confirmado la imposibilidad del depósito de cuentas por contradecir el contenido del Registro Mercantil ha sido precisamente porque sólo el contenido de éste está protegido por las presunciones de exactitud y validez, presunciones que no alcanzan al contenido de los documentos que conforman el depósito de cuentas, contenido que no es objeto de calificación por el registrador Mercantil (Resolución de 13 de mayo de 2013). En igual sentido se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de enero de 2006 –que confirmó la Resolución de 28 de febrero de 2005–: Como cauce para obtener la legitimación (artículo 7) y la fe pública (artículo 8) que se predica del contenido del Registro, el artículo 6 de su Reglamento garantiza el principio de legalidad y a tal efecto el registrador habrá de comparar los documentos de toda clase que se le presenten –en lo que resulte de ellos– con los asientos del Registro, circunstancia que es la que determinó que no se llevara a cabo el depósito solicitado: no porque el registrador haya calificado el contenido de las cuentas de la entidad –función que ciertamente no le atribuye la Ley– sino porque la comparación entre el capital inscrito en el Registro Mercantil y el contenido de los documentos que recogían las cuentas anuales, en el concreto aspecto del capital, resultaban incompatibles entre sí, obligando al registrador a aplicar el principio de prioridad que contiene el artículo 10 del Reglamento.

6. Las anteriores consideraciones se hacen sin perjuicio de otras consecuencias que la inexactitud del contenido de la documentación depositada pueda acarrear. Los administradores son responsables de su formulación, de modo que las personas legitimadas y que consideren que sus intereses se han visto perjudicados tienen a su disposición las acciones que el ordenamiento les reconoce (artículo 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). Al respecto, no obstante, es de hacer notar que en el presente expediente las cuentas anuales han sido auditadas, aportándose el correspondiente informe, –objeto también de depósito (artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil)–, resultando del mismo la mención, circunstancias y cuantía de la reducción de capital por amortización de acciones propias pendiente de inscripción (menciones y circunstancias también recogidas en la Memoria). Concluye el informe que, excepto por determinadas salvedades -que no se refieren a la no dotación de la partida «otras deudas a corto plazo» por el importe de la reducción- las cuentas expresan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad al 31 de diciembre de 2012, así como de los resultados de sus operaciones, de conformidad con el marco normativo de información financiera que resulta de aplicación.

En consecuencia, procede la revocación del defecto señalado por la registradora, defecto 2 de su nota de calificación de fecha 27 de noviembre de 2014.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora, respecto del defecto 1, y estimar el recurso, revocando la nota de calificación respecto del defecto 2.

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