

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXVIII

■ Núm. 2.166

■ Mayo de 2014



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-14-001-0

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-14-001-0

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXVIII • MAYO 2014 • NÚM. 2.166

SECCIÓN INFORMATIVA

Condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort

Consejo de Ministros. Creación del Consejo Médico Forense

Consejo Médico Forense. Organización

Resoluciones Recursos Gubernativos 1

Resoluciones Recursos Gubernativos 2

MINISTERIO DE JUSTICIA

Condecoración de la Orden de San Raimundo de Peñafort, concedida por Motivos Extraordinarios.

El Ministerio de Justicia ha resuelto la concesión de la condecoración de Orden de San Raimundo de Peñafort, que se relaciona en el Anexo.

El Director de la División de Derechos de Gracia y Otros Derechos, Jorge García-Figueras López.

ANEXO

Cruz Distinguida de 2ª Clase.

Doña Mónica Franco Izquierdo

Nº 1 en la 62ª promoción de acceso a la Carrera Judicial (Orden Ministerial de 29 de abril de 2014)

Don David Pérez García-Patrón

Nº 1 en la 64ª promoción de acceso a la Carrera Judicial (Orden Ministerial de 29 de abril de 2014)



CONSEJO DE MINISTROS

Viernes, 16 de mayo de 2014

JUSTICIA

CREADO EL CONSEJO MÉDICO FORENSE PARA IMPULSAR LA MEDICINA FORENSE

- Impulsará la medicina forense y unificará criterios científicos entre los institutos de medicina legal.
- Se trata de un órgano consultivo de ámbito nacional cuya función principal es el asesoramiento médico forense

El Consejo de Ministros ha aprobado la creación del Consejo Médico Forense, que proporcionará asesoramiento y orientación científica en materia pericial, tanto a las administraciones y organismos públicos, como a los médicos forenses. Además, entre sus funciones se incluye la coordinación entre todos los Institutos de Medicina Legal y el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF), así como con otros organismos internacionales, para mejorar la calidad de la pericia que se presta a los Tribunales.

La constitución de un Consejo Médico Forense es una vieja reivindicación de este colectivo, que ya se plasmó en el Libro Blanco de la Medicina Forense publicado por el Ministerio de Justicia en 1988. Desde entonces, los profundos cambios experimentados en la medicina forense, con la creación de los Institutos de Medicina Legal y la asunción de competencias por parte de algunas Comunidades Autónomas, han reforzado la convicción de la necesidad de un órgano exclusivamente consultivo y de carácter nacional, que sirva de canal de comunicación entre todos los institutos, para que ninguno quede relegado en los avances científicos y tecnológicos propios de su disciplina.

Carácter eminentemente científico

Dado su carácter eminentemente científico, el Consejo Médico Forense estará formado, especialmente, por médicos forenses de los distintos ámbitos científicos y técnicos, aunque también contará con representación de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas con competencias en justicia, así como de otras instituciones, como el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado. Los primeros serán elegidos vocales por elección democrática de los médicos forenses, mientras que las Administraciones designarán a los vocales que les representarán.

El Consejo constará de un Pleno, en el que participarán todos los vocales, y de un Comité Científico-Técnico, compuesto sólo por los vocales médicos forenses. Este último será el encargado de estudiar las propuestas que se debatirán en el Pleno, así como los informes más técnicos relativos a la medicina forense.

Además de homogeneizar los criterios técnicos de actuación de los distintos Institutos de Medicina Legal al elaborar protocolos comunes, el Consejo Médico Forense ofrecerá apoyo y colaboración a los Institutos de Medicina Legal, especialmente a los más pequeños y con menos recursos, para que cuenten con la debida formación y desarrollo con el fin de que no se queden al margen de los avances científicos y técnicos.

MINISTERIO DE JUSTICIA

Organización

Real Decreto 355/2014, de 16 de mayo, por el que se crea y regula el Consejo Médico Forense.

La necesidad de creación de un Consejo Médico Forense aparece recogida ya en el año 1988 en el Libro Blanco de la Medicina Forense publicado por el Ministerio de Justicia.

Desde entonces, se han ido realizando los trasposos de competencias en materia de justicia, si bien, no se han producido en todas las comunidades autónomas, de manera que el mapa competencial de la medicina forense se encuentra actualmente dividido entre las administraciones autonómicas y la estatal.

Por otro lado, la creación de los Institutos de Medicina Legal ha supuesto un importante cambio en la organización y funcionamiento de la medicina forense lo que permite avanzar hacia su modernización y mejora en la calidad de la pericia.

Estos profundos cambios han reforzado la idea de contar con un órgano consultivo a nivel nacional que asesore a administraciones y organismos públicos, oriente científicamente a médicos forenses y establezca la conveniente coordinación entre todos los Institutos de Medicina Legal con el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y con otros organismos internacionales. De esta manera se pretende crear un canal de comunicación entre todos ellos, para que ningún instituto quede relegado en los avances científicos y tecnológicos propios de su disciplina.

A partir de estas premisas y contando con la colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas, el Consejo Médico Forense se constituye como un órgano consultivo y de asesoramiento científico-técnico en materia de medicina legal y ciencias forenses, cuyo último fin es contribuir al logro de una respuesta pericial uniforme y de calidad por parte de los distintos profesionales, quienes tienen encomendada la función de apoyo y auxilio al funcionamiento de juzgados y tribunales y al ejercicio de la función jurisdiccional.

En este sentido hay que matizar que no se trata de un órgano pericial; por ello, no tiene atribuida entre sus funciones la de elaborar informes sobre asuntos que se encuentren bajo la jurisdicción de un concreto órgano judicial, función que corresponde a los Institutos de Medicina Legal, sino que su cometido se enmarca en el asesoramiento de aspectos generales médico forenses con el fin de elevar el nivel de calidad de cuantas pericias se elaboren en este ámbito.

Integran este Consejo representantes de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas, junto con expertos en los distintos ámbitos médico-forenses. Para garantizar un

eficaz funcionamiento y evitar que la lógica burocracia administrativa no impida dar respuesta a problemas científicos que precisan una rápida solución, se estructura en un Pleno, de carácter más institucional, y un Comité Científico-Técnico, sobre el que recaerá la elaboración de las propuestas e informes científicos.

Este real decreto ha sido informado por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las comunidades autónomas afectadas.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, con la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de mayo de 2014,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Creación y naturaleza.*

Se crea el Consejo Médico Forense como órgano consultivo en materia científico técnica dentro del ámbito de la medicina legal y forense, dependiente del Ministerio de Justicia y adscrito a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

En el ejercicio de sus funciones actuará con plena autonomía y emitirá sus informes con carácter no vinculante.

Artículo 2. *Sede y ámbito de actuación.*

El Consejo Médico Forense tiene su sede en Madrid y extiende su ámbito de actuación a todo el territorio del Estado.

CAPÍTULO II

Funciones, estructura y composición

Artículo 3. *Funciones.*

1. El Consejo Médico Forense tiene las siguientes funciones:

a) Asesorar al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias en materia de justicia, al Consejo General del Poder Judicial y a la Fiscalía General del Estado,

en cuantas cuestiones se sometan a su consulta, relacionadas con la medicina legal y forense y con el Cuerpo Nacional de Médicos Forenses.

b) Emitir informe sobre aquellas cuestiones de carácter científico-técnico que le consulten los Institutos de Medicina Legal u otros organismos e instituciones públicas en el ámbito de la medicina legal y forense en materia pericial, docente, divulgativa y de investigación y calidad.

c) Impulsar la coordinación, comunicación e información de los Institutos de Medicina Legal entre sí y con la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y con el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, a fin de divulgar y aplicar los conocimientos y avances tecnológicos que se produzcan en el ámbito de la medicina forense, promover la armonización del servicio médico forense y el desarrollo de esta rama de la medicina como ciencia práctica y de investigación, con el propósito de lograr la máxima garantía efectiva de la actividad médico-forense en todo el territorio del Estado.

d) Promover la generación de procedimientos, proyectos y programas de calidad y de investigación para todos los Institutos de Medicina Legal.

e) Colaborar en los planes de formación inicial y continuada de los médicos forenses y remitir al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias en materia de justicia, las propuestas que estime oportunas en materia de planificación de la formación de los médicos forenses.

f) Impulsar la especialidad en medicina legal y forense en el ámbito de los Institutos de Medicina Legal.

g) Atender e informar, en su caso, las consultas planteadas por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses en el ámbito científico.

2. Para el ejercicio de sus funciones podrá contar con la colaboración de los Institutos de Medicina Legal, así como con la del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

3. El Consejo Médico Forense también podrá:

a) Mantener relaciones con otros organismos nacionales o internacionales en cuanto interese a la actividad médico forense.

b) Asesorar a los juzgados, tribunales y al Ministerio Fiscal sobre las pruebas periciales más idóneas a practicar en los casos de especial dificultad o relevancia, o sobre los organismos competentes que puedan realizarlas, asesoramiento que se encauzará por medio de los representantes de las carreras judicial y fiscal que forman parte del Pleno.

4. En ningún caso ostentará competencia para efectuar directamente pericia alguna.

5. El Consejo Médico Forense elaborará anualmente una memoria sobre las actividades desarrolladas en cumplimiento de sus funciones, que el Ministerio de Justicia publicará en el primer semestre del año siguiente.

Artículo 4. Estructura del Consejo Médico Forense.

1. El Consejo Médico Forense es un órgano colegiado que funcionará en Pleno y por medio del Comité Científico-Técnico. A este comité le corresponde el estudio y propuesta de todos los asuntos de carácter científico.

2. Excepcionalmente, podrá solicitarse la colaboración y asesoramiento de órganos, instituciones o de terceras personas como personal experto quienes podrán asistir a las reuniones con voz pero sin voto.

Artículo 5. Composición del Pleno.

1. El Pleno del Consejo Médico Forense estará integrado por los siguientes miembros:

a) Un presidente, cargo que recaerá sobre quien ostente la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y que podrá ser sustituido por la persona titular de la Subdirección General de Organización y Coordinación Territorial de la Administración de Justicia.

b) Tres representantes de las comunidades autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia en régimen de rotación anual, que representarán al resto y que ejercerán, también rotatoriamente, la Vicepresidencia. Los criterios de designación y representación se incorporarán a las instrucciones a que se refiere el artículo 7.6 y podrán incluirse en el reglamento de régimen interno.

c) Siete médicos forenses electos, con experiencia acreditada, que se distribuirán por ramas de la medicina forense según el siguiente desglose:

1.º Dos para Patología Forense.

2.º Dos para Clínica Forense.

3.º Dos médicos forenses que se especializarán en el asesoramiento de cuestiones de laboratorio forense y organizativas de los Institutos de Medicina Legal y de la medicina legal.

4.º Un médico forense que ostente la Dirección de un Instituto de Medicina Legal, quien presidirá el Comité Científico-Técnico.

d) Un representante del Consejo General del Poder Judicial, cargo que recaerá en la persona que dicho órgano constitucional designe.

e) Un representante del Ministerio Fiscal, perteneciente a la carrera fiscal, designado por el Fiscal General del Estado.

f) La persona que ostente la Dirección del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

g) Un funcionario de carrera del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, designado por el Ministerio de Justicia.

h) Un funcionario del subgrupo A1, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, que actuará de secretario, con voz y voto.

2. Los directores de los Institutos de Medicina Legal no comprendidos en los apartados anteriores, podrán ser convocados por el Ministerio de Justicia o la comunidad autónoma de la que dependan.

3. En caso de ausencia o de enfermedad y en general cuando concurra una causa justificativa, los miembros titulares serán sustituidos por sus suplentes.

4. Los representantes de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes que sean designados miembros del Consejo Médico Forense, se designarán de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Artículo 6. *Composición del Comité Científico-Técnico.*

1. El Comité Científico-Técnico estará formado por los vocales que figuran en las letras c) y g) del apartado 1 del artículo anterior.

2. Además formará parte del Comité Científico-Técnico quien ostente la Secretaría del Pleno, que también lo será del Comité Científico-Técnico. Esta función podrá ser ejercida por sustitución por el miembro del Comité que designe el Presidente del Consejo.

Artículo 7. *Elección de los miembros del Comité Científico-Técnico.*

1. Los integrantes del Comité Científico-Técnico a que se refiere el artículo 5.1.c), serán elegidos democráticamente de conformidad con lo siguiente:

a) La Presidencia lo será de entre los directores de los Institutos de Medicina Legal.

b) Los médicos forenses elegidos por cada rama, lo serán de entre todos los médicos forenses en activo.

c) Los otros dos médicos forenses que se especialicen en cuestiones de laboratorio forense y ordenación médico forense serán elegidos entre quienes ostenten o hayan ostentado la Dirección, Subdirección o Jefatura de Servicio de un Instituto de Medicina Legal, de un Instituto Anatómico Forense o de una Clínica Médico Forense, con experiencia acreditada de al menos cinco años en el desempeño de esos puestos.

2. Son electores todos los funcionarios de carrera del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que a la fecha de la elección hayan tomado posesión de su plaza y se encuentren en situación de servicio activo.

3. Son elegibles los funcionarios de carrera del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que lleven diez años de servicios efectivos prestados en el mismo y acrediten especial cualificación profesional de la actividad relacionada con el puesto, atendiendo a méritos objetivos de formación, docencia e investigación según los criterios que se establezcan en la convocatoria. No podrán ser elegibles quienes hayan sido sancionados, salvo que se haya producido la cancelación de la anotación correspondiente a dicha sanción.

4. El censo de médicos forenses será elaborado por la Subdirección General de Medios Personales al Servicio de la Administración de Justicia y los respectivos órganos de las comunidades autónomas con competencia en materia de justicia y se publicará en el portal de la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia y, en su caso, los de las referidas comunidades autónomas.

5. Los integrantes del Comité Científico-Técnico serán elegidos por un período de cinco años.

6. Por resolución del Director General de Relaciones con la Administración de Justicia se aprobarán las instrucciones que regulen la primera elección de los miembros del Comité Científico-Técnico, de acuerdo con lo establecido en este artículo. En caso de que sean ratificadas por el Pleno, podrán incorporarse al reglamento interno del Consejo para la regulación de sucesivas elecciones.

Artículo 8. *Remuneración por el desempeño de funciones.*

Los miembros del Consejo Médico Forense, al igual que los expertos que fueren convocados, no percibirán remuneración alguna por el desempeño de sus funciones.

CAPÍTULO III

Régimen de funcionamiento

Artículo 9. *Normas de funcionamiento.*

Además de lo establecido en este real decreto y sus normas de desarrollo, el Consejo Médico Forense se regirá por lo establecido en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tanto el Pleno como el Comité Científico-Técnico podrán elaborar sus propias normas de régimen interno.

Artículo 10. Reuniones del Pleno del Consejo Médico-Forense.

1. Con carácter general, el Pleno del Consejo Médico Forense se reunirá una vez al año y, extraordinariamente, cuando lo decida la Presidencia teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones del Comité Científico-Técnico y de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.

2. Las reuniones se convocarán por la persona que ostente la Secretaría por orden de la Presidencia y se comunicará su celebración a sus miembros por medios electrónicos con una antelación mínima de diez días. La administración responsable concederá y facilitará las autorizaciones para desplazamientos necesarios.

3. Para que sea válida la constitución del Pleno a efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos se requerirá la presencia de la Presidencia y de la Secretaría o, en su caso, de quienes los sustituyan y de la mitad al menos de sus miembros.

4. Para que sean válidos los acuerdos del Pleno del Consejo se necesitará el voto favorable de la mitad más uno de los asistentes y en caso de empate decidirá con su voto la Presidencia.

5. De los informes y propuestas emitidos por el Pleno del Consejo se dará la publicidad que se acuerde en cada caso por el propio Pleno.

6. Todas las comunicaciones oficiales del Consejo Médico Forense, tanto del Comité Científico-Técnico, como del Pleno, se realizarán por medio de la Secretaría.

Artículo 11. El Comité Científico-Técnico.

El Comité Científico-Técnico realizará los estudios e informes científicos y preparará los asuntos y documentos que se presentarán al Pleno para su debate y aprobación.

Las reuniones presenciales habrán de ser autorizadas por la Presidencia del Consejo.

Artículo 12. *Acuerdos del Consejo Médico Forense.*

1. La difusión y traslado de los acuerdos adoptados por el Consejo Médico Forense se realizarán por medio de la Secretaría del Pleno. Previamente a su difusión externa, estarán a disposición de los miembros del Consejo durante el plazo que se establezca en el reglamento de funcionamiento interno.
2. Se adoptarán las medidas necesarias que garanticen que todos los funcionarios en activo del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses tengan conocimiento de los acuerdos referidos a cuestiones que les afecten, salvo que el asunto estudiado se haya calificado expresamente como confidencial.

Artículo 13. *Uso de las nuevas tecnologías.*

1. Las comunicaciones del Consejo, así como las realizadas en cumplimiento de lo establecido en los artículos 10 y siguientes de este reglamento, se realizarán, preferentemente, por medio de correo electrónico.
2. Para mayor agilidad el Consejo podrá celebrar sesiones y adoptar acuerdos sin necesidad de celebrar sesión presencial en la forma que se establezca en las normas de régimen interno.
3. La Presidencia y la Secretaría impulsarán esta vía de comunicación, así como el uso de videoconferencias, internet y cualesquiera otros medios electrónicos como regla general de actuación a fin de facilitar y agilizar el funcionamiento del Consejo.

Disposición adicional única. Dotación de medios.

El Ministerio de Justicia habilitará los medios necesarios, personales y materiales, para la organización y funcionamiento del Consejo Médico Forense, lo que no supondrá incremento alguno del gasto público.

Disposición final primera. Habilitación normativa.

Se habilita al titular del Ministerio de Justicia para el desarrollo y ejecución de lo previsto en este real decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, el 16 de mayo de 2014.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Justicia,
ALBERTO RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ

RECURSOS GUBERNATIVOS

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

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

HECHOS

I

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

II

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

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

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

III

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

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

II

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

III

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

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

IV

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

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

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

II

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

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

III

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

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

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

II

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

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

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

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

III

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

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

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

II

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

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

III

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

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

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

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

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

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

II

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

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

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

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

III

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

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

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

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

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El defecto debe ser confirmado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

II

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

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

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

III

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

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

IV

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

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

V

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

II

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

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

III

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

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

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

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

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

El defecto debe ser confirmado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HECHOS

I

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

II

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

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

III

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

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

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

RECURSOS GUBERNATIVOS

Resolución 1ª de 27 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Motril n.º 1, por la que se deniega la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio de reanudación de tracto y de exceso de cabida.

En el recurso interpuesto por don A. C. J. y doña E. R. L. contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Motril número 1, don Pablo de Angulo Rodríguez, por la que se deniega la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio de reanudación de tracto y de exceso de cabida.

HECHOS

I

Mediante auto de 22 de octubre de 2012 dictado en expediente de dominio exceso de cabida 143/2010 por la juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Motril, doña María José Pistón Reyes, se acuerda declarar justificada la mayor cabida de la finca registral número 155 del término municipal de Itrabo así como la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre la misma a favor de don A. C. J. y doña E. R. L. En el antecedente de hecho primero de la resolución judicial se hace constar que el procurador presentó escrito instando la incoación de expediente de dominio para la reanudación del tracto alegando, en lo que aquí interesa: el hecho de que su representado, don A. C. J., en virtud de contrato de compraventa de 20 de noviembre de 1961 adquirió de doña A. M. C. para su sociedad de gananciales la finca de referencia; que el contrato de compraventa se otorgó hace más de cuarenta y cinco años, no siendo posible otorgar escritura pública porque la parte vendedora presumiblemente falleció hace años; y que al no haber tenido acceso al Registro la adquisición, se produjo una interrupción en el tracto sucesivo de la misma.

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Motril número 1 testimonio del referido auto, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Entrada n.º 5057 del año: 14/11/2013 Asiento n.º 115 Diario: 86 Presentado el 14/11/2013 a las 13:37 Presentante: Doña D. S. C. Interesados: Don A. C. J. y doña E. R. L. Naturaleza: Documento judicial Objeto: Expediente de dominio para reanudación de tracto y exceso de cabida Procedimiento n.º 143/2010 de fecha 22 de octubre de 2012 Autoridad judicial: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Motril Pablo de Angulo Rodríguez, Registrador de la Propiedad de Motril número uno, (Granada), de conformidad con los artículos 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, notifico la siguiente calificación negativa acordada hoy: Hechos 1. Presentado en este Registro por doña D. S. C. el día catorce de noviembre de dos mil trece, bajo el asiento 115 del Diario 86, entrada número 5.057, testimonio expedido por doña M. J. M. A., Secretaria Judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número dos de Motril, del auto dictado con fecha veintidós de octubre de dos mil doce, por doña María José Pistón Reyes,

Magistrada Juez del referido Juzgado. Se acompaña fotocopia de Certificación Catastral Descriptiva y Gráfica de la parcela 374 del Polígono 6 Loma Tejar, de Ítrabo y carta de pago de autoliquidación del impuesto. 2. En el expositivo de los hechos del auto referido se hace constar que don A. C. J. en virtud de contrato privado de compraventa de 20 de noviembre de 1961 adquirió de doña A. M. C. para su sociedad de gananciales una suerte de tierra de secano en el término de Ítrabo que se identifica como: Rústica, suerte de tierra de secano, actualmente dedicada al cultivo, en el municipio de Ítrabo, provincia de Granada, paraje de Loma Tejar, en el Polígono número 6 parcela número 374, con una superficie de ocho mil cuarenta y cinco metros cuadrados..., inscripción en el Registro de Ítrabo con el número 155. 3.–La finca registral número 155 del Ayuntamiento de Ítrabo se encuentra inscrita a favor de la transmitente doña A. M. C. por título de donación según la inscripción 1ª de dicha finca al folio 207 del Tomo 45, Libro 2 de dicho Ayuntamiento, con una superficie, según dicha inscripción, de cuatro mil doscientos veintisiete metros, treinta decímetros cuadrados. En la Certificación Catastral Descriptiva y Gráfica de la finca que se acompaña se le asigna una superficie de suelo de ocho mil cuarenta y cinco metros cuadrados. 4.–En la parte dispositiva del Auto se declara justificada la mayor cabida de la finca descrita en el antecedente de hecho primero de la resolución en cuya descripción registral deberá hacerse constar que dicha finca ocupa una superficie de ocho mil cuarenta y cinco metros cuadrados, así como la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre la misma a favor de don A. C. J. y doña E. R. L., haciendo constar sus D.N.I. Fundamentos de Derecho I. Por lo que se refiere a la reanudación del tracto sucesivo, se aprecian los siguientes defectos: I. Es condición esencial para la inscripción de un expediente de dominio seguido para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido que dicha interrupción realmente se haya producido (artículos 200 y 202 LH), situación que viene además interpretando restrictivamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN, así en Resoluciones de 1 de noviembre de 1990, 12 de marzo de 1999, 7 de enero de 2000, 18 de marzo de 2000, 27 de julio de 2001, 1 de abril de 2003, 15 de noviembre de 2003, 5 de noviembre de 2004, 12 de mayo de 2005, 24 de febrero de 2006 y 14 de junio de 2007), en atención al carácter excepcional de este medio de inscripción respecto de los principios hipotecarios de consentimiento, legitimación y legalidad, contemplados en la legislación hipotecaria (artículos 3, 38 y 40 LH), quedando sujeta a la calificación registral la congruencia del mandato judicial con el procedimiento seguido de acuerdo con el artículo 100 RH, sin que ello signifique en absoluto entrar en la consideración de la validez, corrección o justicia de la decisión judicial, pese al singular título de adquisición que contempla. Sin embargo, del contenido del auto testimoniado resulta que en este caso no se ha interrumpido realmente el tracto sucesivo de la finca, circunstancia esencial para la inscripción de conformidad con el artículo 274.2º RH, constando solo la falta de inscripción de un documento privado de compraventa celebrado entre don A. C. J. y doña A. M. C., titular registral de la finca, siendo así que, como ha señalado la DGRN en las Resoluciones citadas, no cabe acudir al expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, cuando no existe propiamente interrupción del tracto, lo cual ocurre en supuestos como el presente en los que el promotor del expediente trae causa directamente del titular registral, o incluso cuando adquirió de los herederos del titular registral, o en general cuando existen o pueden existir los títulos intermedios que justifican la titularidad civil extrarregistral a su favor, debiendo en tales supuestos procederse a la rectificación del Registro mediante el acceso de la nueva titularidad en virtud del consentimiento del titular registral o por resolución judicial firme dictada en procedimiento entablado contra el mismo o, en su caso, sus herederos. En resoluciones de 9 de octubre de 2000 y 19 de abril de 2012, la DGRN reitera que este expediente no es el medio apropiado para rectificar el Registro, si no existe una auténtica interrupción del tracto, al ser los promotores del expediente herederos de quien adquirió, por documento privado, del titular registral; dado que los herederos suceden al causante en su posición jurídica, no hay más que un eslabón en el tracto que está interrumpido, la compra en documento privado. En supuestos como el presente, por tanto, la vía procedente para

hacer constar en el Registro la titularidad de los promotores es la elevación a público, voluntaria o en procedimiento declarativo, de la venta que el titular registral realizó a favor del promotor, con intervención de los causahabientes de aquellos intervinientes que en su caso hubieren fallecido. 2. No se expresa en el auto el estado civil del comprador don A. C. J. en el momento de la compraventa de la finca, ni las circunstancias personales del adquirente/es, tan solo se transcriben los DD.NN.II. de los esposos, siendo circunstancias esenciales que precisa el Registrador para su calificación y constancia registral, y determinante de cuales sean los efectos jurídicos de la inscripción, de acuerdo con los artículos 9 y 18 LH y 51 RH. En este sentido el artículo 9, 4 LH establece que en toda inscripción que se haga en el Registro de la Propiedad deberá constar «...». El párrafo 1º del artículo 21 LH establece que «...». El nuevo párrafo 2º del artículo 254 LH, introducido por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Ley 36/2006, de 29 de Noviembre dispone que «no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquéllos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen». El artículo 51, apartado 9, letra a), RH, determina las circunstancias con que ha de identificarse la persona a cuyo favor vaya a practicarse una inscripción, que deberán tomarse del título en cuya virtud se extienda la misma según el apartado 8º del mismo artículo 9. Entre tales circunstancias identificativas no constan en el título presentado la mayoría o no de edad, el N.I.F., domicilio y estado civil en el momento de la adquisición, de cada uno de los promotores. 3. Tampoco consta en el auto referencia alguna a la situación arrendaticia de la finca, siendo necesaria ya que la transmisión de la misma se produce por contrato de compraventa sería de aplicación el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, conforme al cual el transmitente debe declarar si la finca se halla o no arrendada a los efectos de la posible existencia de derechos de tanteo y retracto (apartado 4). Si la finca estuviere arrendada, debería además acreditarse que se han efectuado las notificaciones exigidas por los apartados 2 y 3 del mismo precepto. En los casos de adquisición por ejecución forzosa, y en expedientes de dominio, dicha declaración puede efectuarse por el adquirente de la finca, sea el adjudicatario o el cesionario del remate, admitiendo la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 19 y 20/11/1987 y 05/11/1993, que pueda realizarse mediante instancia con firma legitimada por notario o ratificada ante el registrador. 4. El Auto dictado no dispone la cancelación de la inscripciones contradictorias de la finca cuyo tracto hubiera de reanudarse, según exige el artículo 286 RH, requisito preciso para su inscripción según el constante criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 07/03/1979, 29/08/1983, 24/01/1994, 04/10/2004). II. En cuanto a la inscripción del exceso de cabida de la finca, se advierten los siguientes defectos: I. El expediente de dominio para la inscripción del exceso de cabida no ha sido promovido por el titular registral del dominio de la finca, ya que la denegación de la inscripción del auto presentado en cuanto a la reanudación del tracto sucesivo sobre la finca, priva al promotor del expediente de la legitimación registral. El Artículo 287 del Reglamento Hipotecario, establece: «Si el expediente de dominio tuviere por objeto hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas, se acreditará que éstas se hallan inscritas a favor del que promueva el expediente mediante certificación literal de la última inscripción de dominio, a la que se añadirá, si no figura en la misma, la descripción actual de la finca...». 2. Según resulta del Asiento 775 del Diario 67 de este Registro, don A. C. J. presentó con fecha 30 de Septiembre de 2.009, instancia por él suscrita con fecha 23 de Julio de 2009 para expedición de Certificación de la finca registral número 155 del Ayuntamiento de Ítrabo, no constando en dicha solicitud que la certificación tuviera como objeto la tramitación de un expediente de dominio, lo que impidió al Registrador que en el momento de su expedición advirtiera de las dudas existentes en cuanto a la identidad de la finca, ya que existe un lindero fijo (polígono 6 parcela 9099, Camino de Tejar, Ítrabo)

que en la descripción registral aparece en el Norte, mientras que en el Auto y en la Certificación Catastral Descriptiva y Gráfica que se acompaña consta situado al Sur de la finca. Acuerdo En virtud de lo anteriormente expuesto: I. Deniego el asiento solicitado por cuanto no existe realmente interrupción del tracto sucesivo por ser el promotor del expediente adquirente directo del titular registral, lo que constituye un defecto insubsanable que conduce a la denegación de la inscripción. II. Asimismo se aprecian los siguientes defectos subsanables, que determinarían la suspensión de la inscripción si se revocara el precedente defecto: A. No constan en el título presentado las siguientes circunstancias identificativas de cada uno de los promotores: la mayoría o no de edad, domicilio y estado civil en el momento de la adquisición. B. El auto dictado no dispone la cancelación de las inscripciones contradictorias de la finca cuyo tracto hubiera de reanudarse. C. Siendo el título de adquisición del promotor del expediente el de compraventa, es preciso declarar si la finca se halla o no arrendada a los efectos de la posible existencia de derechos de tanteo y retracto, y si lo estuviere acreditar que se han efectuado las notificaciones exigidas por el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. D. La denegación de la inscripción en cuanto a la reanudación del tracto priva a don A. C. J. de la legitimación registral necesaria para promover el expediente de dominio en cuanto a la inscripción del exceso de cabida. E. Existen dudas fundadas en cuanto a la identidad de la finca, que no pudieron advertirse antes de la tramitación del expediente por no haberse solicitado la Certificación a que se refiere la letra b) del artículo 201 de la Ley Hipotecaria. Conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria, queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación por un plazo de 60 días hábiles desde la recepción de la última de las dos notificaciones que han de practicarse. Contra el presente acuerdo (...) El Registrador Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Pablo de Angulo Rodríguez registrador/a de Registro Propiedad de Motril 1 el día cinco de Diciembre del año dos mil trece».

III

La anterior nota de calificación es recurrida por los interesados, don A. C. J. y doña E. R. L., ante esta Dirección General en virtud de escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Motril número 1 el día 16 de enero de 2014 por el que alegan: que el expediente de dominio se promovió alegando circunstancias excepcionales que justificaban acudir al mismo y no a un proceso declarativo, como es que el transcurso de un período de tiempo tan dilatado desde la firma del contrato hacía inviable obtener la autorización de la titular registral o de sus posibles causahabientes, al desconocer el paradero donde hallarlos; que en el expediente se puso de manifiesto la inexistencia de personas conocidas a las que pudiera citarse personalmente; que en la nota de calificación no se exponen cuáles son las mayores garantías que podría conllevar para el titular registral o sus causahabientes un proceso declarativo, contraviniendo la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado; que la inscripción contradictoria a cancelar tiene más de 30 años de antigüedad, no habiendo el titular registral formulado oposición, por lo que se cumplen los requisitos para practicar la inscripción del párrafo primero del artículo 202 de la Ley Hipotecaria; que no comparten que sólo exista un título pendiente de inscripción puesto que no consta registralmente el carácter privativo del bien inscrito ni el fallecimiento de los cónyuges ni la eventual liquidación de su sociedad de gananciales y adjudicación de la herencia; que debe considerarse interrumpido el tracto por cuanto la titular registral necesitaba, al tiempo del otorgamiento del contrato privado de venta –esto es, en el año 1961–, la correspondiente licencia marital conforme al artículo 61 del vigente entonces Código Civil, no constando en el Registro concedida la misma, de la misma manera que tampoco resulta la aquiescencia del esposo ni de sus herederos en aplicación del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario; y en cuanto a los defectos subsanables señalados, que el estado civil de los promotores

sí resulta acreditado, que no es necesario que el auto disponga la cancelación de las inscripciones contradictorias por tener la inscripción contradictoria más de 30 años, que en la instancia que en su día se presentó para obtener la pertinente certificación sí se hizo constar que la misma se solicitaba a efectos de promover expediente de dominio, por lo que el registrador no puede invocar ahora que tenga dudas sobre la identidad de la finca, y que previamente se había solicitado otra, que se acompaña, para la que el registrador manifestó que la finca tal y como se hallaba descrita en la instancia no aparece inscrita en el Registro a nombre de persona alguna pero que podría ser coincidente parcialmente con la finca sobre la que finalmente se ha llevado a cabo el expediente, y en definitiva, lo que se ha tratado es de acomodar la realidad jurídica extrarregistral al Registro de la Propiedad.

IV

El registrador emitió el preceptivo informe el día 29 de enero de 2014 ratificándose en el contenido de la nota de calificación impugnada salvo en lo relativo al defecto sobre el estado civil del adquirente en el momento de la adquisición. Así mismo elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1279 y 1280 del Código Civil; 9, 18, 201 y 202 de la Ley Hipotecaria; 100, 298, 300, 306, 272 y siguientes del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1995, 18 de enero y 10 de marzo de 2001, 21 de marzo y 23 de septiembre de 2003, 20 de febrero de 2004, 28 de abril de 2005, 7 de julio y 28 de agosto de 2006, 22 de enero y 8, 9 y 17 de septiembre de 2009, 11 de diciembre de 2010, 19 de abril, 4 de mayo, 2 de junio, 13 de julio y 19 de diciembre de 2011, 6 de febrero, 24 de julio, 1 y 6 de agosto, 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012 y 8 de enero, 6 de mayo y 25 de noviembre de 2013.

1. En el presente expediente, en lo que aquí interesa –toda vez que no son recurridos todos los defectos señalados en la nota y el registrador, a la vista del recurso, no ha mantenido otro de los defectos iniciales–, presentado un auto recaído en expediente de dominio para reanudación de tracto y declaración de exceso de cabida, el registrador deniega la inscripción del mismo por no existir realmente interrupción del tracto sucesivo al ser el promotor del expediente adquirente directo del titular registral. Al mismo tiempo señala como defectos subsanables para el caso de revocación del defecto anterior: que debe precisarse el nombre y apellidos del cónyuge en el momento de la adquisición de la persona a cuyo favor se declara la adquisición del dominio en el expediente; que el auto no dispone la cancelación de las inscripciones contradictorias; y, en cuanto al exceso de cabida declarado, que existen dudas fundadas en cuanto a la identidad de la finca que no pudieron advertirse al expedirse la certificación por no constar en la solicitud de la misma que la certificación tuviera como objeto la tramitación de un expediente de dominio y que consisten en que existe un lindero fijo que en la descripción registral aparece en el norte mientras que en el auto y en la certificación catastral que se acompaña consta situado al sur.

El recurrente sostiene: en cuanto al primer defecto, que el transcurso de un período de tiempo tan dilatado desde la firma del contrato privado de compraventa y la dificultad para hallar al titular registral o sus causahabientes justificó acudir al expediente de dominio y no al proceso

declarativo, que la inscripción contradictoria es de más de treinta años debiendo, por ello, flexibilizarse los requisitos, y que sí existe interrupción del tracto por cuanto no consta la concesión de licencia marital por parte del esposo de la titular registral –exigida en aquél momento por el entonces vigente artículo 61 del Código Civil– para la venta convenida en el contrato privado que sirvió de base para la promoción del expediente ni la eventual liquidación de gananciales ni adjudicación de herencia de la titular registral; y en cuanto a los defectos subsanables sostiene que el estado civil queda acreditado en el auto, que el domicilio puede ser tomado de la instancia por la que se solicitó en su día la certificación para el expediente, que para inscripciones de antigüedad superior a los treinta años no es necesario que el auto ordene la cancelación de la inscripción contradictoria, y que no cabe ahora plantear dudas sobre la identidad de la finca en cuanto al exceso porque en realidad se solicitaron dos certificaciones sobre la finca para el expediente y en la primera el registrador manifestaba que la finca tal y como se halla descrita en la instancia no aparece inscrita en el Registro a nombre de persona alguna pero que podía ser coincidente parcialmente con la finca sobre la que finalmente se ha llevado a cabo el expediente.

2. El primer y principal defecto señalado por el registrador en su nota debe ser confirmado. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, cualquiera que sea la fecha de la inscripción contradictoria, es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor, y ello por una triple razón: a) Porque contra la regla básica de nuestro sistema que exige para la rectificación de un asiento el consentimiento de su titular o una resolución judicial dictada en juicio declarativo contra él entablado (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), dicho auto puede provocar la cancelación de un asiento sin satisfacer ninguna de esas dos exigencias; b) Porque contra la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular registral (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria), se va a posibilitar una declaración dominical contraria al pronunciamiento registral en un procedimiento en el que no ha de intervenir necesariamente el favorecido por dicho pronunciamiento y de ahí que el propio artículo 40.a) de la Ley Hipotecaria contemple este cauce como subsidiario de la inscripción de los titulares intermedios; y c) Porque contra la exigencia de acreditación fehaciente del título adquisitivo para su acceso al Registro (cfr. artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria), se posibilita la inscripción en virtud de un auto que declara la exactitud del título adquisitivo invocado por el promotor, siendo así que dicho título puede estar consignado en un simple documento privado y que tal auto recae en un procedimiento en el que puede no quedar asegurado el legítimo reconocimiento de aquel documento privado por sus suscriptores (cfr. artículos 1218 y 1225 del Código Civil, 602 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 201 de la Ley Hipotecaria). Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquéllos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias, etc.).

Se impone, por tanto, una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que sólo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea

causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición (en el caso de este expediente habrá que elevar a público el contrato de compraventa privada).

Al adquirir los promotores del expediente por compraventa, en documento privado, de la titular registral, falta el presupuesto previo para esta clase de expedientes, esto es, la interrupción del tracto. Y no es admisible, como parecen pretender los recurrentes, considerar que el título de adquisición adolecía de un defecto subsanado a través de la usucapión, la cual se convertiría así en su verdadero título, pues ello no resulta del texto del documento calificado, que sólo alude a que los promotores alegaban que «D. A. C. J. en virtud de contrato privado de compraventa de 20 de noviembre de 1961 adquirió de...» y «que el contrato de compraventa se otorgó hace más de cuarenta y cinco años y que no era posible otorgar escritura pública porque la parte vendedora presumiblemente falleció hace años y que al no haber tenido acceso al Registro de la Propiedad la adquisición se produjo una interrupción en el tracto sucesivo de la misma». Menos aún es sostenible la pretensión de los recurrentes relativa a que se ha producido una interrupción del tracto al no haber accedido al Registro ni la liquidación de gananciales ni la adjudicación de herencia de la titular registral ya que, con independencia de si en los casos de transmisión por parte de los herederos del titular registral existe auténtica interrupción del tracto, es irrefutable que en el documento judicial calificado se afirma en todo momento que los promotores adquirieron directamente de la titular registral y no de sus herederos o causahabientes.

3. En cuanto al defecto subsanable relativo a la necesidad de precisar en el presente expediente el nombre y apellidos del cónyuge en el momento de la adquisición de la persona a cuyo favor se declara la adquisición del dominio, sin embargo, ha de estimarse el recurso y revocar la nota de calificación.

Como ha señalado este Centro Directivo (vid. Resolución de 20 de febrero de 2004), siendo lo determinante de la resolución judicial el fallo, por el que, en el presente caso, se declara la reanudación del tracto sucesivo interrumpido a favor de don A. C. J. y de doña E. R. L., y debiendo ser ese fallo interpretado en función del contenido del resto del documento judicial, en cuyo antecedente de hecho primero se hace constar que don A. C. J. alegó en su escrito inicial haber adquirido en virtud de contrato privado de compraventa para su sociedad de gananciales la finca respecto de la cual se pretende la reanudación del tracto sucesivo sin que esta circunstancia haya sido corregida o matizada a lo largo de la resolución, ha de concluirse que la inscripción, de haber podido realizarse, se debiera haber practicado a favor de don A. C. J. y doña E. R. L. con carácter ganancial no siendo precisa mayor especificación en cuanto a este extremo.

4. El defecto subsanable consistente en que el auto no dispone la cancelación de las inscripciones contradictorias debe ser también mantenido. En efecto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. por todas, la Resolución de 17 de septiembre de 2009) que el auto judicial que ha de resolver el expediente debe cumplir todas las manifestaciones y requisitos formales y sustantivos exigidos por la normativa aplicable al procedimiento, entre los que se incluye el previsto en el artículo 286 del Reglamento Hipotecario en cuanto impone que estos autos dispongan la cancelación de las inscripciones contradictorias, normativa ésta con eficacia para todos los expedientes de reanudación de tracto independientemente de la antigüedad de la inscripción contradictoria a cancelar, pues otra cosa no cabe deducir de su redacción y regulación sistemática. Ha de tenerse en cuenta que en la manifestación o mandato judicial de proceder a la cancelación de determinados

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

5. Y por último, en cuanto a las dudas del registrador sobre la identidad de la finca respecto del exceso de cabida declarado en el expediente de dominio, de los excesos de cabida, que debe partirse del principio, ampliamente repetido en otras Resoluciones (vid. las citadas en el «Vistos») de que: a) la registración de un exceso de cabida stricto sensu sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente, es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados; b) que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente; c) que para la registración del exceso de cabida es preciso que no existan dudas sobre la identidad de la finca (cfr. artículo 298, inciso último, del Reglamento Hipotecario), y d) que las dudas sobre la identidad de la finca deben estar justificadas, es decir, fundamentadas en criterios objetivos y razonados.

6. Es igualmente doctrina reiterada de este Centro Directivo que estas dudas del registrador sólo pueden impedir la inmatriculación o la inscripción del exceso cuando se documenta en escritura pública o por certificación administrativa –cfr. artículos 208, 300 y 306 del Reglamento Hipotecario–, pero no, en vía de principios, en los supuestos de expediente de dominio (véanse Resoluciones de 10 de mayo de 2002, 10 de septiembre de 2003, 28 de abril de 2005, 7 de julio de 2006, 11 de diciembre de 2010 y 4 de mayo de 2011), pues, en este último caso se trata de un juicio que corresponde exclusivamente al juez, por ser éste quien dentro del procedimiento goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo, y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías.

En efecto, las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. La decisión corresponde a la autoridad judicial, conforme a lo que señalan los artículos 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la doctrina generalmente aceptada sobre el libre arbitrio judicial en la valoración de la prueba. Así pues, tratándose de documentos judiciales, es el juez quien ha de resolver dentro del procedimiento, concretamente en su fase de prueba, sobre esta cuestión de hecho, sin que el registrador pueda realizar una nueva valoración que se superponga a la del juez. Dicho de otra forma, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario no ampara que el registrador pueda proceder a una nueva valoración de la prueba, que en dicho procedimiento se ha practicado, y que tenga virtualidad de revisar la efectuada por el juez.

En el marco del expediente de dominio el registrador sólo emite su juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación a que se refiere la regla segunda del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, certificación que constituye un requisito procedimental de estos expedientes,

correspondiendo al juez la valoración final de su contenido. En estos supuestos en que el registrador haya expresado dudas al expedir la certificación, es preciso que el auto judicial desvirtúe tales dudas o aclare, en su caso, la inexistencia de una situación de doble inmatriculación o de confusión sobre la identidad de la finca, previa audiencia de las personas que puedan tener algún derecho según la certificación registral, sin que baste al efecto el auto genérico aprobando el expediente (vid., por analogía, el artículo 306 del Reglamento Hipotecario).

Si estas dudas no se han expresado por el registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el auto judicial aprobatorio del expediente de dominio (cfr. Resolución de 4 de febrero de 2012), salvo que en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el registrador tenga no ya dudas, sino la certeza de que la finca que se pretende inmatricular ya está inmatriculada, o de que el supuesto exceso de cabida de la finca inscrita encubre la pretensión de aplicar el folio de esta última a una realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, en cuyo caso debe primar la exigencia institucional de evitar tales situaciones, dada la quiebra que la solución contraria supondría del sistema de seguridad jurídica que debe proporcionar el Registro de la Propiedad, incluso en el caso de haberse expedido una certificación errónea (cfr. Resoluciones de 7 de noviembre de 2000, 29 de mayo de 2002 y 11 de junio de 2013), o también en aquellos casos en que el registrador que emitió la certificación inicial que permitió iniciar el expediente sea distinto de quien va a practicar la inscripción, pues el juicio sobre la existencia o no de dudas es personal del registrador y no puede vincular a un registrador distinto que se aparte de él por causas justificadas (cfr. Resolución de 3 de junio de 2013).

En el presente caso no consta que al expedirse la certificación para la tramitación del expediente de dominio se hubiera expuesto por los promotores y solicitantes de aquella la intención de obtener la declaración de exceso de cabida con la conclusión del mismo y la nueva descripción pretendida para la finca, circunstancia que, como indica el registrador en su nota, le impidió en ese momento procesal poner de manifiesto las dudas que ahora motivadamente esgrime y que, por esa misma razón, no han podido ser despejadas por el juzgador durante la tramitación del procedimiento. No afecta a lo expuesto el que los recurrentes acompañen a su recurso ante esta Dirección General otra certificación, de fecha anterior, y relativa a finca distinta no inmatriculada, en la que el registrador advertía la posible coincidencia parcial con la finca de referencia, pues no consta que el juez tuviera en consideración esa certificación junto con la expedida para la tramitación del expediente y llegara a la conclusión, una vez valoradas las pruebas aportadas, de que la finca objeto del expediente de dominio tiene la descripción declarada salvadas todas las dudas incluidas las señaladas por el registrador en su nota.

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

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

Madrid, 27 de marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 27 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Illescas n.º 2, por la que se suspende la inscripción de un auto de aprobación de cuaderno particional de bienes de herencia.

En el recurso interpuesto por doña M. J. H. V. contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Illescas número 2, doña María Belén Menéndez García, por la que se suspende la inscripción de un auto de aprobación de cuaderno particional de bienes de herencia.

HECHOS

I

Mediante auto dictado por el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Talavera de la Reina, don José María Ortiz Aguirre, en el procedimiento de división de herencia número 773/2008 instado por doña M. J. H. V. contra doña S. M. H. y doña M. M. H. se aprobó el cuaderno particional de los bienes de la herencia de doña I. V. P. efectuado por el contador partidor don A. M. S. S. por el que se adjudicaban, entre otras, siete fincas del término municipal de Casarrubios del Monte. En el razonamiento jurídico único de la resolución se hace constar expresamente: «Habiendo estado conforme las partes con el cuaderno particional realizado por el contador partidor procede la aprobación del cuaderno particional de los bienes de herencia de Doña I. V. P.». Y en la parte dispositiva del auto asimismo se declara expresamente que con el testimonio del cuaderno particional aprobado podrán las partes interesar las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad.

II

Presentado en el Registro de la Propiedad de Illescas número 2 testimonio del referido auto junto con los documentos relacionados en la propia nota de calificación, se extendió la que sigue: «Documento calificado Clase/Objeto Mandamiento/Herencia Autorizante Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Talavera de la Reina Fecha/Protocolo 8 de octubre de 2013/773 Fecha y hora de presentación 17 de octubre de 2013 12:16 Asiento 1750 Diario 75 (R2) DG Nota de calificación. La extiendo en relación a las fincas inventariadas con los números 1, 2, 8, 12, 13, 14 y 16 en el precedente documento, únicas de las contenidas en el mismo de las que se ha solicitado su inscripción, conforme a los artículos 18, 66, 323 y concordantes de la Ley Hipotecaria, a continuación del documento arriba identificado, por los siguientes Hechos: Son los resultantes del documento, su presentación y del contenido de los asientos registrales. Se solicita la inscripción de las operaciones divisorias de la herencia de doña I. V. P., mediante testimonio del auto 235/13, dictado el diez de julio de dos mil trece por el titular del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Talavera de la Reina, don José María Ortiz Aguirre, que incorpora el cuaderno particional de los bienes de la herencia de dicha causante. En el citado auto consta, en el apartado denominado «Razonamientos Jurídicos», que las partes han manifestado su conformidad con el referido cuaderno particional, por lo que se procede a la aprobación del mismo. Al testimonio calificado se acompaña la siguiente documentación complementaria: – escritura de poder otorgada por I. V. P.; – certificados de defunción de doña M. I. V. P., doña M. I. H. V. y don A. V. V.; –

testamentos de doña I. V. P. y don A. V. V.; – certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad de doña I. V. P. y don A. V. V.; – escritura de protocolización de operaciones particionales de don A. V. V.; – escritura de aceptación y adjudicación de herencia al fallecimiento de doña F. V. V.; – instancia de solicitud de liquidación del Impuesto General de Sucesiones; – y documentación relativa a la liquidación de la plusvalía. Fundamentos de derecho: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «...». Puesto que en el caso que nos ocupa consta la conformidad de los interesados con las operaciones divisorias efectuadas, según se ha indicado anteriormente, es precisa la protocolización de las operaciones divisorias de la herencia de doña I. V. P. Por otra parte, en el referido cuaderno particional se expresa que doña I. H. V., hija de doña I. V. P., falleció con anterioridad a su madre, dejando dos hijas, doña S. y doña M. M. H. Debe acreditarse la cualidad de herederas de estas últimas mediante el título sucesorio de doña I. H. V. (art. 14.1 LH y concordantes). Respecto de la finca inventariada con el número 12 en el cuaderno particional, registral 2578 del término de El Viso de San Juan, el título previo de aceptación y adjudicación de herencia al fallecimiento de doña F. V. V., que causó el asiento 386 del Diario 76, está pendiente de despacho por los siguientes motivos: «... el título previo de herencia de don P. M. H., mencionado en la escritura, no está inscrito en el Registro. (No ha causado tampoco asiento de presentación). (Art. 20 LH)». Por último, es preciso expresar las circunstancias personales de todos los adjudicatarios (art. 9.4.ª LH y 51.9.a RH), incluido el domicilio (166.12 LH) y el n.i.f. (254.2 Reglamento Hipotecario, 23 de la Ley del Notariado y el artículo 156.5 del Reglamento Notarial). Acuerdo: En base a los anteriores hechos y fundamentos suspendo las inscripciones solicitadas respecto de las fincas. Los defectos señalados, tienen el carácter de subsanables (...) Illescas, a 12 de diciembre de 2013 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora».

III

La anterior nota de calificación es recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la interesada, doña M. J. H. V., en virtud de escrito depositado en oficina de Correos el día 10 de enero de 2014, que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Illescas número 2 el día 15 de enero de 2014, por el que alega: que la nota de calificación contradice el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado –en Resoluciones de 13 de abril y 9 de diciembre de 2010–, lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo ordenado en el auto calificado; que en el presente procedimiento judicial la parte demandada se opuso expresamente a las operaciones particionales realizadas por el contador–partidor y hubo de celebrarse vista según los trámites del artículo 787.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que el auto ha sido dictado por el juez y no por el secretario, como señala el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que, en consecuencia, no pueden tenerse por utilizados los cauces del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la partición de la herencia; y que el testimonio del auto presentado es resolución firme que puede acceder al Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 82 de la Ley Hipotecaria y 174 del Reglamento Hipotecario.

IV

La registradora emitió su informe el día 24 de febrero de 2014, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 3, 14 y 326 de la Ley Hipotecaria; 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero; 128 del Reglamento Notarial; y las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de abril de 2000, 9 de diciembre de 2010 y 19 de diciembre de 2013.

1. Atendiendo a los términos de la nota de calificación (artículo 326 de la Ley Hipotecaria) y del escrito de recurso, que asume los defectos señalados en la nota de calificación relativos a la falta de título previo (que no impide la inscripción de las demás fincas no afectadas) y a la omisión de las circunstancias personales (también defecto subsanable), es objeto del presente expediente discernir si para la inscripción de una partición de herencia realizada por contador partidor judicial estando conformes con la misma las partes y aprobada judicialmente es suficiente el certificado expedido por el secretario judicial del auto de aprobación judicial presentado a inscripción, o si, por el contrario, se precisa además su protocolización notarial. Concorre como circunstancia que en el auto certificado calificado negativamente se dispone expresamente que con el testimonio del auto las partes pueden interesar las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad. Además en la nota de calificación se dice que debe acreditarse la cualidad de herederas –respecto de la heredera premuerta– de sus dos hijas que ahora son parte en el proceso.

2. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los «Vistos». Así, se ha señalado que si bien es cierto que los artículos 787.2 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 –antes, los artículos 1081 y 1092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881– prevén la protocolización de la resolución judicial aprobando las operaciones divisorias cuando no haya oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad con las mismas, de aquí no se sigue necesariamente que el único título formal para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones respectivas, sea ese «testimonio» del acta notarial de protocolización, pues debe tenerse en cuenta al respecto: a) que conforme a los artículos 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 80 del Reglamento Hipotecario, uno de los títulos aptos para la inscripción de las particiones será, en su caso, la pertinente «resolución judicial firme en que se determina las adjudicaciones efectuadas a cada interesado»; b) que sin prejuzgar ahora sobre la específica naturaleza de las operaciones particionales realizadas a través del cauce procedimental del procedimiento judicial para la división de la herencia (antes juicio voluntario de testamentaria) cuando media la conformidad –o no hay oposición– de los interesados al proyecto elaborado por los contadores nombrados al efecto, es lo cierto que se trata de actuaciones estrictamente judiciales (cfr. artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), correspondiendo por tanto al secretario judicial en exclusiva y con plenitud dar fe de las mismas (cfr. artículos 145 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de modo que el testimonio del auto aprobatorio de dicha partición expedido por el secretario judicial es documento público (artículos 1216 del Código Civil y 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que acredita plenamente no sólo la realidad del acto particional, sino además, su eficacia en tanto que, aprobado judicialmente, puede exigirse su cumplimiento (cfr. artículo 788.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y, c) que sin prejuzgar ahora sobre la vigencia de esa necesidad de protocolización notarial de las actuaciones judiciales seguidas, a la vista del artículo 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que encomienda al secretario judicial la función de documentación y la formación de autos y expedientes y su constancia, el acta notarial respectiva se limitará a incorporar al protocolo del notario autorizante en cumplimiento del mandato judicial respectivo –mandato que, además, en el presente expediente no existe– los autos, seguidos, pero no tiene por objeto documentar una nueva prestación del consentimiento por los coherederos e interesados en la partición realizada (cfr. artículos 211 y 213 del Reglamento Notarial), de modo que no añadiría a la certificación

judicial del auto aprobatorio de la partición incluido en la documentación protocolizada, un efecto probatorio del que no gozase ya por sí mismo.

3. Si a lo anterior se añade que en el supuesto debatido el propio juez que aprobó las operaciones particionales dispuso en el propio auto la inscribibilidad directa del testimonio del mismo, a diferencia del supuesto resuelto por esta Dirección General en Resolución de 9 de diciembre de 2010 –en que la magistrada oficiaba al decano del Colegio Notarial para que participara al notario a quien por turno correspondiese la protocolización–, deberá concluirse en la inscribibilidad directa del certificado judicial del auto calificado.

4. Tampoco es obstáculo a la inscripción la no aportación del título sucesorio de doña I. D. H. V., premuerta a la causante, sustituida vulgarmente por sus hijas –partes en el proceso– pues la sustitución vulgar no deriva de este título sino del testamento de la causante.

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

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

Madrid, 27 de marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 3ª de 27 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles VIII de Madrid, por la que se suspende la inscripción de una renuncia de administrador único.

En el recurso interpuesto por don J. L. R. M. contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles VIII de Madrid, doña María Dolores Estella Hoyos, por la que se suspende la inscripción de una renuncia de administrador único.

HECHOS

I

Por el Notario de Tomelloso, don Lino Esteban Sánchez-Cabezudo Díaz-Guerra, se autorizó, en fecha 1 de agosto de 2013, acta de remisión de carta por correo a requerimiento del hoy recurrente. En dicho documento se requiere al Notario autorizante a fin de que remita por correo certificado y con acuse de recibo la carta dirigida a la sociedad «Promotora Naife de Construcciones, S.A.», domiciliada en la ciudad de Madrid, por la que el requirente presenta su dimisión al cargo de administrador único. Aceptado el requerimiento por el Notario, y llevadas

a cabo las diligencias oportunas, se hace constar que, en fecha 21 de agosto de 2013, el Notario recibe el acuse de recibo con nota de devolución por «desconocido».

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Madrid Notificación de calificación María Dolores Estella Hoyos, Registradora Mercantil de Madrid, previo el consiguiente. Examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/asiento: 2447/673 F. presentación: 02/12/2013 Entrada: 1/2013/156.162,0 Sociedad: Promotora Naife de Construcciones, S.A. Autorizante: Sánchez Cabezudo Díaz Guerra Lino Esteban Protocolo: 2013/1536 de 01/08/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1. Defecto subsanable: – Sin prejuzgar la facultad de los administradores para desvincularse unilateralmente del cargo, es preciso de conformidad con la doctrina de la DGRN de 26 y 27/05/1992, subordinar la inscripción de las renunciaciones hasta la constitución de la junta general, que acuerde el nombramiento de nuevos administradores, evitando una paralización de la vida social, y todo ello, además, en relación con los artículos 192.1 y 147 del reglamento del registro mercantil, donde se presupone la necesidad de la aceptación de la renuncia por el órgano competente para proveer la vacante. Por otro lado la convocatoria de la junta es competencia del órgano de administración de la sociedad, de conformidad con el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital y no de la persona a quien el notario encuentre en el domicilio social. Sin perjuicio de proceder a la subsanación (...) Madrid, a 16 de diciembre de 2013. La registradora (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. L. R. M., interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 14 de enero de 2014, en el que alegó, resumidamente, lo siguiente: Que la presentación de su dimisión como administrador de la sociedad, aparte de haber sido notificada a la sociedad por conducto notarial, la reiteró personalmente, como acredita con copia de la carta de dimisión con el recibí de apoderado general de la sociedad; Que, además, su cargo ha caducado por haber transcurrido cinco años desde su nombramiento; Que el artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el nombramiento de administrador surte efectos desde su aceptación, por lo que por analogía, lo mismo ocurre con la dimisión; Que la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2007 afirma que si se prueba el cese de los administradores no puede haber derivación de responsabilidad, siendo así que el suyo está perfectamente acreditado; Que el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil establece los requisitos de inscripción, que han sido escrupulosamente respetados; y, Que los motivos que han llevado a su cese son diversos, especificando alguno de ellos.

IV

La registradora emitió informe el día 18 de febrero de 2014, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el notario, no realizó alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 166, 171 y 235 de la Ley de Sociedades de Capital; 6, 15.2, 147 y 192 del Reglamento de Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 27 de mayo de 1992, 24 de marzo y 23 de junio de 1994, 27 de noviembre y 17 de julio de 1995, 23 de mayo y 30 de junio de 1997, 17 de mayo de 1999, 13 de septiembre de 2005, 3 de enero de 2011, 11 de mayo y 2 de agosto de 2012 y 5 de junio y 16 de diciembre de 2013.

1. Limitado el objeto de este expediente por el contenido de la nota del registrador Mercantil (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), la única cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si es inscribible la renuncia que hace el administrador único de una sociedad anónima y que notifica a la sociedad por medio de conducto notarial.

Esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (*vid.* «Vistos»), cómo han de interpretarse los preceptos legales aplicables. Específicamente ha resuelto recientemente en la materia ante un recurso instado por el mismo recurrente y respecto de la misma sociedad (Resolución de 5 de junio de 2013) y provocado por la presentación en el Registro Mercantil de Madrid de otra documentación de contenido similar a la que provoca la presente.

2. De conformidad con dicha doctrina, cuando como consecuencia de la renuncia la sociedad quede en situación de no poder ser debidamente administrada y no existe la posibilidad de que otro administrador con cargo vigente lleve a cabo la oportuna convocatoria de junta para la provisión de vacantes (artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital), no procede la inscripción sin que se acredite que el renunciante ha llevado a cabo la oportuna convocatoria de junta con tal finalidad.

Dicha doctrina no desconoce que cualquier socio podría tomar la iniciativa de solicitar una convocatoria judicial de la junta conforme al artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante el hecho de que el conocimiento de aquella renuncia y su remedio se puede dilatar durante un largo período de tiempo con el consiguiente perjuicio para los intereses sociales, justifica la exigencia de que el renunciante, en ejercicio de los deberes que como administrador asumió en su día (artículo 167 en relación a los artículos 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital), convoque a la junta para que provea al respecto evitando la paralización de la vida social y los riesgos para su adecuada marcha que de tal situación puedan derivarse.

3. Esta doctrina no queda desvirtuada por ninguno de los argumentos de contrario.

Con independencia de cuales hayan sido los motivos que puedan haber provocado su renuncia, cuestión que queda al margen del contenido de este expediente, esta Dirección General no puede sino confirmar que la interpretación del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil debe hacerse, como no puede ser de otra manera, en función de la regulación que la Ley establece sobre el ejercicio del cargo de administrador y de los deberes que como tal corresponden a quien lo ejercita.

Como ha quedado razonado en anteriores párrafos, la doctrina de este Centro Directivo se justifica en la defensa del interés de la sociedad y en la exigencia al administrador que

renuncia de la debida diligencia en el ejercicio de su cargo sin perjuicio del respeto a su libre voluntad de no continuar en el mismo. De ahí que el supuesto no sea equiparable a la aceptación del cargo como propone el recurrente ni tenga relación con la doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos frente a terceros de la desvinculación del administrador en sede de exigencia de responsabilidad.

Por otro lado, este expediente no puede tener en cuenta otras consideraciones que quedan fuera de su ámbito (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), como la existencia de documentación no presentada en su momento por la que se pretende acreditar la renuncia ante un socio mayoritario o el transcurso del plazo para el ejercicio del cargo de administrador los cuales tendrán, en su caso, el tratamiento previsto por el ordenamiento.

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

Contra esta resolución, los legalmente legitimados, pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo 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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 1ª de 28 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación positiva del registrador de la propiedad de Don Benito, por la que procedió a la inscripción de una escritura de transmisión de hipoteca.

En el recurso interpuesto por don J. D. S., Abogado, en nombre y como administrador de la mercantil «Grupo Inmobiliario Diestro, S.L.», contra la calificación positiva del registrador de la Propiedad de Don Benito, don José Luis Azuara Muslera, por la que procedió a la inscripción de una escritura de transmisión de hipoteca.

HECHOS

I

Se presenta en el Registro de la Propiedad de Don Benito, remitida a través de mensajería por «Grupo BC de Asesoría Hipotecaria, S.L.», instancia suscrita en Barcelona el día 11 de octubre de 2013, por la que se solicita la inscripción de la hipoteca constituida a favor de «Caixa D'estalvis y Pensions de Barcelona» sobre las fincas registrales números 64.755, 64.761 y 64.765 de Don Benito, a favor de la entidad «Caixabank, S.L.», como cesión de activos y pasivos sujetos a la actividad financiera de la primera.

II

El registrador extiende la siguiente nota de despacho: «Registro de la Propiedad de Don Benito Nota de calificación Doc. 2702/13 El Registrador de la Propiedad que suscribe previo examen y calificación positiva del precedente documento, instancia suscrita el día once de octubre de dos mil trece por doña M. C. T. R., actuando como apoderada de CaixaBank, S.A., en virtud de escritura de poder otorgada por dicha sociedad a favor de Grupo B.C de Asesoría Hipotecaria, S.L. ante la notario de Barcelona doña María Dolores Giménez Arbona actuando en sustitución y para el protocolo de Don Tomás Giménez Duart, en fecha trece de junio de dos mil trece, bajo el número 1835 de protocolo, que causó inscripción 424 de la hoja B-41.232 de la entidad CaixaBank, S.A. y a su vez en virtud de la escritura de delegación de facultades otorgada por la sociedad Grupo B.C. de Asesoría Hipotecaria, S.L. ante la notario de Barcelona doña Berta García Prieto en fecha diez de julio de dos mil trece, protocolo número 2130 que causó la inscripción 526 de la hoja M-155.130 de dicha entidad, que queda archivada en el legajo correspondiente, que se presentó a las trece horas y treinta minutos del día quince de Octubre de dos mil trece, asiento número 1375 del diario 169, de conformidad con los artículos 18, 19.bis y 253 y concordantes de la Ley Hipotecaria, ha inscrito la transmisión de hipoteca a favor de Caixabank, S.A., al Tomo 2083, libro 7072 de Don Benito, folio 111, finca registral número 64.761, inscripción 4.^a, y al Tomo 2044 del archivo, libro 1050, folios 22 y 2, 64.765 y 64.755 de Don Benito, inscripción 4.^a Al margen de dichas inscripciones se ha extendido una nota de afección fiscal por plazo de cinco años. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 del Reglamento Hipotecario, se hace constar que con fecha dos de mayo de dos mil doce fue expedida Certificación de titularidad y cargas al margen de la anotación letra A, de las fincas registrales números 64.761 y 64.765 de Don Benito. El asiento practicado se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales y, mientras no se declare su inexactitud, produce, en su caso, todos los efectos derivados de los principios de prioridad, inoponibilidad, fe pública registral y legitimación (arts. 1.3, 17, 32, 34, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria), desde la fecha del asiento de presentación. Don Benito, a veintiuno de octubre de dos mil trece. El Registrador. Firmado: José Luis Azuara Muslera».

III

La anterior nota de despacho fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por don J. D. S., abogado, en nombre y como administrador de la mercantil «Grupo Inmobiliario Diestro, S.L.», mediante escrito de fecha 23 de enero de 2014. En el mismo escrito se recurre otra calificación negativa del mismo Registro en relación con otro documento distinto por lo que, no pudiendo ser objeto ambos recursos de acumulación dada la falta de identidad objetiva entre los mismos, han dado lugar a sendas Resoluciones independientes (habiendo sido inadmitido el recurso en relación con la calificación positiva que dio lugar a la inscripción de la hipoteca a favor de la entidad «Caixabank S.A.», según Resolución de este Centro Directivo de fecha 25 de marzo de 2014 [2.^a]). En relación con el recurso objeto del presente expediente, se formulan las siguientes alegaciones: «(...) V.–Calificación improcedente de inscripción a favor de Caixaban, S.A., con fecha 21 de octubre de 2.013.–Esta calificación, es improcedente al no haber tenido acceso esta parte a la documentación de cambio de titularidad, que deducimos insuficiente para calificarla de positiva, sin al menos por ser preceptiva dar traslado y notificar fehacientemente con toda la documentación el cambio al deudor hipotecario. Este requisito básico, habría de haberse exigido por el Registro de la Propiedad previo a la calificación positiva, máxime cuando se está ejecutando un crédito hipotecario, produciendo indefensión a esta parte, que al ser empresa, no está protegido por las cláusulas abusivas por no tener la consideración de consumidor. El único fundamento de oposición a la Ejecución Hipotecaria en curso, es la falta de legitimación activa por no ser el ejecutante titular del crédito hipotecario. Por ello, esta

falta de audiencia al interesados consagrado en el artículo 24 de la Constitución, nos produce indefensión que ha de conllevar la nulidad de actuaciones y de la inscripción de cambio de titularidad con calificación positiva. También se conculca con esta calificación positiva, el principio de prioridad de despacharse los documentos por el orden riguroso que han sido presentados, ya que no consta despachado la segunda calificación negativa de la certificación requerida por el Juzgado. VI.–Consideraciones Generales.–Aunque es doctrina de ese Centro Directivo (Resoluciones de 18 de octubre de 2007 y 26 de octubre de 2012, entre otras muchas) según la cual el recurso ante esta Dirección General sólo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias del asiento solicitado, pero no frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento o se expide la correspondiente certificación. No obstante, dado que, esta acreditado que se ha inscrito en el Registro la cesión o transmisión del crédito hipotecario a favor entidad ejecutante, cuando no era la titular inscrita cuando se insta la ejecución y, por otra, el Registrador, por puro formalismo no ha expedido la Certificación requerida por el Juzgado, al quedar indefenso a ésta parte debe atender al principio *pro actione* y, como en otras resoluciones recientes, ese Centro Directivo debe entrar en el fondo de la cuestión planteada. Como ha señalado reiteradamente ese Centro Directivo, no cabe duda que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (artículo 1.875 del Código Civil y artículos 130 y 145 de la Ley Hipotecaria). De esta manera, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Debe añadirse a ello, la función esencialmente protectora de la posición del deudor que tiene todo el procedimiento registral. La ejecutividad del procedimiento se compensa con la celosa protección de los derechos del ejecutado, de manera que solo podrá procederse en los términos proclamados por los asientos registrales (Resolución-11-oct-13). Es importante en el caso que nos ocupa como en numerosas ocasiones hace referencia ese Centro el auto número 133/2012 de AP Castellón-S-3.ª: «El trámite de la solicitud y obtención de la certificación registral para su aportación al procedimiento “no tiene otro sentido que la comprobación de la vigencia del derecho en que se funda la ejecución”. Porque “... el carácter sumario, y con limitadas causas de oposición del procedimiento de ejecución de título no judicial, debe comportar un control estricto de los títulos que pueden dar lugar a la misma...”, y porque es doctrina jurisprudencial que el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, por la extraordinaria limitación de la cognición procesal que comporta, “... exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos...”. Con un trasfondo de defensa del deudor, el auto entiende que en el procedimiento hipotecario, dada su especialísima naturaleza, “el título en que se basa la ejecución hipotecaria (art. 685) y la inscripción registral acreditada mediante la certificación (art. 688) han de ser suficientes por sí mismos para la incoación y el posterior progreso del procedimiento”. Las entidades financieras: éstas, en sus minutas preredactadas con carácter general, imponen a los deudores la renuncia a ser notificados de la cesión del crédito, conforme lo permite el artículo 242 del R.H., y siendo esto así resulta que, de ordinario, el deudor para no verse perjudicado y obrar con garantías, debe atenerse en cuanto al pago a los pronunciamientos vigentes del Registro de la Propiedad, pues legalmente puede acogerse a ellos, y aún más, le convendrá hacerlo para proteger sus intereses, teniendo en cuenta que los pronunciamientos registrales omitidos, de ordinario por inactuación de la cesionaria, no le son oponibles (art. 32 L.H.), circunstancia que deberá inexcusablemente tener presente el órgano ejecutante para evitar perjuicios y responsabilidades exigiendo la inscripción del derecho del acreedor-cesionario ejecutante. Y todo ello sin perjuicio, por supuesto, de que: “Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta” (art.-151-L.H.). Por lo expuesto, Suplico a la Dirección General de Registros y del Notariado, Tenga por presentado en tiempo y forma este recurso, revocando las notas de calificaciones del Registrador referenciadas para

que se proceda sin más requisitos a remitir la certificación interesada por el Juzgado y anular la inscripción de las Fincas a nombre de Caixabank, S.A. (...) Otrosí digo: Que Interpuesto recurso contra la calificación ha de estarse a lo previsto en el artículo 327 LH en lo relativo a vigencia del asiento de presentación del documento cuya calificación se recurre. Todos los plazos quedan en suspenso hasta la-resolución-definitiva-del-recurso (art.-66-LH)».

IV

El registrador emitió informe el día 3 de febrero de 2014, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada, y remitió el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe, el registrador no cuestiona ni la presentación en plazo del recurso ni la legitimación del recurrente en relación con el recurso contra la concreta calificación a que se refiere esta Resolución.

V

Mediante diligencia para mejor proveer acordada por este Centro Directivo, cumplimentada mediante certificación librada por el registrador de la Propiedad de Don Benito, de fecha 24 de marzo de 2014, y remitida a este Centro Directivo por vía telemática en la misma fecha, se acredita la práctica de la inscripción del documento calificado en los términos transcritos en el anterior antecedente de Hechos de esta Resolución, y de la extensión de la correspondiente nota en el Libro Diario del Registro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1876 del Código Civil; 225, 448, 685, 686 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1, 19 bis, 38, 40, 66, 82, 104, 132, 133, 134, 211 a 220, 324 y 328 de la Ley Hipotecaria; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 1970, 7 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1991, 3 de marzo y 18 de junio de 1993, 26 de agosto y 23 de noviembre de 1998, 17 de enero de 2001, 11 de noviembre de 2002, 8 de febrero de 2004, 2 de enero y 5 de marzo de 2005, 5 de mayo de 2009, 3 de marzo y 2 de noviembre de 2011, 17 y 20 de enero, 2 y 5 de marzo, 7 de julio, 4 de septiembre y 19 de octubre de 2012 y 18 de enero y 8 de mayo de 2013.

1. Nuevamente este Centro Directivo tiene que precisar cuál es la finalidad y el objeto del denominado recurso contra la calificación del registrador, previsto en los artículos 19 bis y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (artículo 66 de la Ley Hipotecaria).

De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos

sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

2. A la luz de esta doctrina, es claro que el recurso no puede prosperar pues, practicados los asientos en el Registro, los mismos se hallan bajo salvaguardia judicial y no es posible, en el estrecho y concreto ámbito de este expediente, revisar como se pretende la legalidad de la práctica de dichos asientos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

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

Madrid, 28 de marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 28 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Benidorm n.º 1, por la que se deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo.

En el recurso interpuesto por doña M. L. L. S. contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Benidorm número 1, doña Ruth Juste Ribes, por la que se deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo.

HECHOS

I

En sentencia número 92/99 dictada el 26 de marzo de 1999 en el procedimiento de tercería de dominio número 215/96-1 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Majadahonda se contiene el siguiente fallo: «Estimando la demanda formulada por... declaro que siendo propiedad de doña M. L. L. S., el apartamento situado... se alza el embargo decretado sobre dicho bien en los autos de juicio ejecutivo número 215/96 cancelándose la anotación que se hubiere practicado...».

II

Con fecha 28 de octubre de 2013 se presenta en el Registro de la Propiedad de Benidorm número 1 testimonio de la citada sentencia expedido por doña C. L. G., Secretaria del referido

Juzgado, el 31 de julio de 2013, en el que consta la firmeza de la resolución, siendo objeto de la siguiente calificación: «Calificado el precedente mandamiento que ha causado el asiento de presentación número 1063 del Diario 43, se deniega la cancelación ordenada en el mismo en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: 1. Se presenta mandamiento expedido por la Secretaria del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción número 4 de Majadahonda, el 31 de julio de 2013, procedimiento tercería de dominio número 215/96, en el que se decreta la cancelación del embargo decretado sobre la finca registral 29.013, en los autos de juicio ejecutivo número 215/96.—Fundamentos de Derecho: 1.º El artículo 18 de la Ley Hipotecaria y artículo 100 del Reglamento Hipotecario respecto de la función calificadora del Registrador en relación con los documentos judiciales. 2.º El artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del objeto de la Tercera de Dominio, que dispone que: “1. En la Tercería de dominio no se admitirá más pretensión del tercerista que la dirigida al alzamiento. 2. El ejecutante, y en su caso, el ejecutado no podrán pretender en la tercería de dominio sino el mantenimiento del embargo o sujeción a la ejecución del bien objeto de tercería”. Por su parte, el párrafo 1.º del artículo 603 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que: “La Tercería de Dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia del embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien”. Y por último el artículo 604 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que: “El auto que estime la tercería de dominio ordenará el alzamiento de la traba y la remoción del depósito, así como la cancelación de la Anotación Preventiva y de cualquier otra medida de garantía del embargo del bien al que la tercería se refiera”. 3.º En el presente caso, se solicita la cancelación de la anotación preventiva de embargo letra B, que es la que corresponde a los autos 215/96, si bien esta Anotación Preventiva ya consta cancelada en el Registro en virtud de la Anotación Preventiva letra E, como consecuencia de sentencia firme dictada en su día por ese mismo Juzgado, por lo que no es posible su cancelación.—Contra el presente acuerdo (...) Benidorm, 14 de noviembre de 2013 La registradora (firma ilegible) Fdo. Ruth Juste Ribes». Dicha calificación fue notificada el 13 de diciembre de 2013 a la interesada.

III

Contra la anterior calificación doña M. L. L. S. interpone recurso mediante escrito de fecha 3 de enero de 2014 que tiene su entrada en el Registro de la Propiedad de Benidorm número 1 el día 9 siguiente, en el que resumidamente alega: 1. Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 483 en relación con el 488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su antigua redacción, se interpuso procedimiento declarativo en el que se solicitó: 1.º la declaración de que un apartamento es propiedad de doña M. L. L. S.; 2.º declarar la nulidad de la providencia y mandamiento de embargo acordado sobre la finca registral; 3.º alzar el embargo trabado y acordar la cancelación de la anotación preventiva; y, 4.º imponer las costas. Que en procedimiento ordinario de menor cuantía donde se tramitó la tercería de dominio número 215/96 se interpuso demanda acumulando dos acciones, una declarativa de propiedad y otra de alzamiento de embargo. Que la sentencia, no auto, estima totalmente la demanda de las dos acciones como se refleja en el fallo que contiene dos pronunciamientos, la declaración de propiedad y el alzamiento del embargo. 2. Que hay un error en la resolución, puesto que aplica la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, cuando es de aplicación la Ley de 1881, al ser la sentencia derivada de un procedimiento de menor cuantía de fecha 1996. Que el procedimiento es de tercería de dominio, donde se resolvió en un juicio declarativo al amparo de lo dispuesto en el artículo 488 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil donde se permitía al ventilarse en los trámites establecidos en el juicio declarativo, la acumulación de acciones como se produjo en este caso. Que se pretendió la reivindicación de la finca solicitando acción declarativa de dominio y que el juzgado estimó la demanda al haber adquirido la finca la recurrente en contrato privado de la sociedad «Presto Internacional, S.A.». Que la sentencia estima totalmente la pretensión de la parte en cuanto a la

declaración del dominio y es directamente inscribible conforme a los artículos 2.1 y 3 de la Ley Hipotecaria. Reitera el error de la calificación ya que no se trata de un auto sino de una sentencia con dos pronunciamientos y cita la Resolución de 20 de abril de 2002. Finaliza solicitando la inscripción de la sentencia en cuanto a la declaración de propiedad.

IV

La registradora emite su informe con fecha 31 de enero de 2014, manteniendo su calificación y forma expediente que eleva a esta Dirección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 2 de la Ley Hipotecaria; 488, 1532 y siguientes de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; 601 a 604 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Sentencias del Tribunal Supremo de 6 y 18 de noviembre y 18 de diciembre de 1990, 22 de febrero de 1994, 11 de marzo y 22 de diciembre de 1998, 26 de noviembre de 2001, 15 de marzo y 19 de diciembre de 2002, 16 de julio de 2004 y 17 de diciembre de 2008; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2001 y 5 de mayo de 2006.

1. Son cuestiones a tener en cuenta en el este recurso las siguientes:

– Se presenta testimonio, no mandamiento como erróneamente se hace constar en la nota de calificación, expedido por la secretaria del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Majadahonda, el 31 de julio de 2013, de la sentencia recaída en procedimiento tercería de dominio número 215/96-1.

– La registradora entiende que se solicita la cancelación de la anotación preventiva de embargo letra B, que es la que corresponde a los autos de procedimiento de apremio 215/96 en cuyo seno se interpone la tercería, si bien esta anotación preventiva ya constaba cancelada en el Registro en virtud de la anotación preventiva letra E, como consecuencia de la presentación previa del mismo documento.

– Del escrito de recurso se infiere que la petición del presentante no era la cancelación de la anotación, ya practicada como se ha expuesto anteriormente, sino la inscripción del dominio a favor de la tercerista.

– No obstante, el fundamento de Derecho segundo de la nota de calificación, al reproducir el párrafo primero los artículos 601, 603 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sería asimismo aplicable, con la salvedad que se dirá más adelante, a la pretensión invocada por el recurrente.

2. Se trata, pues, de decidir en este expediente si una sentencia firme que resuelve la tercería de dominio interpuesta en el seno de un procedimiento de apremio, en cuyo fallo dispone: «Estimando la demanda formulada por... declaro que siendo propiedad de doña M. L. L. S., el apartamento situado... se alza el embargo decretado sobre dicho bien en los autos de juicio

ejecutivo número 215/96 cancelándose la anotación que se hubiere practicado...», es suficiente no sólo para cancelar la anotación preventiva de embargo causada en el procedimiento sino también para inscribir el dominio a favor del tercerista.

3. En primer lugar tiene razón la recurrente al señalar que la aplicación de los preceptos correspondientes a la Ley de Enjuiciamiento de 2000, es errónea, pues el procedimiento se desarrolla íntegramente bajo la regulación anterior de la Ley de 1881. Y este error es importante por cuanto la regulación en cuanto al alcance de la tercería de dominio es diferente.

En efecto, del contenido de los artículos 1.532 y siguientes de la Ley en su redacción vigente en el desarrollo de los autos, no resultaba con claridad, al contrario de lo que ahora sucede, si la declaración de dominio, presupuesto de la decisión de alzamiento del embargo, implicaba una resolución susceptible de inscripción por resolverse las cuestiones relativas a la pretensión de la titularidad de la finca, o si por el contrario se trataba de alzar un embargo erróneamente ordenado por quedar claro no tanto que el tercerista fuera dueño como que el embargado no lo sea.

Como consecuencia de lo anterior hay numerosa jurisprudencia que se inclina por una u otra postura, pero si bien inicialmente se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión, por el alzamiento del embargo, la más reciente establecía, (vid. Sentencias citadas en «Vistos») que realmente, la verdadera naturaleza de la tercería del dominio tiene por objeto la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). La jurisprudencia insiste en una idea: La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista y que ha de ser adquirido mediante un título que tenga realidad en el momento del embargo cuya fecha ha de subordinarse el fallo, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.

Y esta línea jurisprudencial se ha visto ratificada en la Ley 1/2000, cuya Exposición de Motivos dice «la tercería de dominio no se concibe ya como un proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como un incidente, en sentido estricto de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo».

4. Procede ahora valorar en el supuesto concreto de este expediente si el fallo de la sentencia recoge una declaración de dominio que sea susceptible de inscripción. La respuesta debe ser negativa, el fallo –«declaro que siendo propiedad... se alza el embargo decretado... cancelándose la anotación que se hubiere practicado»– solamente recoge la declaración de propiedad de la recurrente como requisito previo e indispensable para decidir el levantamiento del embargo dado que en otro caso sería improcedente, pero no contiene mandato alguno relativo a la inscripción del dominio. Por el contrario, en el fundamento de Derecho primero, tal y como recoge la registradora en su informe, textualmente dice: «La Terceria de Dominio es una acción especial, pensada con la única finalidad de obtener el alzamiento de un embargo erróneamente trabado sobre los bienes del actor, el tercerista, en un proceso de ejecución despachado frente a otra persona. Pretende la tercería, de modo exclusivo, deshacer el error sufrido por el Juez ejecutor en la atribución expresa o tácita, al ejecutado de la titularidad de ciertos bienes que, en realidad y desde antes del embargo, pertenecen al patrimonio de un tercero...».

5. Por último, señalar que el supuesto de hecho de este expediente es diferente al resuelto en las Resoluciones de esta Dirección General de 1 de marzo de 2001 y 5 de mayo de 2006, ya que en estos casos además del levantamiento del embargo correspondiente, se ordenaba expresamente la inscripción a favor del demandante, incluso en el primero de ellos se ordenaba la cancelación de la inscripción contradictoria.

Dada la literalidad del fallo en estos casos se resolvió que «si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo con referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no es conforme en la eficacia del juicio de tercería en cuanto a la titularidad de la finca, es lo cierto que el respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a jueces y Tribunales (cfr. artículos 118 de la Constitución Española y 17 Ley Orgánica del Poder Judicial), impide al registrador, en el estado actual de la legislación y so pretexto de dicho discutido alcance de la tercería de dominio, desconocer la eficacia registral de una declaración judicial recaída en tal juicio por la que se afirma la pertenencia del dominio a favor de determinada persona, pues lo contrario sería entrar en el fondo de la resolución judicial con extralimitación de sus funciones. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (Ley 1/2000), la Ley de Enjuiciamiento de 1881 no era clara en la materia, por lo que la decisión judicial puede ser consecuencia de que el juez se ha inclinado por una de las soluciones posibles» (Resolución 5 de mayo de 2006).

En este caso de la sentencia resulta, como se ha expuesto anteriormente, que la jueza se inclinó por la solución contraria, es decir por limitar el efecto de la tercería al levantamiento del embargo.

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

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

Madrid, 28 de marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 1ª de 31 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Pola de Siero, por la que se deniega la prórroga de anotación preventiva de embargo.

En el recurso interpuesto por don J. M. F., en nombre y representación de «Asturiana de Especialidades Eléctricas, S.L.», contra la calificación del registrador de la Propiedad de Pola de Siero, don Enrique Español Batalla, por la que se deniega la prórroga de anotación preventiva de embargo.

HECHOS

I

Con fecha 12 de diciembre de 2013, a las 13:50 horas fue presentado por telefax un mandamiento expedido por duplicado de fecha 10 de diciembre de 2013, expedido por el secretario del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Siero, por el que se ordenó la práctica de la prórroga de una anotación preventiva de embargo sobre la finca registral número 10.780, que causó registro de entrada número 6548/2013 y con la presentación de copia en soporte papel el día 13 del mismo mes causó el asiento número 1571 del Diario 71.

Con fecha 20 de diciembre de 2013 se expidió calificación negativa del referido documento, porque el citado mandamiento de prórroga había sido presentado estando ya cancelada la anotación de embargo que se pretendía prorrogar; fue notificada al presentante y a la autoridad judicial, sin que contra esa nota de calificación se haya presentado recurso; esta calificación no es objeto del recurso de este expediente.

Con fecha 2 de enero de 2014, con número de registro de entrada 8/2014, a las 12:14 horas, se presenta bajo el asiento número 1729 del Diario 71, un testimonio judicial de la misma fecha de 2 de enero, y expedido por el mismo secretario judicial, por el que por medio de una diligencia de ordenación, complementa el mandamiento anteriormente citado (de fecha 10 de diciembre de 2013), rectificando al haberse producido un error, según resulta del documento, de forma que la finca que debió ser objeto de prórroga de la anotación preventiva de embargo, no era la 10.780 sino que debe ser la registral 40.725.

Hay que reseñar a efectos de este expediente, que sobre la finca 40.725 constaba una anotación preventiva de embargo letra B practicada el 22 de diciembre de 2009 (la que ahora se pretende prorrogar) y que por tanto el 23 de diciembre de 2013 se encontraba ya caducada, existiendo anotaciones posteriores a la misma.

II

El referido testimonio judicial complementario de mandamiento de solicitud de prórroga se presentó en el Registro de la Propiedad de Pola de Siero el día 2 de enero de 2014, y fue objeto de calificación negativa de 2 de enero que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Hechos: Don Enrique Español Batalla, registrador de la Propiedad de Pola de Siero, previo examen y calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, del mandamiento expedido el dos de enero de dos mil catorce por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Siero, dictado en los autos número 28/2009, presentado en este Registro el dos de enero de dos mil catorce, asiento 1729 del Diario 71, por don J. M. F., ha resuelto denegar la práctica del asiento solicitado por el siguiente defecto insubsanable: El mandamiento ordenando la prórroga de la anotación preventiva letra B, de la finca 40.725, de fecha 22 de diciembre de 2009, ordenada en el citado procedimiento, fue expedido y presentado una vez caducada dicha anotación, no sujetándose a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. (Conforme a reiterada doctrina y en especial a las Resoluciones de 26 y 27 de junio de 1998, no cabe anotar la prórroga de la anotación de embargo cuando se presenta el mandamiento de prórroga estando ya caducada la anotación, dada la claridad del artículo 86

de la L.H., el carácter radical y automático de la caducidad de asientos, la trascendencia *erga omnes* de la institución registral y de la normativa rectora de su funcionamiento y la naturaleza misma de la prórroga sólo predicable respecto de asientos en vigor). La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria. Contra la presente calificación (...) Pola de Siero, a dos de enero de dos mil catorce El registrador (firma ilegible) Fdo. Enrique Español Batalla».

III

El día 29 de enero de 2014, don J. M. F., en nombre y representación de «Asturiana de Especialidades, S.L.», interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «1.–El registrador de la Propiedad parte de la existencia de dos mandamientos distintos, uno de fecha 10 de diciembre de 2013 relativo a la finca número 10.780 y otro de fecha 2 de enero de 2014 sobre la finca número 40.725. Con este planteamiento deniega primero la prórroga de embargo sobre la finca número 10.780 pues la anotación de embargo estaba ya cancelada, y posteriormente deniega la anotación de embargo sobre la finca número 40.725 porque estaba caducada la anotación de embargo. Pero, realmente el Juzgado sólo ha dictado un mandamiento, en fecha 10 de diciembre de 2013, y posteriormente, observado el error material en cuanto a la identificación de la finca objeto de la anotación, en fecha 2 de enero de 2014 no dicta un nuevo mandamiento sino que por diligencias de constancia y ordenación acuerda rectificar y subsanar el error material padecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 214.1 de la LEC, corrigiendo el mandamiento con la correcta identificación de la finca a la que se refiere el mandamiento, expidiendo testimonio de las actuaciones procesales efectuadas en orden a dicha subsanación que, como dice expresamente, acuerda unir al mandamiento expedido en su día y remitir al Registro de la Propiedad de Pola de Siero. Por tanto, dentro del plazo de prórroga del asiento de presentación del mandamiento de fecha 10 de diciembre de 2013 se presenta en el Registro de la Propiedad el testimonio de la diligencia de ordenación subsanando el error material padecido en el mandamiento a fin de su unión al mismo. En consecuencia, habiéndose subsanado por el Juzgado en plazo la falta de la que adolecía la anotación solicitada por mandamiento de fecha 10 de diciembre de 2013, procede la conversión de dicha anotación, produciéndose una retroacción de sus efectos a la fecha de presentación de dicho mandamiento, esto es al 12 de diciembre de 2013. Es decir, antes de que caducara la anotación de embargo por el transcurso del plazo de los cuatro años. 2.–El artículo 24 de la L. H. de modo claro dice que «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». Precepto que unánimemente considera la doctrina aplicable no solo a las inscripciones propiamente dichas sino también a las anotaciones y cancelaciones. Es cierto que el artículo 86 de la L. H. inicia el cómputo del plazo de cuatro años a efectos de caducidad de las anotaciones preventivas desde la fecha de la anotación misma, pero añade que por mandato de las autoridades que las decretaron podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La Ley Hipotecaria no establece la caducidad por la no inscripción del mandamiento ordenando la prórroga dentro del plazo de cuatro años. De modo claro sólo exige para que no caduque el asiento que se presente dentro del plazo de cuatro años el mandamiento acordando la prórroga. Y así se efectuó en este caso, el mandamiento se presentó antes de que caducara el asiento. Por tanto, si el asiento de presentación se prorroga por el plazo de sesenta días (artículos 17 y 19, en relación con el 323.1 de la L.H.) con todas sus consecuencias, la subsanación judicial del error material del mandamiento de prórroga de la anotación de embargo de fecha 10 de diciembre de 2013 efectuada y presentada en el Registro de la Propiedad de Pola de Siero dentro de dicho plazo de sesenta días, implica que los efectos de la anotación interesada se retrotraigan a la fecha del asiento de presentación de dicho mandamiento. En definitiva, solicitada la prórroga de la anotación de embargo por mandamiento judicial anterior a

la caducidad de la anotación, la subsanación del mandamiento debe retrotraer sus efectos a la fecha de presentación del mismo».

IV

Con fecha 3 de febrero de 2014, se notificó la existencia del recurso al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Siero, a los efectos de las alegaciones que fueren oportunas respecto al testimonio judicial complementario de mandamiento de solicitud de prórroga de embargo allí ordenado y que es objeto del recurso. Fue remitido escrito de alegaciones de fecha 5 de febrero de 2014, en el que se adjunta una copia testimoniada de una diligencia de constancia de 2 de enero de 2014, por la que «se da fe del error material involuntario cometido en la identificación de la finca cuya prórroga fue acordada».

Mediante escrito con fecha 13 de febrero de 2014, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 17, 19, 24, 40, 77, 86, 249 y 323 de la Ley Hipotecaria; 100 y 353 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26, 27, 29 y 30 de junio y 1, 2 y 30 de julio de 1998, 8 de noviembre de 2000, 3 de septiembre de 2002, 26 de enero de 2006, 22 de abril y 11 de diciembre de 2010, 24 de abril de 2012, 27, 28 y 29 de junio y 2 de julio de 2013 y 9 de enero de 2014.

1. Son hechos relevantes a los efectos de este expediente los siguientes:

- El 12 de diciembre de 2013 se presenta testimonio de un mandamiento de prórroga de una anotación preventiva de embargo sobre la finca registral número 10.780. Fue denegada la prórroga de esta anotación sobre la finca, con fecha de 20 de diciembre, porque estaba cancelada.
- El 2 de enero de 2014 se presenta un testimonio judicial de esa misma fecha (2 de enero) en el que por medio de una diligencia de ordenación, se complementa el mandamiento anteriormente citado (de fecha 10 de diciembre de 2013), al haberse producido un error, según resulta del documento, de forma que la finca que debió ser objeto de prórroga de la anotación preventiva de embargo, no era la 10.780 sino que debe ser la registral 40.725.
- Sobre la finca 40.725 constaba una anotación preventiva de embargo letra B practicada el 22 de diciembre de 2009 (la que ahora se pretende prorrogar) y que por tanto el 23 de diciembre de 2013 se encontraba ya caducada, existiendo anotaciones posteriores a la misma.

El registrador deniega la prórroga de la anotación por cuanto no cabe anotar la prórroga de la anotación de embargo cuando se presenta el mandamiento de prórroga estando ya caducada la anotación, dada la claridad del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, el carácter radical y automático de la caducidad de asientos, la trascendencia *erga omnes* del Registro y la naturaleza misma de la prórroga sólo predicable respecto de asientos en vigor.

El recurrente alega en su escrito que se trata de un solo mandamiento y no de dos distintos, por lo que solicitada la prórroga de la anotación de embargo por mandamiento judicial anterior a la caducidad de la anotación, la subsanación del mandamiento debe retrotraer sus efectos a la fecha de presentación del mismo.

La cuestión debatida es determinar si tratándose de una subsanación del mandamiento inicial de prórroga de la anotación preventiva de embargo, debe beneficiarse de la prórroga del asiento que había causado la primera presentación del testimonio de mandamiento de prórroga de la anotación preventiva de embargo, que con carácter defectuoso se hacía sobre una finca registral que no era la trabada. O si al referirse la subsanación a una finca registral distinta de la que era objeto de la anotación que inicialmente se pretendía prorrogar, los efectos de la presentación lo son desde la fecha de la nueva presentación del testimonio del mandamiento con la finca correctamente identificada, en cuyo caso estaba caducada la anotación que se pretendía prorrogar.

2. El artículo 86 de la Ley Hipotecaria determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquéllas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve, pudiendo prorrogarse por un plazo de cuatro años más siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento.

Este Centro Directivo, en Resolución de 9 de enero de 2014, ha recogido la reiterada doctrina del mismo (en «Vistos») en virtud de la cual, habiéndose presentado –incluso expedido– el testimonio–referido a la correcta finca registral número 40.725– con la diligencia complementaria de la del mandamiento ordenando la prórroga, transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido la caducidad de ésta. Esta caducidad opera de forma automática, *ipso iure*, sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la expedición del mandamiento ordenando la prórroga, debido a la vida limitada con la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral.

La anotación caducada deja de surtir efectos desde el mismo momento en que se produce la caducidad, independientemente de que se haya procedido o no a la cancelación correspondiente y, por tanto, de la fecha de la misma. En este caso la cancelación no es sino la exteriorización registral de algo que era inexistente desde el momento en que se produjo la caducidad expresada. Caducada la anotación, corresponde necesariamente su cancelación, lo que se produce con ocasión de la solicitud de la práctica de un asiento sobre la finca afectada, cancelación que estará, como todos los asientos registrales bajo la salvaguarda de los tribunales.

3. Hay que tener en cuenta que el título presentado objeto de calificación que se recurre es el testimonio del secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Siero, expedido en fecha 2 de enero de 2014, en el que se incorpora una diligencia de ordenación de la misma fecha, mediante la que, por haberse producido un error en un mandamiento expedido en su día, se rectifica la finca registral sobre la que debe recaer una prórroga de anotación preventiva de embargo en procedimiento de ejecución de títulos judiciales 28/2009. Dicho documento causa entrada de fecha 2 de enero de 2014.

Ciertamente, si el asiento de presentación se prorroga por el plazo de sesenta días (artículos 17 y 19, en relación con el 323.1 de la Ley Hipotecaria) con todas sus consecuencias, la subsanación judicial de un error material del documento presentado dentro de dicho plazo de sesenta días,

implicaría que los efectos de la inscripción correspondiente se retrotraigan a la fecha del asiento de presentación de dicho documento. Pero en este expediente concurren dos circunstancias determinantes: por un lado, que se trata de la prórroga de una anotación preventiva de embargo, cuyos plazos de caducidad son estrictos en los términos de la doctrina de este Centro Directivo antes expresada; y por otro lado, que se produce fuera del plazo para la prórroga y por lo tanto caducado éste, la subsanación que consiste en la modificación de un elemento esencial del acto sujeto a inscripción: la finca registral sobre la cual recae la anotación preventiva de embargo.

4. La identificación de la finca es el elemento primordial en nuestro sistema registral, basado en el folio real, y determina, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley Hipotecaria -que regula el asiento de presentación- y el artículo 17 de la Ley Hipotecaria -que define el principio de prioridad registral- los importantes efectos atribuidos al mismo en relación con los terceros, afectando precisamente a los que tienen relación con esa concreta finca, desde la fecha de su inclusión en un asiento de presentación.

No puede pretenderse la rectificación, como parece deducirse del escrito del recurrente, de un asiento de presentación anterior que recoge una finca diferente (registral 10.780) y cuya calificación negativa no es objeto de recurso (artículo 326 de la Ley Hipotecaria) mediante el cambio de su contenido por la inclusión de otra finca registral (40.725), como si la nueva diligencia fuese una mera subsanación del primer documento calificado, con otro defecto relativo a otra finca totalmente distinta, precisamente por su repercusión en los terceros afectados de conformidad con el citado principio de prioridad registral, y de ahí que todo documento en el que se pretenda ingresar una nueva finca, deba ser objeto de un nuevo asiento de presentación con su fecha correspondiente.

5. En el supuesto de hecho objeto del recurso, con fecha 22 de diciembre de 2013, la anotación preventiva de embargo que se pretende prorrogar, ha caducado por el transcurso del plazo de 4 años, conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, caducidad que se produce *ipso iure*, y, además, existiendo sobre la finca terceros titulares de anotaciones posteriores, éstos, por el efecto de la caducidad automática, mejoran su rango registral, como tiene reiteradamente manifestado este Centro Directivo, por lo que ningún documento presentado posteriormente relativo a dicho embargo puede perjudicarles, debiendo el registrador denegar la prórroga de la anotación solicitada al encontrarse aquella caducada (por todas, y por reciente, la Resolución de 9 de enero de 2014).

6. El hecho de haberse producido un posible error substancial al expedir un mandamiento judicial, no afecta a la calificación registral que se atiene a la hora de calificar a los obstáculos que surgen del Registro (artículo 100 del Reglamento Hipotecario), sin que las posibles responsabilidades derivadas de la confusión puedan ventilarse en un recurso.

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, 31 de marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 31 de marzo de 2014, 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 Moncada n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario entre particulares.

En el recurso interpuesto por don R. J. Z. C. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Moncada número 2, don Silvino Navarro Gómez-Ferrer, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario entre particulares.

HECHOS

I

En escritura autorizada el día 7 de octubre de 2013 por el notario de Valencia don Francisco Badía Escriche, número 1.834 de orden, se formalizó un préstamo hipotecario entre particulares al que se incorporó un certificado de tasación deducido por un ingeniero técnico agrícola, cuya firma no se encontraba legitimada, y en su clausulado se incluyó un pacto de extensión de hipoteca conforme a lo dispuesto en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria sin hacer expresa salvedad de los derechos del tercer poseedor en su caso. El valor de tasación de la finca que se hipoteca, a efectos de ejecución, se deduce por remisión al valor que resulta del certificado de tasación del ingeniero técnico agrícola -manifiesta su condición y número de colegiación así como su pertenencia a la Asociación de Peritos colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad Valenciana- que se incorpora haciendo la manifestación siguiente: «según tasación realizada conforme a la regulación del Mercado Hipotecario vigente y demás normas aplicables, cuyo Certificado de Tasación me exhiben y del que deduzco testimonio por fotocopia...».

Al final de la cláusula novena, se establece que el procedimiento de ejecución del 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el de ejecución extrajudicial se limitarán a la falta de pago de dos cuotas trimestrales, que habían sido pactadas en la causa de resolución anticipada letra a), con inclusión en ellas de capital e intereses.

II

Copia autorizada de la misma se presentó en el Registro de la Propiedad de Moncada número 2 el día 7 de octubre de 2013, y fue objeto de calificación negativa de 26 de diciembre de 2013 que a continuación se transcribe en lo pertinente: «... Falta indicar el valor de tasación que no se menciona en la escritura, simplemente existen unas remisiones al expositivo del contrato y a la cláusula relativa al ejercicio de acción directa que no lo contienen e incorporar el certificado de tasación del inmueble realizado conforme a la normativa reguladora del mercado hipotecario, tal y como resulta del artículo 129.2.a) LH y 682.1 LEC, que establece que el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Tasación que deberá incorporarse a la escritura para comprobar que cumple los requisitos establecidos por la Ley 2/1981, que está vigente y que el valor no es inferior al 75% de la tasación. Artículo 3 del Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, Régimen Jurídico de Homologación de los

Servicios y Sociedades de Tasación No es admisible el certificado incorporado ya que debe ser realizado por una sociedad de tasación y además la firma no se encuentra legitimada, ni justificada la condición del que lo firma. Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que se produjo el 15 de mayo de 2013, los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido objeto de nueva redacción en relación con la tasación para la subasta a los efectos del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria (valor que habrá de coincidir también con el señalado para la venta extrajudicial). Dispone el artículo 129.2.a) LH que: «el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario», y el artículo 682-1 LEC que: «en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.» A la vista de estos artículos, para que sean inscribibles las cláusulas en que se pacte la utilización del procedimiento de ejecución directa hipotecaria y de venta extrajudicial, deberá incorporarse en la escritura el certificado de tasación del bien efectuada por entidad de tasación homologada, conforme a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que esté vigente –vigencia de seis meses según el artículo 62, apartado 4, de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, del Ministerio de Economía, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras; 8.4 del 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–, a los efectos de comprobar que el valor de tasación establecido en la hipoteca para el caso de ejecución judicial directa y extrajudicial –que han de ser iguales–, es igual o superior al 75% del valor de la tasación que figure en dicho certificado. La normativa actual, por tanto, exige un valor mínimo en la tasación, que viene determinado de forma objetiva en base a un porcentaje del valor que conste en el certificado de tasación emitido en la forma y por las entidades a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Además, el pacto de venta extrajudicial debe limitarse a los casos de falta de pago de capital e intereses, cosa que no sucede en la escritura calificada. Artículo 129 LH. En el pacto de extensión de la hipoteca no se salvan los casos del artículo 112 LH. Una vez calificadas el resto de las cláusulas que configuran la garantía hipotecaria y la obligación asegurada, con la extensión prevista en los artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria; artículos 83 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012 y del Tribunal Supremo 792/2009, de 16 de diciembre, entre otras, se hace constar que en caso de subsanarse los anteriores defectos o solicitarse la inscripción parcial, se denegará la inscripción de las cláusulas siguientes: b) y g) Ya que hace depender la aparición de dicha circunstancia de elementos externos a la parte deudora-hipotecante tratándose de cuestiones ajenas a la obligación garantizada e independientes de su voluntad. Artículo 1156 CC y STSJUE 14 de marzo 2013. A. En cuanto establece el vencimiento anticipado por razón de la falta de inscripción de la garantía, porque una vez que se realice la inscripción, dicha cláusula tiene un carácter superfluo y sin trascendencia real, artículos 98 LH y 51.6 RH, d) y e); artículo 27 LH, STS 792/09. Se notifica la nota de calificación, la suspensión de la inscripción, quedando prorrogado el asiento de presentación de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota de calificación (...). Este documento ha sido firmado

con firma electrónica reconocida por Silvino Navarro Gómez Ferrer registrador/a de Registro Propiedad de Moncada 2 a día veintiséis de diciembre del año dos mil trece».

III

El día 27 de enero de 2014, don R. J. Z. C. interpuso recurso contra la calificación, en el que alega, en síntesis, lo siguiente: «1.–Que se expresa el valor de tasación en la escritura, pues se ha incorporado un certificado de tasación elaborado por el ingeniero técnico agrícola don A. G. S., colegiado número (...) del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Agrícolas y Peritos Agrícolas de Valencia y Castellón y miembro de la Asociación de Peritos Colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad Valenciana al que se remite el clausulado de la escritura hasta en tres ocasiones. 2.–Que dicho informe se efectuó a petición y requerimiento del deudor hipotecante y que fue aceptado por ambas partes. 3.–Que no cabe calificar un préstamo realizado entre particulares aplicándole la normativa de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. 4.–Que no existe a lo largo de la escritura ninguna cláusula que resulte contradictoria con el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, que únicamente se dispone en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca que ésta se extienda a cuantos elementos enumeran los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria».

IV

El 31 de enero de 2014 se da traslado del recurso al notario autorizante de la escritura, para que en el plazo legal realice las alegaciones que considere oportunas, y habiendo transcurrido cinco días no se ha recibido a esta fecha ninguna.

Mediante escrito con fecha de 13 de febrero de 2014, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En este escrito revoca el tercer defecto señalado en la calificación, al no haber tenido en cuenta la disposición genérica contenida en la escritura al final de la cláusula novena, que limita la utilización del procedimiento previsto en el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la venta extrajudicial, a la causa de resolución anticipada letra a), que se limita a falta de pago de dos cuotas trimestrales que son sólo de capital e intereses; por lo que debe entenderse el recurso exclusivamente con los otros defectos señalados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1.857 y 1.860 del Código Civil; 12, 24, 98, 103, 104, 109, 110, 111, 112, 115, 122, 123, 129 y 144 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 637 a 639 y 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1 y siguientes la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; 8 del Real Decreto 716/2009; 1, 2, 3, 5 y 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición final decimoséptima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; los artículos 194 del Reglamento Hipotecario; 3 del Real Decreto 775/1997; las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1993, y 8 de julio de 2003; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre 1987; 19 de enero 1996; 5 de mayo 2000; 8 de enero de 2002; 21 de diciembre 2010; 13 de septiembre y 29 de octubre de 2013, y 22 de enero 2014.

1. Debe decidirse en el presente caso, si es inscribible una hipoteca constituida entre particulares, en la que concurren las circunstancias siguientes: se incorpora un certificado de tasación expedido por ingeniero técnico agrícola para la expresión del valor de tasación exigida por la Ley Hipotecaria y en los términos referidos al certificado de tasación por la Ley 1/2013, de 14 de mayo; la determinación del valor de tasación a efectos de ejecución se hace por remisión al valor de tasación que figura en el certificado del técnico mencionado; en la extensión objetiva de la hipoteca, se incluyen lo prescrito en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria incluyendo las actuaciones del tercer poseedor.

El registrador señala, entre otros que no interesan a los efectos de este expediente, los siguientes defectos: falta indicar el valor de tasación, que no se menciona en la escritura, sino tan solo un mera remisión a las cláusulas de ejercicio de acción directa que no contienen ese valor, y a un certificado de tasación de un técnico que se incorpora; el certificado de tasación que se incorpora no es el de una entidad de tasación homologada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario; en el pacto de extensión de la hipoteca no se salvan los derechos de tercero en los casos del artículo 112 de la Ley Hipotecaria.

El recurrente alega que basta la determinación del valor por referencia al del certificado de tasación; que éste, se efectuó a petición y requerimiento del deudor hipotecante y que fue aceptado por ambas partes; que no cabe calificar un préstamo realizado entre particulares aplicándole la normativa de la Ley 2/1981, reservada exclusivamente a entidades financieras; que no existe a lo largo de la escritura ninguna cláusula que resulte contradictoria con el artículo 112 de la Ley Hipotecaria.

2. La primera cuestión es determinar si está claramente indicado el valor de tasación a los efectos de ejecución de la hipoteca en su caso. Ciertamente existe una remisión al valor de tasación deducido por un ingeniero técnico agrícola que manifiesta su condición y pertenencia a una asociación de peritos. Así pues, se debe resolver si este certificado cumple las exigencias que para las tasaciones se exigen en la regulación del mercado hipotecario vigente y concretamente la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y el Real Decreto 716/2009 que recoge lo requisitos de las entidades que pueden ser tasadoras a esos efectos. En el caso de ser así, será válida esa referencia mientras que en caso contrario, no se habrá cumplido el requisito exigido por la Ley.

Así pues, está ligada de forma determinante a la segunda cuestión del expediente, que plantea en virtud de la argumentación del recurrente otras dos a su vez: la de si es exigible el certificado de tasación en las hipotecas entre particulares y la de si cumple la exigencia el certificado expedido por un técnico que no forma parte del listado de entidades homologadas.

3. En primer lugar hay que determinar si la tasación oficial conforme a lo prevenido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, debe ser acreditada en la constitución de garantía hipotecaria en favor de una persona física que, por tanto, carece de la calificación de entidad de crédito.

Ante la argumentación esgrimida por el recurrente sobre la improcedencia de la exigencia de tasación en las hipotecas constituidas entre particulares, hay que distinguir en cuanto a las razones para exigir el requisito de certificado de tasación, dos épocas distintas: antes de la

reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo y después de ésta, de manera que son otras las razones que actualmente motivan la exigencia del mismo.

La Resolución de 13 de septiembre de 2013 recoge este planteamiento antes de la reforma citada: la exigencia del certificado de tasación lo era en base al criterio legal en que se fundamenta el artículo 682.1, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que responde a la idea de que, como señala la doctrina, el valor de una cosa, como en el caso de los bienes inmuebles, están sujetos a oscilaciones en el tiempo, según las circunstancias del mercado en función de los parámetros generales de la economía, como los tipos de interés, la tasa de ahorro, el aumento o disminución de la población en el lugar de situación del inmueble, la rentabilidad comparativa con otras inversiones alternativas al mercado inmobiliario, etc. Y todo ello sin contar con la posibilidad de mutaciones en la situación física o jurídica de la finca durante el período intermedio entre la constitución de la hipoteca y su ejecución (nuevas construcciones, mejoras o deterioros sobre la finca, extinción de un arrendamiento sobre la finca, etc.). Este entendimiento del tema ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 24 de marzo de 1993 señala que «el precio de salida es inmodificable... y sirve de base para la aprobación del remate o posibles rebajas posteriores, pero nunca es reflejo del total valor real de la cosa que será el que tenga (subjctiva u objetivamente) el día del remate para los licitadores, a cuyo efecto será el criterio del licitador el que formará la determinación de su voluntad. Las cosas hipotecadas son susceptibles de cambios, aumentos o disminuciones de valor (accesiones por edificación o planta, destrucciones, etc). Le incumbe, pues, al licitador ver, investigar; en definitiva, informarse para concurrir a la subasta». Resulta ello coherente con lo que ya antes había afirmado el Alto Tribunal en su Sentencia de 14 de enero de 1924 en la que atribuye a la señalización del tipo el carácter de mero requisito procesal sin que necesariamente deban influir sobre el mismo otras valoraciones por objetivas que puedan ser, como sería el caso de las proporcionadas por el Catastro. Así lo ha venido entendiendo también este Centro Directivo desde la clásica Resolución de 4 de diciembre de 1929, según la cual «el precio debe entenderse, no como valor real de la finca determinado por los medios técnicos y en atención a las características económicas del inmueble, sino como cantidad que ha de servir en su día de base a las posturas de los licitadores, habida cuenta de la obligación que los mismos contraen de aceptar las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor y subrogarse en las responsabilidades correspondientes.

4. El precio o tipo para subasta lo fijan libremente los interesados. Ahora bien, esta libertad ya antes de la reforma introducida por la Ley 1/2013 estaba limitada por las exigencias impuestas por la legislación del mercado hipotecario para el caso de que el crédito hipotecario se pretenda utilizar como cobertura de una emisión de títulos hipotecarios, es decir para su movilización a través del mercado hipotecario secundario. En estos casos se deberá garantizar el cumplimiento de la norma establecida por el artículo 8 del 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 – concordante con el artículo 5 de esta última Ley–, que impone que el tipo de subasta para el supuesto de ejecución será necesariamente, como mínimo, dicha valoración, la de tasación. En efecto, el citado artículo 8 establece lo siguiente: «1. Los bienes inmuebles por naturaleza sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación de la entidad financiera prestamista o de entidades homologadas, con arreglo a lo que dispone este Real Decreto». Dicha tasación, añade la norma, tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar aquellos bienes de manera que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado. En cuanto a la forma de documentar la tasación y su reflejo registral, el apartado 2 del mismo precepto establece que «la tasación se

acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración».

Así pues, la tasación impuesta por el artículo 8 del citado Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, no constituía, por tanto, una exigencia establecida con carácter general para todo tipo de hipotecas, sino exclusivamente en relación con aquellas que se constituyesen conforme a la normativa del mercado hipotecario y que, por consiguiente, podrían servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios. En estos casos los cedulistas, bonistas o partícipes titulares de la emisión tienen como garantía de sus títulos la cartera de créditos hipotecarios de la entidad emisora que cumplan las condiciones legales, y para que esta garantía sea solvente, la legislación referida del mercado hipotecario establece una serie de cautelas. Así, entre otros requisitos, los préstamos y créditos que se utilicen en dicha cobertura deberán estar garantizados con primera hipoteca sobre el pleno dominio, no exceder su importe del sesenta u ochenta por ciento, según los casos, del valor de la finca resultante de la tasación, no recaer la hipoteca sobre cuotas indivisas del dominio, sino sobre la totalidad de éste, y encontrarse dicho dominio libre de todo tipo de condiciones, prohibiciones o limitaciones de todo tipo (cfr. artículos 3 a 12 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril).

5. Pues bien, como uno más de los elementos de garantía y solvencia de la cartera de créditos establecidos a favor de los inversores en títulos hipotecarios se impone que el tipo para subasta no sea inferior en ningún caso al valor de tasación de la finca, extremo que ha de calificar el registrador con rigor, ya que afecta no sólo a las partes contratantes, sino también a los suscriptores de los títulos hipotecarios del mercado secundario. Pero es ésta, como se ha dicho, una exigencia restringida a los supuestos en que se constituye la hipoteca con sujeción a la mencionada normativa del mercado hipotecario. Como afirmó este Centro Directivo en sus Resoluciones de 16 y 17 de junio de 2000 y 22 de marzo de 2001, la tasación a efectos del mercado hipotecario es un requisito previo a la emisión de los valores garantizados, pero no para la constitución previa de la hipoteca, lo que no impide que se realice antes de este momento, en cuyo caso se prevé su constancia y control registral. Ahora bien, el hecho de que dicha tasación no sea necesaria para la constitución de la hipoteca no es obstáculo para entender que, si efectivamente se ha hecho, su constancia en la inscripción de la hipoteca sólo es admisible sobre la base del certificado en que conste la tasación, pues la mera manifestación de su existencia no acreditada carece por sí sola de toda relevancia registral. Estamos aquí en presencia de una cautela básica en orden a prevenir situaciones de sobretasación, lo cual requiere expertización e independencia en las valoraciones, objetivo asumido por la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, así como certeza en los resultados a través de un sistema de acreditación documental por medio de las oportunas certificaciones.

6. Pero a partir de la reforma de 14 de mayo de 2013 también fueron otras las motivaciones que originaron la exigencia del certificado de tasación y el valor mínimo en el valor en que se tasa la finca hipotecada para el caso de ejecución de la hipoteca. Hasta la reforma introducida por la Ley 1/2013, la tasación de la finca hipotecada realizada de conformidad con la Ley 2/1981, respondía a un doble objetivo encaminado, en primer lugar, a garantizar el cumplimiento de los límites impuestos al importe de los créditos que puedan servir de garantía a las emisiones de cédulas o bonos hipotecarios (límites fijados en un porcentaje sobre el valor de los inmuebles hipotecados en su garantía o *loan to value*) y, en segundo lugar, a asegurar que el tipo de subasta, a través de la que se obtiene la realización del valor del bien, no sea inferior a dicha tasación (*vid.* artículo 5 de la Ley 2/1981). Ese doble objetivo estaba destinado a la protección

de los inversores en el mercado hipotecario, de forma que la recuperación de su inversión y del cobro de su remuneración financiera, quedase garantizado. Pero la tasación realizada conforme a las exigencias del mercado hipotecario debía beneficiar también al deudor al prevenir situaciones de sobreendeudamiento, evitando en ciclos expansivos la indebida incorporación a la tasación de meras expectativas de futuras revalorizaciones. Mejorar este último aspecto, al reforzar los mecanismos que garantizan la independencia de las entidades tasadoras respecto de las entidades de crédito fue uno de los objetivos de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, en la que se incluyen normas tendentes a prevenir tales situaciones de sobreendeudamiento (*vid.* artículo 29), facultando además al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar las normas necesarias para garantizar un nivel adecuado de protección a los usuarios de servicios financieros, en relación, entre otros, con los siguientes aspectos: 1.º la relación entre los ingresos de los consumidores y los compromisos financieros que adquieran (*loan to income*); y 2.º la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales (habilitación que fue ejecutada mediante la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios). La Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha vuelto a regular esta materia tratando de reforzar aún más la independencia de las entidades tasadoras (*vid.* artículo 4).

7. Pero estas normas, en caso de que la hipoteca no se incluya en la cartera de los créditos de cobertura de emisiones hipotecarias, no amparaban a los usuarios de los servicios financieros del peligro inverso al de la sobretasación del bien dado en garantía, esto es, del riesgo que representa la situación contraria de la infravaloración del bien al fijar el precio de tasación a efectos de subasta, situación que en los ciclos económicos de crisis y de contracción de la demanda inmobiliaria como el actual, puede llegar a traducirse en un quebranto patrimonial relevante para el deudor ejecutado. Así resulta del hecho de que en los casos –hoy no infrecuentes– de subasta desierta por falta de licitadores, la finca hipotecada se adjudique al acreedor por un valor resultante de la aplicación de ciertos porcentajes (cincuenta o setenta por ciento, según se trata de vivienda habitual o no) sobre el valor de tasación para subasta fijado en la escritura de constitución (cfr. artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De poco sirve que el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, elevase el antiguo porcentaje del cincuenta al sesenta por ciento (que la disposición adicional sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, restringió a las viviendas habituales del deudor), o que la Ley 1/2013 eleve nuevamente dicho porcentaje hasta el setenta por ciento, si la base sobre la que esos porcentajes se aplican carecen de toda correlación con el valor real del bien hipotecado y subastado. Y lo mismo sucede en el caso de adjudicación de la finca al acreedor por ser la mejor postura inferior al setenta por ciento y no poder el deudor presentar tercero que la mejore (cfr. artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Frente a este riesgo de descapitalización del deudor generado por la citada laguna, sale al paso la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, al imponer ahora para toda hipoteca (destinada o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios), como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación. Para ello, a través de su artículo 7 da nueva redacción al artículo 682.2, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su nueva versión dispone: «2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo

dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». En el mismo sentido se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria que tras la reforma establece: «2. La venta extrajudicial se realizará ante notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes: a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». Como subraya el Preámbulo de la citada Ley 1/2013, anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta, pudiendo fijarse en cifras muy inferiores al valor real del bien. Con la nueva regulación se evita que se puedan dar situaciones como las que originaron los litigios que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2003 en la que, con arreglo al marco legal entonces vigente, descartó la existencia de enriquecimiento injusto compensable incluso cuando la divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación sea notable, «ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado». Resultado que, amplificado en su dimensión real y cuantitativa por la actual situación económica, repugna a la conciencia social, y será evitado en lo sucesivo por obra del legislador de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

8. Queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada «realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario», y que el valor (o precio) en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al setenta y cinco por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. Las normas transcritas que así lo establecen tienen carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes, por lo que su infracción pararía en la nulidad de la estipulación que incurriesen en tal infracción, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria).

9. A la vista de las anteriores consideraciones, se plantea la cuestión de si la exigencia de certificación de tasación de la finca es aplicable a los supuestos de la constitución de una hipoteca entre particulares sin que intervenga una entidad financiera como acreedor hipotecario. Y la contestación, atendiendo a la legislación vigente, que no distingue entre unas y otras hipotecas, debe ser afirmativa de su necesidad con independencia de la naturaleza del acreedor hipotecario. El artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece como uno de los requisitos para la aplicación del procedimiento de ejecución directa «que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».

El precepto se refiere a la «escritura de constitución de hipoteca» por lo que no distingue entre aquellas en las que interviene una entidad financiera de aquellas en las que el pacto de constitución y en su caso el pacto de ejecución lo es entre particulares. La referencia literal a la «escritura de constitución» sin distinguir categorías de constituyentes hace que la exigencia del certificado de tasación sea para todo tipo de pactos de ejecución con independencia de si los contratantes son o no entidades financieras, pues donde la ley no distingue, tampoco debe distinguir el obligado a su cumplimiento.

10. Siendo ello así, y dado que respecto de la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, «el valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa» [cfr. artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria], idéntica solución se ha de aceptar en esta materia en caso de que la acción hipotecaria se ejercite mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado aun cuando la constitución de la hipoteca se haya producido entre particulares.

Por tanto, la referencia a la «constitución» no solo por la interpretación literal del término, sino también atendiendo a su contexto y a la significación jurídica del mismo, inclina a la solución de ser exigible el certificado de tasación a toda constitución de hipoteca con independencia de la naturaleza de la persona o entidad crediticia que tenga el acreedor hipotecario.

Además, este Centro Directivo se ha manifestado al respecto, en la reciente Resolución de 22 de enero de 2014, que a su vez recoge la doctrina dictada en la Resolución de 29 de octubre de 2013, que ya indicó que toda escritura de constitución de préstamo hipotecario o pacto posterior relativo a la ejecución directa de los bienes sobre los que recae la garantía, precisa, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de la incorporación del certificado de tasación de la finca a que se refiere el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito de la escritura de constitución de hipoteca para la ejecución directa, en la nueva redacción de la norma. Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca que supone que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales, el tipo para subasta no sólo se hará constar en la escritura de constitución de hipoteca sino también en la propia inscripción causada por ésta (artículo 130 de la Ley Hipotecaria).

11. Sentado que es exigible el certificado de tasación en el caso que motiva este recurso, ahora se trata de determinar, si es suficiente el certificado expedido por el ingeniero técnico agrícola que no es entidad homologada para la realización de los certificados en los términos de la Ley 2/1981.

La citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone, para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación. A tal fin, su artículo 7 da nueva redacción al artículo 682.2, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el mismo sentido se modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en la forma anteriormente expresada. Pero es que además, conforme se ha fundamentado, esta normativa es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado y el certificado debe ser expedido por las entidades homologadas conforme la regulación de la Ley 2/1981 en relación

con los términos del Real Decreto 775/1997 y del Real Decreto 716/2009. En consecuencia, se deben confirmar los dos primeros defectos de la nota de calificación.

12. Finalmente respecto del último defecto de la calificación, este Centro Directivo ha rechazado («Vistos») por contraria al límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria, la inscripción del pacto de extensión de la hipoteca a nuevas construcciones (estipulación 22) por no salvar la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito. Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 19 de enero de 1996, vulneran el artículo 112 de la Ley Hipotecaria los pactos por los que se extiende la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada cualquiera que sea el titular que realice tales construcciones y, por tanto, sin excluir de dicha extensión el supuesto en que éstas son realizadas por un tercer poseedor. En tal sentido dichas cláusulas de extensión objetiva de las hipotecas a las nuevas construcciones sólo pueden admitirse por referencia a las realizadas por el propio deudor o por quien se subroga en su lugar.

Así pues, respecto de la última cuestión que se discute en este recurso, esto es, si la determinación de la extensión objetiva de la hipoteca, señalando que ésta comprenderá los elementos mencionados en los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, necesita salvar o no los derechos de un tercer poseedor, la respuesta debe ser afirmativa, puesto que al extenderla vía pacto a los elementos del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, y este precepto se refiere al propietario, pudiendo ser éste tanto el hipotecante como un tercer poseedor, al cual, el acuerdo de voluntades anterior no le puede vincular.

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, 31 de marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 1ª de 1 de abril de 2014, 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 Antequera, por la que se deniega la cancelación de dos anotaciones preventivas de embargo, decretada en un proceso concursal.

En el recurso interpuesto por don J. J. G., Consejero delegado de la mercantil «Gestión de Inmuebles, S.L. Unipersonal», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Antequera, don José María Vega Rivero, por la que se deniega la cancelación de dos anotaciones preventivas de embargo, decretada en un proceso concursal.

HECHOS

I

Mediante auto, de fecha 25 de febrero de 2013, dictado por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga/1 bis se acuerda autorizar a la administración concursal la venta directa y el levantamiento de los embargos trabados de las fincas registrales números 55.519 y 55.593 del Registro de la Propiedad de Antequera. Mediante mandamiento expedido por don J. M. C. D., Secretario judicial del Juzgado Mercantil 1 de Málaga/1 bis, se hace saber que en dicho Juzgado se tramita pieza separada de autorización judicial de venta a instancia del administrador concursal contra «Trespecon Locales, S.L.», en cuyos autos se ha dictado providencia firme por el magistrado-juez, don Antonio Fuentes Bujalance, por la que se procede acceder a librar los oportunos mandamientos de cancelación de cargas de las fincas objeto de la venta, fincas registrales números 55.519 y 55.593 del Registro de la Propiedad de Antequera.

II

Presentado testimonio del indicado auto junto con el mandamiento en el Registro de la Propiedad de Antequera fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Antequera Previa calificación del precedente documento, en unión del un testimonio del Auto 278/13 de autorización de venta expedido en Málaga, con fecha 27 de septiembre de 2013, por don J. M. C. D., Secretario Judicial del Juzgado de lo Mercantil Número Un de Málaga-1 Bis, y examinados los asientos del Registro, el Registrador que suscribe, ha practicado la cancelación de las cargas, en los tomos, libros, folios, fincas, inscripciones e idufir siguientes: 1) en el tomo 1.635, libro 1.021, folio 35, finca número 55.519 del municipio de Antequera, cancelación letra E, y con IDUFIR número 29002000681086; y 2) en el tomo 1.635, libro 1.021, folio 109, finca número 55.593 del municipio de Antequera, cancelación letra E, y con IDUFIR número 29002000681468; denegándose la cancelación en cuanto a las cargas de garantía real y los embargos administrativos. Al margen de cada una de las inscripciones practicadas se ha extendido una nota de afección fiscal por plazo de cinco años. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad del documento presentado, resultan los siguientes: Hechos I.–El mandamiento de cancelación que precede fue presentado por Andaluza de Tramitaciones y Gestiones, S.A., en la fecha y número de asiento que constan en el cajetín puesto sobre su cubierta. II.–En dicho documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable: 1.–No se pueden cancelar las hipotecas objeto de las inscripciones 2.^a y 2.^a de las fincas 55.519 y 55.593 del término de Antequera, por considerarse créditos con privilegio especial y por la excepción que en la Ley Concursal se hace respecto de acreedores con garantía real. 2.–No se pueden cancelar las anotaciones de embargo letras C y C de las 55.519 y 55.593 del término de Antequera, por tratarse de embargos administrativos. Al anterior hecho, es de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho I.–Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hayan calificación por el Registrador, quién, bajo su responsabilidad, ha de resolver legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II.–En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II anterior, debe consideración: 1.–Que no se pueden cancelar las hipotecas referidas por considerarse éstas como créditos con privilegio especial de acuerdo con el artículo 90 de la Ley Concursal que determina «1.–Son créditos con privilegio especial: 1.º-Los créditos

garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados»; y, además, por la excepción del apartado 4 del artículo 55 de dicha Ley, que expresa «4.–Se exceptúa de las normas contenida en los apartados anteriores lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real». 2.–Que no se pueden cancelar los embargos administrativos referidos por determinarse imperativamente en el apartado 3 del artículo 55 de La Ley Concursal, que copiado dice «3.–Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos». Teniendo en cuenta los citados hechos y fundamentos de Derecho, se ha practicado la cancelación de cargas, denegándose la misma en cuanto a las cargas de garantía real y los embargos administrativos. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse ni proceder dado que se trata de motivos de denegación. Los asientos practicados quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producirán plenos efectos de acuerdo con los artículos 1, 17, 20, 32, 34, 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. La presente calificación negativa parcial lleva consigo la prórroga de la vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente calificación (...) Antequera a 29 de octubre de 2013.–El Registrador (firma ilegible). Fdo.: José María Vega Rivero».

Solicitada calificación sustitutoria, por el registrador de la Propiedad de Málaga número 1, don José Alfonso Uceda Serreno, con fecha 16 de diciembre de 2013, se confirmó la calificación del registrador de la Propiedad de Antequera.

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. J. G., consejero delegado de la mercantil «Gestión de Inmuebles, S.L. Unipersonal», interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 14 de enero de 2014, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: «Hechos.–Primero.–En fecha 25 de febrero de 2013 se dictó, en el Concurso Voluntario de la mercantil Trespecon Locales, S.L., Auto por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, acordando la autorización de la venta de las Fincas Registrales números 55.519 y 55.593 inscritas en el Registro de la Propiedad de Antequera, a la sociedad Gestión de Inmuebles Adquiridos, S.L. Segundo.–La sociedad vendedora, Trespecon Locales, S.L., fue declarada en concurso mediante auto de fecha 18 de enero de 2011 (BOE núm.130, de 1 de junio de 2011). Tercero.–Con anterioridad a la declaración de concurso de la mercantil Trespecon Locales, S.L., fueron anotados con fecha 4 de enero de 2011 en sendas fincas registrales, embargo administrativo a favor de la Hacienda Pública, AEAT Málaga, en virtud de procedimiento iniciado con fecha 18 de noviembre de 2010 por dicha administración, por importe total de 256.516,41 euros. Cuarto.–En fecha 10 de junio de 2013 se otorgó escritura pública de compraventa de las fincas registrales anteriormente referidas, entre como vendedora Trespecon Locales, S.L. (en concurso) y como compradora Gestión de Inmuebles Adquiridos, S.L., entidad a la que represento y actualmente titular registral de dichas fincas registrales. Quinto.–Mediante providencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, se acordó librar los oportunos mandamientos de cancelación de cargas de las fincas objeto de la venta referida con anterioridad, emitiéndose los mismos el 27 de septiembre de 2013. Sexto.–Presentados ante el Registro de la Propiedad de Antequera los mandamientos de cancelación, el referido Registro, emitió calificación negativa con el siguiente defecto que se reproduce tal y como consta en la nota de calificación «Segundo.–Que no se pueden cancelar los embargos administrativos referidos por

determinarse imperativamente en el apartado 3 del Artículo 55 de la Ley Concursal (...). Séptimo.–Solicitada la calificación sustitutoria, de conformidad a lo dispuesto en el art. 275 bis de la Ley Hipotecaria, la cual le correspondió al Registro de la Propiedad número 1 de Málaga, emitió calificación negativa, en el mismo sentido que el Registrador de la Propiedad de Antequera. Fundamentos de Derecho.–Primero.–Como primera cuestión hemos de señalar, que la actual redacción del artículo 55.3 de la Ley Concursal, fue el resultado de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la cual entró en vigor en fecha 1 de enero de 2012. La Disposición Transitoria Primera de la Ley 38/2011, establece textualmente que: «La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor.» Pues bien, en ninguna de las Disposiciones Transitorias siguientes, se establece un régimen especial para los supuestos recogidos en el hoy vigente artículo 55.3 de la Ley Concursal. Entendemos por tanto, como primera cuestión del presente Recurso Gubernativo que en el presente caso, la redacción de la normativa de aplicación no es la que el Registrador de la Propiedad de Antequera ha señalado en su calificación, sino la redacción prevista con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011, dado que el concurso de acreedores de la transmitente se declaró el 18 de enero de 2011, aproximadamente un año antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011, por tanto entendemos que no le es de aplicación dicha norma tan solo en lo que las Disposiciones Transitorias prescriben, no siendo el caso del actual artículo 55.3 de la LC. Como se ha señalado, los embargos administrativos tal y como constan en la información registral, fueron anotados en fecha 4 de enero de 2011, fecha anterior a la entrada en vigor de la referida reforma concursal. Es el propio Juzgado de lo Mercantil num.1 de Málaga, en su Auto de aprobación judicial de la venta, quien recoge en el fundamento tercero punto 4.3 in fine que «A la vista de todo lo expuesto, la necesidad de los bienes a efecto de su enajenación es más que evidente, favorable para el concurso, para sus propios créditos opuestos y por tanto cabe estimar el levantamiento de embargos de la AEAT.» (...), resolución judicial que es firme. No obstante lo anterior, hay que destacar que por la propia Hacienda Pública, AEAT Málaga, no se ha interpuesto recurso alguno respecto de la cancelación de sus embargos, consintiendo por tanto dicha cancelación, no habiendo siquiera solicitado autorización para continuar con la ejecución, tal y como consta en la resolución judicial citada. Segundo.–Es importante traer a colación, la Sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de fecha 1 de octubre de dos mil trece, en el Conflicto de jurisdicción n.º 6/2013, suscitado entre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Galicia y el Juzgado de lo Mercantil, n.º 2 de A Coruña. En dicho caso, muy similar al que ahora se plantea, se vino a señalar que «el criterio relevante es el de si los bienes incursos en el mismo son necesarios o no para la continuidad de la actividad empresarial, momento en el que el procedimiento administrativo pierde la preferencia de la que gozaba inicialmente por razones temporales y queda sometida al concurso en los términos previstos en el art. 55 L.C. Es indudable que en las situaciones concursales el interés público, contenido y reiterado en la normativa concursal, no es otro que el mantener la continuidad de la actividad del deudor (como ha declarado expresamente esta Sala entre otros en STS 4/2005, de 19 de octubre; STS 10/2006, de 22 de diciembre) a cuyo interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, incluido el de autotutela que ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal» y concluye que en estos casos, la competencia sobre tales bienes ha de corresponder, al juez del concurso. Igualmente, la Ley Hipotecaria dispone en su artículo 84, que será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella. Por su parte el artículo 8.3 de la Ley Concursal establece que: La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado Tercero.–Conclusión a lo anteriormente dicho no es otra, que de conformidad con lo dispuesto en la normativa referida en fundamentos anteriores y de pertinente aplicación,

así como según lo proclamado por las resoluciones judiciales referidas en el cuerpo del presente recurso, el juez competente para acordar la cancelación de la anotación de embargo administrativo a favor de la Hacienda Pública, AEAT Málaga, es el Juez del concurso, en nuestro caso el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, el cual acordó mediante providencia de fecha dos de septiembre de dos mil trece, el levantamiento de dichas cargas registrales no hipotecarias, emitiéndose para ello los correspondientes mandamientos de cancelación. Del mismo modo hay que hacer especial hincapié, en que la normativa de aplicación no es otra que la Ley Concursal en la redacción anterior a la Ley 38/2011, toda vez que se trata de un procedimiento judicial iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma, los embargos administrativos fueron anotados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2011 que modificaba el art. 55 de la LC y por tanto no le puede ser de aplicación la reforma operada por dicha norma, pues lo contrario supondría aplicar retroactivamente una norma, en contra de lo dispuesto en los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española».

IV

El registrador emitió informe el día 21 de enero de 2014 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 8, 24, 43, 55 y 149 de la Ley Concursal; 164 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; 84 de la Ley Hipotecaria; 100 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Especial, Conflicto de Jurisdicción, de 11 de diciembre de 2012 y 25 de febrero y 1 de octubre de 2013; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio y 2 de septiembre de 2013.

1. Por el Juez de lo Mercantil encargado del concurso en que está incurso el titular registral, se autoriza la enajenación de una finca y al mismo tiempo se ordena la cancelación de dos anotaciones de embargo anteriores, a favor de la Hacienda Pública. Según la nota de calificación del registrador no se puede proceder a la cancelación de las anotaciones de embargo por tratarse de embargos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 55 de la Ley Concursal.

2. Ningún problema suscita la autorización judicial para la venta del bien del concursado. El artículo 43.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, determina que –una vez declarado el concurso– hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez. Al mismo tiempo el artículo 149.3 admite que dentro de sus competencias el juez de lo Mercantil que lleva el procedimiento concursal puede autorizar liquidación de bienes, en cuyo caso en el auto de aprobación de la transmisión de los bienes o derechos realizados de forma separada acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial (cf. artículo 149.3 de la Ley Concursal).

Aquí es donde se suscita la cuestión, pues en la nota de calificación se plantea la falta de competencia del juez del concurso para cancelar unas anotaciones de embargo administrativos anteriores a la declaración concursal.

3. Como ya señalara la Resolución de este Centro Directivo de 11 de julio de 2013 para un supuesto similar, debe partirse de la base de la competencia del juez de lo Mercantil, encargado del concurso, para conocer de todas las incidencias de la ejecución. En efecto, es principio del Derecho concursal que el conjunto de relaciones jurídico patrimoniales del concursado quedan sujetas al procedimiento de concurso (artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

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

Y es que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, «el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos».

Por lo que a sus deudas se refiere este principio viene plasmado en el artículo 24 de la propia Ley al establecer lo siguiente en relación a la publicidad del concurso en el Registro de la Propiedad: «Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1».

Por tanto la competencia del juez del concurso es vis atractiva no sólo para llevar a cabo las ejecuciones singulares, sino para ordenar también la cancelación de los embargos y anotaciones practicadas en las mismas, de manera que la regla general de que la competencia para cancelar una anotación preventiva la tiene el mismo juez o tribunal que la hubiera ordenado (cfr. artículo 84 de la Ley Hipotecaria), debe ceder a favor de esta competencia del juez del concurso como consecuencia del procedimiento universal de ejecución, calificación de competencia que podrá hacer el registrador al amparo en el artículo 100 de la Ley Hipotecaria.

4. No obstante la regla general de imposibilidad de seguirse ejecuciones separadas, durante la sustanciación del concurso no es una norma absoluta sino que, tiene excepciones. Así el artículo 55 de la Ley Concursal aunque dispone que «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor» admite sin embargo que «hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».

Y añade en su apartado 3 que «cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado».

La voluntad del legislador de permitir la ejecución separada de los embargos administrativos dictados con anterioridad a la declaración concursal, se manifestó también en la reforma de la Ley General Tributaria operada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, cuyo artículo 164 dispone que «el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que el embargo acordado en el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso».

La universalidad de la ejecución dentro de la que el legislador ha entendido y ha querido mantener la preferencia para el cobro de procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo antes de la declaración de concurso, está sustentado en la naturaleza pública del acreedor y en facultad de autotutela de la Administración, como era ya tradición en nuestro Derecho de ejecución colectiva. Ahora bien, además de ser la diligencia de embargo administrativo anterior a la declaración concursal, los bienes no deben ser necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor. Cuestión esta última que, como ya tiene reiteradamente afirmado este Centro Directivo es una competencia del juez del concurso.

Este respeto a la ejecución aislada de las ejecuciones derivadas de diligencia administrativa de embargo anterior al concurso, se traduce en materia de cancelaciones, de manera que la posibilidad que tiene el juez del concurso de ordenar cancelaciones en las ejecuciones que quedan suspendidas, no la tiene cuando se trata de cancelaciones de embargos susceptibles de ejecución separada. Así el artículo 55.3 de la Ley Concursal termina diciendo con claridad que «el levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos».

Lógicamente, atendiendo a la finalidad de la norma, habrá que entender que la imposibilidad de cancelación de tales embargos administrativos está referida a los que gozan de ejecución aislada, que son los trabados antes de la declaración concursal y que recaen sobre bienes no necesarios.

Entre tales excepciones no se cuentan, por tanto, los embargos por créditos ordinarios que, en consecuencia, quedan sometidos a la regla general de su cancelabilidad por mandato del juez del concurso («exceptio confirmat regulam in contrarium»), cancelación que, en todo caso, queda sometida además a una triple condición: a) que la decrete el juez del concurso a petición de la administración concursal; b) que concurra como causa habilitante el hecho de que el mantenimiento de los embargos trabados dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y c) la audiencia previa de los acreedores afectados.

5. En el caso de este expediente la anotación de embargo –y por tanto la misma diligencia de embargo– a favor de la Hacienda Pública es anterior a la declaración de concurso. En efecto, la declaración del concurso es de fecha 18 de enero de 2011 y del Registro de la Propiedad

resulta que la anotación de embargo se practicó el 4 de enero de 2011 y que la diligencia del embargo es de fecha anterior. Esto permitiría, siempre que los bienes objeto del embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, la ejecución separada del embargo administrativo (cfr. artículo 55.1 Ley Concursal) y conforme a la doctrina de este Centro Directivo no permitirían ser cancelados por el juez del concurso.

6. Sin embargo, en el auto de fecha 25 de febrero de 2013, el magistrado-juez titular del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga/1 bis, expresamente analiza la oportunidad de la venta del inmueble, así como la cancelación de las cargas, señalándose que la Agencia Estatal de Administración Tributaria ha sido parte en el procedimiento, pues se ha opuesto, no a la venta, pero sí a la cancelación de las cargas. No obstante, desestimando la oposición, se dicta providencia firme de fecha 27 de septiembre de 2013 en la que se ordena expresamente la cancelación de dichas cargas anteriores a favor de la Hacienda Pública.

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

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

8. No obstante la calificación de la competencia del juez o tribunal y de la adecuación de la resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, debe conducir en este caso a un juicio favorable, a practicar el asiento y por tanto a estimar el recurso. En efecto, en el presente expediente, el juez del concurso ha declarado la procedencia de la venta y la cancelación de las cargas, por considerarlo necesario –con profusión de argumentos– para la continuidad de la actividad de la concursada; y se ha dado audiencia a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que podía haber interpuesto los recursos procedentes, incluido el de conflictos de jurisdicción, pero según consta en el mandamiento o no se han interpuesto o no han prosperado, pues la providencia por la que se ordena la cancelación es firme.

En esto se diferencia el supuesto de este expediente del que motivó la Resolución citada de 11 de julio de 2013, donde no resultaba que se tratara de bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor que justificara la competencia del juez de lo Mercantil

para ordenar la cancelación del embargo administrativo y ni siquiera constaba la notificación a la Administración Tributaria.

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

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

Madrid, 1 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 1 de abril de 2014, 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 El Ejido n.º 1, por la que se deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas.

En el recurso interpuesto por doña E. R. E., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de «Unicaja Banco, S.A.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de El Ejido número 1, don Sergio Miguel Velasco Torres, por la que se deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas.

HECHOS

I

Mediante decreto, de fecha 16 de septiembre de 2013, rectificado por otro, de fecha 26 de septiembre de 2013, expedido por doña M. A. B. R., Secretaria judicial del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería, en el procedimiento de concurso ordinario número 206/2007, se acordó aprobar el remate y adjudicar los bienes a favor de «Unicaja Banco, S.A.», por el precio de 461.746,86 euros. A dicho decreto se acompañaba otro expedido por la misma secretaria judicial, de fecha 15 de octubre de 2013, por el que se acordaba la cancelación de la declaración de concurso sobre la finca descrita, así como la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la referida finca y la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieran podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II

Presentados testimonios de los indicados decretos en el Registro de la Propiedad de El Ejido número 1, fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de El Ejido n.º 1 calificado por Sergio Miguel Velasco Torres, Registrador de la Propiedad de El Ejido

n.º 1, provincia de Almería, el título al que se hace referencia en el hecho I de esta nota y tras examinar los antecedentes del Registro, resultan los siguientes hechos I.–Los documentos calificados proceden del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Almería, procedimiento de Concurso Ordinario 206/2007; dichos títulos, referidos a la finca registral 106.650 del término municipal de El Ejido, son: testimonio de decreto de adjudicación de fecha 25 de octubre 2013; resolución judicial de fecha 15 de octubre de 2013 que decreta «la cancelación de la anotación de concurso sobre la finca cuya descripción consta en el antecedente de hecho de esta resolución», «procédase igualmente a la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la referida finca» y «asimismo se decreta la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieren podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la L.E.C.»; y manifestación de la representante de la entidad adjudicataria, «Unicaja Banco, S.A.», relativa a la situación arrendaticia de la finca adjudicada en subasta de fecha 28 de octubre de 2013, cuya firma consta legitimada notarialmente el día 30 del mismo mes y año. II.–Los documentos descritos fueron presentados en el registro de la propiedad el día 8 de noviembre de 2013, causando los asientos de presentación números 610 y 611 del diario 79; retirados y nuevamente reintegrados el día 26 de noviembre junto con reproducción del edicto para la subasta de la finca registral 106.650 de El Ejido en el procedimiento de Concurso Ordinario 206/2007. III.–No se demanda la inscripción parcial de los títulos y se ruega que no se despache el decreto de adjudicación sin que se proceda a cancelar la totalidad de las cargas que recaen sobre la finca adjudicada, conforme a lo ordenado en el mandamiento de cancelación de cargas. Fundamentos de Derecho. El documento ha sido calificado desfavorablemente conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, atendiendo a los siguientes: 1.–Se solicita la práctica de los asientos de inscripción y cancelación, que sobre la finca registral 106.650 del término municipal de El Ejido, se disponen en sendas resoluciones judiciales de adjudicación y cancelación de cargas procedentes del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Almería, procedimiento de Concurso Ordinario 206/2007 en fase de liquidación. 2.–La evolución de la situación registral de la finca 106.650 es la siguiente: - Inscripción 1.ª de Agrupación de fecha 26 de junio de 2007, que dio lugar a que quedara inscrita en nuda propiedad a favor de «Envases Forte, S.A.» y en usufructo para dos cónyuges, que posteriormente transmitieron su derecho; la finca resulta de la agrupación de las registrales números 60.134 y 24.875, ambos inmuebles, gravados a su vez con una hipoteca cada uno en garantía de un préstamo a favor de la entidad «Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera», en anagrama «Unicaja».-Inscripción 2.ª de ampliación y modificación de hipoteca de fecha 27 de junio de 2007; conforme a este asiento se modificaron condiciones del préstamo hipotecario y se amplía la cuantía original del mismo de 432.000 euros en 150.000 euros, resultando un total prestado y garantizado de 582.000 euros.-Inscripción 3.ª de Compra del Usufructo de fecha 8 de noviembre de 2007 a favor de la entidad «Envases Forte, S.A.».-Inscripción 4.ª de Compra y Subrogación de Hipoteca de fecha 19 de diciembre de 2007; en la que consta que la finca fue vendida a la mercantil «Recupand Palets, S.L.». En relación al precio de la compraventa, registralmente consta que la entidad compradora retuvo parte del mismo «para hacer frente al pago del capital pendiente de la responsabilidad hipotecaria que grava la finca, subrogándose en cuantas responsabilidades reales y personales se deriven de la misma»; respecto de esta subrogación del comprador no consta registralmente el consentimiento de la entidad acreedora «Unicaja».-Inscripción 5.ª de Hipoteca de fecha 21 de mayo de 2009 a favor del «Banco Santander, S.A.»; hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.» por un principal de 235.000 euros.-Inscripción 6.ª de Hipoteca de fecha 29 de enero de 2010 a favor del «Banco Santander, S.A.»; hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.», por un principal de 600.000 euros.-Inscripción 7.ª de Reintegración a la Masa Activa, Incidente Concursal, Juicio Verbal 259/2009, de fecha 12 de abril de 2012; dicho asiento se practica en virtud de sentencia firme de 9 de septiembre de 2010, que declaró la ineficacia de la compraventa a favor de «Recupand Palets, S.L.», y la restitución del pleno dominio a favor de

«Envases Forte, S.A.», sin que se dispusiera las cancelaciones de las hipotecas, en garantía de los préstamos antes descritos, constituidas por «Recupand Palets, S.L.», a favor del «Banco de Santander, S.A.». Previamente, no existía constancia en el registro de la propiedad de dicho procedimiento.-Inscripción 8.^a de Concurso Voluntario de «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013; consta del día 21 de mayo de 2013, nota marginal de expedición de la certificación prevista por el artículo 656 de la L.E.C., previa constancia de la fase de liquidación en la inscripción siguiente.-Inscripción 9.^a de Concurso en Fase de Liquidación de la entidad «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013. 3.–La adjudicación se efectúa en fase de liquidación, disponiéndose en el Decreto de Adjudicación, antecedente de hecho segundo, que con fecha 6 de junio de 2009 se dictó diligencia de ordenación sacando a subasta el bien que se identifica con la finca registral 106.650 del Registro de la Propiedad n.º 1 de El Ejido. Del antecedente de hecho tercero, resulta que llegado el momento de la licitación, asistiendo licitadores y tras sucesivas pujas se llegó a la cifra de 461.746.86 euros, postura ofrecida por «Unicaja Banco, S.A.». El antecedente de hecho cuarto expresa que mediante diligencia de ordenación de fecha 18 de julio de 2013, se dio traslado a la Administración Concursal «a fin de que presentase un tercero que mejorase la postura al no cubrir ésta el 50% de la tasación, transcurrido dicho plazo, por la Administración Concursal se presentó escrito manifestando al Juzgado que no podía presentar tercero que mejorase la postura». La parte dispositiva del Decreto de Adjudicación acuerda la aprobación del remate y adjudicar los bienes descritos en el antecedente de hecho segundo a favor de «Unicaja Banco, S.A.», por el precio 461.746.86 euros. De lo expuesto, resulta que en la fase de liquidación de la entidad concursada se ha procedido conforme al Título V, Capítulo II, artículos 142 y siguientes de la Ley Concursal, L. 22/2003, de 9 de julio; específicamente las normas relativas a las operaciones de liquidación (artículos 148 a 153 de la Ley Concursal, sección tercera) y al pago de los acreedores (artículos 154 a 162 de la Ley Concursal, sección cuarta). El artículo 149.1.3.^a de la Ley Concursal dispone que: «los bienes a que se refiere la regla 1.^a, así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155». En dicho ámbito, se ha procedido a la enajenación mediante subasta del bien, conforme a los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos relativos a la subasta de bienes inmuebles en el procedimiento de apremio; y específicamente el artículo 670 de dicho cuerpo legal, que dispone en su número 4, en lo atinente al caso al haberse adjudicado el bien, según el decreto de adjudicación, por una cuantía que no cubre el 50% de la tasación: «Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, podrá el ejecutado, en el plazo de diez días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 70 por ciento del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura. Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que apruebe el remate

cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución. Cuando el Secretario judicial deniegue la aprobación del remate, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente.» Expuesto lo anterior, consta que se aprueba el remate y la adjudicación de la finca por una cantidad inferior al 50% del valor de tasación (más exactamente, si se atiende a la reproducción del edicto de subasta que acompaña el reintegro de los títulos, por un montante que alcanzaría menos de la tercera parte del valor de tasación a efectos de subasta, que fue fijado en 1.504.790 € y el bien adjudicado en 461.746.86 €, si bien dicho documento no puede ser tenido en cuenta dado que no reúne los requisitos exigidos por los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33, 34 del Reglamento Hipotecario), dicha adjudicación por una cuantía inferior al 50% del valor de tasación es admisible únicamente si se cubre al menos la cantidad por la que se ha despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas, lo cual no consta, o bien cuando el Secretario Judicial, conforme al último párrafo del número 4 del artículo 670 de la L.E.C. «oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este último caso, contra el decreto que apruebe el remate cabe recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución». La parte destacada de dicho precepto exige la valoración del Secretario Judicial, que comienza con la necesidad de «oír a las partes», lo cual en este caso de Concurso, se dirigiría al menos al deudor concursado, en la figura de la administración concursal, y la audiencia de los interesados en el bien objeto de subasta que se identificaría, como mínimo, con los acreedores hipotecarios que van a ser satisfechos con la cuantía de la adjudicación y cuya cancelación registral de sus derechos se pretende (sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente), y más específicamente que los mismos hayan sido partes en el procedimiento concursal en su calidad de acreedores concursales o como titulares de derechos sobre la finca excluidos del concurso; esta actuación de oír a las partes interesadas en la ejecución, aunque en el procedimiento concursal no pueda hablarse propiamente de deudor y acreedor como en una ejecución ordinaria, es un trámite de obligada calificación por parte del registro de la propiedad debido a que tales interesados pueden verse afectados por una resolución judicial que ordena, entre otros derivados del remate y adjudicación, la cancelación de asientos relativos a derechos de tales interesados, concretamente derechos de hipoteca; en consecuencia, no consta en la documentación aportada el cumplimiento de dicho trámite que permitiría a las partes alegar lo que a su derecho convenga y, en su caso, recurrir contra el decreto que apruebe el remate en recurso directo de revisión ante el Tribunal competente. Lo expuesto en el párrafo anterior relativo a la necesidad de oír a las partes, que motiva causa de suspensión, es exigido conforme al propio artículo 670 de la L.E.C., previa remisión de los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal (Ley 33/2003, de 9 de julio de 2003), que a su vez resulta concomitante con el principio de tutela judicial efectiva recogido por el artículo 24 de la Constitución Española y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O. 6/1985, de 1 de julio); así como con el principio de tracto sucesivo registral recogido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y con el de salvaguarda judicial de los asientos registrales contenido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria; además, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de septiembre de 2013, al tratar ésta última el supuesto de calificación del cumplimiento de un trámite de audiencia del artículo 155 de la Ley Concursal. Asimismo, el requisito de oír a las partes que contiene el artículo 670 de la L.E.C. está dirigido a recabar elementos de decisión que permitan la aplicación del supuesto limitado de adjudicar el bien por una cantidad inferior al 50% del valor de tasación, que conjuntamente debe decidir el Secretario Judicial a la vista de las circunstancias, la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede (se trata de una situación concursal), las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación

del remate suponga para el deudor (puesto que se obtiene una cantidad inferior al 50% del valor de tasación) y el beneficio que de ella obtenga el acreedor; por tanto, se infiere que la audiencia a las partes que prevé el precepto es un requisito fundamental que debe tenerse en cuenta para valorar la situación y adoptar la decisión de aprobar el remate y adjudicar el bien subastado. 4.–El decreto de adjudicación no especifica, motivando causa de suspensión, si el precio del remate ha satisfecho el derecho de los interesados, entendiéndose los acreedores previstos por el artículo 155 de la Ley Concursal; así como si ha existido o no remanente satisfechos los anteriores y que, en su caso, se ha procedido a su retención para efectuar el resto de los pagos, con el requerimiento si procede de los titulares de los créditos posteriores previsto por el número 2 del artículo 672 de la L.E.C.; y finalmente, si procede, la entrega del resto al ejecutado; lo anterior conforme a lo dispuesto por los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal y 674, 672 y 654 de la L.E.C. 5.–En el mandamiento que contiene el decreto de cancelación se hace constar «que se ha demandado y requerido de pago a los sujetos a los que se refiere el n.º 1 del art. 132 de la Ley Hipotecaria» y «que se llevó a cabo los requerimientos y las notificaciones a las personas indicadas en el n.º 2 del precepto antes mencionado»; tales afirmaciones no son congruentes con el procedimiento de ejecución seguido que no es el procedimiento de ejecución directa de hipoteca sino las disposiciones que regulan el procedimiento de apremio previsto en la L.E.C., conforme a lo dispuesto en los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal, 98 y 100 del Reglamento Hipotecario, motivando causa de denegación. 6.–El mandamiento que contiene el decreto de cancelación ordena que se cancele «la anotación de la declaración de concurso», «la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la finca», «asimismo se decreta la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieren podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la L.E.C.». Encuadrado en el Título V, Capítulo II que regula éste la fase de liquidación, y específicamente en la Sección 3ª «de las operaciones de liquidación», el artículo 149 de la Ley Concursal, con el encabezamiento «reglas legales supletorias», se entiende de las operaciones de liquidación, dispone literalmente en su número 3 (introducido por el número ochenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal «B.O.E.» 11 octubre, con vigencia desde el día 1 enero 2012): «3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90». Sin perjuicio de la remisión que el propio artículo 149 de la Ley Concursal hace en su número 1.3.ª al artículo 155 apartado 4, en cuanto a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, circunstancia esta última que no resulta de la documentación aportada en cuanto si los derechos de hipoteca en garantía de préstamos que constan inscritos en el registro de la propiedad responden a créditos concursales o no; máxime cuando la primera hipoteca y su posterior ampliación está inscrita como deuda por préstamo de la entidad concursada, a diferencia de las dos hipotecas posteriores que figuran como deudas por préstamo contraídas por la sociedad adquirente de la concursada, cuya titularidad decayó como consecuencia del ejercicio de una acción de reintegración a la masa del concurso sin que se impugnaran y se solicitaran las cancelaciones de ambos derechos de hipoteca. Sin perjuicio de la remisión citada al principio, debe entenderse que el artículo 155 se somete al artículo 149, excepto a lo específicamente regulado por el primero de ellos que es lo relativo a la Sección 4.ª del Capítulo II del Título V que regula el pago de los acreedores concursales, tratando el artículo 155 de pago de créditos con privilegio especial, refiriéndose dicho precepto tanto al pago de tales derechos como a las distintas posibilidades de su satisfacción que no tienen que pasar necesariamente por la ejecución del bien; asimismo, debe indicarse que dicho precepto, al igual que el artículo 149, fue modificado por la Ley 38/2011, sin que se añadiera ningún apartado o referencia que contraviniera o complementara lo dispuesto por el número 3 del repetido artículo 149 de la Ley Concursal. El contenido literal del número 3 del artículo 149 de la Ley Concursal limita la competencia del

Juzgado Mercantil en dicho ámbito, admitiendo únicamente la cancelación de cargas anteriores a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90, lo que supone, al no regularse de otro modo, que no puede cancelar aquéllas cargas que respondan a créditos no concursales y las correspondientes a créditos concursales que gozan de privilegio especial conforme al artículo 90 de la Ley Concursal. Lo expuesto excluye la cancelación de las garantías reales que se demandan, suponiendo causa de denegación, admitiéndose para la práctica de las mismas su cancelación por pago al acreedor o, si procediere, como consecuencia de una ejecución anterior. Lo expuesto conforme a los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal; 100 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la competencia del Juzgado o Tribunal; 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la protección que el registro de la propiedad dispensa a través de los asientos registrales. Asimismo, no se determina el carácter concursal o no de las hipotecas que pesan sobre la finca, no resultando del registro de la propiedad el mismo, pero en uno u otro caso el problema que se plantea es el mismo, que se resume en la falta de competencia para ordenar la cancelación de tales asientos. En relación a esto último, debe tenerse presente que cabe la posibilidad de que en una situación de concurso, los bienes del concursado se encuentren sujetos a derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva, en este sentido el artículo 82 de la Ley Concursal, al regular la formación del inventario y avalúo de la masa activa, dispone tal precepto: «Artículo 82 Formación del inventario. 1. La administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión de su informe. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter. 2. De cada uno de los bienes y derechos relacionados en el inventario se expresará su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. 3. El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. 4. Al inventario se añadirá una relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido y otra comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales. 5. Los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado». Lo anterior implica que tales cargas y gravámenes deben detrarse del valor de los derechos que constituyen la masa activa para ser respetados, y en consecuencia el ámbito del concurso se extenderá a los derechos del concursado minorado en las cargas antes citadas, siendo tales derechos los únicos que están destinados a satisfacer los créditos que a su vez deban ser tenidos por tales en el procedimiento como créditos contra la masa o concursales privilegiados, ordinarios o subordinados. En consecuencia, el valor de los bienes que van a ser enajenados debe adaptarse al artículo 82 de la Ley Concursal suponiendo una disminución de su cuantía puesto que en su caso supondrá la pervivencia de la carga detrída; o si se considera por la administración concursal actos impugnables por ser perjudiciales a la masa activa, debería haberse procedido conforme a los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal. 7.–Finalmente, el mandamiento de cancelación no especifica conforme a lo exigido por el artículo 674 de la

L.E.C., motivando causa de suspensión, que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso, de haberlo superado que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. Acuerdo Se suspende y se deniega la práctica de los asientos solicitados conforme a los hechos y fundamentos de derecho antes expuestos. No se práctica, respecto de los defectos subsanables, la anotación preventiva 42.9 de la Ley Hipotecaria por no haber sido solicitada. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación durante un plazo de sesenta días desde la última notificación, conforme a lo dispuesto en los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de 10 días. Contra la presente nota de calificación (...) En El Ejido, a 12 de diciembre de 2013.—El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Sergio Miguel Velasco Torres».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña E. R. E., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de «Unicaja Banco, S.A.», interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 13 de enero de 2014, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: «(...) Segundo.—De los motivos de denegación expuestos por el Sr. Registrador de la Propiedad núm. 1 de El Ejido en su calificación. 2.1.—Como ya hemos adelantado, el señor Registrador de la Propiedad número 1 de El Ejido ha denegado la inscripción de los referidos documentos, entre otros motivos, en base a la supuesta falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se tramita el concurso de Envases Forte, S.A., para ordenar la cancelación de las cargas afectas a créditos con privilegio especial relativos a la finca registral número 106.650 —titularidad de la concursada—. Pues bien, por medio del presente escrito esta parte viene a recurrir el Punto Sexto de la calificación negativa, esto es, la supuesta —e inexistente— falta de competencia del Juez de lo Mercantil ante el que se está tramitando el concurso de Envases Forte, S.A. —en liquidación— para proceder a la cancelación de las garantías reales que gravan la referida finca registral número 106.650. Los puntos 3.º, 4.º, 5.º y 7.º —excluyéndose los antecedentes, numerados con los puntos 1 y 2— de la calificación negativa no son objeto del presente recurso, toda vez que esta parte procederá a subsanar los referidos defectos solicitando la oportuna adición al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería. 2.2.—Al hilo de lo anterior, y como desarrollaremos a continuación, esta representación entiende que el Punto Sexto 6º de dicha calificación negativa es completamente improcedente —dicho sea con el debido respeto y en estrictos términos de defensa—, toda vez que: (i) El Juez de lo Mercantil ante el que se tramita un concurso de acreedores es el competente para ordenar la cancelación de cargas —entre otras, de las cargas afectas a privilegio especial— y asientos registrales que afecten a los bienes titularidad de la concursada (en este caso, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería es el competente para ordenar la cancelación de cargas y anotaciones sobre fincas titularidad de la concursada, Envases Forte, S.A.). (ii) En este sentido, debemos destacar que la dicción del artículo 155.3 LC prevé que cuando dentro del concurso —incluso antes de la fase de liquidación— se saque a subasta un bien hipotecado, pueda optarse por dos soluciones, esto es, (i) la adjudicación sin subrogación de cargas —y con cancelación de las mismas—, lo que dará lugar a que con el precio alcanzado en la realización del bien hipotecado se satisfagan los créditos garantizados con la hipoteca por orden de prelación —tal y como ha acontecido en el presente caso—; o (ii) la adjudicación con subsistencia de las cargas y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor. Por todo ello, al derecho de esta parte interesa solicitar que por el Sr. Registrador de la Propiedad núm. 1 de El Ejido, se sirva eliminar el punto sexto 6.º de la calificación negativa emitida con fecha 12 de diciembre de 2013, con cuanto más proceda. A los anteriores Hechos, le es de aplicación el siguiente Fundamento de Derecho Único.—De la competencia del juez del concurso para cancelar las cargas y anotaciones anteriores y posteriores a la declaración de concurso sobre bienes

titularidad de la deudora concursada. Tal y como hemos manifestado anteriormente, el Registro de la Propiedad núm. 1 de El Ejido ha resuelto que el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se está tramitando el concurso de Envases Forte, S.A. (en liquidación) carece, supuestamente, de competencia para cancelar las cargas hipotecarias que gravan la finca registral número 106.600, en base a lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Ley Concursal; en dicho precepto se establece que: «3. El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial» (...) Según el criterio del Sr. Registrador, el contenido literal del artículo 149.3 de la Ley Concursal vedaría la competencia de los Juzgados Mercantiles –en este caso, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se tramita el concurso de Envases Forte, S.A.– para ordenar la cancelación de las cargas hipotecarias afectas a créditos con privilegio especial en los términos previstos en el artículo 90 de la Ley Concursal. En este sentido, entendemos que dicha interpretación es contraria a Derecho –dicho sea con todos los respecto y en términos de dicha defensa– por cuanto que el artículo 155.3 de la Ley Concursal faculta expresamente al Juez del concurso para autorizar la enajenación de bienes titularidad de la concursada afectos a garantías reales libres de cargas; esto es, el precitado artículo 155.3 de la Ley Concursal determina que el Juez del concurso es el competente para ordenar la cancelación de garantías reales que gravan los bienes titularidad de la deudora concursada. Al respecto, reproducimos el artículo 155.3 LC: «3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos. Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta» (...) A este respecto, podemos traer a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 16 de noviembre de 2007 (AC 2007\2073) en el que se dispone que el Juez competente para ordenar la cancelación de cargas –afectas a privilegio especial– sobre bienes titularidad de una entidad concursada es el Juzgado ante el que se está tramitando el concurso de acreedores; así, dicho Auto (...) dispone al respecto que: «Respecto de las cargas y gravámenes procede la cancelación en los términos solicitados tanto de las anteriores como de las posteriores a la declaración de concurso partiendo de que la liquidación concursal es una ejecución colectiva tal y como reconoce el artículo 57.3 o 155 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748). El planteamiento de las cargas anteriores y posteriores tiene diferente tratamiento: a) Respecto de las cargas posteriores y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un procedimiento de ejecución colectiva, conforme se ha dicho, la realización en cualquiera de las formas de los bienes de la masa activa derivadas del concurso conlleva la cancelación de cargas y gravámenes posteriores de conformidad a la normativa rituarial. b) El régimen de las cargas anteriores debe conciliarse en relación al artículo 82.3 de la Ley Concursal que recoge expresamente que: El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva. Es evidente que si no tenemos en cuenta las trabas y embargos que garanticen o aseguren deudas incluidas en la masa pasiva es precisamente porque se someterán al común de la ejecución concursal colectiva derivada de la liquidación. Ello se concilia con lo previsto en el

artículo 84 de la Ley Hipotecaria de 1946 (RCL 1946, 886) en relación al artículo 8 de la LC. El primero de los preceptos señala: Será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella. Por virtud de los preceptos de liquidación colectiva señalados en relación al artículo 8 de la Ley Concursal, el juez del concurso viene a ser competente para la cancelación de las cargas anteriores y posteriores derivadas de dichos instrumentos con las particularidades del artículo 155 de la LC en relación a las cargas y gravámenes posteriores y anteriores, atendiendo a las particularidades del convenio, en su caso, o del plan de liquidación aprobado, en el caso presente, o de la autorización de venta fijada conforme a los artículos 43 y 44 de la Ley Concursal» (...) La meritada resolución no deja lugar a dudas o contradicciones: el Juez que está conociendo del concurso de acreedores es el competente para la cancelación de las cargas –afectas a créditos con privilegio especial– que gravan la finca titularidad de la deudora concursada. En igual sentido, podemos citar el artículo publicado en la página web www.registradoresdemadrid.org/revista/34/Casos-Propiedad/concurso.aspx en el que se analiza la competencia para ordenar la cancelación de garantías reales respecto de bienes titularidad de una entidad en concurso; dicha publicación acaba concluyendo que, en fase de liquidación, el órgano competente para ordenar la cancelación de las cargas hipotecaria (y del resto de cargas y anotaciones) es, en todo caso, el Juzgado de lo Mercantil ante el que se está tramitando el concurso (...) A tenor de lo expuesto, es evidente que el Juez de lo Mercantil ante el que se tramita el concurso de una mercantil –que, además, se encuentra en liquidación– es el competente para ordenar la cancelación de las cargas hipotecarias que gravan la finca titularidad de la entidad concursada. Por tanto, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería ante el que se está tramitando el concurso de Envases Forte, S.A. –en liquidación– es competente para ordenar la cancelación de las hipotecas que gravan la finca registral número 106.650 (titularidad de la concursada); y cuyo remate fue aprobado judicialmente a favor de Unicaja libre de cargas. En consecuencia, es evidente que deberá eliminarse el defecto que se contiene en el Punto Sexto de la calificación emitida por el Sr. Registrador de la Propiedad número 1 de El Ejido».

IV

El Registrador emitió informe el día 30 de enero de 2014 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 8, 24, 55, 56, 57, 146, 148, 149, 155 y 188 de la Ley Concursal; 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio y 23 de julio de 2013; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de julio, 2 de septiembre y 18 de noviembre de 2013.

1. Se debate en el presente recurso la inscripción de un decreto de adjudicación así como del decreto de cancelación, dictados por la secretaria judicial del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Almería, ordenados dentro del proceso de liquidación concursal de la mercantil «Envases Forte, S.A.», titular registral de la finca.

Únicamente es objeto de recurso el defecto señalado en el número seis de la nota de calificación que, resumidamente, se refiere al decreto de cancelación cuando ordena que «se cancele «la anotación de la declaración de concurso»; «la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que existan sobre la finca»; «asimismo se decreta la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones que hubieran podido causarse con posterioridad a la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 656 de la L.E.C.»», siendo así que el artículo 149.3 de la Ley Concursal determina que «el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90». Este defecto se desdobra en dos: el primero hace referencia a que tratándose de créditos privilegiados, el juez del concurso no puede ordenar su cancelación; el segundo a que las hipotecas no garantizan créditos concursales, por lo que tampoco tiene el juez del concurso competencia para ordenar su cancelación.

Para la adecuada resolución de este recurso, deben tenerse en cuenta los siguientes datos del historial registral de la finca, que resultan de la nota de calificación:

- Inscripción 1.^a de agrupación de fecha 26 de junio de 2007, quedando inscrita en nuda propiedad a favor de «Envases Forte, S.A.», y en usufructo a favor de dos cónyuges, que posteriormente transmitieron su derecho; la finca resulta de la agrupación de las registrales números 60.134 y 24.875, ambos inmuebles gravados a su vez con una hipoteca cada uno en garantía de un préstamo a favor de la entidad «Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera», en anagrama «Unicaja».
- Inscripción 2.^a de ampliación y modificación de hipoteca de fecha 27 de junio de 2007; conforme a este asiento se modificaron condiciones del préstamo hipotecario y se amplía la cuantía original del mismo de 432.000 euros en 150.000 euros resultando un total prestado y garantizado de 582.000 euros
- Inscripción 3.^a de compra del usufructo de fecha 8 de noviembre de 2007 a favor de la entidad «Envases Forte, S.A.».
- Inscripción 4.^a de compra a favor de la mercantil «Recupand Palets, S.L.», y subrogación de hipoteca de fecha 19 de diciembre de 2007. En relación al precio de la compraventa, registralmente consta que la entidad compradora retuvo parte del mismo «para hacer frente al pago del capital pendiente de la responsabilidad hipotecaria que grava la finca, subrogándose en cuantas responsabilidades reales y personales se deriven de la misma»; respecto de esta subrogación del comprador no consta registralmente el consentimiento de la entidad acreedora «Unicaja».
- Inscripción 5.^a de hipoteca de fecha 21 de mayo de 2009 a favor de «Banco Santander, S.A.», hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.», por un principal de 235.000 euros.
- Inscripción 6.^a de hipoteca de fecha 29 de enero de 2010 a favor de «Banco Santander, S.A.»; hipoteca en garantía de un préstamo concedido a «Recupand Palets, S.L.» por un principal de 600.000 euros.

– Inscripción 7.^a de reintegración a la masa activa, incidente concursal, juicio verbal número 259/2009, de fecha 12 de abril de 2012; dicho asiento se practica en virtud de sentencia firme de 9 de septiembre de 2010, que declaró la ineficacia de la compraventa a favor de «Recupand Palets, S.L.», y la restitución del pleno dominio a favor de «Envases Forte, S.A.», sin que se dispusiera las cancelaciones de las hipotecas, en garantía de los préstamos antes descritos, constituidas por «Recupand Palets, S.L.», a favor de «Banco de Santander, S.A.». Previamente, no existía constancia en el Registro de la Propiedad de dicho procedimiento.

– Inscripción 8.^a de concurso voluntario de «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013; consta del día 21 de mayo de 2013, nota marginal de expedición de la certificación prevista por el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previa constancia de la fase de liquidación en la inscripción siguiente.

– Inscripción 9.^a de concurso en fase de liquidación de la entidad «Envases Forte, S.A.», de fecha 14 de mayo de 2013.

En el presente recurso, se solicita la cancelación de dos hipotecas constituidas por la mercantil concursada «Envases Forte, S.A.», a favor de «Unicaja», y otras dos hipotecas constituidas por «Recupand Palets, S.L.» a favor de «Banco de Santander, S. A.».

2. No consta en el expediente que se haya aprobado un plan de liquidación en el concurso de la mercantil «Envases Forte, S.A.».

Conviene, no obstante, recordar, que como ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013 «el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el artículo 155 LC».

Como norma supletoria, el artículo 149.1 de la Ley Concursal determina que «de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas», señalando en su apartado tercero que «los bienes a que se refiere la regla 1.^a así como los demás bienes y derechos del concursado se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 155».

Este artículo 155.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según redacción dada por el número noventa y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, determina que «la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor

con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar».

Estos preceptos se encuentran en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la misma Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal cuando determina que «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

No consta en el expediente que alguno de los acreedores hipotecarios hubiera ejercitado sus acciones con anterioridad, por lo que perdieron el eventual derecho que pudieron tener de hacerlo en procedimiento separado.

Consecuentemente con todo lo expuesto hasta ahora, el procedimiento de ejecución de estos bienes es el regulado en el artículo 155.4 de la Ley Concursal, por remisión del artículo 149.1.3 de la misma Ley.

3. Pasando al estudio del pago de los créditos con privilegio especial y la cancelación de cargas, el artículo 155.1 de la Ley Concursal dispone que «el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva».

El artículo 149.3 de la misma Ley determina que «el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90».

De una interpretación literal de este precepto parece deducirse que el juez del concurso no puede cancelar las hipotecas, por ser créditos que gozan de privilegio especial. Sin embargo, este apartado tercero del artículo 149, reformado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, debe ser debidamente interpretado en relación con el artículo 155 de la Ley Concursal, puesto que este mismo artículo 155.3 en su apartado primero posibilita que la enajenación se realice, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, pero siempre con consentimiento del acreedor, pues sin su consentimiento no cabe la subrogación de la deuda, como establece el artículo 118 de la Ley Hipotecaria. De aquí se deduce, a contrario, que de no autorizarse la transmisión en estos términos, el precio obtenido se destinará al pago del crédito con privilegio especial, lo que determinará la cancelación de la hipoteca y, consecuentemente, la competencia del juez del concurso para ordenarla.

El artículo 155.3 apartado segundo contiene una norma de especial importancia, para aquellos supuestos de concurrencia de una pluralidad de créditos con privilegio especial, al decir que «si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta». En relación con las hipotecas inmobiliarias, quiere decir que habrá de estarse a la prioridad temporal registral, como regla general.

Consecuentemente, el artículo 155.3, salvo que se acuerde la subrogación en los términos antes expuestos, determina el pago de todos los créditos hipotecarios, conforme a la prioridad temporal registral, siendo el juez del concurso competente para ordenar su cancelación. El registrador, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Hipotecaria, al practicar las cancelaciones de las correspondientes inscripciones de hipoteca, deberá ponerlo en conocimiento de aquellos juzgados en que –en su caso–estuvieran aquellas hipotecas en ejecución. No obstante, como se ha dicho, no consta en el expediente que alguno de los acreedores hipotecarios haya ejercitado sus acciones con anterioridad, por lo que perdieron su eventual derecho a hacerlo en procedimiento separado.

4. En definitiva, no habiéndose ejercitado separadamente la hipoteca (cfr. artículo 57.3 de la Ley Concursal), el pago de los créditos hipotecarios ha de hacerse con cargo a los bienes afectos en proceso de ejecución colectiva (artículo 155.1 de la Ley Concursal); y, no habiendo plan de liquidación (artículo 148 de la Ley Concursal), procede enajenar los bienes conforme al artículo 149.1.3ª y su remisión al artículo 155.4, en este caso mediante subasta; pagándose los créditos con privilegio especial, en la forma prevista en el artículo 155.3, es decir, atendiendo a la prioridad temporal registral, siendo competente el juez del concurso para ordenar la cancelación de las hipotecas, y, en este sentido, debe interpretarse el artículo 149.3, siempre que los acreedores hipotecarios, cuyas hipotecas se pretenden cancelar, hayan sido debidamente notificados (artículos 656 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132.2 de la Ley Hipotecaria).

5. Es de señalar que respecto de las hipotecas constituidas a favor de «Unicaja», no habrá mayores dificultades en obtener su cancelación, al ser el adjudicatario del inmueble, «Unicaja Banco, S.A.», sucesora por segregación del negocio financiero de la primera, y pueda solicitar la cancelación de las hipotecas por confusión de derechos.

Sin embargo, las hipotecas inscritas a favor de «Banco de Santander, S.A.», fueron constituidas por la mercantil «Recupand Palets, S.L.». Por incidente concursal, juicio verbal número 259/2009, de fecha 12 de abril de 2012, en virtud de sentencia firme de 9 de septiembre de 2010, se declaró la ineficacia de la compraventa a favor de «Recupand Palets, S.L.» y la restitución del pleno dominio a favor de «Envases Forte, S.A.», sin que se dispusiera las cancelaciones de las hipotecas, en garantía de los préstamos antes descritos, constituidas por «Recupand Palets, S.L.», a favor de «Banco de Santander, S.A.». Por lo que respecto de estas concretas hipotecas constituidas a favor de «Banco de Santander, S.A.», la concursada «Envases Forte, S.A.», en principio, tiene la consideración de tercer poseedor de bienes hipotecados. Respecto de ellas hubiera sido plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 56.4 de la Ley Concursal, al disponer que «la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta».

Pero eso no significa que tenga razón el registrador en su nota de calificación cuando señala que los créditos de «Banco de Santander, S.A.», no son créditos concursales, y que no es de aplicación el artículo 149.3 de la Ley Concursal.

Es cierto que la concursada «Envases Forte, S.A.», tiene la consideración de tercer poseedor de bienes hipotecados y, mediante la administración concursal, podría haber ejercido todos los derechos que en tal condición le corresponden. Y el acreedor hipotecario «Banco de Santander, S.A.», habría podido reclamar a la concursada mediante el ejercicio de la acción real e, inicialmente, conforme al artículo 56.4 de la Ley Concursal, la declaración de concurso no afectaría a la ejecución de su garantía, excluyéndose, en principio, de la suspensión de la ejecución. El hecho de que la Ley autorice a este tipo de acreedor para ejercitar inicialmente su acción hipotecaria, sin suspensión, cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor, tiene como finalidad evitar que cualquier deudor se encuentre en situación de perjudicar la posición del acreedor mediante la simple transmisión de los bienes gravados a un concursado o a una persona cercana al estado de insolvencia.

Ahora bien, la ubicación sistemática del precepto (artículo 56) pone de manifiesto que sólo se excluye la aplicación del régimen sustantivo de la paralización de la ejecución, pero quedando sujeto, no obstante, al régimen del artículo 57.3 de la Ley Concursal, de modo que abierta la fase de liquidación, pierde su derecho de ejecución separada.

En el caso de apertura de la fase de liquidación como es el de este expediente también las hipotecas anteriores y de terceros poseedores quedan sometidas a la posibilidad de cancelación por el juez del concurso.

Lógicamente existe un conflicto entre este acreedor y el resto de la masa pasiva, porque su derecho puede afectar de manera directa a la masa activa. Pero el artículo 82 de la Ley Concursal dice que en el avalúo se tendrán en cuenta las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva, aunque esto no significa que del activo se detraigan estos bienes.

6. El artículo 149.3 de la Ley Concursal autoriza al juez del concurso para cancelar todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Y de una interpretación sistemática, ha de entenderse que dicho precepto lo que pretende es excluir de la cancelación son tan sólo los créditos contra la masa.

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

Resolución 1ª de 2 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Zamora n.º 2, por la que se suspende la inmatriculación de una finca pretendida mediante escritura pública de compraventa.

En el recurso interpuesto por doña S. R. D. F. contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Zamora número 2, doña Ana Félix Fernández Fernández, por la que se suspende la inmatriculación de una finca pretendida mediante escritura pública de compraventa.

HECHOS

I

Mediante escritura de venta otorgada ante el notario que fue de Zamora, don Antonio Hernández Rodríguez-Calvo, el día 11 de abril de 1987 con el número de protocolo 683, los cónyuges, don M. M. G. y doña A. P. C., vendieron a doña S. R. D. F. una casa en el casco del pueblo de Muelas del Pan que consta de planta baja, con cuadra de ciento noventa y cinco metros cuadrados, cobertizo de ciento cincuenta y siete metros cuadrados y corral de treinta y siete metros cuadrados, o sea, en total trescientos ochenta y nueve metros cuadrados, y de planta primera destinada a pajar de ciento veinte metros cuadrados, que no está inmatriculada en el Registro de la Propiedad.

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Zamora número 2 copia auténtica de la referida escritura, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad n.º dos de Zamora Datos del documento: Asiento 1072 Diario 36 Número de entrada 3021/2013 Notario Autorizante Don Antonio Hernández Rodríguez Calvo, Número de protocolo 683/2013 (*sic*) Fecha del documento: 11 de abril de 1987 Fecha de presentación: 2 de diciembre de 1987.—De conformidad con los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 988 y ss. de su Reglamento, la Registradora que suscribe, ha acordado suspender, la inscripción de la finca que el mismo comprende, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: Se solicita la inmatriculación de una finca no inscrita en este Registro, que consta de dos plantas baja y primera: en que existen varias construcciones.—Fundamentos de Derecho: De conformidad con el artículo 298 del Reglamento Hipotecario y 53.siete de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador, Certificación Catastral Descriptiva y Gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título a nombre del transmitente o adquirente, de la que resulte la antigüedad de la construcción, el número de plantas y la superficie de la parcela ocupada por la construcción (art. 45 del RD de 4 de julio de 1997). Y por considerarlo un defecto subsanable se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado. No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado. Contra dicha calificación (...) Zamora a 17 de diciembre de 2013 La Registradora de la Propiedad (firma ilegible) Fdo.: D.ª Ana Félix Fernández Fernández».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la adquirente, doña S. R. D. F., mediante escrito presentado en la oficina de Correos de Ermua el día 18 de enero de 2014, con entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 21 de enero de 2014 y entrada posterior en el Registro de la Propiedad de Zamora número 2 el día 31 de enero de 2014, por el que alegó que el defecto es debido a que el número de finca ha cambiado en el Ayuntamiento y no se ha informado de la variación al Catastro. Acompaña certificación catastral descriptiva y gráfica de fecha 2 de enero de 2014, en la que se detallan como datos de la finca los siguientes: superficie de suelo, doscientos ochenta y un metros cuadrados, superficie construida, doscientos sesenta y cuatro metros cuadrados, y los siguientes elementos de construcción: vivienda escalera 1, planta 00, puerta 01, superficie en metros cuadrados cincuenta; vivienda escalera 1, planta 00, puerta 02, superficie en metros cuadrados ciento siete; vivienda escalera 1, planta 01, puerta 01, superficie en metros cuadrados ciento siete. También se acompaña informe del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Muelas de Pan, de fecha 16 de enero de 2014, por el que afirma que le es público y notorio que la finca descrita en la escritura coincide con la catastral a que refiere la certificación aportada.

IV

La registradora emitió informe el día 6 de febrero de 2014, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada y alegando no haber tenido a la vista el informe del alcalde-presidente ni la certificación catastral aportada junto con el recurso, que tampoco coincide con la descripción de la finca contenida en el título. Asimismo, elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205 y 326 de la Ley Hipotecaria; 298 del Reglamento Hipotecario; 53 de Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 44.3 y la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario; el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 2007, 12 de mayo de 2008, 3 y 8 de septiembre de 2009, 16 de diciembre de 2010, 23 de julio y 8 de noviembre de 2012 y 8 de mayo y 9 de julio de 2013.

1. Presentada para su inmatriculación copia de escritura de venta otorgada en el año 1987, la registradora suspende la inscripción por no aportarse certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título a nombre del transmitente o adquirente, de la que resulte la antigüedad de la construcción, el número de plantas y la superficie de la parcela ocupada por la construcción. El recurrente alega la existencia de una variación en el número de Policía no comunicada al Catastro y, junto al recurso, aporta certificación catastral no coincidente en cuanto a la superficie de la finca ni a las dimensiones de la construcción contenida en la misma e informe del alcalde-presidente sobre identidad entre la finca descrita en el título y la catastral a que refiere la certificación.

2. La calificación de la registradora ha de ser confirmada. El artículo 53, apartado siete, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, exige para toda inmatriculación que se aporte, junto al título inmatriculador, «certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título».

Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (*vid.* Resoluciones citadas en el «Vistos»), la dicción legal –total coincidencia– no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. Como afirmara la citada Resolución de 8 de mayo de 2013, la norma no deja resquicios a excepciones: con independencia de cuál sea la finca que se pretende inmatricular y, por tanto, su titular, el título o el medio de los previstos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria al que se acuda.

3. Desde el punto de vista del derecho transitorio, nada obsta a lo aquí expuesto el hecho de que la escritura hubiera sido otorgada antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1996, pues, como ya ha señalado esta Dirección General en materia de segregación (*vid.* Resolución de 23 de julio de 2012), siendo la inmatriculación un acto jurídico de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquélla se haya producido bajo un régimen normativo anterior, de modo que es así perfectamente posible, en nuestro sistema, que haya derechos legítimos, substantivamente hablando, ya que no adolecen de vicio material alguno que los invalide y que sin embargo no se puedan inscribir (*cfr.*, por ejemplo, el artículo 254 de la Ley Hipotecaria); y también es perfectamente posible que puedan llegar a extenderse (por razones que no vienen ahora al caso) inscripciones de derechos inexistentes o nulos (*cfr.* artículos 34 y 38 a contrario de la Ley Hipotecaria).

Unas son, en efecto, las normas que regulan el procedimiento para la creación del título, determinan su validez, y generan, en su caso, el nacimiento del derecho; y otras las que regulan el procedimiento a seguir para la inscripción (constitutiva, en su caso) del derecho generado y el título que lo crea. Una cosa, en definitiva, es que exista el derecho y sea perfectamente válido el título que lo produce; y otra que sean inscribibles sin más en el Registro porque, como sucede en este caso, para practicar el asiento, exija la Ley requisitos suplementarios cualquiera que sea su naturaleza e importancia, que imposibilitan, si no se acredita su cumplimiento, la práctica del asiento.

4. Por último, ha de advertirse que en el presente caso no se aportó certificación catastral alguna al tiempo de extenderse la nota de calificación, no siendo posible tener en cuenta para la resolución de este expediente los documentos que no fueron presentados en tiempo y forma sino posteriormente (artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Pero, aun cuando pudieran haber sido considerados tanto la certificación como el informe de identidad adjuntados al recurso, lo cierto es que seguiría existiendo una diferencia tal en cuanto a la superficie de la finca –trescientos ochenta y nueve metros cuadrados según el título y doscientos ochenta y un metros cuadrados según Catastro– y en cuanto a las dimensiones de la construcción –trescientos ochenta y nueve metros cuadrados de distintas construcciones en planta baja y ciento veinte metros cuadrados de planta primera en el título frente a los ciento cincuenta y siete metros cuadrados totales en planta baja y ciento siete de planta primera a que refiere la certificación– que exigirían la oportuna rectificación, bien del título para acomodarlo a la certificación catastral, bien del Catastro –a través de los mecanismos legales establecidos al efecto– para acomodarlo a la descripción contenida en el título.

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

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

Madrid, 2 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución 2ª de 2 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Rute, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación y novación de préstamo hipotecario.

En el recurso interpuesto por doña Inmaculada Hidalgo García, notaria de Rute, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Rute, doña María Ruiz de la Peña y González, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ampliación y novación de préstamo hipotecario.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada ante la notaria de Rute, doña Inmaculada Hidalgo García, el día 23 de octubre de 2013, con el número 604 de su protocolo, la «Caja Rural de Córdoba, Sociedad Cooperativa de Crédito» de un lado y, de otro, don J. P. A. y doña E. M. E., procedieron a suscribir escritura de ampliación y novación de un préstamo hipotecario otorgado en Rute, el día 30 de noviembre de 2004, ante la notaria doña María Trinidad García Jaime, bajo el número 1.176 de protocolo, sobre la finca registral número 25.486 del término municipal de Rute, estipulando la ampliación del préstamo inicial y consiguientemente el importe de la responsabilidad hipotecaria, así como la modificación del plazo de amortización y el tipo de interés.

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Rute copia auténtica de la referida escritura, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «María Ruiz de la Peña González, registradora de la Propiedad de Rute y su partido, provincia de Córdoba, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Certifico: Que bajo el asiento de presentación 98 del Diario 98, previa su calificación y comprobación, bajo la responsabilidad del Registrador que suscribe, de la validez y vigencia de la firma electrónica reconocida del Notario remitente, la presentación de la copia electrónica de la escritura autorizada en Rute, el día veintitrés de octubre de dos mil trece, ante su Notario,

doña Inmaculada Hidalgo García, número seiscientos cuatro de protocolo que se presentó telemáticamente a las nueve horas del día veinticuatro de octubre de dos mil trece. Calificación registral Calificado el documento otorgado en Rute, el día veintitrés de octubre de dos mil trece, ante su Notario, doña Inmaculada Hidalgo García, número seiscientos cuatro de protocolo, que se presentó telemáticamente a las nueve horas del día veinticuatro de octubre de dos mil trece, asiento 98 del Diario 98, suspendida la calificación del mismo por no acreditarse el pago de los Impuestos correspondientes el mismo día, y nuevamente aportado el documento físico del mismo debidamente liquidado del Impuesto el día dieciséis de Diciembre de dos mil trece, se suspende la inscripción del mismo, por los siguientes hechos y fundamentos de derecho: 1) Hecho: En la escritura se nova y amplía una hipoteca que contiene un pacto de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo garantizado por impago de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses. Fundamentos de Derecho: Tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, este pacto de vencimiento anticipado sólo es posible por impago de, al menos, tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente, tal y como señala el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual «Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará contar por el Notario en la escritura de constitución.» Por tanto, para que la novación y ampliación ahora pactadas mantengan el rango de la hipoteca originaria que pretende novarse, es necesario que ésta última se ajuste a las exigencias del citado artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, mediante solicitud expresa del interesado, se podrá proceder a la inscripción parcial de la garantía hipotecaria con exclusión de la concreta cláusula denegada. 2) Hecho: Pactándose en la hipoteca que ahora pretende novarse y ampliarse la posibilidad de ejecución por el procedimiento de venta extrajudicial ante notario, no consta en la escritura calificada que sólo podrá acudir a tal procedimiento de ejecución por falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, no admitiéndose, por tanto, para otros supuestos de vencimiento anticipado del préstamo. Fundamentos de derecho: El artículo 129.1.b) de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dispone que «La acción hipotecaria podrá ejercitarse (...) mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada». Por tanto, para que la novación y ampliación ahora pactadas mantengan el rango de la hipoteca originaria que pretende novarse, es necesario que ésta última se ajuste a las exigencias del citado artículo 129.1.b) de la ley Hipotecaria. No obstante, mediante solicitud expresa del interesado, se podrá proceder a la inscripción parcial de la garantía hipotecaria con exclusión de la cláusula relativa al procedimiento de venta extrajudicial ante notario. 3) Hecho: No se expresa la finalidad para la que se concede la ampliación del préstamo objeto de la escritura calificada. Fundamentos de Derecho: siendo los hipotecantes/prestarios personas físicas y constituyéndose la garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual, es necesario que conste en la escritura calificada, si la ampliación del préstamo concedido tiene como finalidad la adquisición de dicha vivienda habitual o su refinanciación, ya que la falta de esta circunstancia impide determinar si resulta de aplicación o no el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En caso de que, subsanado este defecto, se haga constar en la escritura que la ampliación del préstamo garantizado tiene por finalidad la adquisición de la vivienda habitual hipotecada o su refinanciación, será necesario ajustar las estipulaciones relativas a los intereses de demora (pactadas en la hipoteca originaria que ahora se nova y amplía) a lo dispuesto en el citado artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «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». Aún en el caso de que se subsanen los defectos señalados, no tendrán acceso al Registro los siguientes patos o estipulaciones de la escritura calificada: Por carecer de trascendencia real y no estar incluidas entre las cláusulas financieras previstas en el artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria: Estipulaciones Tercera, Séptima, Octava. El párrafo «así como... reclamarla.» de la estipulación Décima. Estipulaciones Decimoprimera, Decimosegunda, Decimotercera y Decimocuarta. Fundamentos de Derecho: Artículos 12. 18 y 258.2 L.H. Artículos 83 y 84 Texto Refundido Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2009. Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de octubre de 2010 y 16 de agosto de 2011. Las calificaciones negativas del Registrador podrán (...) La anterior calificación se notifica a doña Inmaculada Hidalgo García, Notario autorizante por vía telemática, y a E.T.I. Uryser S.L. como presentante físico del mismo, por lo que el asiento de presentación queda automáticamente prorrogado por un plazo de sesenta días a contar desde la notificación de la presente calificación negativa. Firmado digitalmente por doña María Ruiz de la Peña González, Registradora de la Propiedad de Rute y su partido, el archivo electrónico que se remite al notario presentante. Y para que así conste, de conformidad y con los efectos previstos en los artículos 223 y 227 de la Ley Hipotecaria y 342 del Reglamento Hipotecario, 108, 109, 110, y 113 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, modificada por la Ley 24/2005 de Mejoras para el Impulso de la Productividad, 3 y 4 de la Ley de Firma Electrónica de 19 de diciembre de 2003, 35, 45.5, de la Ley 30/1.992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 685.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, 96.5 de la L.G.T. de 17 de diciembre de 2003, artículos 2 y ss. del R.D. 236/1.996, de 16 de febrero por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el ámbito de la Administración Pública, modificado a su vez por el R.D. 209/2003 de 21 de febrero, expido la presente que extendida en dos folios de papel, firmo y sello. Rute, a treinta y uno de diciembre de dos mil trece».

III

La anterior nota de calificación fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la notaria autorizante de la escritura calificada, doña Inmaculada Hidalgo García, en virtud de escrito que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de Rute el día 31 de enero de 2014, por el que alega, resumidamente: Que teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 1/2013 el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las modificaciones introducidas en el procedimiento ejecutivo tienen carácter imperativo y el pacto de vencimiento anticipado que aparece en las hipotecas inscritas ha de ser interpretado conforme a la nueva redacción del precepto, no siendo en ningún caso de exigencia obligatoria para las escrituras de ampliación de préstamo hipotecario; Que, del mismo modo, el segundo de los defectos desconoce la redacción de la disposición transitoria quinta de la Ley 1/2013, de modo que debe entenderse que si en la escritura de constitución de la hipoteca aparece el pacto de ejecución por vía extrajudicial, dicho pacto sigue vigente y, por tanto, igualmente aplicable a la ampliación de hipoteca, en los términos que regula la legislación actual; Que, en todo lo no novado por la nueva escritura, la primitiva queda inalterada; Que las disposiciones transitorias de la Ley 1/2013 no exigen que sus preceptos se incorporen a las escrituras de préstamos hipotecarios anteriores a su entrada en vigor, sino sólo a los que se constituyan a partir de aquélla, todo ello conforme a lo dispuesto por la resolución de la Dirección General

de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 2013; y, en cuanto al tercero de los defectos, que en ningún precepto de la Ley 1/2013 se exige que se haga constar la finalidad de los préstamos hipotecarios y, además, que en el presente caso la vivienda se adquirió en el año 1999 y el préstamo que se amplía se formalizó en el año 2004, por lo que su finalidad no era la adquisición de la vivienda.

IV

La registradora emitió informe el día 11 de febrero de 2014 en el que, tras revocar el tercero de los defectos señalados, se ratifica en el resto de la nota de calificación impugnada y contesta las alegaciones de la notaria recurrente en el siguiente sentido: Hay que partir de la naturaleza jurídica que se atribuye en nuestro derecho a la ampliación de capital, de modo que, de acuerdo con el artículo 4.3 de la Ley 2/1994 y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a efectos registrales el aumento de capital se traduce en la existencia de dos hipotecas –originaria y su ampliación–; es precisamente por la voluntad de las partes de configurar la hipoteca ya inscrita y su ampliación como una sola garantía sujeta a un régimen unitario por lo que se defiende la necesidad de adaptar la nueva garantía surgida a las exigencias de la Ley 1/2013, bien modificando el clausulado de la hipoteca primitiva para adaptarla a la nueva redacción de los artículos 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria, o bien renunciando expresamente al pacto de vencimiento anticipado por impago de una sola de las cuotas y a la posibilidad de ejecutar la hipoteca por el procedimiento de venta extrajudicial ante notario; la vocación de la Ley 1/2013 de ser aplicada, no sólo a las hipotecas constituidas tras su entrada en vigor sino también a aquéllas ya inscritas con anterioridad se desprende del estudio de sus disposiciones transitorias; y considerar que las disposiciones transitorias sólo son relevantes en la fase de ejecución hipotecaria, siendo el juez o el notario encargado de la ejecución el que deba velar por la adaptación del procedimiento ejecutivo a las modificaciones introducidas por la reforma, induciría a inseguridad o a una inadecuada información de los terceros que acudiesen al Registro en relación a la posibilidad del acreedor de acudir a los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1857 y 1860 del Código Civil; 12, 24, 104, 115, 122, 123, 126, 127, 129 y 144 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 517, 579, 637 a 639, 681, 682 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 234 a 236 o del Reglamento Hipotecario; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1924, 24 de marzo de 1993 y 8 de julio de 2003; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de marzo de 1969, 2 de abril de 1986, 12 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 16 y 17 de junio de 2000, 22 de marzo y 26 de mayo de 2001, 17 de enero, 30 de abril, 8 de junio y 3 de julio de 2002, 10 de agosto y 10 y 13 de octubre de 2006, 1 de diciembre de 2008, 14 de marzo y 29 de junio de 2009, 12 de mayo de 2011, 12 de enero y 22 de noviembre de 2012 y 10 de enero, 4 y 7 de febrero, 13 de septiembre, 29 de octubre, 21 de noviembre y 9 y 17 de diciembre de 2013.

1. Teniendo en cuenta que la registradora señaló en su nota otras cláusulas no inscribibles sobre las que nada alega la recurrente, y revocó en el trámite de reforma –como señala en su informe– uno de los defectos señalados en su nota de calificación, en el presente expediente se debate sobre si para la inscripción de una escritura de novación, otorgada después de la

entrada en vigor de la Ley 1/2013, en la que se nova y amplía un préstamo hipotecario inscrito con anterioridad a la publicación de dicha Ley es o no necesario pactar expresamente que el vencimiento anticipado del préstamo sólo sea posible por impago de, al menos, tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente. En la hipoteca inicial objeto de novación se preveía el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo garantizado por impago de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses, y que sólo podrá acudir al procedimiento de ejecución extrajudicial por falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, sin admitir otras causas distintas de ejecución.

2. La respuesta ha de ser negativa. Este Centro Directivo en varias Resoluciones (vid. por todas la Resolución de 9 de diciembre de 2013) ha abordado la cuestión relativa a si es inscribible una escritura de novación y ampliación otorgada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 en la que se hace constar como tasación para que sirva de tipo de subasta la misma que ya figuraba en la escritura de constitución previa a la referida Ley sin acreditar mediante la correspondiente certificación la tasación de la finca, y la misma argumentación utilizada en relación a ese problema debe emplearse ahora para contestar las dificultades planteadas en el presente expediente.

En efecto, el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la redacción dada por la Ley 1/2013, establece como requisito para aplicar el procedimiento de ejecución directa al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, que venzan al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor haya incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses, imponiendo al notario la obligación de hacerlo constar así en la escritura de constitución. Y por su parte, el artículo 129.1.b) de la Ley Hipotecaria, también en su redacción prevista por la Ley 1/2013, establece que la acción hipotecaria podrá ejercitarse mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada.

Pues bien, como ocurre con el requisito relativo a la certificación de tasación a que refiere el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos ahora examinados también refieren los preceptos señalados únicamente a la escritura de constitución de hipoteca, por lo que no pueden extenderse a otros actos otorgados con posterioridad durante la vida de la hipoteca, ni se exige tampoco su actualización en ningún caso. Esta es la doctrina ya reiterada por este Centro Directivo con relación a la novaciones en relación a la tasación, donde ya se ha dicho que no es aplicable la exigencia de la Ley 1/2013, y salvo que la novación afectara específicamente a la propia tasación practicada –en este caso al propio pacto de vencimiento–, en cuyo caso sí sería necesaria la aportación de una nueva certificación que la acreditara.

3. Las referencias literales a la «escritura de constitución» son más significativas teniendo en cuenta que la legislación hipotecaria distingue perfectamente entre los títulos de constitución de los derechos reales y los demás títulos de reconocimiento, transmisión y modificación de los mismos, según resulta de la enumeración del artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria al diferenciar los títulos de constitución de otros de reconocimiento, modificación, transmisión y extinción. Resulta también del propio Código Civil, que en el artículo 1880 se refiere a la «constitución, modificación y extinción» de la hipoteca, como supuestos distintos, lo que confirma el artículo 144 de la Ley Hipotecaria regulando la modificación de la obligación hipotecaria anterior, como supuesto diferente de la constitución de hipoteca contemplada en el siguiente artículo

145 de la misma. La referencia específica a la «constitución» de la hipoteca en el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria no incluyen el supuesto diferente de la modificación en diferentes variantes, entre ellas la mera novación modificativa, ni tampoco la ampliación del préstamo o crédito con paralelo incremento de la responsabilidad hipotecaria.

4. Por tanto, las referencias a la «constitución» no sólo por la interpretación literal del término, sino también atendiendo a su contexto y a la significación jurídica del mismo, inclinan a la solución de no ser exigibles los requisitos de constancia expresa de que el vencimiento anticipado del préstamo se producirá por el impago de tres cuotas mensuales o su equivalente, ni que el procedimiento de venta extrajudicial tendrá lugar sólo por falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada en otros actos distintos de la constitución de hipoteca. Ello naturalmente salvo que en la escritura inicial no se hubiera pactado el vencimiento anticipado del préstamo por falta de pago de cuotas o la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial para ejercitar la acción hipotecaria y a través de la novación se pretendieran incluir tales cláusulas, pues, en tal caso, la modificación de la escritura de constitución en esos aspectos concretos determinaría que sí fuese necesario precisar que el vencimiento anticipado tendrá lugar por impago de al menos tres cuotas mensuales o su equivalente y que sólo podrá acudirse al procedimiento de venta extrajudicial por causa de falta de pago de capital o intereses, porque entonces se estaría modificando expresamente unos de los elementos no previstos en la escritura de constitución, de modo que en estos supuestos el derecho al ejercicio de la acción hipotecaria por las vías judicial o extrajudicial previstas en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria surge en un momento ya posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y, por tanto, sujeta a sus requisitos específicos.

5. En el presente supuesto los pactos de ejecución judicial y extrajudicial ya figuraban en la original escritura de constitución, y no hay modificación alguna al respecto, sino que continúan invariables como en aquella escritura de constitución, siendo indiferente, según los casos, que en la escritura de novación o ampliación se haga referencia expresa a estos pactos, o que en aquélla se haga una remisión genérica a ésta en cuanto a las demás cláusulas no modificadas (y, entre ellas, la de ejecución judicial y extrajudicial por, entre otras causas, vencimiento anticipado por impago de cuotas), o bien una remisión particular a la cláusula relativa a la ejecución judicial o extrajudicial, pues en todos estos casos se produce el mismo efecto relativo a la voluntad de las partes de permitir, en caso de impago y en los términos que establece la Ley, acudir a los procedimientos de ejecución judicial o extrajudicial.

6. Y por lo que refiere también aquí a la alegación de la registradora acerca de la doctrina de este Centro Directivo sobre la naturaleza de la ampliación del préstamo o crédito hipotecario como una segunda hipoteca, presuponiendo que ello implica una equiparación de la ampliación con la constitución a efectos de exigir los pactos expresos relativos al vencimiento anticipado por impago de tres cuotas y a la ejecución extrajudicial sólo en caso de falta de pago de capital e intereses, también en este extremo debe sostenerse el criterio fijado por esta Dirección General en la antes relacionada Resolución de 9 de diciembre de 2013 en el sentido de que tanto en uno como en otro caso, partiendo de que toda ampliación implica un fraccionamiento de la responsabilidad hipotecaria en dos partes, una la de la constitución propiamente dicha y otra la de la ampliación, viniendo a equipararse esta última a una segunda hipoteca que exigiría los mismos requisitos que la primera y por tanto, con sujeción a la necesidad de aportar el certificado de tasación del valor, es cierto que de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos»), en las llamadas ampliaciones de préstamo hipotecario con incremento de responsabilidad hipotecaria: a) frente a terceros – situación concursal (cfr. artículos 71 y 73 de la Ley Concursal) o la aparición de otro acreedor con

título fehaciente de fecha intermedia (cfr. artículo 1924.3.a en relación con el 1929 del Código Civil), etc.– habrá de entenderse que existen dos obligaciones, y b) en relación con el derecho real de hipoteca, sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, no una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, pues esto último contradice su indivisibilidad legal (artículo 1860 del Código Civil) y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente. Pero es igualmente cierto que, al margen de estos supuestos de concurrencia de cargas o de créditos intermedios, que impone la solución indicada 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 los citados supuestos de ampliaciones de 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 animo novatorio con alcance extintivo (cfr. artículo 1204 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.

7. 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 o preferencia de la ampliación cuando existan acreedores o titulares intermedios. Pero sin haber llegado a extender dicha equiparación respecto a los requisitos de la ejecución procesal, pues la diferencia entre ambos supuestos es muy clara y determina igualmente que no pueda aplicarse a la ampliación la normativa de la constitución en este aspecto relativo a la tasación para subasta, pues daría lugar a consecuencias ilógicas, especialmente en un supuesto como el presente en que por voluntad de las partes, a la vista de los términos concretos en que se ha pactado la novación, que 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 accesoriedad, 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, lo que implica unos únicos pactos de vencimiento anticipado por falta de pago y de posible ejercicio de la acción hipotecaria a través del procedimiento de venta extrajudicial, que ya se incluyeron en la escritura inicial.

Además, no puede obviarse que la nueva Ley, en los puntos analizados en el presente expediente, se limita a restringir el ámbito de las cláusulas que a este respecto eran previamente legales, de modo que se elimina la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado por una o dos cuotas mensuales y la ejecución extrajudicial por otras causas distintas al vencimiento por impago de capital o intereses, debiendo concluirse de forma necesaria que si las partes convinieron en la escritura inicial el vencimiento anticipado por falta de pago de una sola

cuota, con mayor razón pretendieron convenirlo por falta de pago de tres. Y del mismo modo, si acordaron acudir al procedimiento de ejecución extrajudicial por cualquier causa, entre esas causas se encuentra la falta de pago de capital o intereses.

8. Respecto a las cuestiones de Derecho transitorio a las que se refiere también el escrito del recurso, la nueva Ley 1/2013 es cierto que es aplicable a los procesos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley e incluso a los que estén ya en curso. Pero, en cambio, los nuevos requisitos exigidos en la escritura de constitución de hipoteca no son aplicables a las hipotecas que ya están constituidas con anterioridad, pues ninguna disposición transitoria lo establece así (cfr. disposiciones transitorias primera, segunda, cuarta y quinta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo), lo que sería, además, perturbador pues implicaría que todas las hipotecas constituidas con anterioridad tendrían que modificarse, lo que ni está previsto legalmente ni concuerda tampoco con la necesaria reducción de costes en esta materia.

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

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

Madrid, 2 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

Resolución de 3 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Montblanc, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes de la misma.

En el recurso interpuesto por doña Rosa M. R. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Montblanc, doña Esther Rada Pelegrí, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes de la misma.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Barcelona, don Miquel Tarragona Coromina, de fecha 26 de agosto de 2003, con el número 4.310 de protocolo, por don J. M. B. M., en nombre y representación de doña Rosa M. R., se hizo manifestación y aceptación de la herencia de su padre, don T. M. T., que había fallecido el día 11 de septiembre de 1973, siendo declaradas herederas abintestato del mismo sus hijas, doña Felicidad y doña Rosa M. R., sin perjuicio del usufructo viudal a favor de la viuda, doña D. R. S., la cual falleció el día 2 de febrero de 1985.

En la citada escritura interviene –representada– exclusivamente la heredera doña Rosa M. R., sin que la otra heredera estuviese presente o representada ni aun verbalmente. Pero en la exposición III de la escritura se hace constar que, mediante escritura autorizada ante el notario de Barcelona, don Juan Rúbies Mallol, de fecha 23 de mayo de 2003, número 3.494 de protocolo, la otra heredera, doña Felicidad M. R., hizo manifestación y aceptación de herencia de su padre, por sí sola, y se adjudicó la mitad indivisa de cada uno de los bienes de la herencia del mismo. Esta última escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de Montblanc y, en fecha 27 de octubre de 2006, causó inscripción de las dos mitades indivisas de las fincas del inventario (700 y 808, de los términos de Conesa y Forès, respectivamente). Ahora, en la escritura de fecha 26 de agosto de 2003, que es objeto de este expediente, se pretende la inscripción de las otras mitades indivisas a favor de la otra heredera intestada que la otorga igualmente por sí sola.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Montblanc el día 11 de diciembre de 2013, y fue objeto de calificación negativa el día 7 de enero de 2014 que, a continuación, se transcribe: «Nota de calificación negativa Hechos: El día 11/12/2013 a las 09:15 fue presentada en éste Registro por don J. M. B. M. escritura de fecha 26/08/2003 del Notario de Barcelona, Miquel Tarragona Coromina, protocolo número 4310/2003, con el número de entrada 3010 que causó el asiento 868 del Diario 136, afectante a las fincas registrales 808 y 700 del término de Forès y Conesa, respectivamente. El documento ha sido calificado negativamente en el día de hoy a la vista de su contenido y de los asientos del Registro en base a los siguientes, Fundamentos de Derecho Los artículos 18, 19 y 19-bis de la ley Hipotecaria impone al Registrador la previa calificación, bajo su responsabilidad, de los documentos inscribibles como manifestación de los principios de legalidad y seguridad jurídica que informan la institución registral e impuesta por razón de los fuertes efectos que el sistema atribuye a la inscripción en orden a la legitimación, fe pública y cierre registral y salvaguarda judicial de los asientos conforme a los artículos 1, 17, 20, 32, 33, 34, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria, y los artículos del 98 al 100 del Reglamento Hipotecario. Artículos 392 y siguientes, 1051, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 80 del Reglamento Hipotecario, 14 de la Ley Hipotecaria, 464-1 a 464-16 y concordantes del Código Civil de Cataluña. En virtud de los anteriores hechos y fundamentos de derecho, Resuelvo Primero: Suspender los asientos solicitados por: 1.–Carecer de legitimación la compareciente y coheredera doña Rosa M. R., para adjudicarse por sí sola la mitad del caudal hereditario del causante, siendo necesario el consentimiento y aprobación de la otra coheredera, doña Felicidad M. R. [Artículos 392 y siguientes, 1051, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 80 del Reglamento Hipotecario, 14 de la Ley Hipotecaria, 464-1 a 464-16 y concordantes del Código Civil de Cataluña]. Segundo: Notificar la presente calificación al presentante y al funcionario autorizante de conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria. La anterior nota de calificación negativa (...) Montblanc, a 7 de enero de 2014. La registradora de la Propiedad Sra. Esther Rada Pelegrí (firma ilegible)».

III

El día 3 de febrero de 2014, doña Rosa M. R. interpuso recurso contra la calificación, alegando lo siguiente: «(...) Primero: El heredero puede adquirir la herencia siempre y cuando tome inventario de la misma, antes o después de la aceptación, habiéndose de reseñar los bienes relictos. (Arts. 461-14 y siguientes del Código Civil de Cataluña). Segundo: El hecho de que en primer lugar doña Felicidad M. R. manifestase y se adjudicase por sí sola (en documento notarial inscrito en el Registro de la Propiedad de Montblanc), el pleno dominio de una mitad del caudal hereditario =mitad indivisa de las fincas registrales que integraban el patrimonio

relicto por el causante=, conlleva la suficiente legitimación para que la otra coheredera doña Rosa M. R. no necesite el consentimiento y la aprobación de su hermana para adjudicarse por sí sola, la restante mitad indivisa del caudal hereditario. El resultado de la inscripción de ambas escrituras da lugar a que el caudal hereditario quede inscrito a favor de las dos herederas, por iguales partes indivisas. Tercero: La titularidad hereditaria que ahora se pretende inscribir a favor de doña Rosa M. R. (una mitad indivisa de las fincas 808 y 700 del término de Forès i Conesa, respectivamente), en nada perjudica, limita ni menoscaba el derecho ya inscrito que corresponde a titularidad de la otra coheredera doña Felicidad M. R. (una mitad indivisa de las fincas 808 y 700 del término de Forès y Conesa, respectivamente), siendo doña Rosa M. R. la autentica perjudicada por una decisión registral, amparada por una carencia de legitimación, cuando la otra coheredera, sin el consentimiento y aprobación de la recurrente, ya tiene inscrito a título de herencia la titularidad de la restante mitad indivisa de ambas fincas».

IV

Con fecha 7 de febrero de 2014 se notificó el recurso interpuesto al notario autorizante de la escritura calificada sin que hasta la fecha, y transcurridos más de cinco días, se haya recibido alegación alguna.

Mediante escrito, de fecha de 19 de febrero de 2014, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 988, 1004, 1005, 1051, 1052, 1053, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062 y 1068 del Código Civil; 1, 14, 17, 18, 20, 32, 33, 34, 38, 42, 46 y 97 de la Ley Hipotecaria; 80 y 98 al 100 del Reglamento Hipotecario; 464-1 a 464-16 y concordantes del Código Civil de Cataluña; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1988, 18 de junio de 1990, 30 de junio de 1992, 12 de noviembre de 2001, 14 de junio de 2005, 22 de mayo de 2009 y 18 de octubre de 2013.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y manifestación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: al otorgamiento de la escritura sólo concurre una de las herederas intestadas en su calidad de tal y se adjudica por sí sola, la mitad indivisa de las dos fincas del caudal relicto; no concurren la totalidad de las herederas pero en escritura anterior que causó inscripción en el Registro, se realizó la misma aceptación y manifestación de herencia con la adjudicación de forma unilateral por la otra heredera intestada, de la mitad indivisa de los bienes hereditarios. En ninguna de las dos escrituras otorgadas por cada una de las dos herederas concurre respectivamente la otra heredera, presente ni representada.

La registradora señala que carece de legitimación la compareciente y coheredera para adjudicarse por sí sola la mitad indivisa de fincas del caudal hereditario del causante, siendo necesario el consentimiento y aprobación de la otra coheredera.

La recurrente alega que la heredera puede adquirir la herencia siempre y cuando tome inventario de la misma, antes o después de la aceptación, habiéndose de reseñar los bienes

relictos; que la otra heredera manifestase y se adjudicase por sí sola (en documento notarial inscrito en el Registro), el pleno dominio de la mitad indivisa de las fincas registrales que integraban el patrimonio relicto por el causante, conlleva la suficiente legitimación para que la otra coheredera y recurrente no necesite el consentimiento y la aprobación de su hermana para adjudicarse por sí sola, la restante mitad indivisa del caudal hereditario, y que, por lo tanto, el que se inscriba ahora la otra mitad indivisa de cada una de las fincas no perjudica derecho alguno de terceros.

2. Es doctrina de este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en los «Vistos») que en el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurren la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad, pues una cosa es el derecho hereditario a aceptar la herencia, que no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y otra el derecho en concreto sobre bienes o cuotas determinadas, en tanto no se lleve a efecto la partición de la herencia, de modo que, es necesario el concurso de todos los llamados a la partición de la herencia para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes del caudal hereditario.

Parecido sentido se deduce de la redacción del Código Civil en su artículo 988: «La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres», de los artículos 1052 y 1053 que conceden la acción para exigir la partición a cualquiera de los herederos, y los artículos 1058 y 1059 que exigen la concurrencia de todos los herederos para la partición.

Y de la misma forma, las disposiciones del Código Civil, recogen también este principio, y en ese mismo sentido se exige por el juego de los artículos 1058 y 1059 del Código Civil, la necesaria concurrencia de todos los llamados a la sucesión para la conversión de su derecho hereditario abstracto, en un derecho concreto sobre los bienes que integran la masa hereditaria.

Pero es que además, el Código de Derecho civil catalán se expresa parecidamente. Por ello, en ambos ordenamientos, cabe la aceptación separada por los llamados, pero en ambos también se exige la concurrencia de todos para convertir el derecho hereditario abstracto, en un derecho concreto sobre los bienes del caudal hereditario, susceptible de ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. Así, el artículo 461-1 establece que «si existen varios llamados a la herencia, cada uno de ellos la puede aceptar o repudiar con independencia de los demás». El artículo 464-1 recoge el derecho a pedir la partición de la herencia y en el artículo 464-6 regula la partición entre los coherederos exigiendo el común acuerdo y la unanimidad para prescindir de la partición realizada en su caso por el causante. Todo en los parecidos términos y con los mismos principios del Código Civil. La alusión que la recurrente hace a los artículos 461-14 y siguientes del Código Civil catalán, no procede en este expediente, pues estos preceptos están referidos a la aceptación a beneficio de inventario, sus requisitos y efectos, que no son cuestión en este supuesto.

3. Ha puesto de relieve este Centro Directivo (Resoluciones citadas en los «Vistos»), que una cosa es que la herencia haya de tenerse por aceptada en virtud del auto judicial en el procedimiento del artículo 1004 del Código Civil, y otra muy distinta que para la partición correspondiente no haya de contarse con los herederos cuyo consentimiento se omite en el otorgamiento de la escritura calificada.

El derecho hereditario que, mediante la aceptación, se atribuye a los coherederos no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho

concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición. Por eso el Código Civil reconoce al titular de una cuota o porción de herencia el derecho a promover la división de la comunidad hereditaria (artículo 1051); y dispone que los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieran por conveniente (cfr. artículo 1058), sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (vid. artículos 1059, 1061 y 1062), de modo que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien -o sobre el único existente- como que se le adjudique éste en su integridad (cfr., asimismo, los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, el derecho hereditario en abstracto que corresponde a cada una de las herederas, para convertirse en titularidad concreta sobre cada uno de los bienes precisa de la partición, que necesita del consentimiento individualizado de todos los herederos.

4. Es necesario, por tanto, valorar si, como señala la recurrente, al haber sido inscrita en el Registro la mitad indivisa del caudal hereditario a favor de una de las coherederas por escritura otorgada por sí sola, esto conlleva la suficiente legitimación para hacer lo mismo por parte de la otra coheredera, de forma que no necesite el consentimiento para adjudicarse la restante mitad indivisa del caudal hereditario.

La respuesta no puede ser sino afirmativa. Sin prejuzgar, por estar bajo la salvaguarda de los tribunales, si esa inscripción debió o no practicarse dado lo expuesto en los fundamentos de Derecho anteriores, resulta indudable que ya el otorgamiento de la escritura que motivó el asiento, constituye un consentimiento de la coheredera otorgante al resultado parcial que ella configura, de tal manera, que no podría, sin ir contra sus propios actos, negar asentimiento a una adjudicación hecha por la otra coheredera que concluye con igual resultado.

Por otra parte, la ahora calificada, recoge expresamente la existencia de la primitiva escritura, lo que no puede entenderse sino como ratificación de lo allí hecho y que se ve confirmado por la identidad del resultado parcial.

Por todo ello, es indudable que se ha producido la necesaria concurrencia de todos los llamados a la sucesión que permite que el derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes que a cada uno de ellos se le adjudiquen mediante las operaciones de liquidación.

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

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

Madrid, 3 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

