

Recursos

Resolución de 1 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granada n.º 2 a la práctica de la anotación de cambio de sistema de actuación urbanística de compensación por el de cooperación.

En el recurso interpuesto por don José Torres Hurtado, alcalde-presidente del Ayuntamiento de Granada, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Granada número 2, don Juan Lucas García Aponte, a la práctica de la anotación de cambio de sistema de actuación urbanística de compensación por el de cooperación.

HECHOS

I

El día 28 de abril de 2005 se refleja en el Registro de la Propiedad de Granada número 2 el inicio del procedimiento de compensación urbanística del Plan Parcial O1 y O2 mediante nota marginal de expedición de certificación de cargas y afección de las fincas al resultado de dicho proyecto de conformidad con el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. El día 18 de julio de 2007 se procede a la inscripción del proyecto de compensación. El documento objeto de calificación y que ha generado la interposición del recurso es un acuerdo procedente de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Granada por el que se declara incumplidos los deberes legales y las obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística y se acuerda sustituir el sistema de compensación por el de actuación pública de cooperación, así como iniciar un procedimiento de infracción urbanística y sanción por dicho incumplimiento.

II

El referido documento causó en el Registro de la Propiedad el asiento número 998 del Diario 58, y fue objeto de la siguiente calificación negativa el día 28 de noviembre de 2014: «Hechos I. El día siete de noviembre de dos mil catorce fue presentado el documento de arriba referenciado causando el asiento número 998 del diario 58, en virtud del cual, por acuerdo número 1.593 de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión ordinaria de dieciséis de noviembre de dos mil doce, expediente 1196/2012, que aprueba la declaración de incumplimiento de los deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de compensación en la UE del PP-O1 O2 Ferrocarril Chana, así como la sustitución del sistema de compensación por el sistema de actuación pública de cooperación, todo ello al objeto de que se proceda a la anotación marginal del cambio de sistema de ejecución sobre las fincas afectadas que son las siguientes: registrales números 0/32767, 0/32769, 0/32771, 0/32773, 0/32775, 0/32777, 0/32779, 0/32781, 0/32783, 0/32785, 0/32787, 0/32789, 0/32791, 0/32793, 0/32795, 0/32797, 0/32799, 0/32801; acompañada dicho certificación de documentación complementaria que consta en el asiento de presentación: Informe de la señora Subdirectora de Gestión de fecha 21 de octubre de 2014, debidamente certificado por la Secretaría General del Excmo.

Ayuntamiento de Granada, por el que se subsana y aclara la calificación del Sr. Registrador. Informe de la señora Asesora Jurídica adscrita a la Subdirección de Gestión de fecha 28 de noviembre de 2011, debidamente certificado por la Secretaria General del Excmo. Ayuntamiento de Granada en el que se fundamentan los incumplimientos que propician el inicio del expediente de cambio de sistema. Informe de la señora Subdirectora de Gestión de fecha 21 de octubre de 2014 en el que se acredita la constancia del Informe del señor Director de Obras Municipales de fecha 21 de noviembre de 2011 en el expediente de incumplimiento de deberes y cambio de sistema, debidamente certificado por la Secretaría General del Excmo. Ayuntamiento de Granada, en el que se fundamentan los incumplimientos que propician el inicio del expediente de cambio de sistema. Copia compulsada de las páginas relativas al artículo 40 de los estatutos y bases que regían la Junta de Compensación constituida ante el notario don Álvaro Rodríguez Espinosa el 21 de noviembre de 2005, bajo el número 4.267 de su protocolo. Certificación del Decreto de 8 de octubre de 2013 de la Concejala Delegada de Urbanismo, Obras y Licencias, en el que se da la posibilidad a los propietarios afectados de participar y constituirse en asociación administrativa de cooperación y copias debidamente compulsadas acreditativas de la correcta tramitación del expediente. Publicación del Boletín Oficial de la Provincia número 239, de 13 de diciembre de 2012, tal y como se señala en la calificación. Informe de la señora Subdirectora de Gestión de fecha 21 de octubre de 2014, en el que se acredita la constancia del Informe del señor Jefe del Servicio de Ejecución Urbanística de fecha 7 de junio de 2013, debidamente certificado por la Secretaría General del Excmo. Ayuntamiento de Granada. Certificación del acuerdo 1593 de la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2012, relativo a la aprobación de la declaración de incumplimiento de los deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de compensación en la UE del PP O1 y O2 «Ferrocarri-Chana», y sustitución del sistema de compensación por el de cooperación, expedidas por duplicado y sin la salvedad del artículo 206 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Granada a siete de noviembre de dos mil catorce. Que el Registrador que suscribe, en base al principio de calificación registral que dimana del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, emite con esta fecha calificación negativa teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes fundamentos de derecho, Fundamentos de Derecho. Conforme al artículo 99 del reglamento hipotecario en la presente nota, como no puede ser menos, no se va a entrar a calificar el fondo de las resoluciones administrativas recaídas ni la elección del procedimiento administrativo que ha dado lugar a ellas, sino los obstáculos que del Registro se observan para que dichas resoluciones se puedan reflejar en él debidamente, así como la observancia de ciertos trámites esenciales del procedimiento en cuanto afectan a terceros cuyos derechos constan inscritos o anotados en el Registro. Para comprender lo que a continuación se expondrá hay que tener en cuenta los siguientes datos: 1.º Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 17 de diciembre de 2002 (L.O.U.A.) y al artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística, el inicio del procedimiento de compensación urbanística del Plan Parcial O1 y O2, se reflejó en el Registro mediante nota marginal de expedición de certificación de cargas y afección de las fincas al resultado de dicho proyecto practicada con fecha 28 de abril de 2005. 2.º Con fecha 18 de julio de 2007 tuvo lugar la inscripción del proyecto de compensación por lo que se cerraron los folios registrales de las fincas de origen al ser sustituidas por subrogación real por las fincas de resultado. 3.º Tras dicha inscripción una gran parte de dichas fincas fueron objeto de nuevos negocios jurídicos o gravados con cargas con transcendencia real con constancia en los precedentes asientos registrales. 4.º A día de hoy ha transcurrido el plazo de vigencia de 7 años previsto en el artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística para la afección real de las fincas al pago de los gastos de urbanización consecuencia del proyecto y cuyos importes constaba en las correspondientes inscripciones de adjudicación de fincas de resultado practicadas en su día, todo ello conforme a los artículos

19 y 20 del mencionado Decreto. 5.º Se presenta ahora un acuerdo procedente de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Granada por el que se declara incumplidos los deberes legales y las obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística y se solicita que de conformidad con lo previsto en los artículos 109, 110, 125 y 126 de la LO.U.A se practique en el Registro “la preceptiva anotación de la aplicación del sistema de cooperación”. Teniendo en cuenta lo acordado por la Junta de Gobierno Local en su reunión de fecha 16 de noviembre de 2012, y además, las aclaraciones que se efectúan en la documentación complementaria, especialmente en un informe de fecha 21 de octubre de 2012 redactado por la Subdirectora de Gestión de la Concejalía delegada de Urbanismo, Licencias y Obras del Ayuntamiento de Granada se observan los siguientes defectos que vamos a distinguir en dos bloques diferenciados: por un lado lo referente al procedimiento de disciplina urbanística que motiva el acuerdo declarativo de incumplimiento de obligaciones y deberes urbanísticos, y por otro lo referente a la pretensión de constatación registral del cambio de sistema de actuación urbanística, pasando de compensación a cooperación: 1.– Procedimiento declarativo de incumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística. Por el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del que se certifica después de declarar el incumplimiento de deberes y obligaciones inherentes al sistema de actuación urbanística de compensación (apartado tercero del acuerdo) se acuerda: 1. Sustituir el sistema de compensación por el de actuación pública de cooperación (apartado cuarto del acuerdo). 2. Iniciar un procedimiento de infracción urbanística y sanción por dicho incumplimiento (apartado quinto del acuerdo). Pues bien, conforme al artículo 109.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (L.O.U.A.): “La sustitución del sistema de actuación de compensación, una vez haya quedado éste establecido, por cualquiera de los sistemas de actuación pública, se acordará, de oficio o a instancia de cualquier persona interesada, en caso de incumplimiento de los deberes legales y de las obligaciones inherentes al mismo, previo procedimiento dirigido a la declaración de dicho incumplimiento y en el que habrá de oírse a todos los propietarios afectados”. En relación a dicho artículo, invocado en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local debe señalarse lo siguiente: a) En el apartado primero del acuerdo del que se certifica, se alude a la desestimación de alegaciones presentadas por ciertas personas. Sin embargo, no consta expresamente que hayan sido oídos todos los propietarios afectados, esto es, todos los que lo fueren según el Registro de la propiedad al tiempo de iniciarse el procedimiento encaminado a declarar el incumplimiento de deberes urbanísticos. En el párrafo primero de la página 3 de la certificación se hace referencia a “dos resoluciones municipales” por las que se ha cumplido el requisito de «dar audiencia» a todos los propietarios afectados pero no se aportan dichas resoluciones aunque sí una serie de notificaciones del acuerdo una vez adoptado. b) Aunque se hace constar en el informe de la Subdirectora de gestión, no consta en el acuerdo propiamente dicho la fecha de inicio del procedimiento de declaración de incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de actuación, inicio que además no se hizo constar en su día en el Registro por anotación preventiva. Así, aunque el procedimiento para declarar incumplidas obligaciones urbanísticas y el procedimiento sancionador de infracciones urbanísticas son procedimientos distintos, su tratamiento registral viene contemplado de manera conjunta en los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística. El artículo 56 del citado Real Decreto dispone que: “La Administración legalmente competente, con el fin de asegurar el resultado de los expedientes de disciplina urbanística y la reposición de los bienes afectados al estado que tuvieron con anterioridad a la infracción, podrá acordar que se tome anotación preventiva de la incoación de dichos expedientes. La anotación sólo podrá practicarse sobre la finca en que se presuma cometida la infracción o incumplida la obligación de que se trate en cada caso”. Es más, en el punto quinto de la certificación se expresa que precisamente, además de adoptarse dicho acuerdo que declara el incumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes derivados del sistema de compensación Plan Parcial O1 y O2 con la sustitución de sistema, se inicia asimismo el procedimiento de infracción

urbanística y sanción, que como hemos dicho debe entenderse como otro tipo distinto de expediente de disciplina urbanística. Pero como hemos expuesto antes, aun siendo dos procedimientos diferentes con su propio desarrollo y consecuencias, su tratamiento y régimen registral es el mismo. Por tanto, lo procedente sería comenzar por reflejar en el Registro la incoación del expediente de disciplina urbanística iniciado por el Ayuntamiento. Lo cual, debe ponerse en relación con el artículo 51 de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008 en su redacción vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 16 de noviembre de 2012. Concretamente, el apartado 1 letra c) disponía que era acto inscribible: "...c) La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquéllos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas. En todo caso, la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva del artículo 53.2 de la Ley del Suelo....". Dichas previsiones legales se mantienen en el artículo 51 tras su modificación por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación de fincas urbanas pero introduciéndose, además, un nuevo párrafo primero al apartado 2, según el cual: "2. En todo caso, en la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2". Se desprende de todo lo dicho que, para tener efectos frente a titulares registrales de derechos y terceros adquirentes que inscriban o anoten sus derechos en el registro de la Propiedad, debe hacerse constar por anotación preventiva la incoación del procedimiento de disciplina urbanística. Por ello, habría que estar a los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1983/1997, de 4 de julio sobre inscripción de actos urbanísticos que regula la anotación preventiva que refleja la incoación de un expediente de disciplina urbanística para que dicho procedimiento sea oponible a los titulares registrales de derechos sobre las fincas afectadas y a posibles terceros. Concretamente, el artículo 57.2 exige, entre otros requisitos, que se haga constar "que el acuerdo (de incoación del expediente) ha sido notificado al titular registral". En este caso, basta que se exprese en la resolución administrativa que han sido notificados todos los titulares registrales de todas las fincas afectadas. No es preciso individualización de dichos titulares puesto que conforme a los artículos 58 y 59 de dicho Real Decreto una vez que se practique la anotación preventiva se expide al mismo tiempo por el registrador certificación de dominio y cargas para que, en base a ella, el Ayuntamiento notifique el acuerdo también a quien sea realmente el último titular y se subsane así posibles omisiones en notificaciones, con constancia de la expedición de dicha certificación por nota marginal. Con dicha anotación y nota marginal de expedición de certificación, por un lado se consigue que conste en el Registro que hay un procedimiento en marcha que, entre otros objetivos, persigue declarar el incumplimiento de deberes y obligaciones urbanísticas sustituyendo el sistema por el de cooperación y, por otro lado, con la certificación de dominio y cargas la Administración actuante conoce quiénes son "todos los afectados" a los que, por ser titulares registrales, se tiene que notificar el acuerdo de sustitución del sistema de compensación por el de cooperación. El artículo 59 del Real Decreto establece que: "La Administración actuante notificará la adopción del acuerdo por el que fue ordenada la práctica de la anotación a todos los titulares del dominio y cargas, según la certificación expedida". Se desprende, por tanto, que, en un principio, hay que notificar a propietarios registrales al inicio del procedimiento disciplinario para la práctica de la anotación de disciplina urbanística pero después hay que notificar también a todos los afectados por el procedimiento para que aleguen lo que les convenga, entendiendo por tales todos los titulares registrales de derechos sobre las fincas. Practicada la anotación debe "completarse" el procedimiento, para la sustitución de sistema

por el de cooperación, con las correspondientes notificaciones, en este caso, sí debidamente individualizadas, y, una vez que se hagan y sea firme el acuerdo administrativo, podrá solicitarse que, conforme al artículo 66.3 del Real Decreto 1093/1997, como uno de los efectos del expediente y, cfr. al artículo 126 de la L.O.U.A. se haga constar la sustitución del sistema por el de cooperación mediante nota marginal. Asimismo resulta la posibilidad de tal constancia registral del artículo 28.1 d) del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. Se observa como la propia Subdirectora de gestión, en el informe que se acompaña de fecha 21 de octubre de 2014 (punto 2) habla de “expediente de incumplimiento de los deberes urbanísticos y cambio de sistema” y se refiere también expresamente al artículo 63.3 del Real Decreto 1093/1997 para la práctica de la nota marginal. Pero lo que no parece tenerse en cuenta es que la práctica de dicha nota presupone y exige la práctica de la anotación preventiva del artículo 56: “Cuando adquiera firmeza la resolución de la Administración a cuyo favor se hubiere tomado la anotación, por la que se declare la existencia de la infracción o el incumplimiento de las obligaciones correspondientes, se practicarán, según los casos, los siguientes asientos: ...3. En los demás casos la terminación del expediente se hará constar por nota marginal, que producirá los efectos generales a que se refiere el artículo...”. Como ya hemos reseñado antes, todo lo expuesto no cuestiona el procedimiento elegido, sino que está referido al reflejo registral del acuerdo de incumplimiento de las obligaciones urbanísticas, sin calificarse la decisión adoptada, sino los trámites esenciales del procedimiento y los obstáculos que surgen del registro. 2.–Constatación registral del cambio de sistema de actuación urbanística, pasando de compensación a cooperación. Como dijimos, la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía prevé en sus artículos 109, 110, 125 y 126 la posibilidad de sustituir el sistema privado de compensación urbanística por un sistema de actuación pública “en caso de incumplimiento de los deberes legales y de las obligaciones inherentes al mismo, previo procedimiento dirigido a la declaración de dicho incumplimiento y en el que habrá de oírse a todos los propietarios afectados” (artículo 109.2 L.O.U.A.). De los apartados 3 y 4 del artículo 109 de la L.O.U.A. resulta la posibilidad de terminar el procedimiento de sustitución de la compensación por un convenio con propietarios afectados o por aplicar el sistema de expropiación mediante gestión directa. Sin embargo la Administración competente puede proceder conforme al apartado 4 letra b) del artículo 110 de la L.O.U.A: “La resolución del procedimiento de declaración de incumplimiento, cuando no proceda la expropiación mediante gestión directa, conllevará: b) La iniciación del procedimiento de adjudicación regulado en el artículo 118 para seleccionar al agente urbanizador o la aprobación del convenio urbanístico para la aplicación del sistema de cooperación, en el supuesto de haberse producido la resolución declaratoria del incumplimiento en procedimiento incoado de oficio”. Del informe de la Subdirectora de gestión resulta que no se consideró oportuno el sistema de expropiación por gestión directa, aunque parece no advertirse que dicho sistema según el artículo 109.4. b) “...será preferente... cuando exista urgente necesidad pública declarada por el municipio de incorporar los terrenos al patrimonio público de suelo o de destinarlos a la construcción de viviendas en régimen de protección pública u otros usos de interés social”. Según la Subdirectora no era este el caso, aunque habría que añadir que el artículo sólo otorga preferencia por ese sistema, pero el hecho de que no se den esas circunstancias especiales no implica que no pueda optarse por él. No obstante, como ya se ha dicho, no es calificable que la Administración acuda a uno u otro sistema, por lo que nos centraremos en la posibilidad de reflejar registralmente el sistema de cooperación adoptado en sustitución del de compensación. Para ello debemos partir de las siguientes premisas: 1.ª Aunque los artículos 109, 110, 125 y 126 de la L.O.U.A. permiten la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación, como dispone el artículo 110.1 de la misma Ley: “El procedimiento para la declaración del incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de actuación por compensación, y su sustitución por cualquiera de los sistemas de actuación pública, se iniciará de oficio o a instancia de parte y se determinará reglamentariamente con observancia de lo dispuesto en el artículo anterior”. Hay que tener en cuenta que a día de hoy no existe un desarrollo reglamentario del procedimiento de sustitución del sistema de

compensación por el de cooperación como consecuencia del incumplimiento de los deberes legales, por lo que habría que estar a los cuatro preceptos citados de la L.O.U.A. puestos en relación con la demás normativa urbanística y a la regulación del procedimiento administrativo común. 2.^a Respecto al sistema de actuación por compensación del Plan Parcial O1 y O2, existe, como hecho de indudable transcendencia el de que la reparcelación llevada a cabo para la ejecución del sistema ya fue inscrita en el Registro de la Propiedad, figurando inscritas las distintas fincas de resultado, muchas de las cuales, han sido posteriormente objeto de tráfico jurídico inmobiliario, con negocios o actos igualmente inscritos o anotados. Por todo ello y sin perjuicio de lo dicho anteriormente sobre el reflejo registral del procedimiento previo seguido para declarar el incumplimiento de los deberes y obligaciones urbanísticas, nos encontramos ante la tesitura de poder reflejar el cambio de sistema de actuación por el de cooperación pues de los artículos 125 y 126 de la L.O.U.A. parece desprenderse claramente esta posibilidad de sustitución por el sistema de cooperación que regula para casos de sistemas pendientes de ejecutar por no estar aún aprobado definitivamente ni inscrito el corresponde proyecto de reparcelación. El artículo 125.2 de la L.O.U.A. dispone: “La resolución que determine esta sustitución del sistema de actuación deberá ser motivada y contendrá, como mínimo, los siguientes extremos: a) Los incumplimientos apreciados. b) Estado de ejecución del planeamiento y, en su caso, contenido y alcance de los deberes y obligaciones pendientes de cumplimiento. c) Instrumentos de ejecución del planeamiento y documentación técnica y administrativa precisa para ultimar la ejecución de la actuación. d) Estimación presupuestaria de las obras de urbanización y de edificación pendientes de ejecución, y plazo en que las mismas puedan ejecutarse. e) Suelo edificable preciso para sufragar los costes de gestión del sistema y de ejecución de las obras”. De la letra c) se desprende la necesidad de desarrollar un instrumento de ejecución del plan, pero como hemos expuesto, el instrumento de ejecución inicialmente redactado para el sistema de compensación, no sólo fue objeto de aprobación definitiva sino también inscrito en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, no se acompaña la documentación técnica y administrativa relativa a la ejecución de la actuación, ni se hace referencia al suelo edificable preciso para sufragar los gastos de gestión y ejecución. El apartado 3 del artículo 125 continúa estableciendo: “3. La resolución por la que se acuerde la aplicación del sistema de cooperación habilitará a la Administración actuante para desarrollar las siguientes actividades: a) Proceder inmediatamente a la ocupación de los terrenos y demás bienes que deban ser objeto de cesión obligatoria y gratuita según el Plan, previa aprobación del proyecto de reparcelación. b) Localizar y ocupar los terrenos en los que se sitúe el aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria y gratuita. c) Formular y, en su caso, ejecutar los instrumentos de planeamiento o de desarrollo del mismo, precisos para la total ejecución de la actuación urbanística. d) Formular y, si procede, ejecutarla reparcelación forzosa e imputar a la misma los costes derivados de la ejecución del sistema de actuación y de su gestión, sin que en ningún caso dichos costes puedan superar el diez por ciento del total de gastos de la cuenta final de liquidación del sistema”. Lo previsto en la letra a) indica igualmente que la previsión legal no es para supuestos con proyecto de reparcelación ya aprobado e inscrito en el registro de la Propiedad, lo que se reitera en las letras c) y d). Se observa, por tanto, que se acuerda la adopción del sistema de cooperación como sustituto del de compensación, pero no consta el procedimiento concreto por el que se llevará a cabo dicha actuación urbanística pues todo ello debe tener reflejo en el correspondiente proyecto de reparcelación, sin que pueda considerarse como tal, el de compensación ya inscrito. El desarrollo de los sistemas de cooperación se contempla en el artículo 123 de la L.O.U.A. Concretamente, el apartado 1 b) del artículo 123 se recoge que: “B) La Administración actuante asume íntegramente la actividad de ejecución, pudiendo optar para su desarrollo entre: a) La gestión directa, pudiendo materializarse a través de cualquiera de las fórmulas previstas en el artículo 90.2, o contratando la ejecución material de las obras a la empresa constructora seleccionada por los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. b) La gestión indirecta, en la que concede la actividad de ejecución al agente urbanizador mediante la convocatoria del correspondiente concurso, con arreglo a lo dispuesto en esta

Ley”. En los apartados 2, 3 y 4 del artículo 123 se prevé: Al determinar la actuación por el sistema de cooperación, la Administración deberá regular el procedimiento al que han de ajustarse los propietarios para abonar los gastos de urbanización y gestión, bien en metálico o mediante aportación de aprovechamiento lucrativo. Los gastos de gestión del sistema no podrán ser superiores al diez por ciento de los gastos previstos para la urbanización. A tal efecto, en el acuerdo de aprobación del sistema de cooperación se requerirá a los propietarios interesados para que, en plazo de 15 días, opten expresamente por la forma en que abonarán los gastos. Los propietarios que no hubieren efectuado dicha opción, o que rechazaran el sistema, quedan vinculados al régimen de aportación forzosa mediante reparcelación, sin más trámite. La misma regla se aplicará cuando se trate de propietario único y cuando el sistema de cooperación se imponga como sustitución del de compensación, en cuyo caso no será precisa la práctica de requerimiento alguno. 3. El sistema de cooperación comporta su ejecución mediante la reparcelación de los terrenos comprendidos en su ámbito. A tal efecto, la Administración y los particulares afectados podrán establecer un convenio urbanístico en el que se fijen las bases del sistema, incluso en el supuesto de propietario único. 4. Los propietarios podrán participar en la gestión del sistema, con el alcance consultivo y de auxilio y control meramente informativo que se determine reglamentariamente, mediante la constitución de una asociación administrativa, que tendrá el carácter de una entidad urbanística colaboradora de las reguladas en el artículo 111 de esta Ley. En base a lo expuesto, vuelve a reincidir la Ley en la exigencia de aprobar un nuevo proyecto de reparcelación que comprenda los terrenos incluidos en el ámbito objetivo de actuación urbanística. Como dijimos, se alude en el informe de fecha 21 de octubre de 2014 de la Subdirectora de gestión a que los propietarios afectados han desistido de participar a través de entidad urbanística colaboradora. Siguiendo con el artículo 126 de la L.O.U.A: “Artículo 126 Efectos de la sustitución del sistema por el de cooperación”. 1. La aplicación sustitutoria del sistema de cooperación comportará la afectación legal al desarrollo del mismo de los terrenos, construcciones, edificaciones y derechos que les afecten, efectuándose la anotación de la aplicación de dicho sistema en las inscripciones registrales de las fincas comprendidas en su ámbito, en la forma prevista en la normativa hipotecaria. 2. La implantación del sistema sustitutorio de cooperación implica la asunción del control directo de la actuación urbanística por parte de la Administración, al objeto de proceder a su total cumplimiento por cuenta y cargo de los propietarios de los terrenos y, en su caso, del agente urbanizador al que corresponda la gestión. 3. Para el desarrollo del sistema se aplicará con carácter subsidiario lo previsto en la presente Ley sobre reparcelación. En el mismo sentido: “Artículo 102.2.c) L.O.U.A: El acuerdo aprobatorio de la reparcelación producirá los siguientes efectos: c) Afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente”. Y el artículo 133 de la misma Ley. Esa afectación legal de los terrenos plantea un obstáculo registral si se tiene en cuenta que ya se inscribió la reparcelación con la que se ejecutó el sistema de compensación urbanística pues actualmente en el Registro ya no existen como fincas “vigentes” las fincas de origen incluidas en el ámbito reparcelable del Plan Parcial O1 y O2 derivado del P.G.O.U. de Granada aprobado en el año 2001. Según resulta del informe de 21 de octubre de 2014 de la Subdirectora de gestión, se solicita “anotación” sólo sobre algunas de las fincas de resultado, excluyendo, en cambio “las que correspondieron a adjudicaciones dotacionales, cesiones obligatorias por ley y algunas correspondientes a viviendas protegidas transmitidas por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo, S.A., del Excmo. Ayuntamiento de Granada...” La solicitud de “anotación” en el Registro debe entenderse en los términos del artículo 126 de la L.O.U.A. en realidad como solicitud de una nota marginal, si bien, como dijimos, habría que distinguir: por un lado, la nota marginal contemplada en el artículo 63.3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, referida al cambio de sistema como consecuencia de un expediente de disciplina urbanística, con la duración y los efectos previstos en el artículo 73 del mismo Real Decreto y 53.3 de la Ley del Suelo de 2008: duración indefinida y efecto de publicidad frente a terceros que ya no podrán desconocer su contenido por lo que no podrán ser protegidos en los términos del artículo 34 de la Ley

Hipotecaria. Para la práctica de dicha nota no obstante nos remitimos a lo dicho sobre el procedimiento de declaración de incumplimiento y la necesidad de previa anotación preventiva para ser oponible a titulares inscritos y posibles terceros. Y por otro lado debería practicarse la nota marginal prevista en el artículo 133 de la L.O.U.A y artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (con vigencia de 3 años susceptibles de prórroga, entendemos, por períodos sucesivos de 3 años), nota marginal referida al inicio de un procedimiento reparcelatorio nuevo con afectación de las fincas al resultado del mismo, nota que se practicará, como hemos expuesto y así resulta también de la solicitud por parte del Ayuntamiento, sobre las fincas que fueron adjudicadas como fincas de resultado por el anterior sistema de compensación urbanística cuyo proyecto fue aprobado definitivamente e inscrito en el Registro de la Propiedad, y que pasarían a ser fincas de origen del nuevo proyecto de reparcelación derivado del sistema de cooperación. Ahora bien, esa pretendida diferenciación de fincas, por un lado las fincas de resultado de la reparcelación ya inscrita no afectadas por la sustitución del sistema y que permanecerían inscritas sin cambio alguno, y por otro lado, las fincas de resultado también inscritas que pasarían en cambio a estar afectas a un sistema de actuación urbanístico distinto, el de cooperación, pasando a ser nuevas fincas de origen respecto al mismo, implicaría en realidad modificar unidades de ejecución distintas, la que fue objeto de compensación, que no se alteraría, y la que será objeto de cooperación, actuación urbanística ésta que estaría pendiente de tramitarse. Sin embargo no cabe que, sin previa modificación del Plan General de Ordenación Urbana, que es el que determina las diferentes áreas de actuación y planes parciales por los que se van a urbanizar, se acuerde la sustitución del sistema de actuación sólo para algunas de las fincas incluidas en la unidad de ejecución quedando otras inalteradas. De modo que si a unas determinadas fincas se las consideró incluidas en el área de actuación del Plan Parcial Oeste 1 y 2 y se acordó la ejecución de dicho plan por el sistema de compensación, no cabe que, sin seguir el procedimiento correspondiente (modificación del P.G.O.U) se sustituya el sistema de actuación sólo para algunas de ellas aunque ya no está vigente la afección de las fincas al pago de los gastos del sistema de compensación. De lo contrario se daría la situación de que unas mismas de la misma Unidad de ejecución habría sido ejecutadas (las que ya se hubieran urbanizado y edificado) y otras deberían ejecutadas (aquéllas en las que se han incumplido los deberes y obligaciones urbanísticas) por distintos sistemas de actuación y afectas por gastos de cooperación derivados de un nuevo proyecto. Artículos 105 y 106 L.O.U.A. Artículo 155 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978: 1. El sistema de actuación establecido en el plan o programa de actuación urbanística o fijado al delimitar el polígono o unidad de actuación podrá ser sustituido, de oficio o a petición de los interesados, sujetándose, en todo caso, a los mismos trámites que los establecidos en este Reglamento para la delimitación de polígonos. 2. Si el sistema estuviera establecido en el plan o programa de actuación urbanística habrá de analizarse la repercusión del cambio de sistema en el estudio económico-financiero. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 2011: Los planes e instrumentos de ordenación urbana tienen valor normativo, lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/1986. En igual sentido, se ha pronunciado la Dirección General en las Resoluciones de 19 de mayo de 2010 y, en general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987; 17 de octubre de 1988; 17 de junio de 1989; 28 de noviembre de 1990; 12 de febrero de 1991; 18 de marzo de 1992; 12 de julio y 7 de diciembre de 1994; 18 de mayo y 27 de julio de 1996, entre otras). Conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía “la innovación de la ordenación establecida por los instrumentos de planeamiento se podrá llevar a cabo mediante su revisión o modificación”. Dicho precepto exige, sin embargo, que “cualquier innovación de los instrumentos de planeamiento deberá ser establecida por la misma clase de instrumento, observando iguales determinaciones y procedimiento regula dos para su aprobación, publicidad y publicación, y teniendo idénticos efectos”. Y el artículo 18.1 de dicha Ley que establece que “los instrumentos de planeamiento, cuando resulte propio de la ordenación urbanística que establezcan, podrán

contener la delimitación de las unidades de ejecución y la fijación de los sistemas de actuación, conforme a los requisitos y reglas establecidos en esta Ley”. De manera que el artículo 106 de la misma Ley, en su primer párrafo, al tratar de la delimitación de las unidades de ejecución, permite que tal delimitación se efectúe por el municipio en cuestión, de oficio, o a instancia de parte, previa información pública y audiencia a los propietarios afectados por el plazo y publicación que dicho precepto establece, pero sólo “cuando no se contenga en el instrumento de planeamiento dicha delimitación en las unidades de ejecución”. 3.–No consta que el acuerdo sea firme en vía administrativa. Artículo 2.2. b) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística. Aunque se acredita la publicidad del acuerdo por publicación en el B.O.P. no ocurre lo mismo respecto a la notificación a los interesados. Únicamente se dice que se procederá a ello y se aportan las distintas notificaciones pero sin declararse la firmeza en vía administrativa pues en las comunicaciones se incluye la posibilidad de recurrir en reposición. Artículo 126.3 L.O.U.A., artículo 161 del reglamento de gestión urbanística de 25 de agosto de 1978. Acuerdo Se suspende la inscripción del documento presentado en razón a los fundamentos de derecho antes expresados. En consecuencia, conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogada la vigencia del asiento de presentación hasta un plazo de sesenta días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la última de las notificaciones efectuadas de acuerdo con el artículo 322 de la Ley hipotecaria. Vigente el asiento de presentación el interesado o el Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiera expedido, podrán solicitar, dentro del anterior plazo de prórroga de sesenta días, la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente acuerdo de calificación (...) Granada, a 28 de noviembre de 2014 (firma ilegible). Fdo.: Juan Lucas García Aponte Registrador de Granada número 2».

Dicha calificación se notificó al referido Ayuntamiento el 10 de diciembre de 2014.

III

El día 5 de enero de 2015, don José Torres Hurtado, alcalde-presidente del Ayuntamiento de Granada, interpuso recurso contra la calificación mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Granada número 2 el día 8 de enero de 2015, y que causó el número de entrada 42. En dicho escrito se incluyen las siguientes alegaciones: «Primero.–En relación a la elección del procedimiento administrativo.–1. «Procedimiento declarativo de incumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística». a. «No consta expresamente que hayan sido oídos todos los propietarios afectados». Es en la Certificación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local donde se señala que, desde el punto de vista del procedimiento, el requisito de la audiencia a todos los propietarios afectados se ha cumplido. Las dos resoluciones municipales referidas en el certificado son las relativas al Decreto de 8 de febrero de 2012, por el que se inicia el procedimiento de declaración de incumplimiento, y el Decreto de 11 de mayo de 2012, por el que se amplía el plazo de audiencia a los interesados dado en el primer Decreto. Tal y como se señala en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, dichas referencias se citan en los Antecedentes de Hecho del Informe de fecha 8 de noviembre de 2012, y que fundamenta el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2012. b. «No consta en el acuerdo propiamente dicho la fecha de inicio del procedimiento de declaración de incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de actuación, inicio que además no se hizo constar en su día en el Registro por anotación preventiva». Resulta contradictorio el razonamiento dado al presente fundamento jurídico por parte del Sr. Registrador, ya que, si bien comienza con la aseveración de que conforme al art. 99 del Reglamento Hipotecario «(...) no se va a entrar a calificar el fondo de las resoluciones

administrativas recaídas ni la elección del procedimiento administrativo que ha dado lugar a ellas (...)), continúa manifestando que el expediente se ha tramitado de forma improcedente, pues, según el Sr. Registrador, sería necesario «(...) comenzar por reflejar en el Registro la incoación del expediente de disciplina urbanística (...)). Y es que es el propio Registrador, quien reconoce en su calificación que el procedimiento administrativo para la declaración de incumplimiento de las obligaciones urbanísticas y el relativo al procedimiento sancionador por infracción urbanística resultado de un procedimiento de disciplina urbanística, son procedimientos diferentes con su propio desarrollo y consecuencias, por lo que, si cada procedimiento cuenta con un tratamiento registral diferente y propio, no debieran, como pretende el Sr. Registrador tener ambos un tratamiento registral unitario. En relación a lo indicado sobre la fecha de inicio del expediente, hay que señalar que el expediente de incumplimiento de los deberes urbanísticos y el cambio de sistema, se inició de oficio por el Ayuntamiento de Granada mediante Decreto de 8 de febrero de 2012, por el que se acuerda incoar dicho expediente. Todo de conformidad a lo previsto en los artículos 68 y 69 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (RJAP-PAC), en relación a los artículos 109 y 110 de la LOUA y 125 y 126 de este último texto legal. En cuanto a la pretendida inscripción por parte del Sr. Registrador del inicio del sistema, tal extremo no se contempla en la legislación urbanística, ni en la hipotecaria de aplicación a este procedimiento. La inscripción del acto administrativo se genera con la aprobación de la declaración del incumplimiento de los deberes urbanísticos que produce como consecuencia el cambio de sistema, y éste último a su vez el efecto de la inscripción de la anotación marginal del cambio de sistema sobre las fincas de resultado afectadas por gastos de urbanización. No se trata pues de un procedimiento de inicio de sistema, que sí implicaría la anotación marginal sobre las fincas de origen, sino simplemente, la anotación de un cambio de sistema ya existente (de compensación a cooperación), que cuenta con refrendo registral en forma de afección urbanística sobre las fincas de resultado afectas a gastos de urbanización. Es en estas últimas sobre las que se pretende realizar la anotación marginal con el objetivo de cumplir con el efecto urbanístico previsto en el artículo 126 de la LOUA: «1. La aplicación sustitutoria del sistema de cooperación comportará la afectación legal al desarrollo del mismo de los terrenos, construcciones, edificaciones y derechos que les afecten, efectuándose la anotación de la aplicación de dicho sistema en las inscripciones registrales de las fincas comprendidas en su ámbito, en la forma prevista en la normativa hipotecaria». La citada consecuencia también se contempla en la normativa hipotecaria. Así el art. 63 del R.D. 1093/1997, establece los efectos registrales de la terminación de expedientes relativos a incumplimiento de obligaciones diferenciándola, mediante la conjunción disyuntiva «o», de los procedimientos de infracción: Cuando adquiera firmeza la resolución de la Administración a cuyo favor se hubiere tomado la anotación, por la que se declare la existencia de la infracción o el incumplimiento de las obligaciones correspondientes, se practicarán, según los casos, los siguientes asientos: (...) 3. En los demás casos la terminación del expediente se hará constar por nota marginal, que producirá los efectos generales a que se refiere el artículo. Mantiene en los fundamentos de derecho de esta última calificación, el razonamiento esgrimido en la primera, y que le lleva a confundir el procedimiento de declaración de incumplimiento y cambio de sistema, con el procedimiento sancionador consecuencia de la infracción urbanística. Se trata, como ya hemos dicho antes, de dos expedientes distintos e independientes. El primero, debidamente tramitado y aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2012, y que es el que se pretende cause la debida inscripción. En segundo lugar encontramos el de disciplina, que deberá seguirse en un procedimiento administrativo distinto. El Sr. Registrador señaló en su calificación de 5 de julio de 2013, y que ya no cita en esta segunda, una serie de preceptos vinculados con el procedimiento sancionador, como son: el artículo 207 de la LOUA, que clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves, imponiendo la sanción, una vez es decretada. En el mismo sentido se regula el Decreto 60/2010, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística en Andalucía, en sus artículos 28.1 d) y 78.3 b). Administrativamente,

ambos procedimientos se regulan de forma independiente. El procedimiento de declaración de incumplimiento de obligaciones y cambio de sistema, además de ser el previsto legalmente es el asumido por los propietarios integrantes de la Junta de Compensación (hoy en liquidación) a la hora de constituirse. El art. 40 de los estatutos y bases de la citada entidad urbanística establece, en lo que a la responsabilidad de la Junta de Compensación se refiere, lo siguiente: «La Junta de Compensación asume frente al Ayuntamiento de Granada la directa responsabilidad de la ejecución de las obras de urbanización y, cuando así se hubiere establecido, de los solares resultantes, así como de las demás obligaciones que resulten del planeamiento urbanístico y de la legislación aplicable. El incumplimiento de los deberes legales y de las obligaciones inherentes al sistema, habilitará a la Administración actuante, previo procedimiento dirigido a la declaración de dicho incumplimiento, a la sustitución del sistema de actuación por compensación por cualquiera de los sistemas de actuación pública». Dicha consecuencia es aplicable tanto a aquellos que constituyeron la Junta de compensación, como para los que, independientemente del título, se han incorporado a la misma. El art. 15 de los mismos estatutos establece que la «(...) transmisión comporta la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del transmitente (...)». Tal y como además se prevé en el art. 19 del R.D. Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. Los citados estatutos se incorporaron a la escritura de constitución de la Junta de compensación otorgada el 21 de noviembre de 2005 ante el notario Don Álvaro E. Rodríguez Espinosa, bajo el núm. 4.267 de su protocolo. Podemos concluir, que la tramitación seguida para el expediente que no trae causa es del todo congruente, y no debe confundirse con el sancionador por infracción, es decir, que el procedimiento de declaración de incumplimiento de los deberes y obligaciones urbanísticas contiene su propia regulación en lo que a los aspectos urbanísticos e hipotecarios se refiere, al igual que los procedimientos sancionadores por infracción urbanística resultado de un procedimiento de disciplina urbanística, cuentan con los suyos. En ese mismo sentido se pronuncia el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Granada, el cuál, mediante sentencia núm. 365/14 recaída dentro del procedimiento ordinario núm. 212/13, desestima el recurso contencioso administrativo formulado por la Junta de Compensación del PP O1 y O2, frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2012, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad se pretende, por, como dice la sentencia, «ser acorde a Derecho»(...) Segundo.—En cuanto a la condición de afectado y constatación registral del cambio de sistema. 2. «Constatación registral del cambio de sistema de actuación urbanística, pasando de compensación a cooperación». Hilando con el final de lo expuesto en el punto anterior, el Sr. Registrador comienza asumiendo, que el procedimiento para la declaración de incumplimiento de plazos y cambio de sistema es el regulado en los arts. 109, 110, 125 y 126 de la LOUA, y no por los relativos a la disciplina urbanística. Con esta premisa, aplica el art. 109 para señalar que habrá de oírse a todos los propietarios afectados. Sobre este aspecto, hay que indicar que el expediente 1196/2012, relativo a la declaración de incumplimiento de los deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de compensación en la UE del PP O1 y O2 «Ferrocarril-Chana», y sustitución del sistema de compensación por el de cooperación, se ha tramitado teniendo en cuenta a la totalidad de los propietarios afectados incluidos en la unidad de ejecución del PP O1 y O2 «Ferrocarril-Chana» a fecha de inicio del mismo. Conforme al artículo 109 de la LOUA, al tratarse de un ámbito ya reparcelado, son los titulares de las parcelas que cuenten con la afección por gastos de urbanización y obligadas al abono los mismos, los que tienen la consideración de afectados. Señalar que, de conformidad a lo establecido en la normativa de aplicación, los titulares de las fincas sobre las que se pretende la anotación fueron debidamente notificados en la fecha de tramitación del expediente. Igualmente, y cumpliendo con lo solicitado por el Sr. Registrador en su primera calificación, se dictó Decreto de fecha 8 de octubre de 2013 de la Concejal Delegada de Urbanismo, Obras y Licencias, por el que el Ayuntamiento de Granada dio la posibilidad a la totalidad de los propietarios afectados, de participar y constituirse en asociación administrativa de cooperación con carácter de entidad urbanística colaborada. Remitidas las notificaciones, salvo el Ministerio

de Hacienda y Administraciones Públicas el resto de los propietarios notificados desistieron de participar en dicha entidad. El resto de las fincas sobre las que no se solicita la anotación se corresponden con adjudicaciones dotacionales y cesiones obligatorias por ley, todas libres de gastos de urbanización, por lo que no cuentan con afección urbanística a los mismos. Estas últimas fincas, las no afectas, se dividen en dos en función de su procedencia: a.–Parcelas municipales que proceden del mandato impuesto a los propietarios del suelo recogido en el artículo 51 C) d) de la LOUA, consistente en ceder obligatoria y gratuitamente al municipio los terrenos destinados por la ordenación urbanística a dotaciones, que comprenden tanto las destinadas al servicio del sector o ámbito de actuación, como los sistemas generales incluidos o adscritos al mismo. Esto implica, que al ser suelos de cesión obligatoria y gratuita, están exentos de gastos de urbanización, no quedando sujetos a la obligación de abono de los gastos de urbanización generados por el desarrollo y ejecución del PP O1 y O2 «Ferrocarri-Chana». Por ello, el art. 29 del RD 1093/1997, que regula las cesiones susceptibles de inscripción, señala, que «Los terrenos que en cumplimiento de las Leyes hayan de ser objeto de cesión obligatoria, se inscribirán a favor de la Administración actuante y para su afectación al destino previsto en los planes de ordenación. Los terrenos objeto de cesión deberán estar libres de cargas, salvo que la legislación urbanística aplicable establezca otra cosa». Se trata pues de parcelas que, al estar libre de cargas, no cuentan con afección a los gastos de urbanización, entendiéndose como tales, los previstos en el artículo 113 de la LOUA, tal y como así se prevé en el art. 19 del indicado RD 1093/1997. b.–Parcela de cesión obligatoria y gratuita del 10% del aprovechamiento y excesos libres de cargas de urbanización. Este suelo procede de la obligación impuesta a los propietarios en el artículo 51 C) e) de la LOUA; Ceder obligatoria y gratuitamente al municipio los terrenos, ya urbanizados, en los que se localice la parte de aprovechamiento urbanístico correspondiente a dicha Administración en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías. En este suelo se otorgó, por parte de la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo, S.A. «EMUVYSSA», escritura de constitución de complejo inmobiliario y declaración de obra nueva en construcción y división horizontal resultando una serie de manzanas edificatorias. Sobre la zona o manzana A, el Ente Instrumental del Ayuntamiento, declaró la terminación de obra mediante acta notarial, una vez obtuvo licencia de primera ocupación y calificación definitiva de vivienda protegida (todo ello está debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad). Para ello, y con carácter previo se firmó Acta de puesta en servicio de obras por parte del Ayuntamiento. Todo lo anterior acredita que la parcela señalada cumple con la totalidad de los servicios urbanísticos correspondientes, por lo que a estos efectos no tiene la condición de afectada por la urbanización. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en varias ocasiones, así el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, S de 18 de octubre de 2007 (Ref. CJ 227681/2007) considera que estamos ante un suelo urbano consolidado aunque siga incluido en un ámbito en ejecución. El TS, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, S de 18 de marzo de 2002 (Ref. CJ 4388/2002) da una serie de argumentos que refrendan la tramitación del expediente en cuanto a la consideración de afectado. Así, establece que la cualidad de un miembro de la Junta no se transmite a no ser que se haga de forma expresa en el documento de compraventa (hecho que no ha sucedido como ya es conocido por el propio Registro), y que «...las consecuencias derivadas de la actuación en el Polígono del sistema de Compensación (...) no se vuelcan sobre el adquirente de la parcela existente en el polígono (...)», por lo que no serían miembros de la Junta de Compensación. De este razonamiento se concluye que los adquirentes no tienen la consideración de afectados, en primer lugar, porque la parcela ya cuenta con todos los servicios necesarios (caso contrario no tendría licencia de ocupación ni calificación definitiva), y, en segundo lugar, porque la edificación se ha realizado sobre las parcelas donde se localizó el 10% de cesión obligatoria y gratuita a favor del municipio y excesos de aprovechamiento, ambos libres de gastos de urbanización, motivo por el que, de conformidad al proyecto de reparcelación aprobado e inscrito en ese registro, no cuentan con la afección a gastos de urbanización. Esto hace que, independientemente del sistema de actuación a seguir, los titulares de las viviendas transmitidas no contribuirán a los gastos de

urbanización por no tener cuota de urbanización asignada a sus viviendas, por lo que no tendrán la consideración de afectados por este concepto. En la sentencia ya citada en el párrafo anterior (Ref. CJ 227681/2007), se llega a excluir a los adquirentes de viviendas al considerarlos terceros que no pueden resultar afectados por las concretas determinaciones del planeamiento (...) y porque al tratarse de consumidores finales, no habrían de soportar las cargas de urbanización, que corresponden a los miembros de la Junta de Compensación. Continúa diferenciando, «con todo, el principio de protección a tercero no es aplicable a otros operadores inmobiliarios o promotores porque en esta materia rige el principio de subrogación real consagrado insistentemente en las sucesivas leyes urbanísticas, en virtud de la cual el adquirente se subroga plenamente en el conjunto de deberes u obligaciones que afectaban a su transmitente, con total independencia de que el título se inscriba o no (vid (...) y 18 de la Ley 8/2007)». En este último supuesto, y como puede comprobarse en el propio Registro de la Propiedad, el resto de los inmuebles localizados sobre esa parcela (viviendas protegidas, plazas de aparcamiento y locales) que aún no se han transmitido siguen siendo de titularidad de la Empresa Municipal EMUVYSSA, y ésta sí ha sido debidamente notificada en el expediente. Prosigue la calificación cuestionándose la elección del sistema, si bien en este caso concluye con la aseveración de que no es calificable que la administración acuda a uno u otro sistema, centrándose en la posibilidad de reflejar registralmente el sistema de cooperación aprobado en sustitución del de compensación. Para ello el Sr. Registrador parte de dos premisas: 1ª. Cita el desarrollo reglamentario previsto por la LOUA, concluyendo que a fecha de hoy este reglamento no existe, por lo que habrá que ceñirse a lo previsto en la LOUA en relación con la demás normativa urbanística y a la regulación del procedimiento administrativo común. En cuanto a la premisa primera, nada que objetar, pues conforme a lo citado por el Sr. Registrador, y como no puede ser de otra forma, se ha seguido todo el procedimiento según lo preceptuado en la LOUA, en consonancia con el vigente Reglamento de Gestión urbanística (RD 3288/1978), RD 1093/1997 y Ley 30/92 de RJAP-PAC. 2.ª Que la reparcelación llevada a cabo para la ejecución del sistema ya fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Figurando inscritas las distintas fincas de resultado (...), nos encontramos ante la tesitura de poder reflejar el cambio de sistema de actuación por el de cooperación, pues de los artículos 125 y 126 de la LOUA parece desprenderse claramente que esta posibilidad de sustitución por el sistema de cooperación se regula para casos de sistemas pendientes de ejecutar por no estar aún aprobado definitivamente ni inscrito el correspondiente proyecto de reparcelación. En primer lugar, y antes de analizar el contenido de dicha aseveración, hay que señalar expresamente que la anterior premisa no se incluyó en la calificación de fecha 5 de julio de 2013, por lo que vulnera uno de los principios básicos de la calificación registral; el principio de la tempestividad, ya que, la calificación es el único momento en que el Registrador debe exponer todos sus argumentos y fundamentos. Y eso no se ha cumplido ya que, el Sr. Registrador introduce nuevos fundamentos en la segunda calificación, lo que ha generado a este Ayuntamiento una manifiesta indefensión jurídica al no poder argumentar frente a la primera calificación los fundamentos ahora expuestos. Ver Resoluciones de la D.G.R.N. de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo y 1 y 28 de abril de 2005, y 21 de diciembre de 2010, entre otras. En cualquier caso, el fundamento de derecho expuesto en esta última calificación no puede ser considerado como tal, pues lo fundamenta en sus propias conjeturas y apreciaciones, no estando en ningún caso suficientemente motivada. Además el «parece desprenderse», se desvirtúa por lo previsto en el art. 73 del Reglamento de Gestión Urbanística, al establecer una serie de excepciones a la redacción de los documentos de equidistribución, entre otros, cuando se trate de la ejecución de un Plan que afecte a una superficie anteriormente reparcelada sin alterar el equilibrio económico entre los propietarios. Este es el caso, no altera la justa distribución de un ámbito ya reparcelado, pues el incumplimiento se produce sobre una de las fases de ejecución; la de urbanización (art. 110.2b de la LOUA), y no sobre la previa de la ejecución jurídica (la reparcelación). Lo que se pretende es simplemente cumplir con uno de los efectos previstos en la declaración de incumplimiento de plazos que dan lugar al cambio de sistema de actuación; la anotación en el registro. Dentro del segundo fundamento vuelve a

aparecer un nuevo argumento esgrimido por el Sr. Registrador en esta segunda calificación; el de proponer la modificación del PGOU para obtener la anotación marginal del cambio de sistema sobre aquellas fincas solicitadas, al entender que se está modificando la delimitación de la unidad de ejecución. Sobre este argumento, hay que señalar en primer lugar, que al no estar incluida en la anterior calificación, vulnera el principio de tempestividad; y en segundo que no es intención de este Ayuntamiento el modificar la delimitación de la unidad de ejecución, sino la de obtener la anotación al margen del cambio de sistema sólo para aquellas fincas que tienen la consideración de afectas por la urbanización sin que eso vaya a suponer, como señala el Sr. Registrador en su calificación, que se de la situación de unas fincas de la misma unidad de ejecución habría sido ejecutadas (las que ya se hubiesen urbanizado y edificado) y otras debieran ser ejecutadas (aquellas en las que se han incumplido los deberes y obligaciones urbanísticas) por distintos sistemas de actuación y afectas por gastos de cooperación derivados de un nuevo proyecto. La anterior suposición tampoco procede, pues la ejecución del planeamiento se realiza de forma unitaria conforme marca una programación de las obras de urbanización conforme a lo previsto en el proyecto de urbanización. Precisamente con el cambio de sistema, se pretende garantizar la ejecución y finalización de la totalidad de las obras de urbanización de la unidad de ejecución, eliminando los peligros advertidos en los informes técnicos y jurídicos que permitieron la incoación del presente expediente, y sin que eso suponga la duplicidad de sistemas de actuación dentro del mismo ámbito. La única diferenciación realizada es la de practicar las anotaciones sobre aquellas fincas que sí cuentan con la obligación de soportar los gastos de urbanización, las que sí cuentan con la condición de afectadas. Extremo este que ya sucede con las fincas de resultado ya inscritas, al contar unas con afección real y otras no, tal y como ya se ha señalado. Tercero.—En relación a la firmeza en vía administrativa.—3. «No consta que el acuerdo sea firme en vía administrativa». Parte el Sr. Registrador de una premisa errónea al entender que el procedimiento se sigue conforme a lo señalado en el art. 126.3 de la LOUA. Este artículo se refiere a los efectos de la sustitución, y no a la tramitación, ya que ésta última se rige según lo establecido en los art. 109 y 110 de la LOUA, en relación con el art. 106 de la LOUA, como el propio Registrador ha esgrimido en parte de su calificación. Y conforme a dichos artículos se ha seguido la tramitación del procedimiento, poniéndose fin a la vía administrativa tal y como se contempla en esos preceptos. En concreto citado por el Sr. Registrador, el art. 126.3 de la LOUA, se refiere a la tramitación de la reparcelación, extremos este, que como ya hemos citado, no procede. En su primera calificación, el Sr. Registrador sólo solicitó copia de la publicación en el BOP, hecho que se produjo el 13 de diciembre de 2012, en núm. 293, tal y como se le acreditó el 7 de noviembre de 2014 (ver relación de documentos de la Instancia). En este sentido ya se ha pronunciado el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. Uno de Granada al señalar en la Sentencia núm. 365/14 del procedimiento ordinario núm. 212/13, de 16 de octubre de 2014, que el procedimiento y su tramitación, han sido los correctos por «ser acorde a derecho». Sorprende pues, que contando el Sr. Registrador con dicha sentencia siga cuestionando el procedimiento y su tramitación. En relación a la inscripción, es el art. 2 del RD 1093/1997, donde se regula los requisitos del título inscribible. Establece el art. 2.2 de dichas Normas Complementarias, 2. Salvo los casos en que la legislación urbanística establezca otra cosa, los actos administrativos se inscribirán mediante certificación de la misma naturaleza que cumpla los siguientes requisitos: a) (...) b) Que expresa que el acto ha puesto fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados. c) (...). Tal como y cita el Sr. Registrador, y por ello se aportaron, en las notificaciones a los afectados se señala que el decreto «pone fin a la vía administrativa», por lo que se cumple lo dispuesto en el art. 2.2. del RD 1093/1997. Cosa distinta será la «firmeza», requisito no contemplado por el artículo señalado y que sí está exigiendo el Sr. Registrador. Cuarto.—Sobre el alcance y función calificadora.—Fundamentado que tanto el procedimiento administrativo elegido, como su contenido, han sido los idóneos, debe concluirse que el proceso seguido ha sido del todo congruente. Conviene, llegados a este punto, reflexionar sobre el alcance de la calificación y la función calificadora del Registrador, aspectos estos regulados, entre otros preceptos, en el

art. 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario, y su aplicación al caso que nos ocupa. Debe entenderse que la certificación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local cumple con la legalidad de la forma extrínseca del documento, su contenido se ajusta a lo dispuesto en el Real Decreto 193/1997, añadiendo que de dicho Reglamento Hipotecario Urbanístico no se desprende la existencia de una norma que habilite al Registrador para formular un pronunciamiento unilateral sobre los instrumentos y procedimientos urbanísticos empleados, destacando que el RD 1093/1997 es una norma adjetiva y formal, una instrucción para inscribir actos de naturaleza urbanística, que regula la validez de los actos y títulos a los meros y exclusivos efectos de inscripción en el Registro. Se aprecia también que quien otorga el documento cumple con el criterio de capacidad estando debidamente legitimado conforme a la normativa administrativa e hipotecaria. Además, tal y como se ha acreditado, el contenido del acuerdo es perfectamente válido por cuanto está plenamente adoptado conforme a la ley. Para calificar el documento, el Registrador sólo podrá tener en cuenta los documentos presentados y los asientos inscritos en el Registro, sin utilizar conjeturas o extenderse del límite de sus competencias, lo que podría llevarle a realizar valoraciones subjetivas como la falta de congruencia entre el procedimiento seguido en relación al trámite de este, señalando en la propia calificación que hay falta de congruencia, y no respecto a la legalidad administrativa o a la oportunidad del procedimiento seguido (...). Podría parecer entonces que el Registrador se extralimita en su función calificadora, al no tener competencia funcional, amparada en el principio de legalidad, para valorar como incongruente un proceso que no es objeto de calificación. El Registrador califica de forma negativa cuestiones relativas a la legalidad intrínseca de dicho documento que, tratándose de un acto administrativo debiera de atender a la presunción de validez que tiene el propio procedimiento. Este debiera ser el criterio aplicable a los actos administrativos de naturaleza urbanística, puesto que la legislación sobre la materia no contiene ninguna especialidad en relación a este punto. Lo contrario sería autoinvestirse de facultades jurisdiccionales que sólo competen a los tribunales, y que además, en este caso ya han dado la razón al Ayuntamiento de Granada. Luego de estudiar los criterios interpretativos de la Dirección General en relación al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, se podrían establecer los siguientes principios interpretativos: 1. Conservación de los actos administrativos y acceso de los documentos de tal carácter al Registro. 2. Interpretación restrictiva de los actos administrativos, en particular en materia de urbanismo, estando limitadas sensiblemente las facultades interpretadoras de los Registradores al respecto. 3. El criterio generalizado de inscripción registral de los actos administrativos urbanísticos. Ver, Resoluciones de la Dirección general de 13 de marzo de 2007, 28 de abril de 2008, 25 de abril de 2008 y de 28 de abril de 2012, entre otras (...).

IV

Mediante escrito, de fecha 21 de enero de 2015, el registrador de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 1, 18, 20, 40, 258.5, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 109, 110, 123, 125 y 126 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 36, 37 y 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo; 54, 56, 57, 68, 71, 78 y 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 99, 108 y 127 del Reglamento Hipotecario; 5 y siguientes y 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas

complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1981, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 1980; 4 de febrero y 7 de septiembre de 1992; 27 de abril de 1995; 27 de enero de 1998; 27 de marzo de 1999; 31 de julio y 12 de noviembre de 2001; 28 de diciembre de 2004; 31 de marzo, 2 de abril y 18 de noviembre de 2005; 20 de octubre de 2008; 31 de octubre de 2011; 1 de junio de 2012; 15 de enero de 2013, y 5 de marzo de 2014.

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

a) El día 28 de abril de 2005 se refleja en el Registro de la Propiedad de Granada número 2 el inicio del procedimiento de compensación urbanística del Plan Parcial O1 y O2 mediante nota marginal de expedición de certificación de cargas y afección de las fincas al resultado de dicho proyecto de conformidad con el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

El día 18 de julio de 2007 se inscribió el proyecto de compensación.

b) El día 7 de noviembre de 2014 se presenta un acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Granada por el que se declaran incumplidos los deberes legales y las obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística y se acuerda sustituir el sistema de compensación por el de actuación pública de cooperación, así como iniciar un procedimiento de infracción urbanística y sanción por dicho incumplimiento.

c) El registrador suspende la inscripción solicitada por existir, a su juicio, los defectos expresados en su nota de calificación, relativos en esencia: a) al procedimiento declarativo de incumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística (necesidad de audiencia de los propietarios afectados y falta de anotación preventiva de la declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos sobre las fincas de resultado); b) a la constatación registral del cambio de sistema de actuación urbanística, y c) a la falta de expresión de la firmeza en vía administrativa del acuerdo.

2. Como cuestión formal, el recurrente alega que la calificación impugnada contiene un defecto no expresado en una calificación anterior, de fecha 5 de julio de 2013, por lo que, a su juicio, se vulnera el principio de tempestividad de la calificación registral.

Ciertamente, la calificación ha de ser unitaria y global (artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria), por lo que el registrador de la Propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad.

Pero, por una parte, también tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se

observen aun cuando sea extemporáneamente -cfr. artículo 127 del Reglamento Hipotecario- (vid. Resoluciones de 12 de noviembre de 2001; 28 de diciembre de 2004; 2 de abril y 18 de noviembre de 2005, y 5 de marzo de 2014).

Por otra parte, caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del Reglamento Hipotecario permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el registrador –él mismo, o quien le suceda en el cargo– puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo. Como ha reiterado esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Y ello porque, caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos y, de la misma forma que el registrador no puede tener en cuenta en modo alguno títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, tampoco puede verse vinculado por las calificaciones anteriormente efectuadas aun cuando sean propias. En definitiva la nueva presentación significa el inicio –«ex novo»– de todo el procedimiento registral. Además, en el presente caso, caducado el asiento de presentación anterior se han aportado nuevos documentos, por lo que el registrador tuvo que realizar nueva calificación del documento antiguo y los nuevos complementarios.

3. También como cuestión preliminar debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de resolver el presente expediente los datos y la documentación aportados con el recurso (indicación de que se dio audiencia a los interesados mediante decretos municipales de 8 de febrero y 16 de noviembre de 2012, y, sobre el mismo extremo, aportación del informe de 8 de noviembre de 2012) que no fueron aportados al tiempo de la calificación.

4. Los artículos 125 y 126 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, contemplan la posibilidad de sustituir el sistema de compensación por el de cooperación cuando el incumplimiento de los plazos o las dificultades planteadas por los propietarios puedan poner en peligro la ejecución de una determinada actuación urbanística.

Ahora bien, la sustitución del sistema no es automática sino que ha de mediar un procedimiento previo de declaración de incumplimiento regulado en los artículos 109 y 110 de la citada Ley. El artículo 109.2 prevé que, en caso de incumplimiento de los deberes legales y de las obligaciones inherentes al sistema de compensación, éste sea sustituido por cualquiera de los sistemas de actuación pública.

Para que tenga lugar la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación debe seguirse un procedimiento en el que, habiéndose oído a todos los propietarios afectados, tratará de determinarse el alcance de los incumplimientos así como las obligaciones y deberes aún pendientes, así como las obras de urbanización y edificación que aún estén pendientes de ejecución. A este procedimiento se refiere el citado artículo 110, si bien de manera incompleta, en cuanto remite su regulación a un posterior desarrollo reglamentario.

No obstante, en esencia, el procedimiento de sustitución del sistema de compensación por el de cooperación consta de las siguientes fases: En cuanto al inicio del procedimiento, conforme al artículo 110.1, en coherencia con las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos que regula la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente, con su artículo 68, el procedimiento se iniciará de oficio o a instancia de parte. En lo que a la tramitación del procedimiento se refiere, si el inicio del procedimiento es a instancia de parte, la Administración deberá examinar que cumple con los requisitos legales y, en caso contrario, requerirá para que en un plazo de diez días subsane la solicitud conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La ordenación del procedimiento corresponde en todo caso a la Administración urbanística competente, que realizará de oficio los actos de instrucción para comprobar la existencia de incumplimiento de deberes y obligaciones, su identificación, alcance y, constatado el incumplimiento, concreción de los deberes y obligaciones pendientes con arreglo al artículo 78 de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 110.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. En cualquier momento del procedimiento y antes del trámite de audiencia, los interesados podrán presentar alegaciones, aportar documentos y solicitar la práctica de la prueba. Es decir, la Administración deberá notificar a los interesados del sector el inicio del procedimiento para la declaración de incumplimiento de los deberes y obligaciones urbanísticas. Desde ese momento y hasta la propuesta de resolución del expediente, los interesados podrán presentar las alegaciones y proponer los medios de prueba que estimen convenientes para su defensa o para corregir el expediente. El único trámite anterior a la finalización del procedimiento que establece expresamente la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en su artículo 109.1 es la audiencia a los interesados «...en el que habrá de oírse a todos los propietarios afectados». Por último, en cuanto a la terminación del procedimiento, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 109.2 y 110.2 de la misma Ley 7/2002. Por su parte, el artículo 125 concreta el contenido de la resolución –motivada, en consonancia con el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-, por la que se acuerde la sustitución del sistema y de todo ello, como es lógico, debe quedar constancia en el Registro de la Propiedad.

5. Como se acaba de examinar, la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, contempla el trámite de audiencia en cumplimiento de las reglas procedimentales generales siendo numerosas las sentencias que se han ocupado de este trámite. Por todas, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1981, según la cual, «el trámite de audiencia en todo tipo de procedimientos es una exigencia esencial aunque susceptible de cumplimiento diverso y acomodado a las características o formalidades de la actividad administrativa, pero inexcusablemente su omisión genera una omisión procedimental grave productora de indefensión».

Ya antes de la redacción actual del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, este Centro Directivo había mantenido de forma reiterada la doctrina según la cual, el registrador, dentro de los límites de su función, goza de una mayor libertad para calificar el documento administrativo que en relación con el judicial, y en particular si se trata del examen de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y reglamentos (cfr., entre otras, Resolución de 30 de septiembre de 1980). Tras la citada reforma reglamentaria, dicha interpretación cobró carta de naturaleza normativa, y por ello esta Dirección General ha venido considerando desde entonces que, no obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el

artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de éste, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro (vid. resoluciones citadas en «Vistos»).

De acuerdo con esta doctrina, efectivamente corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificador de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido –como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva– debe ser entendido el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, en relación con los artículos 1, 20 y 40 de la Ley Hipotecaria.

Entre estos trámites esenciales que son objeto de calificación registral, como se ha dicho, figuran todos aquellos que, dentro del procedimiento correspondiente, van dirigidos a que los titulares afectados puedan tener en el mismo la intervención prevista por las leyes para evitar su indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución). Por tanto, si el registrador entiende que no se ha cumplido con el trámite de audiencia que impone el artículo 109 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y que dicho trámite resulta esencial del procedimiento, cuya falta vicia el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, entra dentro de sus facultades el recabar que se le justifique tanto su existencia como la emanación del órgano competente y sin que ello pueda entenderse como una revisión de las razones del pronunciamiento, positivo o negativo, que contuvieren, que sí quedarían al margen de sus facultades de calificación. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 de octubre de 2008, «tanto el artículo 177 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, como el artículo 57 del Real Decreto 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, presuponen que lo que tiene que notificarse al interesado, como vía para que pueda ser cumplido el trámite de audiencia (para a su vez cumplir con el principio registral de tracto sucesivo y con el principio constitucional de tutela judicial efectiva), es el acuerdo mismo de incoación del expediente de disciplina urbanística, siendo la solicitud de la práctica de la anotación preventiva un acto de mero trámite o de impulso procedimental que será notificado a los interesados a posteriori por la Administración, una vez practicada; máxime teniendo en cuenta que la práctica de la anotación preventiva no es un acto que decida directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por lo que no podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, de manera que la eventual oposición a tal acto de trámite sólo podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento (artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)».

Frente a esta exigencia del registrador cabe recurrir en vía potestativa o judicial (cfr. artículo 324 de la Ley Hipotecaria), cuestionando la condición de elemento esencial del procedimiento o el alcance jurídico de la omisión o contenido negativo de tales trámites, y sobre tales cuestiones habrá de resolverse, pero lo que no cabe es negar «a priori» la competencia registral para extender a ellos el alcance de la función calificador, y sin entrar en el fondo de la cuestión

planteada alegar simplemente extralimitación en la función, por lo que ese motivo del recurso no es admisible como base de su estimación (cfr. Resolución de 27 de marzo de 1999). En definitiva, por imponerlo así el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, la calificación registral de los documentos administrativos se ha de extender entre otros extremos, «a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento» y «a la relación de éste con el titular registral». Y como señaló la Resolución de 7 de septiembre de 1992, no ha de importar, para negar en su caso la inscripción, que los defectos puedan ser causa de anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho, pues al Registro sólo deben llegar actos plenamente válidos, máxime si la posible anulabilidad está establecida en interés y garantía del titular registral para evitar su indefensión.

En el presente caso, el Ayuntamiento afirma que «el expediente 1196/2012, relativo a la declaración de incumplimiento de los deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de compensación (...), y sustitución del sistema de compensación por el de cooperación, se ha tramitado teniendo en cuenta a la totalidad de los propietarios afectados incluidos en la unidad de ejecución (...) a fecha de inicio del mismo».

Sin embargo, resulta acreditado que el Ayuntamiento no instó la constancia registral del inicio del expediente para la declaración del incumplimiento de los deberes urbanísticos inherentes al sistema de compensación, ni solicitó certificación registral de dominio y cargas de las fincas incluidas en la unidad de actuación reparcelada mediante el sistema de compensación. Por tanto, tampoco se practicó ningún asiento, ya fuera de nota marginal o de anotación preventiva, que cumpliera la finalidad legal de que los posteriores titulares registrales que accedieran al registro con posterioridad a tal constancia registral pudieran entenderse legalmente notificados, por virtud del mismo contenido del Registro, de la iniciación de tal expediente.

En consecuencia, la afirmación del Ayuntamiento de que el expediente ha tenido en cuenta «a la totalidad de los propietarios afectados a fecha de inicio del mismo», resulta ya de por sí claramente insuficiente, pues los titulares registrales que debieron haber sido notificados, para salvaguardia de sus derechos, no son sólo los propietarios, sino también los demás titulares de otros derechos reales inscritos o anotados en el registro, como tampoco debieron ser sólo los existentes al inicio del expediente, sino también, precisamente por la falta de constancia registral del inicio del mismo, todos los que ulteriormente hubieran accedido al Registro y con anterioridad a la presentación del documento ahora calificado negativamente.

Por todo ello, este defecto señalado en la calificación registral ha de ser confirmado.

6. También señala como defecto el registrador la falta de constancia, en el acuerdo, de la fecha de inicio del procedimiento de declaración de incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de actuación así como su falta de reflejo en el Registro de la Propiedad.

El Capítulo VII del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, lleva por título «Anotaciones preventivas dictadas en procedimiento administrativo de disciplina urbanística». El artículo 56 del citado Real Decreto concuerda con el artículo 51.1.c) del texto refundido de la Ley de Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y configura como acto inscribible en el Registro de la Propiedad «la incoación de expediente sobre disciplina

urbanística o restauración de la legalidad urbanística, o de aquéllos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar, tanto el cumplimiento de las sanciones impuestas, como de las resoluciones para restablecer el orden urbanístico infringido».

La cuestión que se plantea en el presente recurso es si el procedimiento de incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de actuación debe tener o no reflejo registral de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997.

La respuesta ha de ser afirmativa en la medida en que la expresión «disciplina urbanística» empleada en los artículos 51 del texto refundido de la Ley de Suelo y 56 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, debe ser objeto de interpretación en el sentido amplio que tiene en el lenguaje urbanístico comprendiendo tanto los expedientes relativos a medidas de protección de la legalidad urbanística como los expedientes disciplinarios por infracción urbanística propiamente dicha. Cabe citar también como fundamento de esta constancia registral los artículos 36 y 37 del texto refundido de la Ley de Suelo referentes a la venta y sustitución forzosa. El párrafo primero del artículo 36 habilita a la Administración actuante para llevar a cabo las actuaciones previstas en el citado precepto en caso de «incumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley» siendo la declaración formal de dicho incumplimiento requisito previo y esencial para solicitar su constancia registral en los términos de los apartados 2 y 3 del artículo 37. En este punto debe hacerse mención a la Resolución de este Centro Directivo de 4 de febrero de 1992 que califica de obligatoria la constancia registral de los expedientes de disciplina urbanística.

Procede distinguir entre el reflejo registral de la declaración de incumplimiento de los deberes y obligaciones correspondientes y el reflejo registral de la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación. En efecto, cuando adquiera firmeza la resolución de la Administración por la que se declare el incumplimiento de los deberes y obligaciones correspondientes, la terminación del expediente se reflejará mediante nota marginal. Esta nota, como señala el artículo 63.3 del Real Decreto 1093/1997, producirá los efectos generales a que se refiere el artículo 73. Dispone el artículo 73, párrafo segundo, que «tales notas no surtirán otro efecto que el de dar a conocer, a quien consulte el contenido del Registro de la Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiera el título que las origine, salvo los casos en que la legislación aplicable prevea un efecto distinto». Ahora bien, cuando, como consecuencia del incumplimiento de los deberes legales se acuerde la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 126.1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, según el cual, «la aplicación sustitutoria del sistema de cooperación comportará la afectación legal al desarrollo del mismo de los terrenos, construcciones, edificaciones y derechos que les afecten, efectuándose la anotación de la aplicación de dicho sistema en las inscripciones registrales de las fincas comprendidas en su ámbito, en la forma prevista en la normativa hipotecaria». Añade el apartado 3 del citado artículo que «para el desarrollo del sistema se aplicará con carácter subsidiario lo previsto en la presente Ley sobre reparcelación», lo que, supone, en lo que al reflejo registral se refiere, la aplicación de los artículos 5 y siguientes del Real Decreto 1093/1997.

7. Por otra parte, procede analizar otros dos defectos, de carácter global o conceptual, que el registrador opone en su nota de calificación.

En primer lugar, señala que una vez inscrito el proyecto de reparcelación por el sistema de compensación ya no es posible el cambio del sistema de actuación.

En segundo lugar, pone de manifiesto que la hipotética constancia registral del cambio de sistema de actuación deberá necesariamente referirse a todas las fincas de la unidad de actuación, y no sólo a algunas de ellas.

La primera objeción conceptual que señala el registrador ha de ser revocada, pues el hecho de que ya conste inscrito el proyecto de reparcelación no significa que ya consten cumplidos todos los deberes urbanísticos, sino tan sólo los relativos a las cesiones obligatorias y a la equidistribución de los beneficios y cargas, pero no constan aún cumplidos los deberes de llevar a cabo materialmente y costear las obras de urbanización. Precisamente, para tratar de asegurar el cumplimiento de ese concreto deber de ejecutar y costear la urbanización se impone legalmente, y con constancia registral, la afcción legal y real de las fincas de resultado. Y como bien señala el Ayuntamiento recurrente, ha sido precisamente el incumplimiento del deber de urbanizar lo que ha motivado el acuerdo de sustitución del sistema de compensación inicial por el de cooperación. El hecho de que un proyecto de reparcelación haya sido o no inscrito, y mediante el concreto sistema de actuación de compensación, determina que cualquier alteración ulterior del contenido inscrito habrá de cumplir, además de los requisitos urbanísticos que en cada caso exija la normativa sectorial, unos requisitos adicionales, de carácter registral, en cuanto a la tutela efectiva de los titulares registrales afectados, pero no determina ni podría determinar el efecto de enervar la posibilidad de que la administración actuante ejerza sus funciones de control del cumplimiento efectivo de los deberes urbanísticos propios del sistema de compensación, y en su caso, como ha ocurrido, decretar el cambio de sistema de actuación por incumplimiento de aquéllos.

Por tanto, este concreto defecto, ha de ser revocado.

8. En cambio, sí resulta atinada la calificación registral, y no así, la argumentación del recurrente, cuando sostiene el registrador que el cambio de sistema, y por tanto, su constancia registral, ha de predicarse y habría de practicarse respecto de la unidad de actuación íntegra, y no sólo de algunas fincas. Es evidente que los sistemas de actuación se refieren a unidades de actuación íntegras, y no a fincas concretas.

La argumentación del Ayuntamiento recurrente de que las fincas de resultado que proceden de cesiones obligatorias, ya fuera para dotaciones, ya por cesión obligatoria del diez por ciento del aprovechamiento, no están afectas al pago de los gastos de urbanización, no significa que no debiera hacerse constar, también respecto de ellas, el cambio del sistema de ejecución de la unidad de actuación de que forman parte, todo ello con independencia de que en el nuevo sistema tales fincas conserven su régimen jurídico.

El hecho de que una finca no esté afecta al pago de los gastos de urbanización, como el hecho de que, estándolo, su propietario hubiera satisfecho tales gastos, no permite concluir, en ningún caso, que un acuerdo sobre el cambio de sistema actuación en la unidad de que se trate, si estuviera adoptado con el cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios, no debiera hacerse constar en absolutamente todas las fincas incluidas en tal unidad.

Por tanto, el recurso, en cuanto a este extremo, ha de ser desestimado.

9. Por último, debe ser igualmente confirmado el defecto relativo a la falta de constancia de la firmeza del acuerdo, toda vez que, como expresa el registrador, únicamente se acredita su publicación en el diario oficial, y como exige el artículo 2.2.b) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la certificación debe expresar que el acto ha puesto fin a la vía administrativa.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, salvo en el concreto defecto revocado, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 1 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.

Resolución de 1 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Vila-real n.º 1, por la que se suspende una anotación de demanda solicitada en mandamiento judicial.

En el recurso interpuesto por don F. J. C. D., Abogado, en nombre y representación de doña E. S. G., contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Vila-real número 1, don Javier Gil Álvarez, por la que se suspende una anotación de demanda solicitada en mandamiento judicial.

HECHOS

I

Mediante mandamiento judicial expedido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Villa-real, de fecha 7 de julio de 2014, se ordenó la extensión de anotación preventiva de demanda sobre la finca registral número 45.988 del Registro de la Propiedad de Vila-real número 1, la cual consta inscrita parcialmente en favor de los demandados.

II

Presentado dicho mandamiento en el Registro de la Propiedad de Vila-real número 1, con fecha 16 de julio de 2014, bajo el asiento número 1.698, del tomo 134 del Libro Diario fue objeto de la siguiente nota de calificación de fecha 13 de octubre de 2014: «Registro de la Propiedad de Vila-real número uno. Documento presentado: Mandamiento del Juzgado de Primera Instancia número uno de Vila-real. Medidas cautelares 412/2013. Funcionario autorizante: D. R. M. A., Secretario. Asiento de presentación: Asiento 1.698 del Diario 134. Fincas (datos

registrales): Finca registral 45.988 de Vila-real. Interesado: E., R. M. S. G. y R. T. M. Previo examen y calificación del presente mandamiento, se suspende la anotación ordenada, conforme a los siguientes Hechos: En el mandamiento calificado no consta el D.N.I. de los demandantes. Igualmente se observa que no consta el domicilio, que debe hacerse constar a efectos de posibles notificaciones. Fundamentos de Derecho: El art. 100 R.H., que establece que la calificación de los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento y a los obstáculos que surjan del Registro. El art. 51 apartado 9.º del Reglamento Hipotecario, que establece que la persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinará según la letra a) de dicho apartado, si se trata de personas físicas, el nombre y apellidos, el documento nacional de identidad... y el domicilio con las circunstancias que lo concreten. Contra la presente calificación (...) Vila-real, a 13 de octubre de 2013. El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Javier Gil Álvarez». Subsanadas dichas deficiencias por diligencia de adición de fecha 28 de noviembre de 2014, el documento fue objeto de una nueva calificación, en los siguientes términos: «Previo subsanación del defecto que motivó la anterior nota de suspensión, mediante diligencia de fecha 28 de noviembre de 2.014, por lo que resulta del mismo y del contenido del Registro a mi cargo, he practicado anotación preventiva de demanda a favor de E. S. G., M. S. G. y R. T. M., en cuanto a dos terceras partes indivisas, al tomo 1.798, libro 1.342 de Vila-real, Sección 1.ª, folio 197, finca 45.988, anotación letra A). Al margen de dicho asiento se ha extendido nota de afección fiscal. Denegada la anotación en la restante tercera parte indivisa, en base a los siguientes Hechos: Calificado el mandamiento, Medidas cautelares 412/2013, se observa que la tercera parte indivisa de la finca, consta inscrita a favor de persona distinta de aquellas contra las que se dirige el procedimiento. Fundamentos de Derecho: El art. 38,4 L.H. "... se sobreseerá todo procedimiento cuando resulta que dichos bienes constan inscritos a favor de persona distinta...". Art. 20 L.H. y 140 R.H., que regulan el cumplimiento del tracto sucesivo. Contra la presente calificación (...) Vila-real, a cinco de Diciembre del año dos mil catorce. El registrador (firma ilegible) Fdo: Javier Gil Álvarez».

III

Contra la anterior nota de calificación, don F. J. C. D., Abogado, en nombre y representación de doña E. S. G., interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 9 de enero de año 2015, en base a los siguientes argumentos: «(...) Primero.—El Sr. Registrador de la Propiedad califica negativamente el Mandamiento del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-real, de fecha 7 de julio de 2014, en el procedimiento de Medidas Cautelares n.º 412/13, que ordena la anotación preventiva de demanda respecto de la finca registral n.º 45.988, en el sentido de no proceder a la inscripción de la referida anotación preventiva de demanda sobre 1/3 parte indivisa de la indicada finca registral, por estar dicha 1/3 parte indivisa inscrita a favor de tercera persona distinta a las personas contra las que se dirige el procedimiento judicial, basando dicha decisión en los artículos 20 y 38.4 LH, y art. 140 del RH, en cuanto fundamentación jurídica. A tal efecto, resulta imprescindible manifestar que con carácter previo a la referida calificación negativa anteriormente indicada, el Sr. Registrador de la Propiedad de Vila-real número 1, mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2014, acordó suspender la anotación preventiva de demanda, por cuanto en el mandamiento judicial calificado, no constaba el DNI y domicilio de los demandantes, a saber, la compareciente E. S. G., sus hermanos R. y M. S. G., y R. T. M., abuelos de los mismos. Dicha resolución se adoptó por el Sr. Registrador "Previo examen y calificación...", del mandamiento judicial de anotación preventiva de demanda, sin que en ese momento se realizara referencia alguna a los motivos por los que con posterioridad se ha denegado la inscripción de la anotación preventiva de demanda sobre

1/3 parte indivisa de la finca registral n.º 45.988. La mencionada calificación registral fue subsanada por esta parte mediante la oportuna presentación de Diligencia judicial de Adición, de fecha 28 de noviembre de 2014, expedida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-real, y en la que se hacen constar los DNIs y domicilios de los demandantes, tal y como se exigía por el Sr. Registrador. Finalmente, y al objeto de concretar este primer hecho introductorio del presente recurso gubernativo, debemos traer a colación el hecho de que la Calificación negativa de fecha 5 de diciembre de 2014, incurrió en el error de proceder a la anotación preventiva de demanda sobre las 2/3 partes indivisas de la finca registral, a favor de E. S. G., M. S. G. y R. T. M., obviando y dejando fuera de dicha inscripción, en su condición de favorecido o beneficiario de la misma, a R. S. G., quien también figuraba como demandante y persona a cuyo favor debía inscribirse la anotación preventiva de demanda, y cuyos datos constaban claramente en el mandamiento judicial y posterior adición (...) Segundo.—Esta parte entiende que a continuación procede realizar un detalle cronológico de los hechos y trámites judiciales y administrativos, que finalmente han conllevado a la Calificación Negativa del Sr. Registrador de la Propiedad, de proceder a la anotación preventiva de demanda sobre la totalidad de la finca registral n.º 45.988, dejando fuera de dicha a notación a 1/3 parte indivisa de la finca registral, argumentando que la misma consta inscrita a favor de tercera persona distinta a los demandados en el proceso judicial: 1) En fecha 4 de julio de 2013, la compareciente, junto con sus hermanos R. y M. S. G., y su abuela R. T. M., como actores o demandantes, interpusieron demanda principal frente a C. G. S., M. I. G. S. y M. G. S., interesando entre otras pretensiones, la declaración de los actores como herederos ab intestato de don M. G. A., así como la rectificación registral de las inscripciones 4.^a y su previa inscripción 3.^a, respecto de la finca registral n.º 45.988 del Registro de la Propiedad n.º 1 de Vila-real, por defecto de los títulos que proceden, y a su vez, la nulidad del Acta de Notoriedad de declaración de herederos ab intestato de fecha 14 de diciembre de 2015, otorgada ante el Notario de Vila-Real don Ángel Olmos Martínez, y de la Escritura Pública de Manifestación y Adjudicación de Herencia de fecha 10 de enero de 2006, otorgada ante el mismo Notario; junto con otras pretensiones relacionadas y derivadas de las anteriores. Asimismo, junto a la misma demanda principal presentado en fecha 4 de julio de 2013, los demandantes interesaron que por el Juzgado se acordara la medida cautelar consistente en anotación preventiva de demanda respecto de la finca registral n.º 45.988 del Registro de la Propiedad n.º 1 de Vila-real, a favor de los actores, y ello al objeto de evitar que los demandados, en ese preciso momento titulares registrales de la finca registral indicada, procedieran a la transmisión o realización de cualquier negocio jurídico sobre dicho inmueble, y garantizar de esta manera la efectividad de la tutela judicial que se pudiera otorgar a favor de los demandantes en la sentencia definitiva que se dictara en el proceso principal. 2) El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-real, mediante Auto de fecha 12 de julio de 2013, acordó admitir a trámite la solicitud de media cautelar de anotación preventiva de demanda interesada por la que suscribe y otros demandantes, bajo los autos n.º 412/13, y señalando para la celebración de vista el 13 de septiembre de 2013. Al mismo tiempo, el Juzgado, mediante Decreto de la misma fecha, admitió a trámite la demanda principal de juicio ordinario interpuesta, bajo los autos n.º 411/13. Posteriormente, ante la imposibilidad de notificar a los codemandados la pendencia del proceso de medidas cautelares y citarlos para la celebración de vista de medidas cautelares, el Juzgado, mediante Diligencia de ordenación de fecha 9 de septiembre de 2013, acordó proceder a la suspensión de la vista señalada para el día 13 de septiembre de 2013, y su nuevo señalamiento para el día 20 de mayo de 2014. Finalmente, en la fecha señalada, se procedió a la celebración de la vista de medidas cautelares indicada, a la que acudió la compareciente y los otros demandantes, y a la que los codemandados, a pesar de estar debidamente citados, en cumplimiento de todos los requisitos legales determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no hicieron acto de presencia. A tal efecto, por el Juzgado se dictó Auto n.º 88/14, de fecha 22 de mayo de 2014, acordando la medida cautelar solicitada de proceder a la anotación preventiva de demanda sobre la finca registral n.º 45.988, previa caución de 300 euros. En el referido Auto, respecto a la correcta citación y emplazamiento de

los codemandados, y su falta de asistencia a la vista, señala expresamente que: “Segundo.— De dicha solicitud se ha dado traslado a C. G. S., I. G. S. y M. G. S. parte contraria en el proceso. Tercero.—Se ha convocado a las partes a la celebración de la vista prevista en la ley, en cuyo acto sólo compareció la parte solicitante de la medida, sin que compareciera la parte demandada, proponiendo la primera la prueba documental obrante en el escrito de demanda, quedando los autos pendientes para resolver”. 3) Posteriormente, tras la correspondiente prestación de caución, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-real, se expidió el pertinente Mandamiento judicial por duplicado, dirigido al Sr. Registrador de la propiedad de Vila-real n.º 1, ordenando la anotación preventiva de demanda sobre la finca registral n.º 45.988, y a favor de los demandantes. Dicho mandamiento judicial de anotación preventiva de demanda, fue tramitado ante el Registro de la Propiedad, por la Procuradora doña M. N. A., en representación de los demandantes, y por ser la Procuradora que ostentaba la representación de los mismos en el proceso judicial principal y de medidas cautelares. 4) Al hilo de la explicación cronológica de los hechos y trámites judiciales y administrativos, a continuación debemos señalar que el Sr. Registrador de la Propiedad de Vila-real número 1, mediante Resolución de fecha 13 de octubre de 2014, acordó suspender la anotación preventiva de demanda, por cuanto en el mandamiento judicial calificado, no constaba el DNI y domicilio de los demandantes, a saber, la compareciente E. S. G., sus hermanos R. y M. S. G., y R. T. M., abuelos de los mismos. Dicha Resolución se adoptó por el Sr. Registrador “Previo examen y calificación...”, del mandamiento judicial de anotación preventiva de demanda, sin que en ese momento se realizara referencia alguna a los motivos por los que con posterioridad se ha denegado la inscripción de la anotación preventiva de demanda sobre 1/3 parte indivisa de la finca registral n.º 45.988. La mencionada calificación registral fue subsanada por esta parte mediante la oportuna presentación de Diligencia judicial de Adición, de fecha 28 de noviembre de 2014, expedida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-real, y en la que se hacen constar los DNIs y domicilios de los demandantes, tal y como se exigía por el señor registrador. 5) Finalmente, mediante resolución de fecha 5 de diciembre de 2014, notificada vía fax en fecha 12 de diciembre de 2014, el Sr. Registrador de la propiedad, califica negativamente el Mandamiento del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-real, de fecha 7 de julio de 2014, en el procedimiento de Medidas Cautelares n.º 412/13, que ordena la anotación preventiva de demanda respecto de la finca registral n.º 45.988, en el sentido de no proceder a la inscripción de la referida anotación preventiva de demanda sobre 1/3 parte indivisa de la indicada finca registral, por estar dicha 1/3 parte indivisa inscrita a favor de tercera persona distinta a las personas contra las que se dirige el procedimiento judicial, basando dicha decisión en los artículos 20 y 38.4 LH y art. 140 RH, en cuanto fundamentación jurídica. Tercero.—Considera la parte recurrente que el Sr. Registrador de la Propiedad, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, no ha tenido presentes o en consideración, a la hora de calificar negativamente el Mandamiento judicial de anotación preventiva de demanda, y por lo tanto no proceder a la inscripción de dicha anotación preventiva sobre la 1/3 parte indivisa de finca registral que aparece inscrita a favor de tercera persona distinta a los demandados, los siguientes extremos: A) el Sr. Registrador califica negativamente el mandamiento judicial de anotación preventiva de demanda, y acuerda no inscribir dicha anotación preventiva sobre la 1/3 parte indivisa de la finca registral n.º 45.988 por cuanto la misma consta inscrita a favor de tercera persona distinta a los demandados en el proceso judicial. A tal efecto, según se ha indicado ya en el presente escrito, en fecha 4 de julio de 2013, la que suscribe, junto con otros demandantes, interpuso demanda principal de juicio ordinario y demanda en solicitud de medida cautelar de anotación preventiva de demanda sobre finca registral n.º 45988, contra C. G. S., M. I. G. S. y M. G. S., por dos principales razones: por ser herederos de M. G. A. y quienes otorgaron Acta de Notoriedad de declaración de herederos ab intestato de fecha 14 de diciembre de 2015 (sic), otorgada ante el Notario de Vila-real don Ángel Olmos Martínez, y de la Escritura Pública de Manifestación y Adjudicación de Herencia de fecha 10 de enero de 2006, otorgada ante el mismo Notario, cuya nulidad se interesa en la demanda, omitiendo cualquier referencia a los otros herederos, y en virtud de dichos títulos, inscribieron a su

nombre y titularidad el inmueble finca registral n.º 45988. Por ser en aquél momento y en la fecha de interposición de demanda principal y de medidas cautelares, las personas a cuya titularidad constaba inscrita la finca registral n.º 45.988, sobre la que se solicitaba la anotación preventiva de demanda. Precisamente, la solicitud de medida cautelar de anotación preventiva de demanda, se Realizó, y se acordó posteriormente por el Juzgado, para asegurar la efectividad de la tutela judicial interesada en el procedimiento principal en el caso de existir sentencia estimatoria, es decir, impedir la transmisión o realización de otros negocios jurídicos sobre la finca registral n.º 45.988, sobre la que la que suscribe y los otros demandantes reivindicaban su derecho en cuanto herederos de M. G. A. Precisamente, y entendemos que de mala fe, ha ocurrido lo que se pretendía evitar con dicha solicitud y adopción de medida cautelar: la transmisión de 1/3 parte indivisa de la finca registral n.º 45.988 a favor de tercera persona. Entendemos que hay que estar al hecho de que en la fecha de solicitud de medida cautelar, los demandados eran los titulares registrales de dicha finca, y que la transmisión de la 1/3 parte indivisa, que ha motivada la falta de anotación preventiva de demanda, seguramente ha tenido lugar con posterioridad a la fecha de 4 de julio de 2013. Por lo tanto, entendemos que la fecha posterior de transmisión de la referida 1/3 parte indivisa, e incluso la persona y circunstancias de la misma, a cuyo favor se transmite e inscribe, son factores que devienen a favor de la postura de la recurrente y apoyan la inscripción de la anotación preventiva de la demanda sobre la totalidad de la finca registral n.º 45.988. B) Respecto a los fundamentos de derecho en los que el Sr. Registrador basa su decisión, debemos señalar que si bien es cierto que el art. 20, último párrafo, LH, expresamente indica que “No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento”, también es cierto que a fecha de interposición de demanda y solicitud de medida cautelar, y por lo tanto, en el momento en que se despliegan todos los efectos jurídicos de un proceso judicial y se garantizan los derechos de los demandantes y demandados, la finca registral n.º 45.988 constaba inscrita por 1/3 partes indivisas, a favor de los 3 codemandados en el referido proceso judicial. Si con posterioridad se ha procedido a la transmisión de 1/3 parte indivisa de dicha finca, será una cuestión que corresponderá dilucidar al órgano judicial concedor del asunto, citando y emplazando a los actuales propietarios y determinando si su actuación ha sido de mala fe al respecto de dicha adquisición. En este sentido, resulta evidente y acreditado, que en el proceso judicial de solicitud y adopción de medida cautelar, autos n.º 412/13 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-real, se han cumplido todos los requisitos formales y legales al respecto, citando, notificando y emplazando a los demandantes y demandados, que en ese momento eran titulares registrales, y que la decisión de acordar la adopción de la medida cautelar no ha causado indefensión alguno a los demandados, ni al titular registral actual de la 1/3 parte indivisa referida, cuyos derechos quedarán amparados y protegido en el proceso judicial principal, todavía pendiente, y que precisamente intenta amparar la anotación preventiva de demanda acordada. Por otro lado, entendemos que no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 38.3 LH (y no 38.4 LH que se indica en la calificación negativa, por cuanto no resulta de aplicación al supuesto), que expresamente indica “En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos Reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento”, y ello por cuanto dicho precepto legal hace referencia a embargos, juicios ejecutivos y vías de apremio, pero no se refiere a anotaciones preventivas de demanda. Al supuesto que nos ocupa, resultan de aplicación los artículos 42 y 42 de la Ley Hipotecaria, y

concordantes. Finalmente no resulta de aplicación al asunto que nos ocupa, y por lo tanto no sirve de fundamento de derecho a la decisión del señor registrador, el art. 140 del reglamento Hipotecario, por cuanto en el mismo no se regulan las anotaciones preventivas de demanda. Concretamente, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 139 del Reglamento Hipotecario, que expresamente dispone “El que propusiere demanda, en los casos a que se refieren los artículos 38 y número 1.º del artículo 42 de la Ley podrá pedir al mismo tiempo, o después, su anotación preventiva, ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella puedan seguirse al demandado en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el Juez podrá exigir la caución que estime adecuada. El Juez o Tribunal mandará hacer la anotación, si fuere procedente, al admitir la demanda, y si aquélla se pidiese después, en el término del tercer día”. C) Si bien es cierto que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido partes en él, ni han intervenido de manera alguna, exigencia ésta que, en el ámbito registral, y dada la salvaguardia judicial de los asientos registrales, determina la imposibilidad de practicar, en virtud de una resolución judicial, asientos que comprometen una titularidad, si no consta que ese titular haya sido parte en el procedimiento del que emana aquella resolución. Con lo anteriormente dicho, en el presente supuesto y en la calificación negativa, entendemos que se infringe el artículo 118 de la Constitución que obliga al Sr. Registrador a cumplir las resoluciones judiciales firmes (como es el Auto de adopción de medida cautelar y mandamiento judicial correspondiente), pues se cumple con el requisito de que la inscripción (anotación preventiva de demanda sobre la totalidad de la finca registral n.º 45.988, incluida la 1/3 parte indivisa que consta inscrita a favor de 3.ª persona distinta a los demandados) que se solicita no incurra, en indefensión, la cual precisamente se evita al anotar preventivamente en el Registro, la demanda que puede dar origen a una sentencia estimatoria, pues tal anotación preventiva de demanda publica la existencia del procedimiento judicial y, por tanto, evita la indefensión a terceros titulares registrales. D) En este sentido, tratándose la Sentencia definitiva en un juicio ordinario, de resoluciones que pueda afectar a fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y, conociéndose ya en el momento de iniciación del procedimiento judicial cuáles son éstas, como sucede en el supuesto de hecho que nos ocupa (en el que se solicitaba la declaración de rectificación de inscripciones registrales y nulidad de documentos públicos que constituyen títulos de transmisión), no existía ninguna dificultad para que quienes figuraban como titulares registrales en el momento de interposición de la demanda fueran emplazados en el procedimiento en una fase inicial para que pudieran personarse como parte demandada, como así ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa y se ha procedido por parte de la parte actora y juzgado correspondiente. Sin embargo, respecto de los titulares futuros la anotación de demanda es el mecanismo adecuado de publicidad, por lo que habiéndose acordado judicialmente esta anotación preventiva de demanda interesada por esta parte, y habiéndose solicitado al Registro de la Propiedad la inscripción del mandamiento judicial de anotación preventiva de demanda, la aparición sobrevenida de nuevos titulares entendemos no fundamenta el obstáculo registral ahora examinado, siendo suficientes, junto a la anotación preventiva de demanda, y desde el punto de vista del requisito del tracto sucesivo, los emplazamientos judiciales que se hicieron a los titulares registrales, que a la sazón lo eran en el momento de iniciarse la tramitación del procedimiento judicial principal y de medida cautelar. En efecto, el emplazamiento a los titulares registrales que hubieran en el momento de la iniciación de tal procedimiento, no es motivo para dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales quedan advertidos oportunamente de la situación existente –lo que en consecuencia, evitado su indefensión– si se procede a la anotación preventiva de demanda, tal y como se pretende en el presente supuesto por esta parte. Dado que por esta parte se ha instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda, debe procederse a su inscripción, cuestión que permite y garantiza posteriormente la efectividad de la probable sentencia estimatoria que se dicte por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vila-Real, en el juicio Ordinario n.º 411/13, contra los actuales titulares registrales. E) Entendemos que se debe profundizar en el principio de tutela judicial efectiva, y por lo tanto, por el Sr. Registrador debe

admitirse la referida anotación preventiva de demanda, pues de lo contrario, y en caso de no proceder a dicha anotación, se produce clara y evidentemente la indefensión para la parte demandante, como ocurre y ha ocurrido en el presente supuesto, por cuanto con posterioridad al inicio del proceso judicial, se ha realizado un título de transmisión referente a la finca objeto de la demanda y de la anotación preventiva de la demanda, y se pueden producir nuevos títulos de transmisión, cuya inscripción puede traer como consecuencia, de nuevo, la adquisición por un tercero de la finca repetida (...)».

IV

El registrador notificó la interposición del recurso al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Vila-real, sin que emitiera consideración alguna, suscribió informe el día 2 de febrero de 2015 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española; 18, 19, 19 bis, 20, 38, 40 y 65 de la Ley Hipotecaria; 721, 727 y 730 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 100 y 139 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero de 2002; 7 de septiembre de 2005; 14 de enero y 12 de diciembre de 2006; 14 de julio de 2011; 10 y 11 de septiembre y 9 de octubre de 2012, y de 28 de julio de 2014.

1. Es objeto de este recurso determinar la posibilidad de anotar una demanda en el Registro de la Propiedad, en ejercicio de una acción real o con transcendencia real cuando la finca o parte de ella se encuentra inscrita a nombre de persona distinta del demandado.

Como cuestión procedimental señalar que la calificación ha de ser unitaria y global (artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria), por lo que el registrador de la Propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad.

Pero, también tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente –cfr. artículo 127 del Reglamento Hipotecario– (vid. Resoluciones de 12 de noviembre de 2001; 28 de diciembre de 2004; 2 de abril y 18 de noviembre de 2005, y 5 de marzo de 2014).

2. El principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, garante de la protección ante la indefensión plasmada en el artículo 24 de nuestra Constitución, exige que para la inscripción o anotación de títulos es imprescindible que dicho instrumento haya sido otorgado por los titulares registrales, o que se haya dictado en procedimiento seguido contra los mismos. Esta exigencia de orden legal y constitucional impide la anotación de una demanda en la que los titulares registrales no han sido parte en el proceso.

3. No puede dudarse de la adecuación de la demanda y de la corrección del proceso en su ámbito puramente procesal, pero para garantizar el resultado del dicho proceso, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil contempla en su artículo 727 una diversidad de opciones de medidas cautelares que permitan conceder eficacia «erga omnes» a las pretensiones de las partes. La falta de acceso a los libros del Registro del reflejo tabular de dichas medidas pueden suponer la aparición de terceros en nuevos asientos –protegidos o no por la fe pública registral– a los cuales el devenir del procedimiento judicial no puede afectar en tanto no hayan sido parte en el correspondiente proceso, para evitar su eventual indefensión cuando el objeto del mismo es resolver sobre sus derechos. Otra consecuencia supondría la inseguridad de permitir la rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad sin la intervención o consentimiento de los titulares de los derechos en ellos consignados, contraviniendo el imperativo recogido en los artículos 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria.

4. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con esta cuestión, siendo consolidada su doctrina. Así, en Resolución de 14 de noviembre de 2002 se consideró: «(...) En el presente recurso, en el que se pretende la anotación preventiva de una demanda sobre determinado inmueble no inscrito a nombre del demandado sino de un tercero que no interviene en el procedimiento, ha de confirmarse el criterio denegatorio del Registrador, basado en la falta de tracto, pues de otro modo se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos, e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (cfr. artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), de legitimación (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria) y de tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular registral o resultante de un procedimiento en el que no ha sido parte. Por lo demás es irrelevante a estos efectos la alegación de que al tiempo de la interposición de la demanda la finca estuviera inscrita a favor del demandado (...). De forma más reciente, en Resolución de 14 de julio de 2011, se ha mantenido que «el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral. Esta es la razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la 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 seguido y los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción (...).».

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

Resolución de 8 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Pola de Laviana a practicar la cancelación de una hipoteca solicitada en virtud de instancia.

En el recurso interpuesto por doña A. M. R. P., doña A. M. P. H. y don A. R. P. contra la negativa del registrador de la Propiedad de Pola de Laviana, don Gaspar Cuesta Vizoso, a practicar la cancelación de una hipoteca solicitada en virtud de instancia.

HECHOS

I

Mediante instancia suscrita el 9 de diciembre de 2014 por doña A. M. R. P., doña A. M. P. H. y don A. R. P., con firma legitimada, se solicita la cancelación por caducidad de la inscripción de hipoteca que grava la finca 15.322, constituida mediante escritura otorgada el 2 de febrero de 2006 ante la Notaria de Pola de Laviana doña María Luz García Prieto. Alegan como fundamento para la cancelación solicitada los artículos 79.2.^a y 82, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria.

II

Presentada dicha instancia en el Registro de la Propiedad de Pola de Laviana, junto a copia autorizada de la citada escritura, fue calificada el 18 de diciembre de 2014 con la siguiente nota extendida por el registrador de la Propiedad, don Gaspar Cuesta Vizoso: «(...) 3.—Que la hipoteca cuya cancelación se solicita es una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta especial abierta por el Banco Sabadell, S.A., a don E. R. P. en la que se asentarán las cantidades satisfechas por el Banco por razón de las operaciones amparadas por la póliza de operaciones bancarias firmada. Con relación al plazo de la hipoteca, se establece que el plazo de duración es hasta el día dos de febrero de 2007, que se ampliará tácitamente por seis meses más, y así sucesivamente de semestre en semestre, de no mediar preaviso fehaciente por cualquiera de las partes con dos meses de antelación. De este modo, si todas las prórrogas se agotan, el vencimiento final de la hipoteca será el 1 de noviembre de 2019. 4. Que se acompaña acta de requerimiento y notificación autorizada el 27 de mayo de 2014 por el notario de Oviedo don Manuel Tuero Tuero, por la que se notifica al Banco Sabadell “que vencida la prórroga tácita actualmente en vigor el próximo 2 de agosto de 2014 queda en esa fecha ipso iure extinguida la hipoteca... por expiración del plazo, sin que procedan nuevas prórrogas”. 5.—Que no ha transcurrido el plazo de veinte años señalado para la prescripción de la acción hipotecaria por el artículo 128 de la Ley Hipotecaria, más otro año más señalado en el artículo 82, párrafo 5.º de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, el registrador que suscribe suspende la cancelación solicitada por no resultar claramente que se trate de un supuesto de caducidad convencional del derecho de hipoteca, y por tanto ser necesario el transcurso del plazo de prescripción de 20 años de la acción hipotecaria más el otro año más del artículo 82, párrafo 5.º de la misma Ley, y ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho: Único.— Con carácter general la rectificación del Registro por extinción de un derecho que se hubiera inscrito en virtud de escritura pública, se practica a través de la correspondiente cancelación en virtud del consentimiento del titular registral expresado en escritura o documento auténtico, o bien en virtud de una sentencia firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (según

resulta de los artículos 1, 38, 40 y 82, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria), lo que determina el carácter excepcional de la hipótesis contemplada en el artículo 82, párrafo 2.º de dicha Ley (que regula la denominada “cancelación automática” o sin consentimiento del titular registral, cuando el derecho inscrito queda extinguido, además de por declaración de la Ley, cuando resulte dicha extinción del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción que ahora se pretende cancelar), por lo que al tratarse de una excepción a la regla general, es absolutamente necesario para su aplicación, que la extinción del derecho inscrito, según la ley o el título, resulte de manera clara e indubitada. En el presente caso no aparece con la claridad precisa que las partes pactaran un supuesto automático de caducidad, ya que se trata de una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta especial de crédito en la que de conformidad con el artículo 153, párrafo 1.º de la Ley Hipotecaria, las partes han determinado el plazo de duración haciendo constar que dicho plazo es prorrogable y señalando las prórrogas posibles, y agotadas las posibles prórrogas, el plazo de vencimiento final de la hipoteca de máximo constituida, por lo que no puede entenderse de un modo indubitado (como se defiende en la instancia presentada y objeto de esta calificación negativa), que se trate de un plazo pactado de caducidad misma del derecho de hipoteca, sino más bien de un plazo de la cuenta especial de crédito objeto de la hipoteca de máximo pactada. Sigue diciendo el citado artículo 153 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 2.º que al vencimiento del término fijado o de la prórroga, el acreedor podrá utilizar la acción hipotecaria para reclamar el saldo de la cuenta en la parte que no exceda de la cantidad asegurada, acción hipotecaria que tiene el plazo de prescripción que señala el artículo 128 de la Ley Hipotecaria (20 años contados desde que pueda ser ejercitada). A estos efectos de prescripción, el requerimiento notarial practicado al acreedor Banco de Sabadell, S.A., de tener por vencida la prórroga, tan sólo determinará el momento inicial para el cómputo del plazo de veinte años de prescripción de la acción hipotecaria. No habiendo transcurrido, por tanto, el plazo de prescripción de la acción hipotecaria, no es posible practicar la cancelación de la inscripción de hipoteca, por no darse los requisitos de plazo que para ello establece el artículo 82, párrafo 5.º de la Ley Hipotecaria, y no entenderse que en el presente caso exista de un modo claro e indubitado un plazo pactado de caducidad convencional misma del derecho de hipoteca (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de julio y 19 de diciembre de 2013, y de 10 de enero de 2014, entre otras). El asiento de presentación quedará prorrogado en los términos previsto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra esta calificación: Se podrá recurrir (...). Pola de Laviana, a dieciocho de diciembre de dos mil catorce. El Registrador. (Firma ilegible). Fdo.: Gaspar Cuesta Vizoso».

La calificación se notificó al presentante el 23 de diciembre de 2014.

III

Doña A. M. R. P., doña A. M. P. H. y don A. R. P. interpusieron recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad el 20 de enero de 2015. En dicho recurso alegan lo siguiente: 1.º–Sobre que la norma del artículo 82-2 de la Ley Hipotecaria es una «excepción».–Sobre la exigencia para lo aplicación del artículo 82-2.º que la extinción del derecho inscrito según el título resulte de manera clara e indubitada.–La exigencia de «claridad». La calificación vulnera el artículo 19 bis, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria. A.–De la circunstancia de que «con carácter general», las cancelaciones del derecho real de hipoteca vengán realizándose con ocasión de «consentimiento del titular registral» expresado en forma; o de «sentencia firme», no transforma a la normas que regulan la cancelación de las hipotecas concurriendo esas circunstancias (artículos 76, 79, apartado 2.º y 82, párrafo primero de la Ley Hipotecaria, respecto de la cancelación por «consentimiento del titular registral»; artículos 76, 79, apartados 3.º y 4.º y 82, párrafo primero de la Ley

Hipotecaria, respecto de la cancelación por «sentencia firme»), en normas regulares generales, y correlativamente tal hecho tampoco transforma la norma que regula la «cancelación automática» (artículos 76, 79, apartado 2.º y 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria) en norma «excepcional» o «singular». Ambas normas son normas generales, regulares, ordinarias y comunes del Derecho Hipotecario. Las dos forman parte del llamado «Derecho Hipotecario Material», son Derecho Civil. Y por otra parte, cada uno de las citadas normas refleja, recoge y denota, independientemente cada una de ellas, el llamado «principio hipotecario del consentimiento»: la primera de ellas (artículo 82, párrafo primero) en su modalidad formal, y la segunda en su modalidad material, modalidad que se traduce, en definitiva, en que toda mutación patrimonial se asiente en la «voluntad concordada de las partes». Si por norma excepcional se entiende el «Derecho contrario a los principios», aquí es evidente que la norma recogida en el artículo 82, apartado segundo de la Ley Hipotecaria –«cancelación cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por... resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción...»–, tratándose además en este caso, de «título contractual», no sólo no es contraria al «principio hipotecario del consentimiento», sino que es una aplicación directa del principio hipotecario del consentimiento (artículos 1.261, apartado 1.º; 1.255; 1.258 y 1.278 del Código Civil). Consiguientemente: a.–La tesis del registrador de que de que para la aplicación del artículo 82, apartado 2.º de la Ley Hipotecaria, es necesario que conste en el título «de manera clara e indubitada» la extinción del derecho inscrito, no puede derivarse de considerar esa norma como «excepcional» respecto de una pretendida norma general o regular contenida en el párrafo primero. b.–La tesis adicional que se deriva de la «calificación» que mientras el «consentimiento cancelatorio» derivado de «pacto» (artículo 1.254 del Código Civil) recogido en el «título» a que se refiere el artículo 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, para que produzca efectos cancelatorios ha de ser «claro e indubitado», mientras que el «consentimiento cancelatorio» derivado de negocio jurídico unilateral a que se refiere el artículo 82, párrafo primero de la Ley Hipotecaria, no es necesario para que produzca esos mismos efectos que sea «claro e indubitado», carece de todo fundamento. B.– Consiguientemente, tratándose como se ha dicho de dos normas regulares, normales y comunes, y que vienen a desarrollar el mismo principio hipotecario –«principio de consentimiento»– son evidentes dos consecuencias: a) Que las dos normas debe ser objeto de una interpretación natural, o lo que es igual, que no existe fundamento jurídico alguno para utilizar en material de «interpretación» un criterio restrictivo en ninguna de las dos normas; b) Que la exigencia de «claridad» para la extinción del derecho inscrito de la que habla la «calificación» recurrida, es exigible en el mismo grado tanto en la «operatividad» de la norma contenida en el artículo 82, párrafo primero como en la «operatividad» de la norma del párrafo segundo de ese artículo. C.–La «claridad cartesiana», al menos en el campo del Derecho, no existe; la claridad tiene grados; de modo que por «confuso» u «oscuro» que se pretende la materia a interpretar, siempre hay un mínimo de claridad que precisamente el resultado del proceso de interpretación viene a declarar. La «claridad» es una característica lógica que deriva el conocimiento. Tanto en el supuesto del artículo 82, párrafo primero, como del artículo 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, tal única «claridad» –mejor «grado de claridad»– es siempre el significado atribuido por el «intérprete» a determinadas formulas lingüísticas escritas en las que se expresa el «consentimiento» una vez aplicadas por el «intérprete» las reglas generales sobre hermenéutica de los negocios jurídicos (artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil; artículo 675 del Código Civil; y artículo 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril). La claridad o la oscuridad no son, pues, una propiedad inherente a «formulas lingüísticas escritas»; la claridad existe cuando el conocimiento atribuye significado a una «fórmula lingüística», en este caso escrito. Y cuando se aplica el Derecho, salvo en el supuesto del artículo 1289, párrafo último del Código Civil, no hay significados oscuros; –diríamos que la aplicación del Derecho rechaza la «oscuridad»–, lo que significa que se ha de aceptar como «claro puro», lo que resulta en el proceso de interpretación declarativa, proceso realizado aplicando tales normas hermenéuticas. Así las cosas, realizada por el operador jurídico llamado a resolver la «interpretación declarativo» ateniéndose a las normas hermenéuticas

citadas el resultado será siempre una atribución de significado claro a la «fórmula lingüista» en este caso escrita. D.—Por ello resulta difícil aceptar lo que se expresa en el párrafo segundo del Fundamento de Derecho único, cuando ahí se dice: «En el presente caso no aparece con la claridad precisa que las partes pactaran un supuesto automático de caducidad...», lo que en definitiva lleva a la conclusión de que la «calificación» recurrida después de «interpretar» el contrato instrumentado en la escritura pública llamada «escritura de crédito hipotecario» llega al resultado de que la partes —«hipotecantes no deudores y Entidad de Crédito»— no pactaron «un supuesto automático de caducidad». Es evidente que el resultado a que llegó la interpretación de la «calificación» que le ha llevado a declarar que en dicha «escritura de crédito hipotecario» las partes no convinieron la «cancelación automática» de la hipoteca, es consecuencia de la aplicación de todas, alguna, o algunas de las normas hermenéuticas positivas (artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil; artículo 675 del Código Civil; y artículo 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril). Pues bien, en la «motivación» de «calificación» no expresa ese esencial «fundamento jurídico», lo silencia, lo que implica la vulneración por parte de la «calificación» de la norma contenida en el art. 19, bis, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria. Esa infracción produce un efecto agravatorio a esta parte. Si la «calificación» no explicita —cuál es su obligación—, la norma o normas hermenéuticas positivas que ha aplicado para llegar a la declaración de que en la «escritura de crédito hipotecario» no hay pacto de «cancelación automática», está cegando a esta parte la posibilidad de combatir si en este caso es, o no, ajustado a Derecho, el resultado interpretativo al que llega la calificación. 2.º—Vulneración por parte de la «calificación» del artículo 1.281, párrafo primero del Código Civil en relación con el artículo 76, 79, 2.º y 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria. A.—Cuestión previa: Sobre los contratos instrumentados en la llamada «escritura de crédito hipotecario» otorgada en Pola de Laviana el 2 de febrero de 2006, ante la notaria del Ilustre Colegio Notarial de Oviedo, doña María Luz García Prieto con el número 137 de su orden de protocolo. —Naturaleza de esos contratos y sucinto análisis de los mismos— a.—Entre Banco de Sabadell, S.A., y don E.R.P. se perfeccionó en Pola de Laviana el 22 de diciembre de 2005 contrato atípico bancario de apertura de crédito en cuenta corriente hasta el límite de ciento noventa y dos mil ochocientos veinte euros que instrumentaron en la llamada «Póliza para Operaciones Bancarias». En lo que es relevante para este caso, la nota característica de ese tipo de contratos está en el compromiso del banco de dar crédito a su cliente en una doble forma: en primer término, le concede la facultad de disposición de dinero, otros medios de pago u otras prestaciones que permitan al cliente obtenerlo; y en segundo término, le concede el derecho de aplazar la devolución o reintegro de ese dinero, de modo que «el efecto primordial e ineludible del contrato consiste en la puesta a disposición a favor del cliente de los recursos económicos que este necesite dentro del límite pactado, y el efecto secundario, es decir, que es consecuencia del ya citado, consiste en la utilización del crédito por el cliente» —«Contratos Bancarios», Madrid 1975, págs. 188 y 189—. b.—En la llamada «escritura de crédito hipotecario», se instrumentan dos contratos conexos, pero inequívocamente diferenciados: 1) contrato perfeccionado entre «Banco de Sabadell, S.A.», y don E. R. P., por el que acuerdan modificar (novación modificativa) el citado contrato atípico bancario de apertura de crédito en cuenta corriente; y 2) otro típico, de garantía y accesorio al citado contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente perfeccionado entre una parte, «Banco de Sabadell, S.A.», y otra parte, don E. R. T. y doña A. M. P. H. por el que éstos proceden a constituir a favor de «Banco de Sabadell, S.A.», hipoteca inmobiliaria sobre las fincas urbanas de su propiedad descritas en el apartado I de la citada escritura pública, por el que se «garantiza el saldo resultante» en la cuenta especial, pactada en el referido contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente en los términos que se dirá más adelante (ver «Otorgan». Segundo, y apartados III y II del «Exponen» de la repetida «escritura pública de crédito hipotecario»). c.—En virtud de la novación modificativa del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, «Banco de Sabadell, S.A.», y don E. R. P., pactaron, entre otras cosas: (i) limitar temporalmente la facultad de disposición del acreditado, don E. R. P., (ii) otorgar al acreditado, don E. R. P., la facultad de desistir unilateralmente del contrato en cualquier momento; y (iii) otorgar a «Banco de

Sabadell, S.A.», la facultad de declarar vencido anticipadamente el contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente si concurren determinados supuestos. Procede destacar un aspecto esencial: en la novación modificativa del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente instrumentada en la llamada «escritura de crédito hipotecario» no se contiene pacto alguno relativo a la duración o vencimiento del dicho contrato. El plazo de vencimiento de ese contrato al parecer de carácter prorrogable o ampliable (según se infiere del párrafo segundo del «Otorgan» Tercero y del párrafo primero del «Otorgan» Octavo de la «escritura de crédito hipotecario»; al que se refiere asimismo los «Otorgan» Séptimo y Octavo), presumimos (aunque el asunto es irrelevante para los comparecientes) que estará regulado en la póliza para operaciones bancarias, cuyo contenido, por lo demás, no conocieron en su día los hipotecantes no deudores don E. R. T. y doña A. M. P. H., ni hoy los recurrentes. Desde luego, en la repetida escritura pública no consta regulado el plazo de vencimiento del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Y esto es ahora lo relevante y digno de ser apreciado. d.—En el «contrato de hipoteca» «Banco de Sabadell, S.A.», y don E. R. T. y doña A. M. P. H., acuerdan pactar un plazo «ad hoc» y específico por el que predeterminan la duración del contrato de hipoteca, y con ello la vigencia y extinción por transcurso el tiempo del derecho real de hipoteca constituido sobre tales inmuebles. Se recoge en el «Otorgan» Tercero de la «escritura de crédito hipotecario»: «El plazo de duración de esta hipoteca es el día dos de febrero del año dos mil siete, que se ampliará tácitamente, por seis meses más, y así sucesivamente de semestre en semestre, de no mediar preaviso fehaciente por cualquiera de las partes con dos meses de antelación; todo ello sin perjuicio del vencimiento anticipado establecido en el Pacto Séptimo. De este modo, si todas las prórrogas se agotan el vencimiento final de la hipoteca será el uno de Noviembre de dos mil diecinueve». Aquí no se habla de «plazo de duración del crédito hipotecario» o de «vencimiento final del crédito hipotecario», sino de otro asunto radicalmente distinto: «plazo de duración de esta hipoteca» y de «vencimiento final de la hipoteca». Que tal pacto recoge un acuerdo específico, y singular relativo al contrato de hipoteca, y que nada tiene que ver con el «vencimiento del contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente», no sólo se deriva de la literalidad expresa e inequívoca del párrafo primero del «Otorgan» Tercero de la «escritura de crédito hipotecario», sino también de la naturaleza accesoria del contrato de hipoteca (artículo 1.528 del Código Civil). Ciertamente. Si, como se ha dicho, el régimen general del contrato de hipoteca está ligado y subordinado «en su existencia, extensión y extinción» con el crédito que garantiza, y las partes no hubieren querido pactar específica y singularmente un plazo «ad hoc» de extinción de la hipoteca por transcurso del tiempo con efectos propios, diferenciado del plazo de vencimiento del contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente, sencilla y llanamente no existiría el párrafo primero del citado «Otorgan», y el régimen temporal del contrato de hipoteca quedaría sin más sometido al régimen temporal del contrato principal (contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente). Eso es de una evidencia contundente, que sólo el que no quiere verla puede cuestionar o discutir. Lo anterior no perjudica naturalmente (artículo 1.255 del Código Civil) que el «plazo de duración de esta hipoteca», acordado entre «Banco Sabadell, S.A.», y don E. R. T. y doña A. M. P. H. sea utilizado por «Banco de Sabadell, S.A.», y don E. R. P., en la novación modificativa del contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente para establecer, término o plazo a las facultades de «disposición» o de utilización del crédito por parte del acreditado, don E. R. P. (ver «Otorgan» Primero de la «escritura de crédito hipotecario»), de modo que extinguida la «hipoteca» por el transcurso del plazo de expiración, el acreditado, don E. R. P., queda obligado a satisfacer a «Banco de Sabadell, S.A.», «las cantidades reflejadas en la cuenta», en ese momento en la fecha del vencimiento del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (artículo 1125 del Código Civil) —fecha creemos informada, regulada, y contenida (pero ignorado por los hipotecantes no deudores y los recurrentes) en la «póliza para operaciones bancarias»— queda establecido el principal de la deuda a cargo del acreditado, don E. R. P., que resultará exigible al vencimiento del citado contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (artículo 1.125 del Código Civil). e.—De ese modo, la «hipoteca» aquí está

garantizando efectivamente el saldo deudor, pero siempre que dicho saldo deudor sea exigible en los términos del «Otorgan Octavo» o en los términos del «Otorgan Séptimo» párrafo segundo y se realice antes de la extinción «ope legis» de la hipoteca por expiración del plazo por el que se constituyó. Ese es el resultado objetivo, claro, preciso, e indubitado del contenido contractual recogido en la llamada «escritura de crédito hipotecario». Otra cosa es inventar lo que no hay. B.—Consideraciones realizadas al respecto en la tesis que mantiene la «calificación» recurrida. Extinción y cancelación de la hipoteca. a.—La «calificación» en su fundamento de Derecho único, párrafo segundo, explica las razones por las que entiende que «en el presente caso no aparecen con la claridad precisa que las partes pactaran un supuesto automático de caducidad». b.—Si tales razones correspondieran con la realidad de las cosas, la conclusión sería no que «en el presente caso no aparecen con la claridad precisa que las partes pactaran un supuesto automático de caducidad», si no que «en el presente caso las partes no pactaran un supuesto automático de caducidad». Pero es el caso de que tales razones no tienen nada que ver con la realidad de las cosas. Lo que hace la «calificación» en el fundamento de Derecho único, párrafo segundo, es describir una relación contractual diferente a la contenida en la «escritura de crédito hipotecario», y a partir de ahí llega naturalmente a una conclusión errónea, la conclusión anterior. Veamos: b.1.—Se dice en la «calificación» que «...se trata de una hipoteca de máximo en garantía de una cuenta especial de crédito en la que de conformidad con el artículo 153, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, las partes han determinado el plazo de duración haciendo constar que dicho plazo es prorrogable y señalando las prórrogas posibles, y agotadas las posibles prórrogas, el plazo de vencimiento final de la hipoteca de máximo constituida, por lo que no puede entenderse de un modo indubitado... que se trate de un plazo pactado de caducidad misma del derecho de hipoteca, sino más bien de un plazo de la cuenta especial de crédito objeto de la hipoteca de máximo pactada». b.2.—Con esa afirmación la «calificación» incurre en el vicio lógico de «petitio principii»: parte acríticamente, sin más, de que los contratos instrumentados en la citada «escritura de crédito hipotecario», se conforman al artículo 153, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, y de ahí llega en definitiva a la conclusión de que «el plazo de duración de esta hipoteca» convenido en párrafo primero del «Otorgan» Tercero, «es más bien un plazo de la cuenta especial de crédito objeto de la hipoteca de máximo pactado». El artículo 153, párrafo primero de la Ley Hipotecaria establece como uno de los requisitos sustantivos para que la hipoteca de seguridad en garantía de crédito en cuenta corriente regulada sea susceptible de tipificar en artículo el que conste en la escritura pública de constitución la fijación del plazo de duración del contrato de apertura de crédito. —como también se exige de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado que se especifique en la escritura la clase de operaciones mediante las cuales se puede utilizar el crédito abierto en cuenta corriente, o lo que es lo mismo en este caso concreto, qué clase o tipo de «operaciones bancarias» se compromete del «Banco de Sabadell, S.A.», a poner a disposición del cliente—. Es el caso de que en este supuesto, en la repetida escritura de «crédito hipotecario», ni consta, como hemos visto, el plazo de duración del apertura de crédito en cuenta corriente, ni se especifica mediante qué clase de operaciones el acreditado puede utilizar el disponible del crédito. ¿Y qué hace la «calificación»? Respecto de la falta de determinación o especificación en la escritura de la clase de operaciones mediante las que se puede utilizar el crédito abierto, sonoro silencio. Y respecto de la ausencia en la escritura pública de «fijación del plazo de duración del contrato de apertura de crédito» la «calificación» transustancia y metamorfosea «el plazo de duración de la hipoteca» pactada por «Banco de Sabadell, S.A.», y los hipotecantes no deudores en otra cosa diferente, en el «plazo de duración del contrato de crédito» pactado entre «Banco de Sabadell, S.A.», y don E. R. P. En resumen, para la «calificación» es, en este caso, lo mismo el «plazo de vencimiento final de la hipoteca», que «plazo de la cuenta especial de crédito objeto de la hipoteca de máximo pactada». Y después de esa manipulación recurre al artículo 153 de la Ley Hipotecaria. b.3.—Evidentemente, como se ha expuesto en la letra A, en este caso las cosas no son así: en la llamada «escritura de crédito hipotecario» no consta la fijación del plazo de duración del contrato de apertura de crédito. Lo que produce el efecto, entre otros de excluir el contrato de

hipoteca instrumentado en dicha escritura, sea encuadrable en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, al margen de lo dicho en el párrafo segundo del subapartado 2.º, respecto de la falta de especificación en la escritura de la clase de operaciones mediante las que se puede utilizar el crédito concertado entre «Banco de Sabadell, S.A.», y don E. R. P. Lo que no cabe es ante esa inequívoca ausencia, actuar como nigromante: desnaturalizar el «plazo de duración de la hipoteca», para convertirlo mágicamente en cosa distinta –en «plazo de duración del contrato de apertura de crédito»–, y con esa operación desactivar el «claro», «preciso» e «indubitado» efecto cancelatorio por la extinción de la hipoteca «ope legis», «automáticamente» derivado de la expiración del plazo por el que se constituyó (artículos 76, 79, apartado 2.º y 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria); y a partir del resultado de esa infundada operación, concluir como hace la «calificación», que «en el presente caso no aparece con claridad precisa que las partes pactarán un supuesto automático de caducidad», derivando de eso en definitiva, se suspende la cancelación interesada. Lo que no aparece aquí con la «claridad precisa» y obligada son las razones en Derecho en las que se fundamenta la «calificación» para, en este caso, «expulsar» del mundo jurídico o desentenderse de un pacto singular, específico, «claro y preciso» de extinción de la hipoteca por expiración del plazo por el que se constituyó tal contrato de hipoteca, contenido positivamente en párrafo primero del «Otorgan» Tercero de la «escritura de crédito hipotecario», y crear «ex nihilo» un plazo de duración del contrato de crédito inexistente en la «escritura de crédito hipotecario» a partir de la desnaturalización completa del «el plazo de duración de la hipoteca». c.–Así las cosas si prescindimos –como ha de hacerse– del resultado del proceso de tergiversación del contenido contractual objetivo contenido en la «escritura de crédito hipotecario» descrito en la letra A, y del equívoco que se contiene en los razonamientos de la «calificación», derivada de esa suplantación de la realidad, es evidente que por aplicación del art. 1.281, párrafo primero del Código Civil, y de los artículos 76, 79, apartado 2.º, y 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria y 173 del Reglamento Hipotecario del «título» y «documentos» (documentos números 1 y 5), resulta claro, preciso, e inequívoco que la hipoteca convenida por los hipotecantes no deudores con «Banco de Sabadell, S.A.», sobre las fincas descritas en el «Exponen» I de la repetida llamada «escritura pública de crédito hipotecario» ha quedado extinguida el 2 de agosto de 2014, y consiguientemente es obligado y preceptivo la inscripción de su cancelación. «No cabe tergiversar, el sentido literal de las cláusulas para hacer prevalecer una intención distinta de la que éstas expresan con claridad» Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15.ª, S 6-3-2014, n.º 74/2014, rec. 823/2012 Pte: Garrido Espa, Luis, lo que parece evidente ya que «...precisamente la finalidad del artículo 1.281 párrafo primero del C. Civil no es otra que conseguir que no se tergiverse lo que parece claro (Sentencias 4 junio 1964, 20 febrero 1984 y 30 de mayo 1991» (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992. Ar. 5.322; de 30 de septiembre de 1993, ar. 6.754, y de 9 de julio de 1994, ar. 5.603). 3.º–Sobre la prescripción y requerimiento notarial practicado al acreedor «Banco de Sabadell, S.A.». Para concluir una breve consideración sobre este extremo. La «calificación» se está refiriendo a la prescripción regulada en el artículo 1964 del Código Civil y en los artículos 128 y 82, párrafo último de la Ley Hipotecaria. Esa prescripción se ha dicho es la «extinción de la acción hipotecaria por tal de ejercicio de la pretensión de realización de valor dinerario del bien hipotecado» –«Derecho Hipotecario», Barcelona 1979, tomo IV, Vol. 2, pág. 1.211–. Condición necesaria e imprescindible para alegar o plantear la extinción del crédito hipotecario por «prescripción» y petición la correspondiente «cancelación» de la hipoteca es que exista «acreedor hipotecario». Ha quedado acreditado: a) que la hipoteca se extinguió «ope legis», automáticamente el 2 de agosto de 2014, con lo que desde esa fecha no existe «acreedor hipotecario»: y b) que «requerimiento notarial practicado al acreedor Banco de Sabadell, S.A.», forma parte del «título o documentos» que acreditan la extinción de dicha hipoteca (artículo 173, párrafo primero de la Ley Hipotecaria), y que nada tiene que ver con el vencimiento o exigibilidad de la obligación asegurada, o momento en que empieza la posibilidad del ejercicio de la acción hipotecaria. Consiguientemente las referencias que se contienen en

la «calificación» a la «prescripción» y la pretendida vinculación de dicho requerimiento notarial con el citado instituto están, dicho sea con las debidas consideraciones, fuera de lugar.

IV

Mediante escrito de 26 de enero de 2015, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 513.2, 529, 546.4, 1280 y siguientes, 1.843.3, 1.964 y 1.969 del Código Civil; 79, 82, 105, 128 y 142 de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado 31 de julio de 1989; 6 de febrero y 18 de mayo de 1992; 17 de octubre de 1994; 15 de febrero de 2006; 26 de septiembre de 2007; 4 de junio y 29 de septiembre de 2009; 15 de febrero de 2010; 2 de enero y 4 de julio de 2013; 10 de enero de 2014, y 9 de enero de 2015.

1. En el supuesto al que se refiere este expediente se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia mediante la cual se solicita, conforme al párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación—por caducidad—de una hipoteca de máximo que se había constituido mediante escritura autorizada el 2 de febrero de 2006, constituida como «superposición de garantía» por el «saldo deudor reflejado en la cuenta especial de operaciones bancarias como consecuencia de lo estipulado en la Póliza descrita» (por operaciones de descuento, anticipos comerciales y financiación de comercio nacional e internacional, hasta un límite máximo de 192.820 euros). En el pacto «Primero» se expresa que el acreditado puede resultar deudor del banco de las cantidades reflejadas en la cuenta especial establecida en la referida póliza de operaciones bancarias hasta el máximo antes reseñado de principal «y hasta el momento de dar por vencida la presente hipoteca». En el pacto «Tercero» se determina que «el plazo de duración de esta hipoteca es hasta el día dos de febrero del año dos mil siete, que se ampliará tácitamente por seis meses más, y así sucesivamente de semestre en semestre, de no mediar preaviso fehaciente por cualquiera de las partes con dos meses de antelación; todo ello sin perjuicio del vencimiento anticipado establecido en el pacto Séptimo. De este modo, si todas las prórrogas se agotan, el vencimiento final de la hipoteca será el uno de noviembre del dos mil diecinueve». En el mismo pacto se añade que si quien manifiesta su voluntad de no prorrogar es el acreditado, «el Banco oportunamente podrá declarar anticipadamente vencidas y asentar en la cuenta especial de operaciones bancarias las obligaciones susceptibles de cargarse en ella, que impliquen riesgo en curso para el Banco, por haberse ya perfeccionado y aunque no hubieran vencido».

El registrador suspende la cancelación solicitada por entender que no resulta claramente que se trate de un supuesto de caducidad convencional del derecho de hipoteca, por lo que es necesario el transcurso del plazo establecido en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria.

2. Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (vid. artículos 513.2, 529, 546.4 y 1.843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante

su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa.

No siempre es fácil decidir si, en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca (y en este caso una vez nacida la obligación en dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito, aun cuando ya hubiere vencido aquél –vid. la Resolución de 17 octubre 1994–).

3. Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, introducido mediante la disposición adicional vigésima séptima de la Ley 24/2001, que posibilita la cancelación de la hipoteca, mediante solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, en los supuestos contemplados de caducidad o de extinción legal del mencionado derecho real inscrito.

La cancelación convencional automática sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas en dicho lapso son las únicas garantizadas por la hipoteca.

Y para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, al que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca (cfr. Resoluciones de 29 de septiembre de 2009, y 10 de enero de 2014).

4. En el presente caso, el plazo de duración pactado debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de la hipoteca, sino más bien referido al plazo durante el cual las obligaciones contraídas antes del vencimiento del «dies ad quem» son las únicas que quedan garantizadas con la hipoteca constituida.

Así se deduce en primer término de las estipulaciones de la escritura de constitución de hipoteca cuando determinan que se trata de una hipoteca de máximo, en garantía del pago de todas las cantidades que resulten a favor del banco acreedor por razón de la operación de crédito detallada, hasta el 1 de noviembre de 2019, asegurando hasta un máximo del principal indicado y, además, hasta una cantidad máxima de intereses moratorios de tres años calculados desde la fecha del cierre de la cuenta. Y en segundo lugar, se infiere del referido pacto Tercero, cuando al fijar el plazo determina que «es hasta el día dos de febrero del

año dos mil siete, que se ampliará tácitamente por seis meses más, y así sucesivamente de semestre en semestre, de no mediar preaviso fehaciente por cualquiera de las partes con dos meses de antelación», ya que al permitir al hipotecante dar por vencido el plazo, sólo puede entenderse referido al plazo de cobertura de obligaciones contraídas en ese término, pues de interpretarse que se refiere a la misma hipoteca se produciría la situación anómala de que la hipoteca queda caducada, y por lo tanto podría en este sentido cancelarse, a la sola voluntad de la hipotecante.

Esta interpretación se confirma en el segundo párrafo del mismo pacto Tercero al expresar que si quien manifiesta su voluntad de no prorrogar es el acreditado, «el Banco oportunamente podrá declarar anticipadamente vencidas y asentar en la cuenta especial de operaciones bancarias las obligaciones susceptibles de cargarse en ella, que impliquen riesgo en curso para el Banco, por haberse ya perfeccionado y aunque no hubieran vencido»; es decir, producido el vencimiento anticipado no caduca la hipoteca, sino que, por el contrario, la hipoteca queda subsistente y garantiza todas las obligaciones que durante ese término se hayan contraído aunque el vencimiento de dichas obligaciones fuere posterior, quedando estas obligaciones plenamente garantizadas con la hipoteca, hasta que se produzca su vencimiento, siendo a partir de esta fecha desde cuando deba computarse el plazo de prescripción de las acciones derivadas de la acción hipotecaria.

Dado que la hipoteca cubre incluso obligaciones posteriores a la fecha de duración de aquella, no se puede entender que estemos ante un supuesto claro de caducidad convencional.

Por todo ello, 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, 8 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.

Resolución de 8 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de San Cristóbal de la Laguna n.º 2, por la que se suspende la inscripción de un decreto dictado en autos de procedimiento de ejecución hipotecaria.

En el recurso interpuesto por doña M. M. G. C. P., Procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «BBVA RMBS 5 Fondo Titulización de Activos», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de San Cristóbal de la Laguna número 2, don José María Sieira Gil, por la que se suspende la inscripción de un decreto dictado en autos de procedimiento de ejecución hipotecaria.

HECHOS

I

Mediante decreto dictado con fecha 18 de diciembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Cristóbal de La Laguna, donde se sigue procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil número 292/2011, seguido a instancias de la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», contra don I. L. M., don I. L. L. y doña M. D. M. F., se decretó la adjudicación a la entidad ejecutante de las fincas registrales 7.957 y 7.945, vivienda y garaje con trastero respectivamente, habiéndose cedido el remate a favor de la entidad «BBVA RMBS 5 Fondo Titulización de Activos»; ordenándose asimismo, la cancelación de la inscripción de hipoteca origen del procedimiento, y de todas las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a aquélla.

II

Presentado testimonio del citado decreto en el Registro de la Propiedad de San Cristóbal de la Laguna número 2, fue objeto de la siguiente calificación: «Calificado con fecha de hoy el documento presentado, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, suspendo la inscripción del mismo de acuerdo a los siguientes: Hechos: Primero.—Que el pasado día trece de octubre doña M. O. P., presentó en esta Oficina Testimonio, que también sirve de mandamiento de cancelación, del Decreto dictado con fecha 18 de diciembre de 2013, expedido por duplicado por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número tres de La Laguna, el día 17 de febrero de 2014, donde se sigue procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, número 292/2011, en unión de Diligencia de adición del referido Juzgado de fecha 20 de noviembre de 2014, presentado bajo el asiento 766 del Diario 94. Segundo.—Que en el documento presentado en el procedimiento al principio indicado seguido a instancias de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra don I. L. M. y don I. L. L. y doña M. D. M. F., se decreta la adjudicación a la entidad ejecutante de las fincas registrales 7957 y 7945/3 del término de Tegueste, vivienda y garaje con trastero respectivamente, habiéndose cedido el remate a favor de la entidad BBVA RMBS 5 FTA; ordenándose asimismo, la cancelación de la inscripción de hipoteca origen del procedimiento, y de todas las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a aquella. Tercero.—Del estudio de los libros del Registro resulta que: 1) Por medio de la inscripción 6.^a de la finca 7.957 y 3.^a de la 7945/3 se inscribió la hipoteca autorizada en escritura de la Notario del Puerto de la Cruz doña Inmaculada Espiñeira Soto el 10 de diciembre de 2004, número 2.145 de protocolo. Dicha hipoteca fue ampliada y modificada en escritura autorizada por la misma Notario de fecha 10 de agosto de 2007, número 1.230, que causo las inscripciones 8.^a y 4.^a, respectivamente, de dichas fincas, por un importe de 45.000 euros de principal. Que según consta en la nota practicada al margen de las citadas inscripciones 8.^a de la 7.957 y 4.^a de la finca 7945/3 de ampliación y modificación de hipoteca, con fecha 2 de julio de 2013 fue expedida certificación del artículo 688 de la L.E.C. para procedimiento seguido en Juzgado de Primera Instancia número tres de La Laguna número 292/2011, en virtud de mandamiento de fecha 20 de junio de 2013, donde constaba expresamente que la hipoteca que se ejecutaba es la de la escritura de novación de fecha 10 de agosto de 2007, y en consecuencia solo se practicó dicha nota marginal al margen de las inscripciones de modificación y ampliación citadas y no de la hipoteca inicial. 2) Que doña A. R. G., y su hija, tienen atribuido el uso y disfrute de la vivienda objeto de ejecución, registral 7957, en virtud de procedimiento de medidas provisionales coetáneas seguido en el Juzgado de Primera instancia número dos de

La Laguna, número 1721/2010, dimanante de autos de divorcio contencioso número 1628/2010, según consta en su inscripción 10ª. Fundamentos de Derecho Que se suspende la inscripción del documento presentado por los siguientes motivos: I.–A pesar de que en el Decreto dictado se hace constar que la hipoteca objeto de ejecución es tanto la formalizada ante la Notario del Puerto de la Cruz doña Inmaculada Espiñeira Soto el 10 de diciembre de 2004, número 2.145 de protocolo, como su novación y ampliación formalizada en escritura autorizada por la misma Notario de fecha 10 de agosto de 2007, número 1.230, tal y como ha quedado expuesto en el Hecho Tercero, no consta al margen de la citadas inscripciones 6ª y 3ª de hipoteca, la constituida en la citada escritura de 10 de diciembre de 2004, haberse expedido la certificación del artículo 688 de la L.E.C. que solo fue solicitada y, en consecuencia, expedida para la ejecución de la ampliación de dicho préstamo, inscripciones 8.ª de la 7.957 y 4.ª de la finca 7945/3. Como consecuencia del posible error al expedir el mandamiento de certificación de cargas, los adquirentes de derechos posteriores entendieron que se ejecutaba una hipoteca distinta, lo cual no es intrascendente pues afecta tanto a su derecho a participar en el avalúo y subasta del bien hipotecado, como al de obtener el hipotético sobrante e igualmente a efectos de ejercitar el derecho de subrogarse en la ejecución instada por el acreedor hipotecaria. La Resolución de 7 de septiembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado estableció que es fundamental, el caso de que existan varias hipotecas inscritas a favor del mismo acreedor, o como en este caso una hipoteca y una ampliación de la misma, que resulte con toda claridad cuál es la hipoteca que se ejecuta, no siendo lo mismo que la ejecución sea de la hipoteca de la primera o segunda, pues si es esta última, el adquirente en la subasta se tiene que subrogar en las responsabilidades de la hipoteca anterior y si fuera ésta la hipoteca objeto de ejecución, la hipoteca ulterior y demás cargas posteriores quedarían canceladas con la ejecución. Los titulares de cargas posteriores tendrían un conocimiento erróneo de la ejecución, no sólo por la diferencia entre mantener la subsistencia o no de la hipoteca anterior, sino también por las demás posibilidades y derechos de dichos titulares en relación con la ejecución; así, pueden optar por acudir a la subasta para intervenir en ella aumentando el tipo de la misma, pero no es lo mismo que se trate de una u otra hipoteca la que sea objeto de ejecución, ni es lo mismo tampoco a efectos de si pretendieran subrogarse en la posición del actor, o si pueden obtener y hacer sus cálculos sobre la existencia o no de sobrante. La notificación a los titulares posteriores constituye tramite esencial del procedimiento de ejecución directa a efectos registrales, por tanto, la defectuosa notificación de la ejecución como consecuencia del mandamiento del juzgado que dio lugar a que se consignase la nota marginal únicamente en la inscripción de ampliación de la hipoteca de cada una de las fincas, cuando del Decreto resulta que la ejecución era tanto de la hipoteca inicial como de su ampliación, puede producir consecuencias para los titulares de asientos posteriores. Desde el punto de vista de los requisitos exigidos de la LEC respecto a los tramites del procedimiento de ejecución directa, no se ha producido con regularidad los trámites relativos a la nota marginal y a las notificaciones a titulares posteriores, pues aunque dicha nota marginal y notificaciones han tenido lugar lo han sido respecto a una hipoteca distinta de la que es objeto de ejecución según el documento presentado, que incluye tanto la hipoteca inicial como su ampliación, aunque sea del mismo titular. Y desde el punto de vista del art. 132 de la Ley Hipotecaria y en relación con el procedimiento registral de calificación e inscripción, no cabe duda de que se ha producido un defecto que impide la inscripción de la adjudicación y de las correspondientes cancelaciones, pues dicho precepto exige, la calificación registral de las notificaciones realizadas. Confirma además la citada resolución la calificación en el sentido de que el defecto es insubsanable, lo que no excluye que el órgano competente del juzgado, si lo estima adecuado, pueda decidir y resolver acerca de la superación del defecto planteado y la forma de rectificarlo, y sin perjuicio de que también se pueda decidir la retroacción de las actuaciones si esa fuera la única forma de superación del defecto por decisión del órgano competente. Sin perjuicio del defecto anterior, además resultan los siguientes defectos II.–Tal y como consta en el Hecho Tercero de esta nota, doña A. R. G., y su hija, tiene atribuido el uso y disfrute de la vivienda objeto de ejecución, registral 7.957, sin que conste o resulte del

documento presentado que dicha señora haya sido parte en el procedimiento. El respeto a la función jurisdiccional limita la calificación registral, tratándose de documentos judiciales, en los términos que recoge el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pero ello no obsta a que el Registrador haya de garantizar el respeto al principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española. Como tiene señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado, puede el Registrador rechazar la inscripción de un documento judicial sin por ello dejar de observar el deber constitucional de cumplimiento de las resoluciones judiciales (artículos 118 de la Constitución Española y 17,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), toda vez que dicho mandato debe compaginarse con el principio también constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de interdicción de la indefensión, de modo que debe rechazarse la inscripción de resoluciones judiciales si no consta que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados han tenido la intervención correspondiente en el mismo para su defensa, evitando que sufran en el mismo Registro las consecuencias de su indefensión judicial (Resoluciones de la Dirección General de 15 de marzo de 2001; 19 de julio de 2007, y 11 de marzo de 2008, entre otras). III.–El artículo 114 de la Ley Hipotecaria, tercer párrafo establece: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.» La D.T. 2.ª 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, establece en su último párrafo: «...En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.» Del documento presentado, dada la fecha en la que fue despachada la ejecución, 12 de abril de 2011, y la fecha del Decreto de adjudicación parece desprenderse que estamos en el supuesto regulado por el último párrafo de la citada D.T, por lo tanto se hace necesario que se haga constar expresamente que se ha cumplido el requisito establecido en la mencionada norma y que se ha dado al ejecutante el plazo establecido para el recalcule de dicha cantidad, y/o que los intereses de demora reclamados se ajustan a lo preceptuado en el citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria. IV- Conforme establece el punto 3.º del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en concordancia con el 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la calificación del Registrador en los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados se extenderá, entre otros, al extremo siguiente: «Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados, y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria». Por lo que conforme a dichos preceptos, y a las Resoluciones de 2 de marzo de 2000, y 6 de julio de 2001 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha de desglosarse respecto de cada una de las fincas adjudicadas las cantidades obtenidas en la subasta, es decir 121.300,90 euros y 9.800 euros, en cuanto a los diferentes conceptos de principal, intereses remuneratorios, intereses de demora, y costas, al objeto de que el Registrador pueda comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada con la garantía hipotecaria, pues no se puede acceder a la cancelación de las cargas posteriores, ya que, para que pueda realizarse tal cancelación es preciso que la cantidad sobrante, si la hubiera –y en ella se ha de incluir la que sobrepase cada una de las cantidades máximas garantizadas– se haya puesto a disposición de los titulares de tales derechos (artículos 132.3 de la Ley Hipotecaria y 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). V.–Según el apartado dos de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la Legislación Española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, añadido por el artículo 27 del Real Decreto 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, los Fondos de

Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos podrán ser titulares de cualesquiera otras cantidades, inmuebles, bienes, valores o derechos que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo, por resolución de cualquier procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito; en particular y sin ánimo limitativo, por producto del remate de procedimientos de ejecución de garantías hipotecarias o no hipotecarias, por la enajenación o explotación de los inmuebles o bienes o valores adjudicados o dados en pago o, como consecuencia de las citadas ejecuciones, en administración y posesión interina de los inmuebles, bienes o valores en proceso de ejecución. La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad y de cualesquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos. Con este precepto se permite que tales fondos puedan ser titulares registrales, a pesar de no tener personalidad jurídica independiente, en contra de la regla general consagrada en los artículos 9,4 de la Ley Hipotecaria y 11 de su Reglamento, de los bienes que hayan adquirido conforme al mismo. Del documento calificado no resulta, ni se acredita de otro modo, que las fincas se adquieran en los términos señalados por la Disposición citada, refiriéndose el mismo simplemente a una cesión del remate, sin que tampoco conste expresamente que se ha producido el pago del remate. De estarse, efectivamente, a una adquisición producida en el marco señalado, habrá de acreditarse tal extremo para proceder a la inscripción, aportando por ejemplo, copia o testimonio de la escritura de constitución de dicho fondo. VI.—No consta en el documento presentado manifestación expresa sobre la situación arrendaticia de los inmuebles objeto de adjudicación, ya que en el supuesto de hallarse arrendado, la inscripción del título presentado en el Registro de la Propiedad no es posible sin acreditar la realización de las notificaciones a que se refieren los artículos 25 y 31 de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos. El artículo 25,1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos del 24 de Noviembre de 1.994 establece que en caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma en las condiciones previstas en los apartados siguientes. Aún cuando el precepto citado sólo alude a la venta, se aplica también a otros supuestos entre los que se encuentran las subastas judiciales y consiguientes adjudicaciones en procedimientos de ejecución hipotecaria, puesto que no dejan de ser ventas judiciales, interpretación avalada por el propio preámbulo de la citada Ley que utiliza el término más amplio de «enajenación». Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Supremo, por ejemplo en Sentencia de 14 de mayo de 2004, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se refiere al tema en Resoluciones como las de 19 y 20 de noviembre de 1987; 1 de octubre de 1999 ó 6 de febrero de 2001, señalando esta última que la declaración de no estar arrendada la finca puede hacerse en las propias actuaciones judiciales, ante Notario o mediante instancia firmada o ratificada ante él. Sentado lo anterior, el artículo 25 en su apartado 5, dispone que para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores con los requisitos en ellos exigidos, regulando dichos apartados anteriores el régimen de comunicaciones a los inquilinos a efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. (Artículo 25.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). VI (sic).—A la vista de lo establecido en la D.T. 4.ª del Real Decreto Ley 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, para poder proceder a la inscripción del documento presentado es necesario que en el Testimonio del Decreto de remate o adjudicación conste cualquiera de las siguientes circunstancias: Que en su momento no se formuló oposición a la ejecución basado en la existencia de cláusulas abusivas (sea en el plazo ordinario de 10 días de oposición a la ejecución o en el plazo extraordinario de un mes que estableció la ley 1/2013). O que sí se formuló oposición a la ejecución basada en la existencia de cláusulas abusivas y se dictó resolución, pero la resolución dictada no afecta a la eficacia de la adjudicación. En este último supuesto además es necesario que conste alguna de las circunstancias siguientes: Que a la fecha de entrada en vigor del RDL 11/2014 (7 de septiembre de 2014) ya se había puesto en

posesión del inmueble al adquirente. Que durante el plazo preclusivo de un mes establecido por citado RDL 11/2014, es decir desde el 8 de septiembre hasta el 8 de octubre de 2014, no se interpuso recurso de apelación contra el auto desestimatorio de la oposición. O que si se interpuso dicho recurso y se dictó resolución, pero esta no afecta a la eficacia del remate o adjudicación. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria. Contra la precedente nota (...).La Laguna, a diez de diciembre del año dos mil catorce. El registrador (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. M. G C. P., Procuradora de los tribunales, en nombre y representación de «BBVA RMBS 5 Fondo Titulización de Activos», interpuso recurso mediante escrito de fecha 9 de enero de 2015, en el que, resumidamente, expone: Aporta diligencia de ordenación del secretario judicial de fecha 10 de noviembre de 2014 en la que se resuelve la solicitud de subsanación por adición del decreto de fecha 18 de diciembre de 2013 presentada como consecuencia de la calificación negativa del registrador de fecha 31 de marzo de 2014 en la que se contenían la mayoría de los razonamientos que reproduce la calificación que ahora se recurre; Que en dicha resolución únicamente se accedió a adicionar el decreto en cuanto a una de las ocho observaciones realizadas por el registrador, por estar el Juzgado en radical desacuerdo en los restantes puntos, que se han reproducido casi en su totalidad en la calificación de fecha 10 de diciembre de 2014, si bien, y al margen de lo anterior, en esta nueva calificación se ha añadido un motivo más para denegar la inscripción. El primer fundamento invocado por el registrador para suspender la inscripción se refiere al supuesto error existente al expedir el mandamiento de certificación de cargas. Señala en cuanto al primer motivo invocado por el registrador para rechazar la inscripción del testimonio del decreto de adjudicación, que, efectivamente, como indica el propio registrador, no nos encontramos ante dos hipotecas distintas, sino que la inscripción 6ª de la finca 7.957 y la inscripción 3.ª de la finca 7.945/3 se corresponde con la hipoteca inicial, y la inscripción 8.ª de la finca 7.957 y la 4.ª de la finca 7.945/3 se corresponden con una novación de la anterior, en la que se amplió el importe concedido y se amplió igualmente el plazo de amortización del préstamo, y Que en las inscripciones en las que se hizo constar la ampliación de la hipoteca se hizo la observación de que la hipoteca «se amplía y modifica en los términos expresados...» y la misma observación se hizo constar en las inscripciones iniciales de la hipoteca. Por lo tanto, no se trata de dos hipotecas distintas, sino de la misma hipoteca, que es posteriormente ampliada, tanto en cuanto al importe del préstamo hipotecario como en el plazo de amortización de dicho préstamo, por lo que de haber existido adquirentes de derechos posteriores, lo que tampoco nos consta, no se les habría llevado a error alguno, pues como decimos se trata de la misma hipoteca que es posteriormente modificada, y en cuya inscripción se hizo además constar que se ampliaba y modificaba la inscripción anterior, que es la referente a la hipoteca inicial; Que no consta en este caso que existan acreedores posteriores a los que el registrador, de conformidad con los artículos 689 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haya tenido que notificar la existencia de la ejecución, y a los que haya podido llevar a error, puesto que el único acreedor posterior es la propia entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», entidad que cedió el remate a la entidad adjudicataria en el procedimiento del que deriva el decreto cuya inscripción se ha denegado. El segundo fundamento de Derecho contenido en la calificación se alude a la atribución del uso y disfrute de la vivienda objeto de ejecución a doña A. R. G. y su hija, sin que conste o resulte del testimonio presentado que dicha señora haya sido parte en el procedimiento. A estos efectos, el artículo 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece expresamente que «la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de las bienes

hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». De tal manera que no es considerado parte en el procedimiento quien simplemente ocupa la vivienda hipotecada en función de un procedimiento de familia que le atribuya el uso y disfrute de la misma. Todo ello sin perjuicio del incidente previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para aquellos casos en los que el inmueble se hallare ocupado y no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 661.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que se celebrara una vista que resolverá sobre su situación. Conviene distinguir, tal y como dispone la diligencia de fecha 10 de noviembre de 2014, la figura del tercer poseedor de la del tercero ocupante. El tercer poseedor es el adquirente del dominio de la cosa hipotecada; es decir, la persona que adquiere la propiedad de un bien que ha sido hipotecado previamente por el transmitente. Por consiguiente, no es tercer poseedor el mero ocupante o poseedor de un inmueble sometido a la ejecución hipotecaria, con independencia de que dicha ocupación derive de la atribución de su uso y disfrute o de cualquier otro título que le dé derecho a ostentar su posesión. Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132.2.º de la Ley Hipotecaria, cuyo contenido se reproduce, la recurrente señala que doña A. R. G. fue notificada en legal forma de la existencia del procedimiento, tanto así que la misma compareció el día 22 de julio de 2011 en el Juzgado, tal y como se acredita mediante acta que se adjunta. En cuanto al tercer fundamento de Derecho esgrimido por el registrador para suspender la inscripción del documento presentado se basa en lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria en relación con el tercer párrafo de la disposición transitoria segunda 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. Alega la recurrente en contra de los argumentos del registrador que su calificación no puede extenderse sobre cualquier extremo ni puede pretender revisar la legalidad del procedimiento judicial en su totalidad. El artículo 132 de la Ley Hipotecaria es claro en cuanto a los extremos sobre los que puede extenderse la calificación del registrador, sin que en dicho artículo se contenga referencia alguna a los límites de los intereses de demora cuando los préstamos se concedieron para la adquisición de vivienda habitual, así como tampoco ampara dicho artículo al registrador para revisar si el secretario judicial otorgó el plazo de diez días. Ni del artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni del artículo 133 de la Ley Hipotecaria se desprende que entre las menciones obligatorias de decreto de adjudicación este el hecho de que el inmueble sea o no vivienda habitual de los ejecutados. Señala que la calificación negativa del registrador, tratándose de calificación de documentos judiciales es contraria, por tanto, a la doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado y al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, pues el registrador no puede entrar a valorar sobre el acierto intrínseco de la decisión judicial que en este caso ordena la inscripción. En relación con el fundamento de Derecho cuarto, alega la recurrente que el registrador, se excede nuevamente respecto de su ámbito de calificación, circunscrito al contenido del artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Dicho artículo en su apartado tercero se refiere a que el registrador puede revisar que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria. El cumplimiento de dicho requisito se desprende del hecho de que se han adjudicado las fincas por valores que están muy por debajo de la cobertura hipotecaria. Pero, a mayor abundamiento, el registrador fundamenta lo anterior en el hecho de que no se puede acceder a la cancelación de las cargas posteriores, ya que, para que pueda realizarse tal cancelación es preciso que la cantidad sobrante se haya puesto a disposición de los titulares de tales derechos. Pues bien, en este caso ni existe remanente ni existen terceros titulares de derechos posteriores, pues la única carga posterior que existe es una hipoteca de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», entidad que inició el procedimiento de ejecución y que cedió el remate a favor de «BBVA RMBS 5 Fondo Titulización de Activos» cuya aquiescencia, por tanto, es evidente. Respecto al punto quinto de la calificación registral, entiende el registrador que no se ha acreditado que las fincas se hayan adquirido en los términos señalados por la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, considerando además que tampoco consta que se haya producido

el pago del remate. Considera asimismo que deberá aportarse copia o testimonio de la escritura de constitución del fondo. En relación a ello manifiesta la recurrente de nuevo su disconformidad con la calificación pues no solo se excede de sus competencias, conforme a lo previsto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, sino que además, se trata de requisitos cuyo cumplimiento ya ha sido observado por el juez ante el que se tramitó el procedimiento. Basta observar el decreto de adjudicación para comprobar que en el mismo se transcribe la comparecencia efectuada por ambas partes, por cedente y cesionario, haciendo además constar el secretario judicial, y por lo tanto dando fe, que «se ha consignado la totalidad del precio del remate», y todo ello en cumplimiento de lo previsto en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria y del artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto al fundamento de Derecho sexto, no se recurre, sino que se adjunta, a los efectos de subsanar el defecto, instancia arrendaticia debidamente legitimada. En cuanto al defecto séptimo, tampoco es objeto de recurso, afirmando la recurrente que se procederá a su subsanación. Finaliza solicitando la revocación de la calificación en cuanto a los defectos impugnados.

IV

El registrador de la Propiedad de San Cristóbal de la Laguna número 2, don José Maria Sieira Gil, emitió su informe admitiendo las alegaciones en cuanto al defecto señalado bajo el número V, señala que el defecto II quedará subsanado por la presentación de original o copia autentica, ya que se ha presentado por fotocopia, considera subsanado el defecto enumerado VI por la documentación que se acompaña y se mantiene íntegramente en cuanto a los defectos I, III y IV.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9, 20, 40, 81, 82, 115, 116, 128, 144 y 149 de la Ley Hipotecaria; 1.207, 1.257, 1.261, 1.567, 1.851 y 1.924 del Código Civil; 613.1, 657, 666 y 668.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 11 y 241 del Reglamento Hipotecario; la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria; el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación; el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero; el párrafo final del apartado 2 de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, en la nueva redacción dada por el artículo 27 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el artículo 13.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por el que se modifica la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; el apartado 3 del artículo 4 de dicha Ley de subrogación y modificación; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; los artículos 4 y 12 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de enero de 2001, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1983; 28 de enero de 1987; 30 de enero de 2003; 20 de septiembre de 2005; 3 de marzo de 2008, y 1 de agosto de 2014, relativas a los fondos de Titulización, las Resoluciones de 16 de febrero de 2005; 11 de diciembre de 2008; 24 de noviembre de 2009; 12 de mayo de 2011; 18 de septiembre y 22 de noviembre de 2012

(1.^a y 2.^a), 10 de enero y 4 y 7 de febrero de 2013, y 21 de abril de 2014, respecto a la novación de hipoteca por ampliación de plazo, las Resoluciones de 13 de septiembre, 31 de octubre y 18 y 26 de noviembre de 2013, y 3 de junio de 2014, en cuanto a la limitación de intereses de demora, y las Resoluciones de 8 de febrero de 1999; 12 de abril de 2000; 6 de julio de 2001; 23 de septiembre y 20 de diciembre de 2002; 7 de marzo y 8 de noviembre de 2012; 8 de julio, 28 de agosto, 2, 10, 11 y 17 de octubre y 18 de noviembre de 2013, y 11 de marzo, 24 de junio y 31 de julio de 2014, en cuanto a la calificación sobre el sobrante.

1. Son datos a tener en cuenta para la resolución de este expediente los siguientes:

– En escritura autorizada el día 10 de diciembre de 2004, se concertó un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, dicha escritura causó las inscripciones 6.^a de la finca 7.957 y 3.^a de la 7.945, vivienda y garaje, de constitución de hipoteca.

– Dicha hipoteca fue ampliada y modificada en escritura autorizada el día 10 de agosto de 2007, que causó las inscripciones 8.^a y 4.^a, respectivamente, de dichas fincas.

– En escritura autorizada el día 27 de mayo de 2010 se formalizó una nueva hipoteca constituida en las inscripciones 9.^a de la finca 7.957 y la 5.^a de la 7.945.

– Según consta en la nota practicada al margen de las citadas inscripciones 8.^a de la 7.957 y 4.^a de la finca 7.945 de ampliación y modificación de hipoteca, con fecha 2 de julio de 2013 fue expedida certificación del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para procedimiento seguido en Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Cristóbal de La Laguna, número 292/2011, en virtud de mandamiento de fecha 20 de junio de 2013, donde constaba expresamente que la hipoteca que se ejecutaba es la de la escritura de novación de fecha 10 de agosto de 2007.

– En decreto dictado con fecha 18 de diciembre de 2013 por el secretario del Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Cristóbal de La Laguna, donde se sigue procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, número 292/2011, seguido a instancias de la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», contra don I. L. M., don I. L. L. y doña M. D. M.F., se decreta la adjudicación a la entidad ejecutante de las fincas registrales 7.957 y 7.945 habiéndose cedido el remate a favor de la entidad «BBVA RMBS 5 Fondo Titulización de Activos»; ordenándose asimismo, la cancelación de la inscripción de hipoteca origen del procedimiento, y de todas las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a aquélla.

– La vivienda objeto de ejecución tiene atribuido el uso y disfrute de la vivienda a favor de doña A. R. G. y su hija como consecuencia de un procedimiento de divorcio.

2. No son objeto de recurso los defectos señalados en las apartados VI y VII de la nota de calificación.

Respecto del defecto señalado bajo el número 5, relativo a la adquisición por el fondo de titulización, se admite por el registrador las alegaciones y se considera subsanado el defecto,

por lo que no procede que este Centro Directivo se pronuncie sobre este defecto (cfr. artículos 326 y 327 de la Ley Hipotecaria).

3. El registrador en su informe indica que en cuanto al defecto número II, relativo a la necesidad de que la usuaria haya sido parte en el procedimiento, bastará su subsanación por la aportación del documento original a que hace referencia la recurrente, esto es acta de comparecencia de la usuaria en el Juzgado con fecha 22 de julio de 2011 en la que se le notifica la ejecución que se acompaña al recurso.

En este sentido hay que hacer dos precisiones, en primer lugar que no es el recurso el medio para subsanar los defectos advertidos en la nota de calificación, ni para la aportación de documentos que el registrador no haya tenido a la vista a la hora de emitir su calificación (artículo 326 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar que del escrito de recurso no se deduce, antes bien al contrario, la conformidad de la recurrente con el defecto señalado si bien acredita que no obstante la titular del derecho de uso tuvo conocimiento del procedimiento.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de marzo de 2015, recogiendo doctrina de otras Sentencias anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 16 de enero 2010), manifestó lo siguiente: «La sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 cuando afronta la cuestión relativa a la reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges parte de una afirmación, cual es que «el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente».

Especialmente, en relación a un supuesto que presenta semejanzas con el que motiva el presente recurso, dice la indicada Sentencia de 6 de marzo de 2015: «Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 del Código Civil y la doctrina de la Sala sobre el mismo, antes expuesta, en un momento en que no existe matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio».

Es decir, en este supuesto lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad.

Sin embargo, afirmado lo anterior, la cuestión no queda totalmente resuelta pues queda por determinar el grado de intervención que ha de tener en el proceso de ejecución el cónyuge a cuyo favor se le ha atribuido el derecho de uso. Si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar, debe entenderse que quien ostenta el derecho de uso resultante de un proceso matrimonial ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. Resolución de 23 de marzo de 2015).

No obstante, en el presente expediente el registrador en el informe manifiesta que «presentado el original o copia auténtica de ese documento judicial que ahora se pretende aportar, no existiría el defecto señalado con el número II en la nota de calificación, al acreditarse los extremos en el mismo señalado», por lo que el registrador lo entendería subsanado, en los términos que resultan de los artículos 326 y 327 de la Ley Hipotecaria, sin que esta Dirección General haga pronunciamiento al respecto.

4. Procede el examen del defecto señalado bajo el número I de la nota de calificación. Como ha quedado expuesto anteriormente, las fincas aparecen gravadas con una primera hipoteca, que posteriormente es objeto de novación ampliándose su responsabilidad, y por otra segunda posterior también a la ampliación practicada. La nota marginal de expedición de cargas se extendió, siguiendo el tenor literal del mandamiento que ordenaba su expedición, al margen de la inscripción de novación y considera el registrador que se ha podido perjudicar a los acreedores posteriores por una defectuosa notificación. En este caso la segunda hipoteca consta inscrita a favor del mismo acreedor.

En los supuestos de ampliaciones del préstamo hipotecario con incremento de responsabilidad hipotecaria, lo querido comúnmente por las partes es la subsistencia de la obligación inicial aunque ampliado su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. artículo 1.204 del Código Civil). Tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surge de su ampliación ya que conduciría al mismo resultado pues, excepción hecha del «quantum», no hay variación en sus elementos esenciales, ni se ha producido una renovación del contrato que le dio vida (cfr. Resoluciones de 17 de enero de 2002, y 14 de marzo de 2009). Por tanto, entre las partes contratantes han de primar los efectos de su voluntad que es establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos previstos en el artículo 1169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularan también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda.

Cuestión distinta es el caso de concurrencia de cargas o de créditos intermedios, que impone la necesidad de que el acreedor titular de los mismos preste su consentimiento al mantenimiento de la prioridad de la hipoteca inicial también para para las cantidades a que se extienda la misma como consecuencia de la novación pactada, por exigencia de los principios

de prioridad y de indivisibilidad de la hipoteca y de las normas imperativas sobre concurrencia y prelación de créditos.

En definitiva, la doctrina de este Centro Directivo no equipara a todos los efectos legales la ampliación de responsabilidad hipotecaria con la constitución de una segunda hipoteca, equiparación que se ha realizado principalmente a efectos del rango de la ampliación cuando existan acreedores o titulares intermedios.

En el supuesto de este expediente, la segunda hipoteca constituida es posterior a la novación de la primera por lo que no hay carga intermedia que provoque la consideración de estas, primera hipoteca y novación, como dos hipotecas diferentes. Por el contrario la novación ha dado como resultado el establecimiento de un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, lo que lleva, de la mano de principio de accesoria, a admitir que la hipoteca, en tanto que derecho real que atribuye a su titular el «ius distrahendi» o derecho a provocar la enajenación forzosa sobre la cosa dada en garantía, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, procesalmente actuará, en vía de principios, de forma unitaria, porque el objeto de la demanda ejecutiva hipotecaria –artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– es la reclamación de una cantidad de dinero y, como queda expuesto, en este caso, contractualmente la novación modificativa ha generado una única obligación modificada en su «quantum» y con un régimen único y uniforme, debiendo el acreedor presentar para la ejecución de la hipoteca además de la copia autorizada e inscrita de la escritura de concesión del crédito original, la copia auténtica inscrita de la escritura de su modificación, constituyendo ambas el título ejecutivo.

No modifica lo anterior el hecho de haberse extendido la nota marginal de la expedición de cargas al margen de la ampliación pues hubiera bastado la personación en el procedimiento del acreedor posterior, objetivo último de la notificación subsiguiente a la expedición de la certificación, para conocer que la demanda incluía la totalidad del préstamo garantizado, dándose además aquí la circunstancia de que el acreedor de ambas hipotecas es el mismo banco por lo que tampoco puede apreciarse indefensión.

En este sentido debe recordarse la posibilidad, recogida en el artículo 555.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acumular procedimientos de ejecución hipotecaria que se dirijan contra los mismos bienes siempre que exista identidad de ejecutante y ejecutado, acumulación que no provoca alteración en la prioridad de las respectivas hipotecas, y que podría tener lugar cuando respecto de alguna de las ejecuciones no se hubiere expedido todavía la certificación registral de dominio y cargas, ya que no se señala momento alguno para su solicitud. En este caso, como el que es objeto del presente recurso, bastaría con acreditar que han tenido lugar los requerimientos de pago y notificaciones permitentes, incluidas aquellas a las que se refiere el artículo 135 de la Ley Hipotecaria, y que no exista indefensión respecto de ningún interesado, operando después las normas registrales en sus estrictos términos.

En consecuencia el defecto debe revocarse.

5. En cuanto al defecto enunciado bajo el número III, en primer lugar debe establecerse, en contra de lo expuesto por la recurrente, que es innegable que la calificación registral debe extenderse al cumplimiento de los requisitos que afecten a la configuración de la hipoteca, pues no en vano la inscripción de ésta es constitutiva y el contenido de la misma determinará

su alcance y eficacia. No puede ser ajeno el registrador en cumplimiento del principio de legalidad al análisis de las limitaciones legales que se establezcan y que afecten directamente a los elementos integrantes de la garantía. No estamos ante una calificación del documento judicial en sí, sino en el marco de la determinación de la cuantía de la que responde la finca gravada con la hipoteca que se ejecuta. En consecuencia será exigible por el registrador el cumplimiento de la normativa legal que como en este caso pretende la protección de los deudores hipotecarios, dándose la circunstancia de que la norma de aplicación se refiere no sólo a las hipotecas que se constituyan con posterioridad a su vigencia sino también a las anteriores. La disposición transitoria segunda 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, establece en su último párrafo: «En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior». Ahora bien, el hecho de que tanto la Exposición de Motivos de la citada Ley como la disposición transitoria transcrita se refieran genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar que se refieren a operaciones de adquisición, no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación. Y conforme a éste han de concurrir dos circunstancias: que se trate de vivienda habitual, y que el crédito hipotecario se concierte para adquirir ésta. Este segundo requisito puede darse aunque la hipoteca se concierte años después de la adquisición de la vivienda, si fuera el caso de que el crédito ahora solicitado lo fuera para pagar parte del precio de adquisición que en su momento quedó aplazado, o para refinanciar el crédito que en su día se solicitó para la adquisición. Pero si, ni del Registro ni de la documentación presentada resulta ninguna de estas circunstancias no puede el registrador oponer como defecto la contravención del límite impuesto por el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de hecho de este expediente, no resulta ni de la nota de calificación ni de la documentación aportada que el préstamo se concediese para la adquisición de la vivienda ni que fuese el domicilio habitual del deudor, si bien el hecho de haberse asignado su uso en procedimiento de divorcio podría ser, al contrario de lo que defiende la recurrente, un indicio de su carácter de vivienda familiar, pero tampoco consta ni se ha reflejado por el registrador en su nota mayor información en ese sentido, por lo que hay que concluir que los requisitos de aplicación del límite señalado en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria no han quedado acreditados.

6. En cuanto al defecto señalado bajo el número IV, en primer lugar en cuanto a la cuestión de la posibilidad del registrador de entrar a calificar la existencia y el destino en su caso del sobrante, no se cuestiona en la calificación el fondo de la resolución ni se pretende la revisión de la adjudicación efectuada, pero debe el registrador comprobar la existencia de sobrante, asegurándose de que la cantidad que ha de entregarse al acreedor por cada uno de los conceptos, principal, intereses y costas no exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria en detrimento de los acreedores posteriores y del dueño de la finca. El artículo 132.3.º y 4.º de la Ley Hipotecaria reconoce la competencia del registrador de la Propiedad para calificar dichos aspectos.

Señala el registrador que ha de desglosarse respecto de cada una de las fincas adjudicadas las cantidades obtenidas en la subasta, es decir 121.300,90 euros y 9.800 euros, en cuanto a los diferentes conceptos de principal, intereses remuneratorios, intereses de demora, y costas, al objeto de que pueda comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada con la garantía hipotecaria. En adición de fecha 20 de noviembre de

2014 se señala que se ha imputado el importe de la adjudicación al pago de los intereses remuneratorios que quedan saldados y el resto al pago de principal, intereses de demora y costas, resultando de dicha imputación que ha quedado una deuda pendiente de abonar de 47.705,10 euros en concepto de resto de principal, 59.915,97 euros en concepto de intereses de demora y a la cantidad de 11.334,37 euros en concepto de costas. No constan en el expediente las cantidades por que responden las fincas por cada uno de estos conceptos con el fin de calcular la existencia o no de sobrante.

Este Centro Directivo ha tenido oportunidad en numerosas ocasiones (vid. «Vistos») de confirmar la competencia del registrador proclamada por el citado precepto, pero también de expresar que su actuación debe acomodarse a las circunstancias del caso concreto de modo que cuando no exista interés protegible no se puede rechazar la inscripción como ocurre en aquellos supuestos en que habiendo sobrante no es preciso depositarlo a favor de acreedores porque éstos no existen o existiendo, son posteriores a la nota marginal de expedición de certificación a que se refiere el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se han personado en el procedimiento (Resoluciones de 12 de abril de 2000 y 20 de febrero y 23 de septiembre de 2002). A igual conclusión hay que llegar en este supuesto en que el acreedor posterior es el propio adjudicatario, aun cuando ceda el remate, pues no puede alegar indefensión ya que su interés es precisamente el protegido.

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

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

Madrid, 8 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 9 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Valladolid n.º 6, por la que se suspende la inmatriculación de una finca en virtud de una escritura de extinción de condominio, previa otra, de liquidación de sociedad de gananciales, partición u adjudicación de herencia.

En el recurso interpuesto por doña A. P. F. contra la calificación de la Registradora de la Propiedad de Valladolid número 6, doña María de la Concepción Molina Serrano, por la que se suspende la inmatriculación de una finca en virtud de una escritura extinción de condominio, previa otra, de liquidación de sociedad de gananciales, partición u adjudicación de herencia.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Valladolid, don Eduardo Jiménez García, el día 21 de mayo de 2014 con el número 1.394 de protocolo, se otorgaron operaciones particionales de liquidación de sociedad de gananciales, partición y adjudicación de la herencia como consecuencia del óbito de don J. L. C. E., ocurrido el día 15 de julio de 1999. En el inventario, a los efectos que interesan en este expediente, figura una casa de una sola planta con almacén y pequeño patio, en una calle de la ciudad de Valladolid. El solar mide una superficie de ciento cuarenta y siete metros cuadrados y tiene una superficie construida de noventa metros cuadrados, de los cuales, ochenta metros cuadrados pertenecen a la casa, y diez metros cuadrados a al almacén. Se distribuye en habitaciones y servicios, y tiene la construcción una antigüedad de más de sesenta años: «Linda, frente con calle de su situación; derecha, entrando, número (...) de la calle (...); izquierda, número (...) de la calle (...); y fondo, terreno público del Ayuntamiento como zona de paso». No consta inscrita en el Registro. El título es, según manifiestan, por compra con carácter ganancial, por justos y legítimos títulos. Además, se incorpora fotocopia de un documento privado que figura suscrito el año 1980, de compraventa hecha por el causante y su esposa, documento que no está liquidado fiscalmente.

Se hace expresión de la referencia catastral y se incorpora certificación catastral, descriptiva y gráfica de la finca, de la que resultan exactamente las medidas mencionadas anteriormente. La citada finca se adjudica en porciones indivisas a la viuda e hijos del causante, en la proporción que les corresponden en atención a la liquidación ideal de la sociedad de gananciales y partición de la herencia del causante.

Mediante escritura autorizada por el mismo notario, de fecha 24 de junio de 2014, con el número 1.776 de protocolo, se otorga extinción de la comunidad sobre la citada finca por la que se adjudica a uno de los hijos y se solicita la inmatriculación de la misma en el Registro.

II

Las referidas escrituras se presentaron en el Registro de la Propiedad de Valladolid número 6 el día 30 de julio de 2014, y fueron objeto de calificación negativa de fecha 12 de agosto de 2014 que, a continuación, se transcribe: «Documento: extinción de condominio Autorizante:

Notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García. Fecha: 24/06/2014. N.º protocolo/procedimiento: 1776/2014. N.º entrada: 3429. Asiento de presentación n.º: 507. Diario: 56. Hechos: Se presenta en el Registro primera copia autorizada de la escritura relacionada otorgada el día 24 de junio de 2014 mediante la que A. P. F., y Sara, María Rosa, José Luis, Sandra y Óscar C. P. disuelven el condominio existente entre ellos adjudicándose una casa de una sola planta con almacén y patio sita en la calle (...) de Valladolid a Óscar C. P., solicitándose su inmatriculación. Se acompaña a la escritura presentada, el título previo de adquisición de los citados condueños de dicha finca, otorgado ante el mismo Notario el día 21 de mayo de 2014 de liquidación de Sociedad de Gananciales, Partición y Adjudicación de Herencia, por la que, al fallecimiento de don J. L. C. E., se adjudican la misma. Igualmente se acompaña el testamento otorgado por don J. L. C. E. el día dos de febrero de mil novecientos noventa y nueve, número 242 de protocolo. Se observan los siguientes defectos: 1.–No es posible realizar correctamente la búsqueda necesaria para determinar si la finca se encuentra o no inmatriculada, al no constar en el apartado “Título” de la escritura de herencia citada, identificadas las personas de quienes adquirió el causante, al constar en el mismo únicamente una relación genérica “Les pertenece por compra, con carácter ganancial, por justos y legítimos títulos, según manifiestan”. 2.–El título presentado, si bien se adecua a lo que disponen los artículos 298 del Reglamento Hipotecario en relación con los artículos 199 párrafo b) y 205 de la Ley Hipotecaria para la inmatriculación de fincas no inscritas, parece un mero título instrumental otorgado por las partes un mes después del título previo, para obtener la inmatriculación de la finca descrita, hecho éste que impide la inscripción como en múltiples ocasiones ha resuelto la DGRN. 3.–Existen dudas fundadas de que la finca que se pretende inscribir esté dentro de la Cañada (...), por lo que para la inmatriculación de la misma es necesario presentar certificación de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León que acredite que la finca en cuestión no invade la citada cañada. Fundamentos de Derecho: Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación –entre otros extremos– a “los obstáculos que surjan del Registro”, a “la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción”, a “las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos” y a “la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad”. El artículo 298 del Reglamento Hipotecario en relación con los artículos 199 párrafo b) y 205 de la Ley Hipotecaria, exigen para la inmatriculación de fincas no inscritas a favor de persona alguna que se presente junto con el título público de su adquisición el título por el que el transmitente o causante acredite la adquisición de la finca que se pretende inscribir mediante documento fehaciente. Las Resoluciones de la DGRN de fechas 21 de mayo de 2007; 26 de julio de 2011; 25 de julio de 2012, y 27 de junio de 2013 establecen que no debe practicarse la inmatriculación al amparo de documentación reveladora de haber sido elaborada a ese sólo efecto. El artículo 2 de la Ley 3/1995, de Vías Pecuarias, establece que las vías pecuarias son bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Por ello existiendo dudas fundadas de que la finca cuya inmatriculación se pretende está dentro de la Cañada (...) una vez vistos los planos del catastro y los que hay en el Registro en la aplicación Geobase, es necesario que la Comunidad Autónoma, propietaria de la Cañada (...), determine si la finca cuya inmatriculación se pretende está o no incluida en la misma. Acuerdo Suspender la inscripción solicitada sin tomar anotación preventiva por defecto subsanable por no haber sido solicitada, en el caso de que la finca cuya inmatriculación se pretende no invada la cañada y denegar la inscripción solicitada en caso contrario. Contra el presente acuerdo (...) Valladolid, doce de agosto del año dos mil trece La registradora (firma ilegible). Fdo.: María Concepción Molina Serrano. De nuevo, el día 17 de diciembre de 2014, se volvieron a presentar las escrituras de extinción de condominio junto con la de operaciones particionales de herencia y una escritura complementaria otorgada en Valladolid ante el mismo notario, don Eduardo

Jiménez García, de fecha 27 de agosto de 2014, número 2.327 de protocolo. Se acompañó, además, una certificación expedida el día 24 de noviembre de 2014 por don J. M. M. F., Vicesecretario general del Ayuntamiento de Valladolid, con el visto bueno de la alcaldesa accidental, relativa a la invasión de terreno público de la finca que se pretende inmatricular. De la citada certificación resulta lo siguiente: “Respecto de las posibles invasiones de la vía pública hay que indicar que: La parcela catastral está ocupando parte del trazado de la Cañada (...), según se indica en la hoja 49 de la serie 4 del PGOU de Valladolid. - En la parte trasera, que según escrituras limita con terreno público, existe un cerramiento ocupado por una especie de jardín y zona para meter el coche, de unos 52 m², que se encuentra ocupando terreno público”. Fueron objeto de calificación negativa, de fecha 18 de diciembre de 2014, notificada el día 19 de diciembre de 2014, que se reitera respecto de los defectos segundo y tercero de la nota anterior y que, a continuación, se transcribe: “Documento: extinción de condominio Autorizante: Notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García. Fecha: 24/06/2014. N.º protocolo/procedimiento: 1776/2014. N.º entrada: 5181/2014. Asiento de presentación n.º: 35. Diario: 57. Hechos: Se presenta nuevamente en el Registro primera copia autorizada de la escritura relacionada otorgada el día 24 de junio de 2014 mediante la que A. P. F., y Sara, María Rosa, José Luis, Sandra y Óscar C. P. disuelven el condominio existente entre ellos adjudicándose una casa de una sola planta con almacén y patio sita en la calle (...) de Valladolid a Óscar C. P., solicitándose su inmatriculación. Dicha escritura se presenta en unión de: El título previo de adquisición de los citados condueños de dicha finca, otorgado ante el mismo Notario el día 21 de mayo de 2014 de liquidación de Sociedad de Gananciales, Partición y Adjudicación de Herencia, por la que, al fallecimiento de don J. L. C. E., se adjudican la misma; complementada ahora mediante escritura autorizada el día 27 de agosto de 2014 por el Notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García, número 2.327 de protocolo mediante la que se hace constar que el citado don J. L. C. E. adquirió la indicada finca por compra a doña G. E. A., don A. y doña M. R. L. C. E. mediante documento privado suscrito el 4 de febrero de 1980, si bien del propio contrato que se incorpora a dicha escritura resulta que “Don A. y doña M. R. L. C. E. venden a don J. L. C. E. y doña A. P. F., que compran los derechos hereditarios que les pudieran corresponder por herencia paterna’ de la casa y corral sitios en Valladolid, calle (...)». El testamento otorgado por don J. L. C. E. el día dos de febrero de mil novecientos noventa y nueve, número 242 de protocolo. Certificación expedida el día 24 de noviembre de 2014 por don J. M. M. F., Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid con el visto bueno de la Alcaldesa accidental doña Mercedes Cantalapiedra Álvarez, relativa a la invasión de terreno público por parte de un cerramiento en la parte trasera de la misma finca. Se observa que: Se ha subsanado el primero de los defectos a que se refiere la nota de calificación por mí extendida el día 12 de agosto de 2014, al haberse podido realizar la búsqueda necesaria para determinar que la finca no se encuentra inmatriculada, tras identificarse las personas de quienes adquirió el causante la finca mediante la escritura complementaria citada. No se ha subsanado el segundo se los defectos de la citada calificación, al no haberse presentado escritura que no parezca un mero título instrumental para lograr la inmatriculación de la finca. No se ha subsanado el tercero se los defectos de la citada calificación, al no ser la certificación ahora aportada el documento que pueda acreditar que la Cañada de (...) no se encuentra invadida por la finca que se pretende inmatricular, siendo necesario presentar, a tal efecto, certificación de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León tal y como se dice en la anterior nota de calificación. Acuerdo Reiterar la nota de calificación por mí extendida el día 12 de agosto de 2014 en cuanto al segundo y tercer defectos en ella identificados en virtud de los mismos Fundamentos de Derecho que constan en la misma, a saber, Resoluciones de la DGRN de 21 de mayo de 2007; 26 de julio de 2011; 25 de julio de 2012, y 27 de junio de 2013 y artículo 2 de la Ley 3/1995, de Vías Pecuarias. Contra el presente acuerdo de calificación (...) Valladolid, dieciocho de diciembre del año dos mil catorce.–La registradora (firma ilegible). Fdo.: María Concepción Molina Serrano».

El día 19 de enero de 2015, doña A. P. F. presentó recurso, que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Valladolid número 6 el día 2 de febrero de 2015, contra la segunda de las notas de calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.–De la certificación del Ayuntamiento resulta que, a juicio del técnico municipal, sólo un cerramiento que se encuentra unido a la finca catastral que se quiere inscribir está en terreno público, no constando que el resto de la finca lo esté. Segundo.–No se ha tenido la idea de otorgar la escritura como título instrumental. En primer lugar se han otorgado las operaciones particionales y, un tiempo después, han decidido extinguir la comunidad, y tercero.–Ante la alegación del registrador de que la finca está en la Cañada, hay que decir que multitud de inmuebles inscritos en el Registro están en ese ámbito de la Cañada y que ésta no está delimitada catastralmente ni definida en el municipio, siendo actualmente la propia Cañada una calle.

IV

El día 4 de febrero de 2015, se comunicó la interposición del recurso al Notario autorizante, sin que, hasta la fecha, se hayan presentado alegaciones.

Mediante escrito, de fecha 13 de febrero de 2015, la Registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1227 del Código Civil; 1.3.º, 18, 34, 38, 41, 145, 199, 205 y 207 de la Ley Hipotecaria; 2 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias; 298 y siguientes del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 2003; 28 de marzo, 21 de mayo, 26, 27, 28, 29 y 30 de julio de 2005; 11 de mayo de 2006; 21 de mayo y 5 de octubre 2007; 8 de junio, 8 de septiembre y 16 de noviembre de 2009; 19 de mayo y 26 de julio 2011; 23 de enero y 30 de octubre de 2012; 9 de mayo y 27 de junio de 2013, y 12 y 29 de mayo de 2014.

1. Plantea este recurso la cuestión de si son suficientes a los efectos de proceder a una inmatriculación de finca, dos títulos otorgados ante el mismo Notario, con un mes de diferencia entre ellos, uno a continuación de otro, en cuya virtud, por el primero, los interesados otorgan operaciones particionales de la herencia de su padre y, por el segundo, disuelven el condominio resultante de aquéllas y se la adjudican a uno de ellos.

La registradora señala como defectos: que la escritura de inmatriculación aparece como un mero título instrumental; existen dudas fundadas de que la finca que se pretende inscribir esté dentro de la «Cañada de (...)».

La recurrente alega que no se ha tenido la intención de otorgar un título instrumental y que según el certificado del Ayuntamiento, sólo el cercado de cierre de la finca está dentro de la Cañada.

2. Empezando por el segundo de los defectos recurridos, relativo a que la finca que se pretende inmatricular invade la Cañada, se acompaña una certificación expedida por don J. M. M. F.,

Vicesecretario general del Ayuntamiento de Valladolid, el día 24 de noviembre de 2014, con el visto bueno de la alcaldesa accidental, relativa a la invasión de terreno público de la finca que se pretende inmatricular. De la citada certificación resulta lo siguiente: «Respecto de las posibles invasiones de la vía pública hay que indicar que: La parcela catastral está ocupando parte del trazado de la Cañada (...), según se indica en la hoja 49 de la serie 4 del PGOU de Valladolid. En la parte trasera, que según escrituras limita con terreno público, existe un cerramiento ocupado por una especie de jardín y zona para meter el coche, de unos 52 m², que se encuentra ocupando terreno público».

Es decir, de esta certificación que se acompaña se deduce que la finca que se pretende inmatricular ocupa parte del trazado de la Cañada y, en la parte trasera, existe un cerramiento que se encuentra ocupando terreno público.

Las vías pecuarias son bienes de dominio público y por ello inalienables, imprescriptibles e inembargables cuya propiedad siempre corresponde a la Comunidad Autónoma. Por esto, la nota de calificación recurrida exigía la presentación de una certificación de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León acreditativa de que la finca cuya inmatriculación se solicita no invade la Cañada. La certificación presentada no es la solicitada en la nota de calificación sino que está expedida por el Ayuntamiento quien no tiene competencia sobre las vías pecuarias ya que según el artículo 2 de la Ley 3/1995, de Vías Pecuarias, las vías pecuarias son bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Pero aun no siendo la certificación del Ayuntamiento la que se había solicitado, dicha certificación reconoce que la finca ocupa parte del trazado de la Cañada y que en su parte trasera se encuentra ocupando terreno público.

En el presente recurso, no estamos ante la inmatriculación de una finca de propiedad privada que linda con dominio público, sino que estamos ante la pretensión de inmatricular una finca que, al menos en parte, ocupa el trazado de la Cañada, de dominio público, y, en su parte trasera ocupa terreno público, por lo que no puede practicarse la inmatriculación pretendida.

Consecuentemente con lo expuesto, se hace innecesario entrar a examinar el primer defecto de la nota de calificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la 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, 9 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.

Resolución de 9 de abril 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 I de Barcelona a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades.

En el recurso interpuesto por el Notario de Torredembarra, don Ricardo Cabanas Trejo, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Barcelona, doña María Dolores Fernández Ibáñez, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de «Dexcaseliva, S.L.», unipersonal, y «Dexcen BF, S.L.», unipersonal.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 28 de noviembre de 2014 por el Notario de Torredembarra don Ricardo Cabanas Trejo, con número 1.877 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos sociales de fusión de las entidades «Dexcaseliva, S.L.», unipersonal (absorbente), y «Dexcen BF, S.L.», unipersonal (absorbida), ambas integradas por la misma persona como socio único que es también el administrador único de las mismas.

Interesa reseñar que en la escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «los referidos acuerdos de fusión no han sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, al haberse comunicado directamente a todos los acreedores dichos acuerdos, en fecha 16 de Septiembre de 2.014, mediante carta certificada con acuse de recibo, habiendo renunciado el socio único en las propias juntas universales a dicha comunicación», y que «Durante el plazo de un mes, contado desde la fecha de las comunicaciones, se hace constar separadamente respecto de cada una de las sociedades, que ningún acreedor de las mismas se opuso a la fusión».

II

El día 29 de diciembre de 2014 se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona copia autorizada de dicha escritura, que fue objeto de la siguiente calificación negativa por la Registradora doña María Dolores Fernández Ibáñez: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 18.8 del Código de Comercio –con la conformidad de los cotitulares–, ha acordado suspender la práctica de la inscripción solicitada, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican. Hechos: (...). Fecha de la calificación: 20/01/2015. Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–En las certificaciones, incorporadas en la escritura, de los acuerdos adoptados por la junta general de cada una de las sociedades participantes en la fusión, celebradas el día 15 de septiembre de 2014, no consta el acuerdo de aprobación, como balance de fusión, el balance correspondiente al último ejercicio, cerrado el 31 de diciembre de 2013, que se mencionan en el expositivo II de la escritura y que constan incorporados a la misma, tal y como se indica en el expositivo VI de la referida escritura. Téngase en cuenta que, aun cuando el balance utilizado como balance de fusión haya sido objeto de una previa aprobación por la junta general, por tratarse

del comprendido dentro de las cuentas anuales (artículo 36.1 de la Ley 3/2009), es necesaria la aprobación del mismo por la junta de socios que resuelve sobre la fusión. Precisamente el consentimiento que implica el acuerdo social conlleva que el balance de cierre de ejercicio sea, además, balance de fusión. (Arts. 36, 37, 40 y 42 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 2014 y de 8 de mayo de 2014). 2.–No resulta de la escritura el contenido de la comunicación individual enviada a los acreedores, en la que es necesario que conste el derecho de los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores; ni figura tampoco la identidad del administrador que suscribe la comunicación. No es suficiente que el documento recoja la manifestación relativa al modo concreto en que se ha llevado a cabo la comunicación individual, en términos que respete las exigencias previstas en el artículo 43.2 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; y a la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación. Además, dicha comunicación ha de contener el derecho de información y el derecho de oposición consagrados en el artículo 43.1 de la Ley citada, único modo de que el registrador pueda verificar que la preceptiva declaración relativa a la inexistencia de oposición, a que se refiere el propio artículo 227.2.2.º del Reglamento del Registro Mercantil, se acomoda a las previsiones legales. (Arts. 43 y 44 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de abril de 2014 y 9 de mayo de 2014). 3.–Si bien en la escritura resulta la manifestación del otorgante, respecto de cada una de las sociedades intervinientes, sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, conforme establece el artículo 227.2.1.ª, inciso inicial, del Reglamento del Registro Mercantil (entendiéndose sustituida la mención del derogado artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas, por el vigente artículo 39 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles); falta, sin embargo, la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43.1 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, según dispone el artículo 227.1.1.ª, inciso final, del Reglamento del Registro Mercantil (entendiéndose sustituida también la remisión al derogado artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas, por el vigente artículo 43 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). (Arts. 43 de la citada Ley y 227.2.1.ª, inciso final, del Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014). Los defectos consignados tienen carácter subsanable. La anterior nota de calificación (...) Barcelona, a 20 de enero de 2015.–El Registrador».

III

Dicha calificación negativa fue notificada al Notario autorizante de la escritura el 20 de enero de 2015 y el 21 de enero se presentó en el Registro Mercantil de Barcelona por vía telemática un escrito suscrito por dicho notario interponiendo recurso contra la calificación notificada. En dicho escrito arguye lo siguiente: «... I.–Completamente de acuerdo con la Registradora en que el consentimiento de los socios manifestado en la junta general se ha extender a que el balance de ejercicio sea, además, el balance de fusión, pero esa circunstancia ya resulta del acuerdo de la junta general. Esta no se pronuncia sobre las circunstancias concretas de la fusión que resultaren procedentes según el art. 31 Ley de Modificaciones Estructurales, sino que aprueba la fusión, en los términos del proyecto de fusión suscrito por el administrador de ambas sociedades. Pues bien, en el apartado 4 de dicho Proyecto, bajo la rúbrica “Balance de fusión”, se indica que serán los balances incorporados como anexos 1 y 2 a dicho proyecto, para cada una de las sociedades participantes. Estos balances constan incorporados en la

escritura, donde el administrador indica que son los balances de ejercicio de cada una de las sociedades. Por tanto, al aprobar la fusión en los términos de dicho proyecto, los socios ya prestan su consentimiento unánime a que los balances de ejercicio valgan como balances de la fusión. No hay necesidad de un acuerdo diferenciado específico sobre tal extremo, como no lo habría para cualquiera otra de las circunstancias necesarias de la fusión, cuando todas ellas resultan del proyecto que se aprueba íntegramente por los socios, e incorpora a la escritura. En este sentido resulta muy revelador el proyecto de Real Decreto del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, en la actualidad en fase de información pública, a propósito del contenido del acuerdo de fusión, de la escritura pública y del propio balance. En relación con la escritura de fusión, el artículo 220.3.º dispone que en la misma habrá de constar, “el contenido íntegro del acuerdo de fusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 222 de este Reglamento”. A su vez, el artículo 222.1 dispone en relación con el contenido del acuerdo de fusión lo siguiente: “el acuerdo de fusión habrá de expresar necesariamente las circunstancias exigidas en el artículo 31 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, que resultaren procedentes, aunque hubiera dispensa del deber de formular y depositar el proyecto de fusión. A estos efectos será suficiente con aprobar el proyecto de fusión si hubiere sido formulado”. Por último, en relación específicamente con el balance de fusión, dispone en el artículo 220.5.º: “el balance de fusión de todas las sociedades que participan en la fusión y, en su caso, el informe de los auditores. En los supuestos contemplados en el artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, y a efectos de dar cumplimiento a lo que se establece en el artículo 45.1 de la misma bastará acompañar el último de los balances aprobados aunque no estuviere auditado”. Ciertamente no estamos ante una norma en vigor, y quizá no llegue a estarlo nunca, pero no debemos olvidar que el nuevo RRM pretende adaptar la norma reglamentaria a las distintas reformas habidas en el plano legal, entre otras a propósito de las modificaciones estructurales, así como a la doctrina reciente de la propia DGRN. Tiene así un evidente interés para deducir las exigencias vigentes de la actual normativa legal, en muchos puntos en desajuste con el RRM de 1996. Pues bien, parece claro que si la fusión se aprueba sobre la base del proyecto de fusión, no es necesario indicar mucho más en el acuerdo. En particular, cuando el proyecto dispone que un determinado balance servirá como balance de fusión, y se trata del balance de ejercicio, es obvio que los socios ya lo aprueban en esos términos al aceptar ese proyecto. Para colmo, en este caso el administrador de ambas sociedades que comparece en la escritura es, además, el socio único de las dos sociedades que se fusionan. Con más claridad no puede constar ese consentimiento. II.—En relación con el tercer defecto, lo que se impugna en este recurso es su configuración como un defecto autónomo e independiente del segundo. El cumplimiento del derecho de información de los acreedores, referido a la posibilidad de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión (art. 43.1 LME), sólo puede entenderse como una puesta a disposición de los mismos de esos documentos, pues sólo así sus destinatarios pueden conseguir el texto que en la misma comunicación se les dice tienen derecho a obtener. Esto supuesto, el cumplimiento de lo establecido en dicho precepto respecto al derecho de información de los acreedores habrá de resultar del contenido de la comunicación que se acredite -o manifieste- a la Registradora para subsanar el segundo defecto, pero no ha de exigir una manifestación independiente en la escritura por parte del otorgante, que sólo resultaría redundante de lo que ya se ha comunicado a los acreedores, y por tanto inútil, salvo que se quiera convertir la escritura en una suerte de compilación de fórmulas sacramentales. De nuevo resulta muy revelador el proyecto citado de RRM que en su artículo 220.4.º, a propósito de los requisitos generales de la fusión, exige que conste en la escritura: “la acreditación de la publicación del acuerdo de fusión en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ y en uno de los diarios de gran circulación de las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio o la manifestación del administrador declarante de que el acuerdo se ha comunicado individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, con indicación de la fecha del envío de la comunicación al último de ellos. En este caso se hará constar en la escritura el procedimiento empleado para asegurar la recepción y su fecha, así como el cumplimiento de lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, de 3

de abril, respecto al derecho de información”. La exigencia específica se refiere al derecho de información, que puede no resultar de una simple comunicación del acuerdo y del derecho de oposición, cuando aquel se omite, pero si la comunicación cumple con esta exigencia informativa, el requisito ya queda satisfecho, y en este caso la registradora así lo demanda en el segundo defecto respecto del contenido de la comunicación. Por eso, una vez se acredite respecto del mismo, no procede una reiteración independiente en la escritura. No tiene sentido disociar un derecho de información, que presupone y exige una puesta a disposición de los documentos, de esa misma puesta a disposición como requisito autónomo que exigiera una manifestación independiente en la escritura. Con buena lógica así lo entiende el proyecto de RRM, que sólo alude al derecho de información, pero la misma conclusión se extrae de la normativa legal en materia de fusión, con independencia de lo que pueda resultar del juego de remisiones del todavía vigente RRM, bastante desfasado en la materia y necesitado por eso de interpretación».

IV

Mediante escrito de 27 de enero de 2015 la registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General, con registro de entrada el día 28 de enero. En dicho informe manifiesta que ha resuelto reformar la calificación respecto del primer defecto y mantenerla en cuanto al tercero. Además, pone de relieve que el notario recurrente nada dice sobre el segundo defecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 43 y 44, de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; los artículos 112, 227 y 228 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de esta Dirección General de 30 de junio de 1993; 22 de marzo de 2002; 3 de octubre de 2013; 10 y 11 de abril, 9 de mayo, 15 de octubre y 5 y 6 de noviembre de 2014, y 19 de enero de 2015.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos de fusión adoptados por las sociedades «Dexcaseliva, S.L.», unipersonal (absorbente), y «Dexcen BF, S.L.», unipersonal (absorbida), ambas integradas por la misma persona como socio único que es también el administrador único de las mismas.

Interesa reseñar que en la escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «los referidos acuerdos de fusión no han sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, al haberse comunicado directamente a todos los acreedores dichos acuerdos, en fecha 16 de septiembre de 2014, mediante carta certificada con acuse de recibo, habiendo renunciado el socio único en las propias juntas universales a dicha comunicación», y que «Durante el plazo de un mes, contado desde la fecha de las comunicaciones, se hace constar separadamente respecto de cada una de las sociedades, que ningún acreedor de las mismas se opuso a la fusión».

El primero de los defectos expresados por la registradora en su calificación, por el que exige que en los acuerdos adoptados por la junta general de cada una de las sociedades participantes en la fusión conste el acuerdo de aprobación, como balance de fusión, del balance correspondiente al último ejercicio, ha sido objeto de reforma por haber acogido la argumentación del notario recurrente sobre el hecho de que, al aprobar la fusión en los términos del proyecto de fusión, los socios ya prestan su consentimiento unánime a que los balances de ejercicio valgan como balances de la fusión.

El segundo defecto no es objeto de impugnación, por lo que únicamente constituye el objeto del presente recurso el tercer defecto, y únicamente, como expresa el notario recurrente, para determinar si la manifestación del otorgante sobre el respeto del derecho de información de los acreedores que se exige al expresar la registradora este defecto es necesaria o si debe entenderse superflua bajo el presupuesto de que se subsane el segundo defecto.

2. Limitado el recurso al objeto antes señalado, debe partirse del hecho de que el notario recurrente manifiesta su conformidad con el segundo de los defectos según el cual la registradora considera que no es suficiente que la escritura de fusión contenga la manifestación del otorgante relativa al modo concreto y la fecha en que se ha llevado a cabo la comunicación individual enviada a los acreedores sobre los acuerdos de fusión adoptados sino que debe resultar de dicha escritura el contenido de dicha comunicación «en la que es necesario que conste el derecho de los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores», y entiende que debe figurar también la identidad del administrador que suscribe la comunicación.

Según el defecto tercero, considera la Registradora que debe manifestar el otorgante que ha sido puesto a disposición de los acreedores el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, conforme a los artículos 43.1 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y 227.1.1.^a, inciso final, del Reglamento del Registro Mercantil.

El Notario recurrente alega que si se acredita que la comunicación individual enviada a los acreedores contiene la puesta a disposición de éstos de tales documentos no es necesario reiterar en la escritura que se ha cumplido efectivamente esa obligación de información.

3. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente (vid. «Vistos»), sobre la importancia que en relación con los derechos de los acreedores tiene el riguroso cumplimiento de los requisitos de procedimiento previstos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Como pusieran de relieve las Resoluciones de 3 de octubre de 2013 y 10 de abril de 2014, en las medidas tuitivas previstas en el ordenamiento se tiene en cuenta que los acreedores no son parte del proceso de fusión. En la medida que la sucesión universal que se produce como consecuencia de la fusión altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, su protección se articula con base en dos derechos fundamentales: por un lado el derecho de información y por otro el derecho de oposición.

Del artículo 43 de la Ley 3/2009 resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria enviada a los acreedores se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado

y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que les corresponde. Este derecho de oposición se puede ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones en los términos previstos en el artículo 44. Por ello, para la inscripción de la fusión es necesario que la escritura recoja la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o por el contrario el hecho de que sí que ha habido oposición (artículo 227.2.2.^a del Reglamento del Registro Mercantil).

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

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

Por lo que se refiere al presente supuesto, de la normativa vigente resulta que no sólo es necesario que la comunicación individual a los acreedores exprese el derecho de los mismos a obtener los documentos necesarios para considerarse respetado su derecho de información sino que se impone, como garantía adicional, que en la elevación a público de los acuerdos de fusión el otorgante confirme que dicha obligación de puesta a disposición de los correspondientes documentos ha sido cumplida. Así el artículo 227.1 del Reglamento del Registro Mercantil exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias, «1.^a La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad (...) de que han sido puestos a disposición de los socios y acreedores los documentos a que se refiere el artículo 242» de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto legal éste que se refería a los documentos informativos a los que se refiere el vigente artículo 43 de la Ley 3/2009. Por ello, aun cuando el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a esta Ley, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el efectivo cumplimiento de la obligación de información impuesta por el citado precepto legal.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada respecto del tercero de los defectos expresados en la misma.

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

Resolución de 9 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Plasencia, por la que se suspende la inscripción de un expediente de dominio con finalidad inmatriculadora.

En el recurso interpuesto por doña R. M. C. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Plasencia, don José Mariano Hernández Daniel, por la que se suspende la inscripción de un expediente de dominio con finalidad inmatriculadora.

HECHOS

I

Mediante testimonio judicial de auto expedido el día 14 de octubre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Plasencia, se solicitó la inmatriculación de una finca en el Registro de la Propiedad de Plasencia.

II

Presentado dicho testimonio en el Registro de la Propiedad de Plasencia con fecha 23 de diciembre de 2014, bajo el asiento número 1326, del tomo 119 del Libro Diario, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos: 1.–Con el número y en la fecha que se indican fue presentado el documento de referencia en el cual se solicita la inmatriculación a favor de doña M. R. M. C. de la finca rústica sita en el paraje Los Rondillos del término municipal de Jerte que manifiestan que es la parcela 368 del Polígono 1 y se encuentra catastrada a nombre de don H. M. G. 2.–Como título de adquisición menciona la herencia de H. M. G. y Herencia de P. M. G., fallecidos el 27 de diciembre de 1988 y el 15 de noviembre de 2006 respectivamente. 3.–No se aportó ningún tipo de documentación distinta con el testimonio del auto y con fecha 12 de euro de 2015 se aportó por doña V. V. C. los datos personales de doña R. M. C. junto con su fotocopia del DNI y también por fotocopia se aportaron las escrituras de adjudicación de herencia de don H. M. G. de fecha 10 de agosto de 1998 otorgada ante el notario de Plasencia don Manuel Gómez Moro y escritura de herencia de doña M. P. M. C. otorgada ante el mismo notario el día 2 de mayo de 2007. Asimismo se acompañaba por fotocopia también la Certificación Catastral descriptiva y Gráfica de la Finca. Vistos: Art 18 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario respecto al alcance de la calificación de los registradores en los documentos judiciales. Art 3 de la Ley Hipotecaria que establece «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos...» Art 199 de la Ley Hipotecaria en relación con el 201 de la misma Ley y 272 y ss. del Reglamento Hipotecario en cuanto a los requisitos a tener en cuenta para tramitar un expediente de dominio sobre inmatriculación de fincas no inscritas. El Registrador que suscribe acuerda suspender la inmatriculación de la finca objeto de este expediente de dominio por observar los siguientes defectos: Primero: En el repetido testimonio del auto no aparece el título material de adquisición sino de una manera muy genérica «herencia de don H. y herencia de doña P...» y este requisito como señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 2013 «el auto del expediente de dominio es el título formal inscribible, pero debe expresar el título material, pues en otro caso faltaría una circunstancia esencial para la

inscripción que determina la validez de la misma y sus efectos.» Segundo: Con fecha 12 de enero de 2015 se ha aportado fotocopia de las escrituras de herencia, independientemente de que conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria tal documentación debería haberse aportado no por fotocopia sino sus copias auténticas y por ello no suplirían la falta observada en el anterior defecto, no obstante examinando las mismas se observa que ni en la escritura de herencia de don H. M. G. ni en la de doña P. M. G. se incluye la finca que es objeto de inmatriculación y por ello no existe realmente un título material de adquisición que, a salvo del examen de los documentos auténticos, resultaría de la escritura de adición de herencia que deberían otorgar las herederas de doña P. M. G. Tercero: Respecto a la certificación catastral descriptiva y gráfica debe aportarse en original por aplicación igualmente de los requisitos del artículo 3 de la LH. A la vista de la documentación que se aporte para subsanar estos defectos se procederá a la nueva calificación: El asiento de presentación se prorroga por 60 días desde que esta resolución sea notificada (Art 323 LH) Calificación sustitutoria: (...) Plasencia, a 12 de enero de 2015. El registrador de la Propiedad (firma ilegible) Fdo. José Mariano Hernández Daniel».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña R. M. C. interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 28 de enero de 2015, en base a los siguientes argumentos: «...Motivos. Primero.–Título suficiente. El Sr. registrador de la Propiedad Inmobiliaria (sic) de Plasencia califica desfavorablemente el contenido del Auto judicial en referido expediente de dominio, por considerar que en dicho auto no aparece «el título material de adquisición sino solo de una manera genérica» (sic). Entre los argumentos que aduce el Sr. registrador está el de que no se aporta ninguna documentación al Registro junto con el Auto para justificar el título y que se aportó posteriormente por una letrada fotocopias de escrituras de aceptación de herencia y certificaciones catastrales. Se dice después que para la inscripción habría de seguirse la figura de la adición de herencia entre las coherederas (...) Pues bien, a la vista de lo que alega el Sr. registrador, nos parece sorprendente que se argumente que para no inmatricular una finca en virtud de un auto judicial firme en un expediente de dominio no se han presentado ante el Registro documentos suficientes para acreditar el título de adquisición o que la descripción del título es genérica, cuando la justificación de la adquisición del dominio ha tenido lugar en un expediente de dominio judicial, que ha concluido en un Auto judicial que de forma clara y meridiana habla del título de adquisición por herencia de don H. M. C. y doña P. M. C., y cuando incluso constan los testamentos de los causante y sus certificaciones de defunción y su certificado de últimas voluntades en las escrituras de las escrituras que se acompañaron al Registro, porque los originales están en el Juzgado. Esto es, parece que el Sr. registrador del Registro de la Propiedad Inmobiliaria de Plasencia pretende fiscalizar la labor realizada por el poder judicial con clara inversión de la legalidad proclamada en nuestro Estado de Derecho, ya que quien controla la función registral es la función jurisdiccional y no a la inversa, y cuando es clara la doctrina de la DGRN al proclamar que el examen registral debe limitarse a aquellos aspectos funcionales del Registro, pero no en lo que afecta a motivos de fondo, ya que «Las facultades calificadoras del Registrador respecto de los documentos judiciales no le autorizan para examinar el fondo de los asuntos ni los fundamentos de las resoluciones, porque con ello invadiría las atribuciones judiciales y realizaría una revisión de los expedientes, cuya decisión es de la privativa incumbencia y responsabilidad del Juez, quien calificará las pruebas por la crítica racional, según expresamente preceptúa el artículo 201 de la repetida Ley, y al resolver declarará justificados o no los extremos comprendidos en el escrito inicial, por auto que será, en su caso, título bastante para la inscripción solicitada» (RDGRN de 25 mayo 1948). Parece también ignorar el Sr. Registrador que el Expediente de dominio para la inmatriculación registral de una finca se ha resuelto por el Auto del Juzgado

de Primera Instancia núm. 4 de Plasencia, que declara justificado el dominio de doña M. R. M. C., con D.N.I. núm (...) sobre la finca descrita en el antecedente de hecho primero de esta resolución adquirida por herencia de don H. M. G., fallecido el 27/12/1988, y por herencia de P. M. G. fallecida el 15/11/2006. Esto es, el Juzgado, después de seguir el trámite procesal reglamentario, citación en forma de interesados, con la práctica de prueba pertinente, entre ella la documental y testifical, dicta Auto por el que declara justificado el dominio sobre por título de herencia. Hay que tener en cuenta que el Juez dicta este Auto después de haber cumplimentado una serie de pruebas: documental, testifical, y después de haber sido citados los colindantes y una heredera. Cumplidas esas pruebas, y con el informe favorable del Ministerio Fiscal, se resuelve acreditado el dominio y se ordena la inmatriculación de la finca. Es evidente que la declaración de justificación de dominio se ha hecho con todas las garantías procesales y judiciales. La resolución judicial es firme. Por tanto, el Sr. Registrador no puede entrar a valorar la labor jurisdiccional del Juzgador que, en un procedimiento tramitado conforme a Derecho, ha llegado a una conclusión que no es discutible por el Sr. Registrador, ya que ello supone excederse de sus competencias. Segundo.—El Sr. registrador de la Propiedad, dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, no tiene en cuenta que el artículo 100 del RH limita la calificación de los Registradores en los documentos expedidos por la autoridad judicial a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio a las formalidades extrínsecas y a los obstáculos que surjan del Registro. En el presente caso, es obvio que el Juzgado de Primera Instancia es competente para resolver un expediente de dominio para reanudación del tracto interrumpido, ya que está amparado en la propia Ley Hipotecaria y en su Reglamento. Asimismo, el Juzgado ha resuelto en función de lo solicitado, esto es, la inmatriculación de una finca averiguando el título y ha llegado a la conclusión que es el título de herencia. Para ello ha llevado a cabo las pruebas documentales y testificales pertinentes, y se ha citado en forma legal a los posibles perjudicados por la inscripción solicitada. Del mismo modo, se ha presentado en el Registro un testimonio judicial comprensivo del Auto, que cumple las solemnidades legales. Por otra parte, a través del expediente del dominio, el Juzgado ha desarrollado su función jurisdiccional, pues, tras la cumplimentación del expediente en rigor, el Juez ha resuelto que consta acreditado el dominio de la actora respecto de la finca en cuestión. A tal fin, son ilustrativos los Hechos segundo, tercero y cuarto, donde explicita el Juzgador el procedimiento seguido, esto es, la citación de todos los posibles interesados y la práctica de las pruebas pertinente. Como consecuencia de todo ello, en el Fundamento de Derecho Único del Auto en cuestión que literalmente dice: «Habiéndose cumplido en la tramitación del expediente las formalidades legales, citándose en forma a todos los en él interesados y publicándose los correspondientes edictos convocando a las personas ignoradas y a quienes pudiera perjudicar la inscripción solicitada, sin que, transcurrido el plazo de las citaciones y convocatoria, compareciera persona alguna oponiéndose a la solicitud, por el solicitante se ha acreditado mediante la prueba la adquisición del dominio de la finca que se describe en el hecho primero de esta resolución, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 609, en relación con el artículo del Código Civil, procede declarar justificado el dominio de la finca por el solicitante». Tercero.—Error de calificación del Sr. Registrador. A la luz del Auto judicial no cabe duda de que el Juzgado ha realizado una escrupulosa labor y ha llegado a la conclusión de que el título de herencia está sobradamente acreditado por lo que ordena la inmatriculación de la finca en cuestión. El Sr. Registrador titular de Plasencia, dicho sea en términos de defensa y de modo respetuoso, no puede cuestionar esta resolución y menos alegar que no aparece el título material de adquisición sino solo de una forma muy genérica. Veamos la quiebra de sus argumentos. a) En primer lugar, ya hemos dicho que está sobradamente claro que el título es por herencia, de doña P. M. G., fallecida el 15/11/2006, que a su vez la había recibido de su hermano don H. M. G., fallecido el 27/12/1988. La descripción es muy concreta. Hay que tener en cuenta que el Auto contiene el resumen de lo actuado por el Juzgado, es una síntesis de todo el procedimiento, y el Juez concluye título de herencia en virtud del art. 609 del CC. Parece ser que el Sr. Registrador quiere confundir título con documento. El título es un derecho

legitimador para adquirir la propiedad, no es ningún documento, por lo que la herencia se transmite por el fallecimiento de una persona y la aceptación de su heredero. Precisamente en este caso, se había omitido esta finca en la primera escritura de partición de herencia y por eso se pretendió su inmatriculación posteriormente. Existen testamentos incluso que acreditan la legitimidad sucesoria y que se aportan al Juzgado. Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 1 de febrero de 1995), en relación con la existencia de título y modo para legitimar la adquisición del dominio, ha consagrado la espiritualización de la traditio y un fortalecimiento, por el contrario, de la causa que fue elevada a la categoría de justo título para adquirir. Si está claro que existe una traditio via herencia, que legitima la adquisición y la dota de justa causa, está sobradamente explicado el título, ya que lo que no se exige es ningún documento material. b) Por otra parte, alega el Sr. Registrador en su nota de calificación que no se han aportados al Registro los documentos que acrediten el título. Parece olvidar el Sr. Registrador que las partes no tienen que justificar con ningún documento la función realizada por el Juzgado, es ante el juez Donde debe acreditarse tal título, y así se ha hecho. Pero, incluso, ante esta petición injustificada del Sr. Registrador de la documentación que justificase el título, se le aportaron fotocopias de las escrituras que menciona el mismo en la nota de calificación. En estas escrituras constan por testimonio notarial: los testamentos de los causantes, certificados de últimas voluntades y partidas de fallecimiento. Además, que el Sr. Registrador debería conocer estos hechos pues en el Registro constan ya las anteriores inscripciones en virtud de tales herencias. Los originales, por supuesto, están en el Juzgado y han servido al Juez para resolver. c) Alega el Sr. Registrador que la nueva inmatriculación se podía hacer por adición de la herencia. Olvida o ignora el Sr. Registrador dos cosas fundamentales: Primera, la adición de herencia de una finca no inscrita no llevaría de forma automática a su inmatriculación, que es lo que se pretende. Y la segunda, es que para otorgar nueva escritura entre diferentes partes obligaría a concurrir todas al acto, y es difícil cuando se vive en distintos lugares o una parte no está interesada en ello porque no le afecta. En consecuencia, la exponente, a fin de procurar la inmatriculación, optó por el expediente de dominio, procedimiento válido y eficaz que resolvía de forma definitiva la inmatriculación de la finca. Por tanto, el argumento del Sr. Registrador de que no procede la inmatriculación por haberse descrito genéricamente el título carece de justificación, pues es claro y meridiano que se describe como herencia en el Auto. El título de herencia es claro y obedece a una causa justa, y se ampara en los artículos 609, 657 y concordantes del Código Civil. Por esta razón el Juzgador, tras la práctica de las pruebas correspondientes, decretó la procedencia y justificación del dominio y, por ende, la inmatriculación de la finca en cuestión. A los motivos anteriores son de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho I) Procedimiento. Permite el recurso gubernativo el art. 324 de la Ley Hipotecaria, que establece que las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de Registros y del Notariado, en la forma y según los trámites que prevén los artículos siguientes. II).-Legitimación. Concorre legitimación en el compareciente, tanto en su condición de persona física, adquirente de la finca, al amparo de lo dispuesto en el art. 325, apartado a), de la Ley Hipotecaria. III).-Trámites. El presente recurso se ha interpuesto dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de notificación de la calificación, y contempla los requisitos que a tal fin exige el art. 326 de la Ley Hipotecaria, designándose a efectos de notificaciones el domicilio del compareciente, que figura en el encabezamiento. IV).-Representación. Resulta de aplicación lo dispuesto, en su caso, en los artículos 1709 y ss. Código Civil, relativos al contrato de mandato. V).-Requisitos Sustantivos. A) Son de aplicación los artículos 744, ss. y concordantes del CC, sobre la herencia y adquisición hereditaria. B) Arts. 348 y ss. sobre la propiedad. C) Arts. 609 y concordantes del CC sobre formas de adquirir el dominio. D) Doctrina de la DGRyN: -Ya la añeja Resolución de 25 de mayo de 1948 declaró que «Las facultades calificadoras del registrador respecto de los documentos judiciales no le autorizan para examinar el fondo de los asuntos ni los fundamentos de las resoluciones, porque con ello invadiría las atribuciones judiciales y realizaría una revisión de los expedientes, cuya decisión es de la privativa incumbencia y responsabilidad del juez, quien calificará las

pruebas por la crítica racional, según expresamente preceptúa el artículo 201 de la repetida Ley, y al resolver declarará justificados o no los extremos comprendidos en el escrito inicial, por auto que será, en su caso, título bastante para la inscripción solicitada». -En el mismo sentido, la Resolución de 5 de julio de 1993 señala que, como establece el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, el Registrador no puede revisar la bondad intrínseca de las decisiones adoptadas por el Juez en el procedimiento seguido, ni tampoco el cumplimiento de cada uno de los trámites procedimentales específicos que la Ley establece en cada caso, si consta ya que en las actuaciones se ha hecho la debida citación a los interesados. Y en este caso consta en la resolución judicial tal citación en forma. -Como ya señalara la Resolución de 31 de diciembre de 1981, el Reglamento Hipotecario en su artículo 100, al fijar los límites de la función calificadora respecto de los documentos judiciales incluye expresamente la competencia del Juzgado o Tribunal que ordena la práctica del asiento, por lo que el examen registral debe limitarse a aquellos aspectos funcionales del Registro, pero no en lo que afecta a motivos de orden privado, por cuanto de otro modo se erigiría el Registrador en defensor de los intereses de estos, que pueden ejercitar en la forma que estimen más oportuna».

IV

El registrador notificó la interposición del recurso al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Plasencia, el cual emitió escrito de alegaciones con fecha 16 de febrero, y suscribió informe el día 12 de febrero de 2015, elevando el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 3, 1216 y 1280 del Código Civil; 3, 9, 18, 199 y 201 de la Ley Hipotecaria; 18, 33, 36, 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario; 33, 34, 51, 100, 272 y siguientes del Reglamento Hipotecario; 71 y siguientes del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 2005, 16 de julio de 2007, 4 de noviembre de 2008, 8 de abril de 2010, 7 de marzo y 8 y 28 de octubre de 2011, 6 de marzo, 11 de junio y 8 de noviembre de 2012, 1 y 3 de junio y 6 de septiembre de 2013 y 23 de abril, 5 de agosto, 27 de septiembre y 15 de diciembre de 2014.

1. Es objeto de este recurso es doble: por un lado, determinar las circunstancias que debe expresar el título judicial de inmatriculación en relación al negocio adquisitivo de los promotores del expediente y, por otro, resolver acerca de la aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica en este medio inmatriculador.

2. Entrando al primero de los asuntos planteados, la doctrina de este Centro Directivo ha expresado de manera reiterada que el título formal objeto de inscripción debe incluir, dentro de las limitaciones o condiciones de cada caso, todas las circunstancias descriptivas y delimitadoras de sujetos, objetos y derechos expresadas en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Esta exigencia, no puede ser objeto de relajación o excepción al tratarse de un documento judicial, ya que deviene imprescindible su calificación al amparo del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que impide la inscripción por motivos que resulten del propio Registro, dentro de los cuales se incluye la insuficiencia de los datos mínimos configuradores

del asiento en relación a los titulares de los derechos, la finca objeto de la inscripción, y de los derechos, condiciones y limitaciones de los mismos. Queda claro a tenor de los artículos mencionados de la Ley y el Reglamento Hipotecarios que en toda inscripción, y máxime en la primera de ellas, ha de expresarse en su totalidad el título de adquisición de los favorecidos por dicha inscripción así como la identificación de sus causahabientes (artículo 9, apartados cuarto y quinto, de la Ley Hipotecaria y artículo 51, apartados noveno, décimo y undécimo del Reglamento Hipotecario).

En el presente caso, el testimonio del auto consigna que la finca objeto del expediente de dominio fue adquirida por su promotor «por herencia de H. M. G., fallecido el 27/12/1998 y por herencia de P. M. G. fallecida el 15/11/2006». No se expresa, ni el porcentaje, cuota o extensión del derecho adquirido de cada uno de los indicados causantes, ni tampoco el régimen de la adquisición. A la expresada relación, el registrador en su nota de calificación obsta la falta de expresión del título material de adquisición, así como la omisión de la finca objeto de inmatriculación de los documentos particionales de los indicados fallecidos.

Analizando la falta de consignación del título material de la adquisición que genera el auto del expediente de dominio a la vista de las resoluciones señalados en los «Vistos», la calificación no puede ser mantenida. La expresión del título judicial, tal y como ha sido examinada, comprende el título sustantivo de adquisición –título hereditario- así como la identidad del causante o causantes. Otras circunstancias relevantes de dicha adquisición, como la identidad o relación del adquirente con los causantes, las cuotas de adquisición en cada transmisión (para determinar una suspensión de efectos frente a terceros, como los previstos en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, aunque irrelevantes en este supuesto por el transcurso de los plazos en él señalados), o el propio carácter de la adquisición podrían haber supuesto verdaderos impedimentos para la inscripción, pero al no haber sido advertidos en la calificación, no pueden ser tenidos en cuenta por este Centro Directivo para resolver este recurso (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

En relación a la no inclusión de la finca en los documentos sucesorios y particionales que luego son acompañados, aunque en mero formato fotocopia, cabe recordar que ello no puede obstar para que los interesados pudiesen justificar sus derechos sobre la misma finca a los efectos de iniciar el correspondiente expediente de dominio, y el examen de dicha circunstancia en consideración al título material aportado supone entrar en la valoración del órgano jurisdiccional a la hora de estimar justificada la pretensión del promotor del expediente, lo cual excede de la función del registrador cuando de documentos judiciales se trata, al suponer una calificación del fallo del tribunal, competencia ésta que no le corresponde valorar a tenor del ya mencionado artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

3. Entrando en la segunda de las cuestiones planteadas en el recurso, este Centro Directivo ha tenido la ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes a la hora de inmatricular una finca (Resoluciones de 8 de noviembre de 2012, 6 de septiembre de 2013 y 5 de agosto de 2014, entre otras muchas). Con independencia del medio inmatriculador utilizado, el artículo 53 de la Ley de 30 de diciembre de 1996 no alberga dudas, y exige dicha certificación plenamente coincidente, sin que ello suponga una calificación del examen judicial del título adquisitivo o de sus pronunciamientos.

Sin embargo, no debemos olvidar en este punto la existencia de un conjunto de deberes de coordinación, colaboración e interrelación entre diferentes administraciones que eviten dilaciones o duplicidades para los administrados, dentro de las cuales los registradores se incluyen entroncados en el Ministerio de Justicia, y concretadas en sus relaciones con el Catastro como registro público en los artículos referidos en los «Vistos» de la legislación del Catastro. La Resolución de 23 de abril de 2014 vino a establecer que «el registrador en su calificación no tiene necesariamente que limitarse a la pura literalidad del artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria en cuanto a los medios o elementos de calificación consistentes en los documentos presentados y en los asientos del Registro sino a su interpretación conforme a la realidad social y a la finalidad y principios del propio Registro como consecuencia del ámbito del procedimiento y tratamiento de datos por la imparable introducción de nuevas tecnologías que hacen insostenible esa pura literalidad del precepto, teniendo en cuenta además los principios de facilidad probatoria y proporcionalidad, así como los constitucionales de eficacia, legalidad y tutela del interés público, que permiten que tenga en cuenta el contenido de otros Registros a los que pueda acceder el registrador por razón de su cargo. Por tanto, aunque se parte siempre del principio de rogación y de la obligación por parte de los interesados de suministrar los documentos que sean necesarios para la inscripción que se solicite, ello no impide que siempre que el registrador de la Propiedad tenga a su alcance determinados medios de otros Registros u Oficinas que sean fácilmente accesibles, pueda utilizarlos, aunque no esté obligado a ello, para facilitar la tramitación del procedimiento registral y aclarar algunos extremos, como ocurre en el presente supuesto en que, aun correspondiendo al interesado acreditar la fecha de la terminación de las obras por cualquiera de los medios que establece el artículo 20.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, si la certificación catastral aportada ofrece algunas dudas sobre un determinado dato, no hay inconveniente en que si el registrador puede acceder fácilmente a los datos del Catastro pueda tenerlos en cuenta en el procedimiento registral para determinar la suficiencia o insuficiencia de la certificación catastral aportada y para decidir si es necesario que el propio interesado complemente la prueba de dicho extremo por cualquiera de los otros medios que establece el citado artículo y cuya aportación corresponde al interesado. Y se confirma este criterio en un ámbito, como el de coordinación del Registro de la Propiedad con el Catastro, en que el propio Texto Refundido de la Ley del Catastro prevé la necesaria colaboración y comunicación tanto de Notarios como de registradores con el Catastro y viceversa, para la mejor realización de sus respectivas funciones (artículos 18.2.º, 33.4 y 36 del Texto Refundido de la Ley de Catastro aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo), como ha ocurrido en este caso, en que es perfectamente compatible que el Notario autorizante haya incorporado a la escritura la certificación catastral obtenida por medios telemáticos con la correlativa facultad de la registradora de la Propiedad de consultar la información catastral, si la tiene a su alcance, para comprobar algunos datos que podrían aclarar la solución adecuada».

En el mismo sentido, como señalara la Resolución de 11 de junio de 2012 mediante una comunicación directa entre el Registro y otros registros públicos, el recurso podría evitarse, y con ello las consiguientes molestias a los usuarios, si el registrador antes de poner la nota, hubiese consultado directamente la información concerniente y se procurase los datos que sean necesarios para practicar la inscripción por cuanto le resultan fácilmente accesibles, pues el principio de rogación registral, en efecto, es perfectamente compatible con el reconocimiento al registrador de un principio de aportación de prueba.

De esta manera el registrador debe favorecer la práctica de la inscripción, siempre que se cumplan todos los demás requisitos del procedimiento registral, tales como rogación, legalidad y especialidad, dentro de sus límites naturales y proporcionales. Como bien ha quedado expuesto por este Centro Directivo, el registrador en su calificación puede e incluso debe

consultar los registros jurídicos o administrativos existentes a su alcance para asegurar la legalidad y validez de los actos susceptibles de inscripción, y esta actuación no debe servir solo para controlar la correcta actuación o la adecuada intervención de un representante o la vigencia de su poder, la situación de un inmueble o sus construcciones, sino también para poder comprobar la adecuación de un documento cuya existencia es solo presunta al haberse incorporado por medio de una fotocopia, a los efectos de favorecer y facilitar la inscripción. La consulta del registrador directamente en un registro administrativo público como es el Catastro le es factible y propia dentro de sus funciones para evitar o justificar una calificación negativa, por lo que debe producirse en los mismos términos y con el mismo alcance para consolidar una calificación positiva.

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

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

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

Resolución de 10 de abril de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Gijón n.º 5, por la que se deniega la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales.

En el recurso interpuesto por doña M. A. D. P. contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Gijón número 5, doña María Paz Pastora Pajín Collada, por la que se deniega la inscripción de una escritura de capitulaciones matrimoniales.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el día 18 de enero de 1984, en Gijón, ante el notario don Tomas Sobrino Álvarez, la recurrente y su esposo otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales por la que pactaron absoluta separación de bienes y se adjudicaron los bienes que constan en el inventario.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Gijón número 5, en unión de instancia con firma legitimada, dicho documento fue calificado con la siguiente

nota: «Calificados conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, los siguientes documentos que fueron presentados en esta Oficina el día 25 de Noviembre de 2.014 bajo el nº de Entrada 3557/2014 y Asiento de Presentación nº 2882 del Diario 79: 1.–Instancia suscrita por doña M. A. D. P. de fecha 13 de Noviembre de 2.014, con su firma legitimada notarialmente por el notario de La Coruña Don José Manuel Laoyos Puente; 2.–Escritura de capitulaciones matrimoniales autorizada en Gijón el 18 de Enero de 1.984 por el Notario Don Tomás Sobrino Álvarez, la registradora que suscribe previo el consiguiente examen de dichos documentos y del historial de la finca 18.619 de la sección 6ª de este registro bajo cuyo nº continuó el historial registral de la finca 2.820 del Archivo Común, ha resuelto no practicar la operación registral solicitada conforme a los siguiente hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Primero.–En la referida instancia, doña M. A. D. P. mayor de edad, con DNI (...) y con domicilio en A Coruña (...) sin que consta su estado civil actual//, «solicita que se complemente la inscripción de la finca sita en esta ciudad inscrita en el Tomo 589, folio 134, finca 2820, con la nota marginal de las capitulaciones matrimoniales que acompaña autorizadas en Gijón el 18 de enero de 1.984 por el Notario Don Tomás Sobrino Álvarez, y otorgadas por ambos cónyuges de conformidad con lo indicado en el artículo 95 del Reglamento del Registro Hipotecario». Segundo.–Mediante la expresada escritura de Capitulaciones matrimoniales, Doña M. A. D. P. y su esposo Don G. G. V., modifican su régimen económico conyugal que era el legal de la sociedad de gananciales regulado por el Código Civil, pactando el de absoluta Separación de bienes; y previo inventario de los bienes que tienen la consideración de gananciales, //entre los que no se inventariaba ningún inmueble y por tanto ninguna referencia se hace a la finca registral antes reseñada//, ambos cónyuges proceden a la disolución de la sociedad de gananciales y se adjudican los bienes que la integran en pleno dominio en la forma que consta en la escritura. Asimismo manifiestan en la letra C del exponen lo siguiente: «que los bienes inventariados y adjudicados son los únicos bienes gananciales. Cualesquiera otros de los cónyuges, aunque presuntivamente pudieran aparecer como gananciales, son privativos de aquel que su titularidad ostente, ya sean de carácter activo o pasivo y ya se trate de muebles, inmuebles, títulos valores, cuentas, depósitos dinerarios, créditos y deudas o cualquier otro, y así expresamente lo reconocen y aceptan ambos otorgantes.» En referida escritura no consta nota alguna de liquidación del Impuestos correspondiente ni se acredita toma de razón de la misma en el Registro Civil correspondiente. Tercero.–Examinado el folio registral de la finca de la que se solicita la nota marginal antes expresada resulta lo siguiente: La finca 2820 del Archivo Común cuyos datos se reseñan en la instancia, continuó su historial bajo el nº 18.619 de la sección 6ª e inscrita en el folio 117 del Libro 314 de dicha sección, Tomo 2793 del Archivo de este registro de la propiedad nº 5, en virtud de la inscripción 1ª de compra de fecha 11 de octubre de 2011. De dicha inscripción resulta que en virtud de Escritura de compra autorizada en Betanzos, el 2 de enero de 1969 por el notario Don Ramiro Prego Meiras, nº 15 de su Protocolo, doña M. A. D. P. asistida de su marido don G. G. V. compró la finca 2820 del Archivo común ya reseñada// hoy finca registral 18.619 de este registro// en precio de quinientas treinta y ocho mil pesetas //3233,45 €// que el vendedor confiesa tener recibido de la compradora, sin que en dicha escritura por ninguno de los cónyuges se realizase aseveración alguna relativa al carácter de la adquisición realizada, ni se acreditase en la forma prevista legalmente, el carácter privativo del dinero satisfecho como precio de la compra o se realizase manifestación acerca de la procedencia del mismo. En consecuencia, el dominio de la finca se inscribió a favor de doña M. A. D. P., casada con don G. G. V., con carácter presuntivamente ganancial, por título de compra, por aplicación de la presunción de ganancialidad establecida en la legislación civil e hipotecaria para estos casos: Art. 1361 C Civil: Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. Artículo 94 R. Hipotecario. 1. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial. Cuarto.–Ahora, se solicita de forma genérica y sin más precisiones, que se complemente la inscripción referida con la nota marginal

de las capitulaciones matrimoniales que se acompañan, de conformidad con lo indicado en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sin que pueda deducirse con claridad en que sentido ha de completarse la misma Fundamentos de Derecho Primero.—No consta por nota en el documento conforme a lo exigido en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria para levantar el cierre registral previsto en el mismo, que el documento haya sido presentado a efectos de la liquidación del impuesto correspondiente en la Oficina Liquidadora competente. Artículo 254. Ley Hipotecaria 1.—Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir. Segundo.—No se acredita la previa toma de razón de la Escritura de Capitulaciones Matrimoniales en el Registro Civil correspondiente por nota al margen de la inscripción de matrimonio, tal y como exige el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, pues el negocio jurídico propio de las capitulaciones matrimoniales se encuentra sujeto a un régimen de publicidad, garantía de terceros, que cohonesto mal con el juego de las presunciones. (artículos 1333 del Código Civil, 77 de la Ley y 266 del Reglamento del Registro Civil, Resolución de 28 de abril de 2005, que impone la indicación de los capítulos en el Registro Civil previa a la inscripción en el Registro de la Propiedad); defecto subsanable Art. 266. Las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones. Sólo se extenderán a petición de interesado. No cabe indicación sobre hecho ya inscrito: la practicada se cancelará de oficio con referencia a la inscripción que tendrá, además del propio, el valor de indicación registral. En la indicación constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación. El título será devuelto al presentante, con nota firmada en la que se consignará el Registro, tomo y folio en que consta la indicación. En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable. Tercero.—No consta el estado civil actual de la solicitante, circunstancia personal exigida por el artículo 51-9 del Reglamento Hipotecario: defecto subsanable Artículo 51. Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9 de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: Novena.—La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas: a) Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten. Cuarto.—En cuanto a la solicitud genérica y sin más precisiones de que se complementa la inscripción referida con la nota marginal de las capitulaciones matrimoniales que se acompañan, de conformidad con lo indicado en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario: no se deduce con claridad de la petición, cual es la pretensión de la solicitante, por cuanto examinado el artículo 95 del Reglamento Hipotecario este se refiere a diversos supuestos y así se desprende de su lectura, pudiendo quizá entenderse referida a la nota marginal cuya constancia se recoge en su nº 6: Artículo 95. 1. Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter. 2. El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública. 3. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta. 4. Si la

privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia. 5. Si la justificación o confesión de privatividad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido. 6. La justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona. Por su parte también el Código Civil en su artículo 1333 permite la inscripción de las capitulaciones en el Registro de la Propiedad así como el artículo 75 del Reglamento Hipotecario en cuanto contengan respecto de bienes inmuebles alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento: Art. 1333.CC En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellas o estos afectaren a inmuebles, se tomara razón en el Registro de la propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria. Art. 75 RH De conformidad con el artículo 1.333 del Código Civil, serán inscribibles en el Registro de la propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos determinados conforme al 95-2 alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 7 de este Reglamento. Por lo tanto o bien se pretende justificar la privatividad del precio satisfecho en la compra con posterioridad a la inscripción conforme al artículo 95-6, //extremo que ha de acreditarse en la forma que resulta del art. 95-2 cuando dice que el carácter privativo del precio de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental publica, lo que no resulta del contenido de las capitulaciones// o bien habría que entender que en las capitulaciones matrimoniales se recoge alguno de los actos transmitivos a que se refiere el 75 del mismo Reglamento como medio de alterar la titularidad presuntivamente ganancial existente hasta este momento, únicamente con base en las manifestaciones realizadas por ambos cónyuges en el apartado letra C de las capitulaciones reseñadas en el segundo de los hechos. El problema se centra, en primer lugar, en averiguar cuál era la voluntad negociada de las partes, a la vista de la escueta, vaga, indeterminada e imprecisa redacción contenida en la escritura. Desde luego no parece que se trate de la confesión de privatividad prevista en el artículo 1324 CC, // cosa por otra parte imposible ya que dicha confesión, que puede referirse al título de adquisición, o al precio contraprestación de la compra es preciso que se realice durante la vigencia del régimen económico de gananciales, lo que no es el caso porque precisamente se acaba de disolver por pacto de ambos cónyuges//, sino de un negocio atributivo de tal carácter privativo al bien adquirido, que tiene característica y efectos diferentes. La confesión de privatividad despliega su eficacia entre los cónyuges, permitiendo durante a vida del confesante que pueda el favorecido por la confesión disponer por sí sólo del bien, pero queda subordinada a la realidad o inexactitud de lo confesado, y por ello no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores. En cambio, con la atribución de privatividad lo que se pretende es que el bien ingrese directamente con carácter privativo en el patrimonio de uno de los cónyuges. Si ha de ser entendida que esa era la voluntad de los cónyuges, puesto que según los artículos 1323, 1355 y 1458 del Código Civil, los cónyuges pueden transmitirse bienes por cualquier clase de título, al igual que en la aportación de bienes a la sociedad conyugal, deberá obligatoriamente expresarse la causa –onerosa, gratuita, etc.–, del desplazamiento patrimonial, la indicación del valor, etc., datos todos ellos que no resultan del contenido del pacto relacionado por cuanto: 1.–Aunque esa doctrina fuera

válida civilmente, no es suficiente a efectos de inscripción, en que no se admiten presunciones, siendo la expresión de la causa necesaria para que el Registrador pueda cumplir su función calificadora adecuadamente. 2) Del carácter oneroso o gratuito de la adquisición depende el juego de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero fundamentalmente porque, como se ha defendido por la DGRN, tras la reforma del Código Civil de 1981, se ha proclamado como principio la libertad de contratación entre los cónyuges (Art. 1323 CC) que posibilita el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos por venta, permuta, donación u otro título suficientemente casualizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización. Señala la importante resolución DGRN de 25 de septiembre de 1990 que, admitido por el art. 1323 CC el trasvase patrimonial de un bien ganancial al patrimonio privativo de uno de los cónyuges por donación, permuta, venta etc. «debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, pueden convenir que éste ingrese de manera directa y 'erga omnes' en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación», siempre y cuando ese negocio conyugal atributivo (independiente del de adquisición) obedezca a una causa que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (art. 1347.3º CC), como sería por ejemplo el derecho de reembolso a que se refiere el Art. 1358 CC. En el bien entendido de que tal negocio atributivo no debe confundirse con la confesión de privatividad del art. 1324 CC. También ha entendido al STS de 19 de diciembre de 1987 que la posibilidad de contratar entre los cónyuges no sólo se refiere a las compraventa y donaciones, admitiendo que la cesión de derechos o el reconocimiento de derechos son modalidades contractuales que pueden ser utilizadas por las partes dentro de su libertad negocial, gracias al permisivismo del art. 1323 del Código Civil. Ahora bien, admitida la posibilidad de realizar atribución del carácter privativo a bienes gananciales, los requisitos que deben acreditarse para la inscripción son dos: a) que se especifique el negocio conyugal atributivo del carácter privativo que es independiente del negocio de adquisición, b) y que tal negocio atributivo obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real como, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1.358 CC, etc. En nuestro derecho, los cónyuges pueden transmitirse bienes por cualquier título, pudiendo, en consecuencia, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, intercambiarse bienes privativos. Pero la liquidación en sí, está dirigida a la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales, por lo que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro no pueden tener como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio, sino que estaríamos ante negocios complejos o incluso independientes de la propia liquidación que requieren de una adecuada documentación. Resolución de 3 de junio de 2006. «La causa de los contratos es un elemento esencial de los mismos. Según la doctrina reiterada de la DGRN, es necesaria la expresión de la causa en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho, la causa es determinante no sólo de la validez del negocio jurídico sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción; por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1.277 del Código Civil, porque aunque se presumiese su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral». En el presente caso se trataría de una defectuosa expresión de un pretendido negocio de atribución al que, en todo caso, faltaría la expresión de la causa. Estas dudas tan importantes y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil, impiden que se pueda proceder a la inscripción sin que se aclare antes la escritura de acuerdo con la verdadera voluntad de las partes y cumpliendo con las prescripciones mínimas antes expresadas. Defecto insubsanable Art. 1275. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Pero para realizar la aclaración de cuál es la verdadera voluntad negocial de los otorgantes, y no pudiendo desconocerse que la inscripción de una finca con carácter presuntivamente ganancial, otorga parte de la titularidad de la misma al

cónyuge del titular registral, o en caso de haber muerto a sus herederos, lo mismo que para rectificar las inexactitudes en las inscripciones derivadas de defectos de los títulos es preciso y necesario, según el artículo 40-d de la Ley Hipotecaria, que concurra el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, en su defecto resolución judicial firme dictada en un procedimiento entablado contra los mismos, para de este modo poder desplegar todos los medios de defensa de los intereses a que se refiere el artículo 24 de la Constitución. En consecuencia la aclaración/rectificación requerida no podría hacerla cualquiera de los cónyuges por sí solo sin intervención del otro cónyuge, o de sus herederos en caso de haber fallecido, a pesar de la autorización que de forma recíproca se conceden en el apartado VI de la escritura de capitulaciones y ello por cuanto tiene carácter insubsanable el defecto alegado en el apartado Cuarto precedente, al carecer la atribución genérica de privatividad efectuada en la misma, de eficacia alguna, conforme al artículo 1275 reseñado. Contra la precedente resolución (...) Gijón a 15 de Diciembre de 2014 El registrador (firma ilegible) Fdo.: María Paz Pastora Pajín Collada».

III

La anterior calificación negativa fue recurrida el día 13 de enero de 2015 por doña M. A. D. P., que presenta escrito contra la calificación negativa que le fue notificada con fecha 16 de diciembre de 2014, en relación a la petición de anotación de nota marginal de la escritura de capitulaciones matrimoniales autorizada en Gijón el día 18 de enero de 1984 por el notario, don Tomás Sobrino Álvarez, protocolo 184, y con relación a la instancia presentada en unión de la misma, respecto a la finca registral 2.820, inscrita al Tomo 589 del Archivo Común, folio 134, que se describe como piso en la ciudad de Gijón. Lo hace en base a los siguientes argumentos: Al calificar negativamente el documento notarial y la instancia, por diversas causas, unas subsanables y otras insubsanables, no se ha cumplido lo que señala el artículo 19 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la posibilidad de subsanar las calificadas como subsanables, y alega que no se le dio la opción de recoger el documento y subsanar la falta, sino que simple y llanamente se le devolvió el documento y se denegó la petición bajo pretexto de que existen otros defectos insubsanables, y que procede, por tanto, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la denegación de la inscripción, para dar a la compareciente la opción y la posibilidad de subsanación. Asimismo, después de realizar la manifestación acerca de la imposibilidad de acompañar al escrito de recurso más documentos que los que se presentaron para calificación, aporta en este momento, en unión del mismo, copia de la certificación de matrimonio de los cónyuges expedida por el Registro Civil, en la que por nota marginal consta anotada la mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales con fecha 23 de noviembre de 1984, a los efectos de acreditar que sí procedía la subsanación del defecto alegado. En cuanto al resto de los defectos subsanables, se alega que la manifestación o no del estado civil de la interesada no era necesaria, puesto que lo que se solicitaba es una anotación marginal y no la inscripción extensa a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, pues en ningún precepto se requiere esa manifestación de estado para obtener una anotación marginal. Y, seguidamente, en relación a la causa calificada como defecto insubsanable en la calificación negativa, en el apartado segundo de los Hechos del escrito de recurso, realiza una serie de alegaciones, basadas en lo siguiente: «Ya en lo referido al defecto insubsanable, la calificación negativa parece que tiene una doble vertiente, por un lado se dice que la petición adolece de una falta de claridad o determinación de aquello que se pide, y por otro lado dice que el contrato cuya inscripción se pretende carece de causa, por la falta de acreditación de la voluntad de los contratantes. En primer lugar, el carácter formal de la petición o si se quiere los términos en que se solicita, no pueden calificarse nunca de defecto insubsanable, puesto que cabe su rectificación a instancia del Registrador, cosa que no se ha producido, pero es que además se está solicitando que se actúa de conformidad con el Art. 95 del RH a fin de anotar

marginalmente la escritura de capitulaciones matrimoniales. La petición está muy clara y es concreta y precisa. El artículo 95.6 del RH señala «La justificación o confesión de la privatividad hecha con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.» La escritura de capitulaciones matrimoniales en el exponen letra C se dice: «...Que los bienes inventariados y adjudicados son los únicos gananciales. Cualesquiera otros de los cónyuges, aunque presuntivamente pudieran aparecer como gananciales, son privativos de aquel que su titularidad ostente, ya sean de carácter activo o pasivo y ya se trate de muebles, inmuebles, títulos valores cuentas, depósitos dinerarios, créditos deudas o cualquier otro, y así expresamente lo reconocen y aceptan ambos otorgantes.» Esto claramente es una confesión del carácter privativo del piso en cuestión, dado que consta con la titularidad de la compareciente y no está incluido en la relación de bienes gananciales. Entra de lleno, por tanto dentro de la calificación y del precepto invocado (Art. 95.6 del RH) La cuestión y denegación realizada por la registradora relativa a la calificación de «presuntivamente ganancial» de la inscripción y de toda la normativa, preceptos de la Ley Hipotecaria, Código Civil, resoluciones de la Dirección de los RN, jurisprudencia y demás argumentos no son aplicables a este caso concreto. El contrato de adquisición del inmueble tuvo lugar en el año 1969 cuando todavía no había entrado en vigor la reforma operada en el Código Civil el 2-5-1977. Es decir, la normativa aplicable era la anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y todos los cambios que a partir de ese momento se introdujeron. Hasta 1977 la mujer casada precisaba licencia marital para la mayoría de los contratos, y en especial a los inmuebles, de conformidad con el art. 61 del CC. En el momento de adquirir el inmueble existían los denominados bienes parafernales, regulados en los artículos 1381 y ss del CC vigente en aquel momento. La ya antigua y tan citada RDGRN de 8-2-1977 decidió la plena facultad de la mujer casada respecto de sus propios bienes, aún cuando esté en régimen de gananciales. Según esta Resolución la mujer casada puede comprar al contado bienes inmuebles por sí sola, bienes parafernales sobre los que la mujer tiene total poder de disposición, fundamente undécimo: «...que de todo lo expuesto hay que concluir que son válidas las adquisiciones hechas por la mujer por sí sola con precio al contado, bien sean para su patrimonio privativo o bien para el ganancial, supuesto este último que será el más frecuente dada la presunción del artículo 1407 del Código Civil y la dificultad de la prueba del origen del precio puesta reiteradamente (le manifiesto por la jurisprudencia, por lo que en este supuesto, al no estar demostrado el carácter privativo del dinero, habrá de practicarle la inscripción de acuerdo con lo dispuesto en el regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.» Si ponemos en relación esta doctrina y normas jurídicas con el caso presente en el que el cónyuge reconoce la privatividad de un bien inmueble en documento, adquirido durante el matrimonio, con licencia marital dada la exigencia en aquel momento, no puede llegarse a otra conclusión que la de que debe accederse a la petición de anotación marginal solicitada».

IV

No consta informe del notario autorizante dada la antigüedad del título.

La registradora emitió informe en defensa de su nota. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, el cual exige su remisión formando parte del expediente, fue entregado testimonio notarial de los títulos por la recurrente.

Asimismo, la registradora elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 9.4ª y 40.d) de la Ley Hipotecaria; 51.9ª y 95.6 del Reglamento Hipotecario; 1361 del Código Civil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 1977, 5 de marzo de 1999, 9 de enero de 2001, 13 de junio 2003, 15 febrero 2005, 13 de mayo y 5 de diciembre de 2006, 17 de noviembre de 2009, 13 de abril de 2011, 28 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014, entre otras.

1. Como cuestión previa, debe indicarse que no aparece expresamente consentido ni impugnado el primer defecto expresado en la calificación conforme al cual «no consta por nota en el documento conforme a lo exigido en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria para levantar el cierre registral previsto en el mismo, que el documento haya sido presentado a efectos de la liquidación del impuesto correspondiente en la Oficina Liquidadora competente». Ante la falta de consignación expresa, debe confirmarse. Conforme al artículo 254 de la Ley Hipotecaria no podrá practicarse ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir. Manifiesta la registradora en su informe que con posterioridad a la interposición del recurso, se ha aportado la escritura en la que ya consta extendida la preceptiva nota de liquidación del impuesto correspondiente, circunstancia que, no obstante, no se tiene en cuenta a los efectos de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Otros defectos, distintos del tema principal que se aborda en el siguiente fundamento de Derecho, están asimismo carentes de una expresión concreta en el recurso, por lo que no se insistirá en su formulación, en cuanto la observada falta de inscripción previa se subsana por la recurrente con la aportación de certificación del Registro Civil y el defecto observado por la registradora, relativo al estado civil es asimismo subsanado a satisfacción de ésta.

Por ello debe abordarse la cuestión principal relativa a si es posible hacer constar por nota marginal, de conformidad con lo indicado en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, el contenido de unas capitulaciones matrimoniales autorizadas en 1984, constando inscrita una finca con carácter presuntivamente ganancial, por compra en escritura autorizada en 1969, a favor de la recurrente, doña M. A. D. P. y su esposo, don G. G. V.

Para su adecuada resolución deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

– Mediante escritura autorizada el día 2 de enero de 1969, doña M. A. D. P. adquirió la finca registral 18.619, asistida de su marido don G. G. V., inscribiéndose en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial.

– Mediante escritura otorgada ante el notario de Gijón, don Tomás Sobrino Álvarez, el día 18 de enero de 1984, los cónyuges, doña M. A. D. P. y don G. G. V., formalizaron liquidación de sociedad de gananciales pactando además el régimen de separación de bienes.

– En la citada escritura de fecha 18 de enero de 1984 no se inventarió la finca registral 18.619 y se manifestó lo siguiente: «C.–Los inventariados y adjudicados son los únicos bienes gananciales. Cualesquiera otros de los cónyuges, aunque presuntivamente pudieran aparecer

como gananciales, son privativos de aquel que su titularidad ostente, ya sean de carácter activo o pasivo y ya se trate de muebles, inmuebles, títulos valores, cuentas, depósitos dinerarios, créditos y deudas o cualquier otro, y así lo reconocen y aceptan ambos cónyuges».

– Ahora se presenta instancia por doña M. A. D. P., que motiva el presente recurso, por la que solicita que se complemente la inscripción de la finca, con la nota marginal de las capitulaciones matrimoniales que acompaña, con lo indicado en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

La registradora, en una extensa nota, califica negativamente dicha solicitud entendiendo, resumidamente, que del texto transcrito no puede deducirse la existencia de una confesión de privatividad y si se tratara de una atribución de privatividad debería expresarse su causa.

La recurrente, resumidamente, entiende que en el apartado transcrito de las capitulaciones se contiene una confesión de privatividad.

2. Ciertamente, antes de la reforma del Código Civil efectuada en 1975 la mujer podía, con licencia marital –que existe en el presente supuesto– adquirir bienes, administrar determinados gananciales (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, refiriéndose a la situación anterior a la reforma de 1975) y, también con licencia, administrar sus propios bienes parafernales. No obstante, entonces, como ahora, tratándose de un bien adquirido a título oneroso por uno de los cónyuges constante matrimonio, el bien se presumía ganancial mientras no se demostrara lo contrario.

Naturalmente, esta presunción puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, si bien, en el ámbito registral, y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. La simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero privativo no es suficiente para destruir a efectos registrales la presunción de ganancialidad, toda vez que, como ya se entendió en la Resolución de 7 de diciembre de 2000, la manifestación hecha ante el notario es prueba documental pública de que tal manifestación se ha realizado, pero no de la realidad de los hechos a que la manifestación se refiere.

Cuestión distinta es que pueda inscribir el bien como privativo de conformidad con los artículos 1324 del Código Civil y 95 del Reglamento Hipotecario, sobre la base de la confesión efectuada con posterioridad a la adquisición de la finca, en un documento público, pues aquella resulta dotada de plena validez, como acto propio vinculante para el confesante; en este sentido, como tiene señalado este Centro Directivo en anteriores pronunciamientos (cfr., por todas, la Resolución de 2 de octubre de 1984), la confesión hace prueba contra su autor y produce todos sus efectos en la esfera interna y frente al propio confesante. Así, mediante dicha confesión, la presunción de ganancialidad queda destruida aunque no con carácter absoluto sino sólo con los efectos relativos que la Ley le atribuye. El propio número 6 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario admite la posibilidad de reflejar en el Registro la confesión de privatividad cuando se hiciera con posterioridad a la inscripción de la adquisición; y, como ha admitido esta Dirección General (Resolución de 27 de junio de 2003), dicha confesión puede realizarse no sólo por el cónyuge del adquirente sino por los herederos de aquél.

Lo que ocurre es que en el presente caso dicha confesión no ha quedado acreditada, y no puede atribuirse virtualidad confesoria –como se pretende en el escrito de recurso– a la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada con posterioridad a la compra, en la que se hace constar, genéricamente, que no existen bienes gananciales, sin referencia alguna al carácter de la finca de que se trata en este expediente. Dada su trascendencia jurídica es necesario que la declaración de confesión sea específica al bien concreto y expresión del carácter privativo del dinero, al objeto de romper la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. A dicha pretensión, además, se oponen: a) La específica naturaleza del procedimiento registral en el que no cabe el desenvolvimiento de la prueba en forma contradictoria, ni se concede al registrador las amplias facultades de apreciación de que goza el juez en los procedimientos declarativos; b) La exigencia de acreditación fehaciente de los actos y negocios que pretenden su acceso al Registro (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria), exigencia que se extiende a todos los extremos del negocio que han de reflejarse en el asiento (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria); c) El rigor de los mecanismos de rectificación del Registro de la Propiedad, en cuanto se precisa el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, subsidiariamente, una resolución judicial firme dictada en juicio ordinario entablado contra ellos (cfr. artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), y d) El alcance «erga omnes» de la presunción de ganancialidad, cuya desvirtuación requiere una prueba satisfactoria y, en su conjunto, suficiente (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994).

Deberá ser el juez, con unos elementos de juicio más amplios, quien deba en su caso considerar probado que el precio con el que se adquirió el bien era privativo de la recurrente como ha señalado abundante doctrina de este Centro Directivo (por todas, la Resolución de 9 de enero de 2001).

Y sin la misma no podrá ser de aplicación al presente supuesto el actual artículo 95.4 de dicho texto que reconduce, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia -lo que aquí no consta- para cualquier acto de disposición, fallecido el confesante, al consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviera.

No constando tal confesión, la rectificación de la inscripción precisará del concurso no sólo de los herederos forzosos del premuerto, sino de sus sucesores. De no ser conseguida esta intervención o consentimiento de forma voluntaria, sería preciso obtener la correspondiente resolución judicial firme, conforme a lo establecido en el artículo 40, apartado d), de la Ley Hipotecaria.

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

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

Madrid, 10 de abril de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.