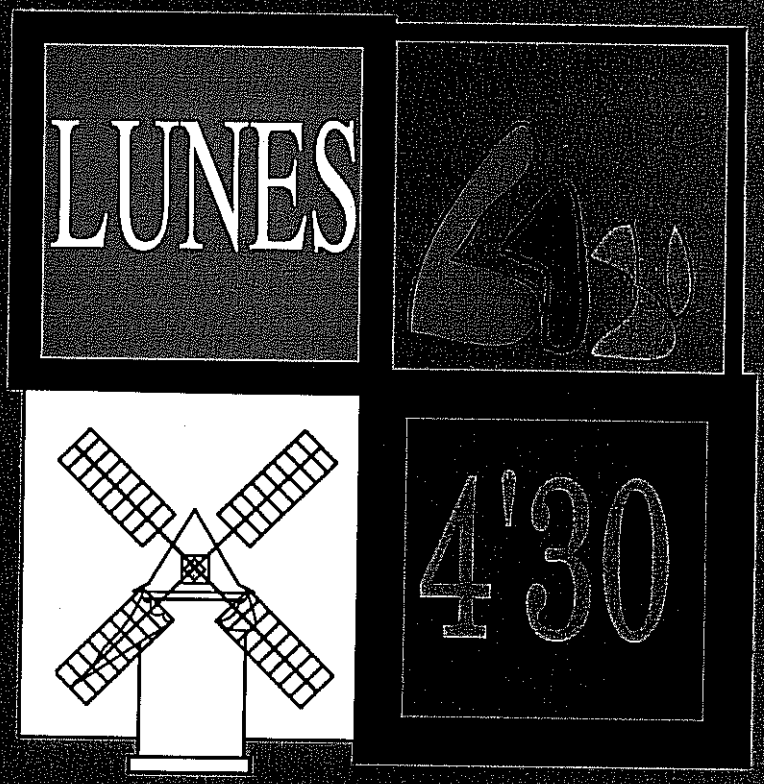
LUNES 4'30



Informativa de derecho privado y REGISTRAL

Año VI - Núm. 129 - 2ª Quincena, julio, 1993

de derecho
LUNES 4'30
informativa privado y registral

sumario

Año VI - Núm. 129 - 2ª Quincena, julio, 1993

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 4
SENTENCIAS 16

RECENSIONO Y APRENDO, por José M. Chico y Ortiz 18

EL CONVENIO EN LA SUSPENSION DE PAGOS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, por Fernando Curiel Lorente 21

EL TERCER POSEEDOR DE BIENES EMBARGADOS: SU POSIBILIDAD LEGAL Y NO SOLO REAL Y SUS FACULTADES TRAS LAS REFORMAS DE LA L.E.C. Y DEL R.H., por Juan M. Rey Portolés 42

HUMOR Corral Jr..... 67

CHICO BOLLAÍN JM. Chico: Curiosidades autonómicas 64

Iré a Santiago 68

..... 72

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

EN VALENCIA:
Rodolfo Bada Mañó
Luis Calduch Alvarez
Vicente Carbonell Serrano
Ana María del Castillo González
Vicente Domínguez Calatayud
María J. Gonzalvo Asensi
Belén Martínez Gutierrez
Rosa M. Navarro Díaz
Carlos Olavarrieta Masdeu
Luis Orts Herranz
Carlos J. Orts Calabuig
Federico Sánchez Asíns
Javier Solá Palerm
Juan M. Rey Portolés

EN ALICANTE:
José Márquez Muñoz
Juan Carlos Rubiales Moreno
Francisco Salvador Capdera

CONSEJERO HONORARIO:
José María Chico Ortiz

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

SECRETARÍA DE REDACCIÓN:
Dª Rosa Navarro Díaz
Registradora de la Propiedad núm. 11.
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629591
FAX (96) 3933446

Depósito legal:
V-1212-1988

FELICES VACACIONES A TODOS

Hoy, día 29 de julio, tras el cierre de este número, la LUNES se va de vacaciones hasta septiembre. A finales de agosto aparecerá el tocho de las RR correspondientes al primer semestre de 1993 —repito, 1993— que comprenderá los núms. 130 y 131; y a mediados de septiembre cerraremos el núm. 132, correspondiente a la 1ª quincena de ese mes, al que seguirán, ya quincenalmente, los demás. Son vacaciones y por eso debo desearos a todos vosotros, queridos, doctos y pacientes lectores, que os sean propicias. Aunque con ello asumo el riesgo de la extemporaneidad, puesto que cuando la revistilla llegue a vuestros despachos, probablemente no os encontrará en ellos; y cuando, al regreso, la tomeis en vuestras manos y leais estas líneas, probablemente ya no serán vacaciones. Y es que a la revistilla le sucede lo que a las estrellas: cuando la luz impelida por sus ígneas entrañas llega a nuestros ojos —a 300.000 mogollones por segundo— la estrella ya no está donde la vemos...Y es que la LUNES quiere ser una estrella a partir del próximo septiembre. Y yo ya me callo porque no quiero estrellarme.

casos prácticos

CASOS PRÁCTICOS "*LUNES 4'30*" VALENCIA 28 junio y 5 julio 1993.

Por Eduardo MARTINEZ-MORA

¿CONFESIÓN O ASEVERACIÓN DE PRIVATIVIDAD?

Realmente, ¿es confesión o aseveración de privatividad lo que normalmente se hace? Lo pregunto por si es admisible que la hagan los herederos legítimos de un cónyuge, sin tropezar con el obstáculo del art. 1231, II del Código Civil.

El supuesto de hecho es una inscripción con carácter ganancial en el año 1953, obra nueva para la sociedad de gananciales en el 59, y ahora los herederos "*confiesan*" que era privativo.

El art. 1231,II Cc determina como condición indispensable que recaiga sobre hechos "*personales*" del confesante. Ahora bien, si interpretamos que es "*aseveración*", sí la pueden hacer los sucesores, como titulares de la voluntad viva, pues será una declaración de ciencia.

El RH en el art. 95, para los actos de disposición, fallecido el confesante, exige el "*consentimiento*" de los herederos forzosos de éste.

Estamos en la disyuntiva de si es declaración de ciencia o declaración de voluntad. Parece que es confesión más que aseveración.

Pero el propio art. 95.6 equipara confesión y aseveración con la disyuntiva "*o*",: "*No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona*".

INFLUENCIA DEL PÁRRAFO DE CARGAS DE LA ESCRITURA EN LA CALIFICACIÓN Y EN EL ORDEN DE DESPACHO.

Presentada, por segunda vez, en el Diario con fecha 6 de junio una escritura de hipoteca otorgada el 15-01-93 , consta presentada con fecha 3 de junio otra escritura de hipoteca de 15-05-93 en la que se dice que la finca está gravada con la hipoteca de 15-01-93 y que sobre dicha finca su dueño constituye "*segunda*" hipoteca.

A pesar de ambas aseveraciones se ratifica la opinión ya comentada en el Seminario de despachar por riguroso orden del Diario.

CONSTANCIA TARDÍA Y EFÍMERA DE ENTREGA DE CANTIDAD.

Constituida hipoteca en garantía de un préstamo de doce millones de pesetas, se realiza una primera entrega de un millón al prestatario.

Ahora se presenta escritura de cancelación total de hipoteca en la que se dice que se dá carta de pago, y se cancela por seis millones, que equivale a lo devuelto por el deudor, que es la única cantidad entregada, y que no interesa al prestatario la supervivencia del préstamo.

¿Se puede "*utilizar*" esta escritura de carta de pago y cancelación para hacer constar la entrega de la cantidad referida y cobrar los honorarios correspondientes a la nota marginal de la entrega de cantidad?

No todas las opiniones fueron adversas.

HIPOTECA. INTERESES. EXTENSIÓN OBJETIVA. ANATOCISMO.

En una escritura de préstamo hipotecario no se fija un tipo de interés inicial concreto, sino sólo los criterios para su fijación y ulterior variación señalándose en la cláusula de constitución de la hipoteca que la misma garantiza tres años de intereses remuneratorios hasta un tipo máximo del 20% anual. La mayoría de los asistentes estimó correcto el planteamiento e innecesario fijar un tipo concreto inicial cuando quedan claramente establecidos los mecanismos para su determinación, los procedimientos para la comunicación del tipo y las consecuencias de la falta de conformidad sobre él por acuerdo de las partes.

En la misma escritura de hipoteca y al regular su extensión objetiva, se prevé que ésta alcance a las nuevas edificaciones y mejoras hechas en el inmueble hipotecado, aun cuando fueran hechas por terceros poseedores, de conformidad con el art. 36 de la Ley de 1982 reguladora de los Estatutos del Banco Hipotecario. Teniendo en cuenta que los acreedores forman un grupo de Cajas de Ahorro, la cuestión se reduce a saber si ellas podían invocar ese privilegio aludido frente a la regla general del art. 112 LH. Los asistentes por unanimidad entendieron que ese privilegio, de discutible utilización por el Banco Hipotecario, en la medida en que lo es también el que se produzca la asunción legal y automática de la deuda por el adquirente de la finca hipotecada, es, fuera de toda duda, inaplicable a este grupo de acreedores, Cajas de Ahorro, las cuales quedan sometidas al régimen general del art. 112 LH.

En la misma escritura de hipoteca se prevé, al amparo del art. 317 del C. de Co. un pacto de anatocismo referido no solo a los intereses ordinarios o remuneratorios , sino también referido a los intereses moratorios. Parte de los asistentes a la reunión suscribieron la conocida postura de la DGRN contraria a la inclusión en el Registro del indicado pacto atentatorio al principio de determinación hipotecaria; en tanto que otros aceptaron la posibilidad en la medida que sólo modifica la cifra de capital no a los efectos de reclamación del mismo, sino a los solos efectos de fijar la base sobre la que calcular los intereses y sin sobrepasar en ningún caso la cifra tope fijada en la cláusula de constitución como cobertura hipotecaria de los mismos. (V.D.C.) (¿Vicente DOMINGUEZ CALATAYUD? Probablemente.)

Martínez-Mora

REGISTRO DE LA PROPIEDAD
EDUARDO MARTINEZ MORA SOLER
MONCADA

RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por Rosa NAVARRO DÍAZ (R.N.D.) y otro.

R 18 DE MAYO 1993 (B.O.E 9 DE JULIO)

RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN.

"Carece de legitimación para interponerlo el arrendatario que no puede inscribir su derecho por no reunir su título las circunstancias previstas en el art. 2.5 de la Ley Hipotecaria".

Supuesto de Hecho: El Registrador suspende la inscripción de un auto de adjudicación del procedimiento judicial sumario por no acreditarse el estado arrendaticio. El arrendatario interpone recurso. La D.G.R.N. no lo admite.

Fundamentos de Derecho.- 1.- Debe decidirse en primer lugar si el arrendatario tiene legitimación activa a los efectos de la interposición del presente recurso gubernativo.

2.- El artículo 112 del Reglamento Hipotecario otorga tal legitimación a quien tenga interés reconocido en asegurar los efectos de la inscripción. De ese interés goza, sin duda el arrendatario que pueda inscribir su derecho por reunir su contrato o título alguna de las circunstancias prevenidas en el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria.

3.- Puesto que en el presente caso el plazo de duración del arriendo es de tres meses -según consta en documento incorporado al expediente-, sin que se haya pactado prórroga forzosa ni convenio específico sobre su inscripción, ha de considerarse que el arrendatario no está legitimado para la interposición del recurso, procediendo, por tanto, la inadmisión del mismo. (RND).

R 7 DE JUNIO 1992 (1) (B.O.E 1 DE JULIO)

PRINCIPIO DE PRIORIDAD. RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA.

No cabe denegar la inscripción de compraventa so pretexto de la presentación posterior de un auto declarativo de quiebra que fije una fecha de retroacción

anterior a la venta porque implicaría una desnaturalización del principio de prioridad, dado que por un lado tales autos son dictados en actuaciones en las que los compradores no son parte y por otro supondría que quien primero presenta el título le correspondería remover un obstáculo registral inexistente hasta el momento.

Antecedentes.- I.- Con posterioridad a la escritura de venta recae auto declarativo de la quiebra de la entidad vendedora que fija una fecha de retroacción anterior a la venta. La escritura de venta es presentada antes que el documento judicial.

El Registrador deniega la inscripción de la venta por la eficacia retroactiva de la declaración de quiebra.

II.- El Notario-recurrente alegó: 1) Que en virtud del principio de prioridad los títulos presentados antes se anteponen registralmente a los incompatibles que ingresen después. 2) Que la anotación preventiva del auto provisional de quiebra no cierra el Registro. 3) Que igual que se mantienen las inscripciones de los actos afectados por la retroacción, deben inscribirse los afectados pero presentados antes. Y 4) Que mientras la declaración de quiebra no sea firme no puede apreciar el Registrador la nulidad absoluta.

III.- El Presidente del T.S.J. confirma la nota alegando que el incidente de oposición al auto solo se admite en el efecto devolutivo, no suspensivo, de modo que los efectos del auto de declaración de quiebra son inmediatos.

IV.- La D.G. estima el recurso interpuesto por el Notario, revocando el auto y la nota.

Fundamentos de Derecho.- Se trata pues de una cuestión similar a la decidida por este Centro Directivo en Resolución de 2 de octubre de 1981, y como en esa ocasión debe accederse ahora a la inscripción debatida, dado el alcance del principio de prioridad básico en un sistema registral, conforme al cual la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y de la situación tabular exigente en el momento mismo de su presentación en el Registro.

Si bien es cierto que es doctrina de este Centro que los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular a fin de procurar un mayor acierto en la calificación, no lo es menos que tal doctrina no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de prioridad obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título.

Si al amparo de tal doctrina es perfectamente viable negar la inscripción de un título en función de la posterior presentación de otro que conducirá inexcusablemente a la cancelación del asiento que aquél provocare (p.e. una sentencia judicial firme declarativa de la nulidad del título anteriormente presentado), en la hipótesis ahora debatida no cabe denegar la inscripción de la compraventa que primero accede al Registro so pretexto de la presentación posterior de unos autos de declaración de quiebra y de fijación de la fecha de retroacción, pues, por una parte, tales autos, sobre carecer de firmeza, son dictados en actuaciones en que no aparece que hayan intervenido los compradores y por otra, no debe ignorarse que la denegación al dejar expedito el acceso registral a los autos posteriormente presentados, implicaría una inversión inadmisible de la carga de la iniciativa procesal pues a quien primero presentó su título en el Registro correspondería remover un obstáculo registral que no existía en ese momento. (RND)

(1) La hoja suelta correspondiente a esta R ya se adjuntó al número anterior de la LUNES, en el que, por despiste, no quedó extractada ni referenciada, referencia que debió hacerse por ser su doctrina igual a la de la R de 1 de junio —allí extractada— e igual a las RR de 2, 3, 4 y 5 de junio —allí referenciadas con remisión a aquélla de 1 de junio— Sin embargo, siendo el ya publicado extracto de la R matriz —la de 1 de junio— obra del apresuramiento de última hora y teniendo, por fin, a mano el más elaborado de Rosa Navarro, procedemos a publicarlo ahora para que el lector repase.

R 8 DE JUNIO 1993 (BOE 9 JULIO)

R 9 DE JUNIO 1993 (BOE 9 JULIO)

MERCANTIL. SA.

ADMINISTRADOR/ES; RENUNCIA/S.

Se impone subordinar la inscripción de la/s renuncia/s cuestionada/s hasta que haya sido constituida la Junta general -que el o los renunciantes deben convocar- para que en ella pueda

proveerse al nombramiento de nuevo/s Administrador/es, evitando así una paralización de la vida social.

En los recursos se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil la renuncia formulada por el Administrador único (en la R del día 8) o todos los titulares del órgano de Administración (en la R del día 9) de determinada Sociedad anónima.

Entiende la DG que, sin prejuzgar ahora sobre la facultad que corresponde a los Administradores para desvincularse unilateralmente del cargo que les ha sido conferido y aceptado, por más que la Sociedad pretenda oponerse a ello, no cabe desconocer que el mínimo deber de diligencia exigible en el ejercicio de ese cargo cuando todos renunciaron simultáneamente (que impide proceder a los nuevos nombramientos por cooptación que prevé el artículo 138 de la misma Ley), obliga a los Administradores renunciantes, pese a su decisión, a continuar al frente de la gestión hasta que la Sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a dicha situación (vid. artículos 127 de la LSA y 1737 del CC), lo que en el caso debatido impone subordinar la inscripción de las renuncias cuestionadas hasta que haya sido constituida la Junta general -que los renunciantes deben convocar- para que en ella pueda proveerse al nombramiento de nuevos Administradores, evitando así una paralización de la vida social inconveniente y perjudicial, de la que aquéllos habrían de responder (vid. artículos 127-1º y 133-1º de la LSA).

Ello armoniza además, —añade la DG—con el contenido del artículo 141 de la LSA cuando presupone la necesidad de aceptación de la renuncia por el órgano competente para proveer la vacante, por más que se trate de una aceptación obligada y meramente formularia.

R 10 DE JUNIO 1993 (BOE 9 JULIO)

MERCANTIL SA. CONVOCATORIA DE LA JG. PLAZO. SU CÓMPUTO.

Se requiere un margen temporal de quince días, al menos, entre los momentos de publicación de anuncio y de reunión de la JG y, por ende, ninguna de estas dos fechas puede formar parte de dicho lapso.

R idéntica a las de 7 de julio de 1992 y 9 de marzo de 1993, esta última resumida en el núm. 123, pág. 27, de LUNES 4'30.

R 11 DE JUNIO 1993 (B.O.E. 9 DE JULIO)

GANANCIALES: NEGOCIO DE APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Entre los medios legítimos a que se refiere el art. 609 CC se encuentra "*el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes*".

Sin embargo, debe precisarse debidamente los elementos constitutivos el negocio de aportación, en especial su causa, por ser imprescindible para acceder al Registro, pues así lo exige el principio de determinación y es presupuesto necesario para lograr una adecuada calificación.

Antecedentes.- I.- Inscrita determinada finca con carácter privativo los esposos pactan, con carácter previo a una declaración de obra nueva, que el propietario la aporta a la sociedad de gananciales formada por él y su esposa.

II.- El Registrador considera tal negocio inexistente por defecto de causa, alegación que es rechazada por el Notario autorizante señalado en su recurso que la causa encaja en los negocios de <pura beneficiencia> del art. 1274 del C.c.

III.- El Registrador en el informe señala que el negocio de aportación no es ninguno de los previstos en el art. 609 ó 1323 del C.c. como aptos para justificar un desplazamiento patrimonial.

IV.- El Presidente del T.S.J. confirma el defecto, y la D.G.R.N. desestima el recurso por las consideraciones que siguen:

Fundamentos de Derecho.- Es doctrina reiterada de esta Dirección General que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges —y por ende

entre sus patrimonios privativos y el consorcial (art. 1223 del C.c.)— siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, (art. 609 C.c.) entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes, como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas y subsidiariamente, por la normativa general del C.c. Lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y, especialmente, su causa (arts. 1261.3º y 1274 y siguientes del C.c.) La exacta especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa o presupuesto lógico necesarios para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión. Téngase en cuenta, además, el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito. (RND).

R 12 DE JUNIO 1993 (B.O.E 10 DE JULIO)

COMPRAVENTA: DISTRIBUCIÓN DEL PRECIO.

No es obstáculo para la inscripción el señalamiento de un precio conjunto en la compraventa única de una pluralidad de bienes.

Supuesto de Hecho: Se venden dos parcelas contiguas con señalamiento de un precio conjunto que es confesado recibido.

La Registradora suspende la inscripción conforme al art. 10 L.H. y concordantes y conforme al art. 1445 del C.c. que exige precio cierto en cada contrato de compraventa. El Notario recurrente alega que en cuanto a los aspectos civiles las partes han pretendido realizar una única compraventa y que registralmente la distribución sólo es exigible cuando el precio aplazado está garantizado con eficacia real.

El Presidente del T.S.J. confirma la nota dados los problemas que podrían plantearse al comprador en una posible rescisión. La D.G.R.N.: revoca el auto y la nota.

Fundamentos de Derecho.- 1.- La compraventa única de una pluralidad de bienes por un precio conjunto es perfectamente posible al amparo del principio de autonomía de la voluntad; expresamente se prevé en el Código Civil que pueden ser dos o más las fincas o bienes vendidos conjuntamente por un sólo precio. No cabe, por tanto, negar el acceso al Registro de un acto traslativo perfectamente válido. Ni del art. 1455 del C.c. puede derivarse que el precio del objeto plural vendido no pueda ser global ni tampoco para la inscripción es obstáculo el art. 10 de la L.h., al que puede darse literal cumplimiento señalando que el precio es un precio conjunto.

2.- De otra parte y contra lo que se dice, ni son mínimos los obstáculos opuestos a la inscripción solicitada ni con su exigencia se contribuye a la paz jurídica. No es obstáculo mínimo ni justificado exigir para la inscripción de un negocio traslativo perfecto una nueva declaración (unánime) y además en un ámbito -en el de las relaciones obligacionales- que en nada afecta en el caso a las consecuencias jurídico-reales del negocio realizado. (RND).

R 14 DE JUNIO 1993 (B.O.E. 10 DE JULIO)

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

El principio de salvaguardia exige que la rectificación tenga por base bien el consentimiento del titular registral o que la sentencia firme se dicte en un proceso en el que el sea parte.

Si el juicio se ha seguido en rebeldía del demandado, la sentencia sólo será inscribible transcurridos los plazos de los arts. 775, 776 y 777 LEC y hasta entonces el asiento adecuado es el de la anotación preventiva (art. 787 LEC) convertible en inscripción una vez acreditado el agotamiento de dichos plazos.

Supuesto de Hecho.- En juicio ordinario se declara el dominio de determinada finca a favor del demandante. El juicio se ha seguido contra el

último vendedor -declarado en rebeldía- pero no contra el titular registral.

El Registrador señala, entre otros, dos defectos que son las cuestiones que el recurso plantea: 1) Que al estar en rebeldía el demandado no procede practicar la inscripción hasta que no transcurran los plazos previstos en los arts. 787 y concordantes de la LEC y 2) Que no consta que la demanda se haya dirigido también contra el titular registral.

El Presidente del TSJ confirma la nota. En el mismo sentido la DGRN.

Fundamentos de Derecho.- 1.- La duda sobre la posibilidad de inscripción inmediata del derecho real declarado en una sentencia firme recaída en rebeldía del demandado cuando aun no han transcurrido los plazos previstos en los arts. 775, 776 y 777 de la LEC, no sólo carece de fundamento sino también de verdadera relevancia práctica, toda vez que, por una parte, el propio art. 787 señala que es la anotación preventiva el asiento adecuado para su reflejo registral, y, por otra, se trataría de una anotación convertible en inscripción luego que se acredite el agotamiento de los plazos pertinentes sin haber solicitado audiencia contra aquella sentencia y retrotrayéndose los efectos de la inscripción definitiva a la fecha de la anotación.

2.- Es doctrina reiterada de este Centro directivo —basada en la salvaguarda judicial de los asientos registrales y en la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resultan del asiento respectivo—, que la rectificación del contenido del Registro presupone bien el consentimiento del titular del asiento inexacto, bien la oportuna sentencia firme dictada en juicio declarativo contra él entablado. (RND).

R 15 DE JUNIO 1993 (B.O.E 9 DE JULIO)

CANCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA. DIVISIÓN DE FINCA HIPOTECADA. CUOTAS DE PROPIEDAD HORIZONTAL COMO MÓDULO DE DISTRIBUCIÓN.

Las cuotas de la propiedad horizontal pueden servir como módulo de distribución de la responsabilidad hipotecaria cuando el acreedor presta su consentimiento respecto de TODAS las fincas resultantes de la división, pero no cuando, como en el caso, la conformidad se da sólo respecto a algunas dado que ello podría ir en detrimento de los restantes propietarios a quienes podría seguir exigiéndoles la totalidad de la deuda.

Antecedentes.- I.- El acreedor hipotecario cancela parcialmente la hipoteca que pesa sobre determinada finca, en cuanto a las 25 plazas de aparcamiento objeto de la escritura, sobre la base de que la responsabilidad hipotecaria se distribuyó en razón a la asignación de cuotas establecida en el régimen de propiedad horizontal, aceptando tal división en cuanto a las fincas objeto de la escritura.

II.- El Registrador suspende la operación solicitada por faltar la distribución del préstamo hipotecario entre la totalidad de las fincas gravadas y no constar el consentimiento de los titulares.

III.- El recurrente alega que la división de la responsabilidad se deduce de la fijación de las cuotas en la propiedad horizontal y que el derecho que concede el art. 125 L.H. al acreedor es perfectamente renunciable (puede por tanto consentir la liberación de alguna parte de los bienes hipotecados).

IV.- El Presidente del T.S.J. desestima el recurso pero no por las razones esgrimidas por el Registrador sino porque el acreedor se limita a aceptar la división del préstamo en cuanto a las fincas objeto de la escritura pero no hay aceptación respecto a las demás resultantes de la inicialmente hipotecada. El auto es apelado por ambas partes. La D.G.R.N. desestima los dos recursos y mantiene el criterio seguido por el Tribunal Superior.

Fundamentos de Derecho.- 1.- En principio queda prohibido en nuestro derecho la constitución de hipotecas solidarias porque se prestan a maquinaciones del acreedor y porque estas hipotecas disminuyen las posibilidades del tráfico y del crédito territorial. Este rechazo de las hipotecas solidarias sufre, no obstante, una excepción en el caso de división de la finca hipotecada realizada unilateralmente por su propietario, sin acordar con el acreedor la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas resultantes, pues entonces puede este exigir la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que haya dividido la primera o contra todas a la vez (art. 123 de la LH). Ahora bien, en la medida en que no se vulnere el indicado derecho del

acreedor procede su interpretación estricta y en este sentido lo primero que debe destacarse es la indudable eficacia que en la relación interna entre los propietarios de las diversas fincas resultantes de la división tiene un acuerdo entre ellos sobre la distribución de la responsabilidad y la no necesidad de ratificación de tal acuerdo una vez que el acreedor hipotecario le haya prestado su asentimiento.

2.- En el caso planteado resulta con toda claridad cuál es la cuota que corresponde a cada condueño de plaza de aparcamiento en relación con la total finca hipotecada y por tanto cual será la cuota definitiva de responsabilidad hipotecaria que a todos los efectos, internos y externos pesará sobre cada uno de ellos, una vez que el acreedor preste su conformidad respecto de todas las fincas resultantes. Pero se plantea la cuestión cuando la conformidad del acreedor a "*la división del préstamo*" se contrae a alguna o algunas de las fincas resultantes de la división y no a todas ellas. Como señalara la Resolución de 27 de marzo de 1989 este consentimiento parcial no puede provocar respecto de la finca favorecida, la concreción "*erga omnes*" de su responsabilidad hipotecaria a la parte que le hubiere sido señalada en detrimento de los propietarios de las restantes fincas, a quienes podría seguir exigiéndoseles la totalidad de la deuda y que varían perjudicados sus legítimas expectativas en la vía de regreso si uno de ellos resultase insolvente. (RND).

R 16 DE JUNIO 1993 (BOE 15 JULIO)

BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES

Deben inscribirse con tal carácter los adquiridos por uno sólo de los esposos sin especificar que la adquisición se hace para la sociedad de gananciales, aunque en la escritura comparezca su cónyuge para prestar la conformidad a lo negociado por aquél. (Además, tal conformidad tiene cierta relevancia a efectos de la responsabilidad del patrimonio ganancial respecto de las obligaciones que el cónyuge adquirente asume —vid artículos 1367 y 1370 del Código Civil—).

El Registrador suspende la inscripción de una escritura pública de compraventa por no tener certeza sobre el modo en que debe realizarse el acta de inscripción, toda vez que en sus estipulaciones se dispone que compra exclusivamente uno de los cónyuges, pero en la comparecencia se indica que están presentes ambos esposos, y en la cláusulas relativa al otorgamiento se señala que los comparecientes <<lo aprueban (el contenido del título), consienten y firman...>>. Se acompaña al título calificado una instancia con firma legitimada notarialmente -por haber sido puesta a presencia del Notario- en la que el cónyuge compareciente que no figura como comprador manifiesta que las fincas en cuestión <<las compra (su esposa) con carácter de presuntivamente ganancial al amparo del artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario>>.

Considera la DG que de la parte dispositiva del título calificado resulta inequívoco que solamente uno de los cónyuges es el que adquiere y asume las obligaciones que se estipulan (entre ellas la subrogación en la obligación garantizada con la hipoteca que pesa sobre el inmueble vendido), pero no por ello deviene irrelevante, contradictorio o perturbador la comparecencia de su consorte y la conformidad que en el acto de otorgamiento presta a lo negociado por aquél, dada la repercusión que tal conformidad tiene a efectos de la responsabilidad del patrimonio ganancial respecto de las obligaciones que el cónyuge adquirente asume (vid artículos 1367 y 1370 del Código Civil).

Si a lo anterior se añade —concluye la DG— la indubitada facultad de una persona casada bajo el régimen de gananciales para adquirir por sí sola bienes inmuebles (artículos 1370, 1352, 1356 y 1347 del Código Civil) y la condición de presuntivamente gananciales que los mismos han de tener en tanto no se acredite la privaticidad del precio o contraprestación (artículo 1361 del Código civil) quedan obviadas las dificultades invocadas por el Registrador para la inscripción y suministrados todos los datos para extender el acta de otorgamiento (¡) (adviértase además que el cónyuge adquirente no expresa que lo hace para su sociedad conyugal).

Por todo ello, la Dirección General acuerda confirmar el Auto del Presidente del TSJ revocatorio de la nota del Registrador.

SIGUE

R 19 DE JUNIO 1993 (BOE 9 JULIO)

MERCANTIL. SRL.

OBJETO SOCIAL. ESPECIFICACIÓN.

En el recurso se debate sobre la inscripción de una parte de la cláusula de los Estatutos, de cierta Sociedad de Responsabilidad Limitada relativa al objeto social, en la que se establece que <<*será objeto de la Sociedad... así como la administración, compra, venta, arrendamiento y cualquier clase de actos o negocios de administración, de disposición, obligacionales y de riguroso dominio de su propio patrimonio tanto mobiliario como inmobiliario*>>.

Se trata pues de una cuestión similar a la ya resuelta por el Centro directivo en Resolución de 25 de julio de 1992 en la que se declaraba la inadmisibilidad de tal previsión por no satisfacer las exigencias legales de especificación del objeto social, dada: a) La trascendencia del objeto social así para los socios (artículos 124, 129, 133, 147, 260-3 Ley de Sociedades Anónimas, etc) como para los terceros que entren en relación con la Sociedad (artículo 129 de la Ley de Sociedad Anónimas), que justifica la exigencia legal de una precisa determinación del ámbito de actividad en que debe desenvolverse la actuación del nuevo ente; y b) la diversa composición cualitativa que puede adoptar el patrimonio social, que posibilita la dedicación de la Sociedad a una multitud de actividades económicas absolutamente dispares y no susceptibles de delimitación o concreción en el momento constitutivo.

R 21 DE JUNIO 1993 (BOE 9 JULIO)

MERCANTIL. SRL.

OBJETO SOCIAL. PUBLICACIÓN DE SU MODIFICACIÓN: NO ES NECESARIA

Se plantea en el recurso, interpuesto tanto sólo a efectos doctrinales, una única cuestión: la de si el acuerdo de modificación del objeto social de una Sociedad de responsabilidad limitada debe publicarse en los mismos términos que exige el Reglamento del Registro Mercantil para el mismo tipo de acuerdo cuando es tomado por una Sociedad Anónima.

El argumento invocado por el Registrador es el de la remisión contenida en el artículo 177 de aquel Reglamento, que ordena la aplicación subsidiaria a la Sociedad de responsabilidad limitada de los preceptos relativos a las inscripciones referentes a sociedades anónimas. Entre éstos, y en relación con la inscripción de las modificaciones del objeto social de dichas Sociedades, el artículo 163 exige que se acredite en la escritura la publicación del correspondiente anuncio en dos diarios de gran circulación en la provincia o provincias respectivas.

La DG, sin embargo, revoca la nota del Registrador, porque entiende que en ningún caso puede aquella remisión amparar una modificación del régimen jurídico específico que para la Sociedad de responsabilidad limitada establece su propia ley sustantiva; y en este sentido debe recordarse que ni los artículos 11 a 17 de esta Ley imponen la necesidad de publicación especial del acuerdo de modificación del objeto social de una Sociedad limitada (a diferencia de lo que ocurre con el artículo 150 de la ley de Sociedad Anónima respecto de este tipo social), ni existe ninguna norma en aquella LSRL que disponga la aplicación subsidiaria de la LSA en lo relativo a las modificaciones estatutarias (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la administración social -vid, artículo 11- o en el de la Junta general -vid. artículo 15-3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

R 24 DE JUNIO 1993 (BOE 16 JULIO)

MERCANTIL. SA.

1) PODERES: a) La JG no los puede otorgar "directamente". b) La JG no otorga el poder "directamente" cuando en la escritura de apoderamiento comparece el Administrador para ejecutar el acuerdo de la JG.

**2) OBJETO SOCIAL: El objeto social de cualquier sociedad —aunque no se extienda a la actividad inmobiliaria— comprende necesariamente las facultades de <<*vender, permutar y por*

***cualquier título oneroso enajenar bienes muebles e inmuebles, obtener préstamos con garantía hipotecaria u otra cualquiera real; reconocer documentos privados y elevarlos a públicos, y en todos estos casos fijar libremente sus pactos y condiciones incluso aceptando garantía de cualquier tipo de los posibles precios aplazados>>.* En consecuencia, tales facultades quedan claramente incluidas en el ámbito legal de las facultades representativas de los administradores.**

El Administrador de cierta SA procedió a elevar a público el acuerdo tomado en JG extraordinaria y cuyo contenido era el siguiente: "Autorizar al Administrador ... para que aunque no se hallen comprendidas en el ámbito de su representación conforme a los Estatutos sociales, pueda ejercitar las siguientes facultades, que expresamente se le confieren por vía de apoderamiento: <<vender, permutar y por cualquier título oneroso enajenar bienes muebles e inmuebles, obtener préstamos con garantía hipotecaria u otra cualquier real; reconocer documentos privados y elevarlos a públicos, y en todos estos casos fijar libremente sus pactos y condiciones incluso aceptando garantía de cualquier tipo de los posibles precios aplazados>>. Estas facultades se le confieren como ampliación de las que estatutariamente le corresponden por su cualidad de Administrador...".

La Registradora mercantil no admite la inscripción por los tres defectos que relaciona en la nota, siendo el primero —único que la DG examina— el "carecer la Junta de la facultad de otorgar poderes". En el informe fundamenta este defecto diciendo que la facultad de acordar poderes que ostentaba la JG bajo el régimen anterior —art. 110 RRM derogado— ha desaparecido hoy y que la admisión de poderes concedidos por la Junta implicaría la posibilidad de la existencia de dos órganos simultáneos de administración y que en el caso debatido no resulta admisible la aseveración del recurrente de que el poder no lo otorga la Junta sino el Administrador, pues éste es el otorgante de la escritura pero no del poder, dado que su actuación es de mera ejecución.

El Notario recurrente sostiene, entre otras cosas, que en la escritura calificada la Junta no otorga poder alguno, dado que quien comparece en ella es el Administrador.

Dice la DG que el primero de los defectos de la nota recurrida plantea una cuestión —la de si la Junta general puede otorgar *directamente* un poder— que ya ha sido resuelta por el Centro directivo en sentido negativo, dada la distribución competencial entre los órganos sociales, y la atribución al órgano de administración de la representación de la Sociedad en juicio y fuera de él (vid. Resoluciones de 8 de febrero de 1975, de 31 de octubre de 1989, de 26 de febrero e 1991 y de 1 de marzo de 1993).

No obstante —puntualiza la DG—, interesa destacar que en el presente supuesto no hay tal otorgamiento de poder realizado *directamente* por la Junta, sino por el propio Administrador, por más que no se califique la escritura pública pertinente como de otorgamiento del poder, sino como de elevación a público, entre otros, del acuerdo de la Junta de conferir tal poder.

Sin embargo, concluye la DG —desestimando el recurso— que el otorgamiento de tal poder no es necesario —por redundante—, ni, por eso, debe acceder al Registro Mercantil, teniendo en cuenta: 1) Que se trata de un apoderamiento conferido al propio Administrador de la Sociedad, y mientras lo sea; y 2) Que los actos para los que se le faculta (<<vender, permutar y por cualquier título oneroso enajenar bienes muebles e inmuebles, obtener préstamos con garantía hipotecaria u otra cualquier real; reconocer documentos privados y elevarlos a públicos, y en todos estos casos fijar libremente sus pactos y condiciones incluso aceptando garantía de cualquier tipo de los posibles precios aplazados>>), quedan claramente incluidos dentro del propio ámbito legal de las facultades representativas que por su calidad de Administrador le corresponden (vid: artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) en cuanto que aquellos actos relacionados con el poder no son sino los cauces jurídicos a través de los cuales se desenvolverá la actividad societaria delimitada por el objeto social —objeto social que, el el caso, y según la Registradora, no comprendía la actividad inmobiliaria—.

La DG entiende que no procediendo la inscripción del poder, no procede, por tanto, el examen de los dos restantes defectos de la nota impugnada.

(Es curioso consignar cómo lo que para la DG resulta claro —que el objeto social y el ámbito propio de las facultades representativas de los

órganos de cualquier sociedad comprenden las facultades relacionadas en el acuerdo de apoderamiento— resultaba igualmente claro, pero en sentido contrario, para el Notario recurrente que afirmaba, como un argumento en apoyo de la validez del acuerdo de apoderamiento de la JG, que tal acuerdo es necesario "cuando el órgano de administración carece de la competencia para ejecutar un acto ... supuesto del presente caso en que ... las facultades comprendidas en el apoderamiento no se hallan comprendidas en su ámbito de actuación legal ni estatutario..."; la Registradora, por su parte, teniendo en cuenta la interpretación amplia que ha hecho al respecto la DG, mostraba sus reservas manifestando sus dudas de que las facultades de vender e hipotecar inmuebles, —al no tener la sociedad por objeto la actividad inmobiliaria—, fueran materia comprendida dentro del giro o tráfico de cualquier sociedad e incluida dentro del ámbito típico de poder de los administradores...).

R 25 DE JUNIO 1993 (BOE 15 JULIO)

DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUIDO (E INSCRITO ¿BIEN O MAL?) SOBRE UNA PARTE NO SEGREGADA DE UNA FINCA, LA OBRA NUEVA DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA NO REQUIERE, PARA SU INSCRIPCIÓN, LA SEGREGACIÓN.

Dejando el primero de los defectos debatidos, pues la desestimación del mismo resulta para la DG evidente, el segundo de los defectos que es objeto de impugnación señala que la escritura calificada de declaración de obra nueva en la que se manifiesta que se ha construido la <<casa unifamiliar>> que se describe, parece concretar la propiedad superficiaria a la parte de la finca sobre que se levanta la obra nueva, lo que exigiría la oportuna segregación.

Para enjuiciar el posible defecto, dice la DG que hay que partir de los siguientes antecedentes registrales: a) En la nota marginal de 29 de diciembre de 1984 se expresa que con autorización del titular registral, el recurrente se propone construir sobre <<parte>> de la finca <<una vivienda unifamiliar>> que, con la edificación ya existente, agotará el aprovechamiento urbanístico. b) Según nota de despacho de 9 de octubre de 1990 ha quedado inscrita en el Registro de la Propiedad la escritura de 4 de noviembre de 1988 por la que se constituye en favor del recurrente un derecho de superficie sobre la finca, conforme al cual puede edificar una casa en la cual puede habitar él, sus descendientes y otras personas.

De estos antecedentes registrales resulta, pues, con toda claridad que el superficiario se presume a todos los efectos legales como titular de un derecho de superficie que le confiere la facultad de construir una casa unifamiliar; si ahora se trata simplemente de llevar al Registro la escritura de declaración de obra nueva en la que el superficiario recurrente se limita a invocar el derecho de superficie constituido, el respeto a los pronunciamientos registrales impide denegar el simple acceso de la obra que los asientos registrales preanuncian, apoyando esta negativa en la necesidad de una previa segregación de la parte de finca a que afecta la construcción; de ser la segregación necesaria, ello debería haber sido invocado antes de practicar los asientos registrales referidos y no ahora.

R 1 DE JULIO 1993 (BOE 15 JULIO)

MERCANTIL. SA. DERECHO DE VOTO: SERÁ IMPERATIVAMENTE PROPORCIONAL AL CAPITAL NOMINAL Y NO AL DESEMBOLSADO.

La cuestión debatida versa sobre el acceso al Registro de una estipulación estatutaria de determinada Sociedad anónima según la cual <<*el derecho al voto de las acciones parcialmente desembolsadas será proporcional a la cuantía del capital desembolsado*>>.

Dice la DG —que desestima el recurso— que respecto de la correlación entre el derecho de voto y el capital representado por la acción se siguen diversos sistemas en el derecho comparado. Por lo que respecta a nuestro sistema, durante la vigencia de nuestra ley de 17 de julio de 1951, ante la falta de concreción legal al respecto, la mayoría de la doctrina se inclinaba por aplicar la proporcionalidad al capital nominal, si bien la Resolución de 10 de octubre de 1984 admitió que los Estatutos establecieran la proporción del voto en relación con el desembolso efectivo de la acción.

Sin embargo, el artículo 50.2 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 proclama, con carácter imperativo, el principio de proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto; y si bien es cierto que respecto de algunos derechos de Ley de Sociedades Anónimas toma en consideración el capital desembolsado como parámetro de proporcionalidad, ante la rotundidad del principio acogido por la norma del artículo 50.2, debe rechazarse la validez de la disposición estatutaria ahora discutida.

A mayor abundamiento, el artículo 5º de los Estatutos fija un plazo máximo de cinco años para efectuar el desembolso <<a requerimiento del órgano de administración>> y no previene que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1127 del Código Civil, puedan los accionistas compeler a la sociedad a recibir antes del plazo previsto la aportación de la parte de capital no desembolsada, por lo que impide que sea el socio quien decida acerca de la posibilidad misma de ejercitar el derecho de voto previo desembolso anticipado de los dividendos pasivos pendientes.

R 2 JULIO 1993 (BOE 20 JULIO)

MERCANTIL. SA.

TRANSFORMACIÓN EN SRL: Si bien es cierto que las sociedades que no se hayan adecuado a la nueva normativa entre el 1 de julio de 1992 y el 31 de diciembre de 1995 ven cerrado el reflejo en el RM de sus actos y modificaciones inscribibles, dicho cierre no es definitivo sino que puede levantarse mediante la realización e inscripción de la oportuna adaptación a la nueva legislación, por más que ésta se realice una vez transcurrida la primera de las fechas indicadas.

En el recurso se debate sobre la inscripción en el Registro Mercantil, —solicitada el 3 de marzo de 1993—, de una escritura por la que se documenta un acuerdo de transformación de una Sociedad anónima en Sociedad de responsabilidad limitada, otorgada el 30 de diciembre de 1992, en base a una certificación del pertinente acuerdo en la que consta una diligencia notarial de legitimación de las firmas que la autorizan, extendida el día 30 de junio de 1992.

Dicha inscripción es suspendida por el Registrador al entender que *<<en virtud de la disposición transitoria 6ª del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y disposición transitoria 6ª de la Ley 19/1989, a partir del 29 de junio de 1992, no podrá practicarse inscripción alguna de Sociedad anónima que no cuente con el capital mínimo de 10 millones de pesetas>>*.

La DG considera que este defecto no puede ser confirmado porque la sola lectura de la disposición transitoria sexta tanto del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas como de la Ley 19/1989, pone de manifiesto, de modo inequívoco, que entre el 1 de julio de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, las Sociedades que no se hubieran adecuado aún a la nueva normativa verán cerrado el Registro Mercantil al reflejo de sus actos y modificaciones inscribibles —sin más salvedades que las previstas en el número 2 de cada una de aquellas disposiciones— pero que dicho cierre no es definitivo sino que puede levantarse mediante la realización e inscripción de la oportuna adaptación a la nueva legislación, por más que ésta se realice una vez transcurrida la primera de las fechas indicadas. Así lo confirman además, las siguientes consideraciones:

a) Que el 30 de junio de 1992 se establece únicamente como fecha tope de un plazo a partir del cual el incumplimiento de la obligación legal de adaptación comporta una serie de consecuencias adversas, pero entre las que no se incluyen la imposibilidad de que la Sociedad efectúe ulteriormente la adaptación.

b) Que tampoco se establece que la no adaptación antes de esta fecha comporte la disolución de la Sociedad, antes al contrario, tal efecto disolutorio ex lege se liga únicamente con la fecha del 1 de diciembre de 1995.

c) Que a pesar de que la disposición transitoria 3ª del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, impone que la adopción e inscripción de la adaptación tenga lugar antes del 30 de junio de 1992, el número 2 de la disposición transitoria 6ª, expresamente posibilitada la inscripción del aumento del capital hasta el mínimo legal, después de dicha fecha, sin hacer más especificaciones sobre el momento en que este aumento se adoptó, de modo que sobre no haber ningún argumento para restringir esta última norma a los aumentos acordados antes del 30 de junio de 1992, tal

restricción resultaría incongruente con el número 4 de la disposición transitoria 3ª, pues después de expresar ésta el objetivo de que la adopción e inscripción de la adaptación se efectúe en un plazo de dos años y medio, no tendría mucho sentido establecer otro plazo igual y sucesivo únicamente para inscribir las adaptaciones efectuadas dentro de aquél.

d) Que si el número 2 de la disposición transitoria 6ª del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas permite adoptar e inscribir el aumento del capital hasta el mínimo legal, después del 31 de junio de 1992 y antes del 31 de diciembre de 1995, otro tanto ha de entenderse con el resto de las modalidades de adaptación como puede ser la ahora debatida de la transformación de Sociedad anónima en Sociedad limitada por más que no se diga expresamente , dada la equiparable idoneidad de una y otra vía para satisfacer las exigencias de la nueva normativa (así se desprende de la propia formulación del número 2 de la disposición transitoria 3ª del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) que, en definitiva, es el objetivo de las disposiciones transitorias encomendadas.

e) Porque, como señala el recurrente, resultaría absurdo que pudiera lograrse el mismo fin por la vía indirecta de las sucesivas operaciones de ampliación del capital social, transformación en Sociedad limitada y ulterior reducción del capital a la cifra originaria, y en cambio no quepa este objetivo por la vía directa de la simple transformación.

R 3 JULIO 1993 (BOE 20 JULIO)

MERCANTIL. GRAL.

ANOTACIÓN DE DEMANDA

La demanda por la que se reclama únicamente el pago de cantidad no es anotable por no hallarse comprendida en ninguno de los supuestos del art. 42 LH.

Versa el recurso sobre la anotación de una demanda por la que se solicita sentencia <<*declarando que las Entidades demandadas son deudoras solidarias de la demandante, en determinada cantidad y, en su consecuencia, se les condene al pago de las referidas cantidades y sus intereses desde la fecha de interposición de la demanda, así como a las costas del procedimiento*>>.

El Registrador mercantil deniega la anotación por no referirse a uno de los supuestos previstos en el art. 42 párrafo 1 de la LH.

La DG confirma la nota porque se trata de una demanda en la que se ejercita una acción meramente personal, que no tiene cabida en ninguno de los supuestos del artículo 42 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, no puede accederse a su anotación, pues los supuestos en que procede tal asiento son limitados y precisan una decisión concreta del legislador; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de otras medidas cautelares en garantía del derecho del demandante, como el embargo preventivo si procediera.

R 5 JULIO 1993 (BOE 20 JULIO)

JUICIO EJECUTIVO ORDINARIO. VENTA JUDICIAL. PLURALIDAD DE SUBASTAS.

Se presenta en el Registro una escritura judicial de venta con la que culmina un juicio ejecutivo en el que, al parecer, se habían celebrado varias series de subastas al quedar las tres primeras —las previstas en la LEC— desiertas. Además, la ejecución tiene lugar por una deuda cuyo importe es menor al garantizado con la correspondiente anotación de embargo —prorrogada—, al haberse pagado parte de la misma por el deudor. Por otra parte, existe en el Registro una prohibición de disponer, anterior al embargo, impuesta por el IRYDA.

No se entra en la cuestión de la autorización previa del IRYDA —quinto de los defectos señalados por el Registrador— porque, admitida su necesidad por el recurrente, la obtiene ulteriormente.

En relación con el primero de los defectos de la nota impugnada — "*el crédito que se ejecuta finalmente no está protegido por la anotación de embargo que se cita, siendo para ello necesario una nueva anotación con su propio rango*"—, la DG confirma decisión del Presidente del TSJ

revocándolo: el crédito garantizado, aun reducido por pago parcial del mismo, no ha cambiado; y, a mayor abundamiento, aunque se hubiese cancelado la anotación, la venta debería inscribirse. (En su escrito de apelación el Registrador se limita a afirmar que dicho defecto no había sido impugnado por el recurrente; la DG no lo entiende así).

Respecto de los defectos números 2, 3 y 4 de la nota dice la DG que plantean el problema del ámbito de las facultades de calificación de los Registradores en cuanto a la actuación y documentos judiciales ya que se cuestiona: primero, si terminada sin éxito la serie de tres subastas que para el juicio ejecutivo prevé la LEC, debe empezar otro juicio ejecutivo, o pueden realizarse nuevas series de subastas —lo que el Presidente del TSJ admite dado el silencio de la LEC al respecto—; segundo, si, admitido el <<nuevo>> turno de subastas, ha de seguirse el mismo orden y condiciones que en la serie anterior, y tercero, si se ha dado o no al titular registral —que ha sido citado en las actuaciones, según resulta de las afirmaciones del Juez en la misma escritura calificada— la oportunidad de intervenir en el avalúo de la finca objeto de la ejecución (de las actuaciones que no conoció el Registrador resulta, además, que se dió al titular registral oportunidad de nombrar Perito para el avalúo).

Dice la DG que se trata de cuestiones que quedan claramente al margen del ámbito de la calificación registral, pues como establece el artículo 100 RH, el Registrador no puede revisar la bondad intrínseca de las decisiones adoptadas por el Juez en el procedimiento seguido, ni tampoco el cumplimiento de cada uno de los trámites procedimentales específicos que la Ley establece en cada caso si consta ya que en las actuaciones se ha hecho la debida citación al titular registral.

(En el FD 1 comienza la DG haciendo ciertas consideraciones sobre determinada incidencia acaecida en el expediente. "*Ciertamente* —dice la DG— *el artículo 113 del Reglamento Hipotecario supone la necesidad de que con el escrito de recurso presentado en plazo, se acompañen los documentos calificados o testimonio bastante de los mismos. Ahora bien, si simplemente se presenta fotocopia, no cabe entender por ello que el recurso esté definitivamente mal interpuesto. Los principios constitucionales sobre la tutela de los derechos e intereses legítimos abonan la solución, puesta en práctica, por la que se habilitó en su día, de oficio, un plazo para que la fotocopia fuese sustituida por el documento original lo que, al ser oportunamente cumplimentado, determinó la subsanación de la deficiencia observada por el Registrador en su informe*".)

Pienso yo que a partir de septiembre tendremos que cambiar la cabecera de esta sección de *RESOLUCIONES* para incorporar a la misma la fotografía de nuestra Secretaria de Redacción, *Rosa Navarro Díaz*, como redactora de las RR de Propiedad... (Aunque tras el inminente nacimiento de su primera hija tal vez nos abandone transitoriamente ... ¡Dios no lo quiera! En la revistilla cabemos todos; también las recién nacidas).

SENTENCIAS

Por *Mª Emilia ADÁN GARCÍA*

STS 24 FEBRERO 1993

SIMULACIÓN ABSOLUTA. ART. 34 LH

HECHOS.- Los cónyuges A vendieron a sus hijos la nuda propiedad de un inmueble, en escritura de fecha 15 Noviembre 1985; posteriormente, previa declaración de ineficacia y por mutuo disenso, dejaron sin efecto la venta, procediendo a vendérsela al matrimonio B, que, a su vez, el 8 de Julio de 1987, la vendió a C.

Los cónyuges D como fiadores de los cónyuges A abonaron una deuda de ocho millones de pesetas, y formularon ante el JPI tres demandas, que se acumularon en autos de menor cuantía, en las que se solicitaba la nulidad de las tres compraventas por simulación absoluta, solicitando subsidiariamente que se declare que se sustrajeron los bienes enajenados en fraude o perjuicio de acreedores legítimos.

El JPI estimó la demanda; la AP la confirmó si bien declaró no haber lugar a la nulidad de la compraventa de 15 Noviembre de 1985, por haber quedado sin efecto por mutuo disenso.

C interpuso recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Aunque el recurso se basa en dos motivos, el TS lo unifica en un solo motivo: la infracción del art. 34 LH pues entiende el recurrente que reúne los requisitos del tercero protegido por la fe pública, frente a las sentencias de instancia que la deniegan por mala fe.

El TS lo desestima:

1. Por la declaración de simulación absoluta que hace la Sala y que al ser cuestión de hecho se sustrae a su consideración.

2. Al ser simulados los contratos no producen efecto alguno, sin que pueda objetarse que en el que intervino el recurrente se requirió una previa declaración de que su actuación lo fue de mala fe, ya que ésta resulta: a) del ínfimo precio de la compraventa; b) de haberla negociado con los cónyuges A que ya no eran los propietarios según el Registro; c) de su conocimiento de la situación registral y d) de su condición de profesional del tráfico inmobiliario que le hacía sabedor de las irregularidades cometidas en relación a dicho bien.

3. Por lo expuesto, no le resulta aceptable al TS considerar a C como adquirente de buena fe merecedor de la protección registral, añadiendo que la concurrencia de la mala fe, no exige intención de causar perjuicio, bastando la conciencia de las consecuencias de la propia actuación.

4. El art. 34 LH no protege al que es adquirente en un contrato nulo por simulación, ya que estos contratos no son a título oneroso (STS 3 junio de 1953), recordando que la protección registral procede de los asientos anteriores, que en este caso están anulados por simulación absoluta. El TS (SS 2 julio 65 y 5 enero 77) niega la condición de tercero de buena fe a quien tuviera noticia perfecta de la situación jurídica extratabular del objeto de la enajenación, o de las posibles causas de enervar el derecho del transferente, circunstancias que concurren en C.

STS 8 MARZO 1993

EL ART. 34 LH. EL 1473 CC

HECHOS.- En escritura pública de 16 Nov. 1978 X vendió a Y una finca, sin que el comprador la inscribiera en el Registro, si bien entró en posesión de la misma alquilándola. El Banco A formuló demanda de juicio ejecutivo contra X embargando la finca por estar a nombre de X, anotándose el embargo el 7 Diciembre de 1982, celebrándose la subasta el 15 de septiembre de 1983, aprobándose el remate por dos millones a favor

del Banco B que cedió el remate a D. CCC otorgándose a su favor escritura pública por el Juez y entregándosele la posesión de la vivienda.

La AP declaró la nulidad de la adquisición por subasta. D. CCC y el Banco B interpusieron sendos recursos de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El TS se pronuncia sobre los dos recursos desestimándolos, pero interesa reproducir la interpretación que hace de dos artículos de capital importancia como son el 34 LH y el 1473 CC.

En cuanto al primero, al alegar D. CCC interpretación errónea del art. 34 LH y de la jurisprudencia, y así cita la doctrina de las STS 30 junio 1986, la de 15 Noviembre de 1990 que señalan como requisitos que se han de dar para que según el artículo 34 LH se haga inatacable la adquisición efectuada por terceros los siguientes:

1) Que los terceros protegidos sean adquirentes del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio.

2) Que la adquisición se realice de buena fe, es decir, que se haga confiando en el Registro.

3) Que el negocio adquisitivo se funde en un título oneroso.

4) Que el disponente o transferente sea un titular inscrito.

5) Que el tercero inscriba su propia adquisición.

La STS 17 Octubre de 1989 puntualizó estos requisitos exigiendo que el acto adquisitivo del tercero sea válido; si fuera nulo se aplicaría el art. 33 LH, y la nulidad afectaría al adquirente como parte que es del negocio o acto inválido, ya que el 34 LH sólo protege de la nulidad del acto anterior pero no del propio, siendo el artículo 34 LH una excepción al 33, tal y como resulta de su finalidad, así como de su primitiva formulación en la LH de 1861 y de su colocación sistemática en la actual.

La STS 23 Mayo de 1989 mantiene que la cualidad de tercero hipotecario no la origina el acto o contrato determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en dicho acto o contrato su derecho en el Registro, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria. El contenido registral por el que entra en juego la protección que el art. 34 LH dispensa, no deriva el asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que propugnan con presunción iuris et de iure que el Registro para dicho subadquirente es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad jurídica extrarregistral.

Tras esta exposición, el TS se pronuncia desestimando el recurso al ser el título de los recurrentes manifiestamente nulo, y cita los artículos 1442 y 1445 LEC que declara nulas las actuaciones derivadas del embargo de bienes ajenos al deudor. La nulidad del título del adquirente le priva de la protección registral dispensada por el art. 34 LH, habida cuenta que la presunción del artículo 38.1 LH (iuris tantum) ha resultado desvirtuada por la prueba en contrario de la inexactitud registral al proclamar una titularidad dominical que no existe como tal.

En cuanto al segundo recurso, se basa principalmente en la infracción del art. 1473 CC, y también es desestimado aduciendo el TS la doctrina contenida en la STS 11 Abril 1992 según la cual, el art. 1473, al tipificar la doble venta, exige para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no esté consumada, lo que implica proximidad cronológica entre ambas, pues si la primera ha quedado consumada (por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor) ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto.

En este caso la vivienda fue vendida y se consumó con la posesión material de la misma, por lo que la subasta judicial no tenía objeto, al haber salido del patrimonio del deudor cuatro años antes.

STS 29 MARZO 1993

HIPOTECA MOBILIARIA. PREFERENCIA SOBRE EL EMBARGO NO ANOTADO SOBRE EL MISMO BIEN.

HECHOS.- La sociedad A constituye en escritura de fecha 19 Enero de 1988 una hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil a favor de la sociedad B en garantía del pago de una deuda, haciendo constar que la máquinaria e instalaciones le pertenecen por haber abonado íntegramente su precio y que no hay hipoteca, prenda o embargo sobre ellas. El 1 de Diciembre de 1988 (asiento de presentación de 23 de Noviembre) se inscribió en el Registro.

La sociedad C en juicio ejecutivo reclama el pago de una deuda a la sociedad A, por lo que el uno de junio de 1988 el JPI trabó embargo sobre el mismo establecimiento mercantil, sin que el embargo se anotara en ningún Registro. Recaída sentencia de remate se procede a la ejecución del bien.

La sociedad B interpone tercería de mejor derecho que el de la sociedad C para cobrarse con el precio del remate. La AP desestima la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- La sociedad B interpone recurso de casación.

En primer lugar conviene recordar el fundamento de Derecho segundo de la sentencia de la AP, que literalmente expone que basa la desestimación de la tercería "*en que, al haberse trabado el embargo sobre el establecimiento mercantil con anterioridad a la inscripción en el Registro de la escritura de constitución hay que reconocer el rango preferente del embargo sobre la hipoteca, en línea con la doctrina que el TS crea en la interpretación de la prohibición de constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre bienes que ya estuvieran embargados, a que se refiere el art. 2 LHM, según la cual (STS 14 Oct. 1965 y 19 Abril 1971) la circunstancia de estar declarado el embargo es suficiente para que se produzca el efecto prohibitivo del art. 2 LHM, aunque la traba no se haya anotado*"; rechaza la AP la alegación de la exposición de motivos de la Ley según la cual la prohibición sólo es efectiva, cuando el embargo está anotado.

La entidad recurrente sostiene que al ser la fecha de la escritura de constitución de la hipoteca anterior a la traba del embargo, se cumple la

exigencia del art. 2 LHM aunque la inscripción sea posterior.

El TS estima el recurso; entiende en primer lugar que no son aplicables las sentencias de 14 Oct 1965 y 19 de Abril 1971 que cita la AP, porque en ellas la traba del embargo era anterior a la escritura de constitución de la hipoteca, aún cuando el embargo no se había anotado y centrándose en el asunto debatido recuerda que la fecha de la escritura pública es el momento al que hay que acudir para determinar si existe o no algún embargo precedente que impida la constitución de la hipoteca, y ello se deduce de los artículos 2, 3 y 13.3 LHM al exigir que se haga en escritura pública y en ella se haga constar en una cláusula que los bienes no han sido pignorados, hipotecados o embargados; por ello la hipoteca goza de preferencia respecto al embargo que es posterior (1 de Junio de 1988) y que además no ha sido anotado preventivamente en el Registro. Esta falta de anotación impide que frente a la hipoteca inscrita, el embargo pueda entrar en "*liza preferencial*" bajo los artículos 1923.4 y 1927.2 CC, que siempre se refieren a créditos anotados preventivamente, y sólo en cuanto a créditos posteriores, recogiendo el art. 10 LHM lo dispuesto en los arts. 1922.2 y 1926.1 CC respecto a la hipoteca.

RECENSIONO Y APRENDO

GARCÍA GARCÍA (J.M.)

"DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL O HIPOTECARIO".

Tomo II, CIVITAS, Madrid, 1993.

Varias son las veces que me he decidido a recensionar obras de compañeros y de autores de mucho prestigio en materia Hipotecaria (tales como las de ROCA SASTRE, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, LA RICA, HERNÁNDEZ GIL, CAPEROCHIPI, etc). aunque reconozco que es un atrevimiento excesivo. Esta vez me decido de nuevo en base de una dedicatoria que el libro lleva y en la cual me siento incluido o aludido: "*A los juristas teóricos y prácticos que se relacionan con los temas inmobiliarios. Con el deseo de comunicación y aproximación*". El autor lo pide en la dedicatoria y yo voy a brindárselo en la recensión: contraprestación, bilateralidad, reciprocidad...

Las características de los escritos a que nos tiene acostumbrados J.M. GARCÍA GARCÍA son, de una parte, el agotar materia hasta llegar a lo exhaustivo, y, de otra, en su profundidad discursiva que hace brotar sugerencias donde antes no había ni siquiera apariencias. El autor sabrá comprender el símil: se parece a aquellas personas que al coger en su mano derecha el tubo de pasta de dientes aprieta fuerte y no deja ni rastro de la misma: vacía el tubo de un golpe.

En la otra faceta que apunto, parte de un inconformismo con las opiniones de los demás, para así poderse superar y apuntar lo que a nadie se le había ocurrido. Tiene el privilegio de la novedad. No se conforma con

exponer, dispone. Cuando uno cree que sobre ese punto ya está "*todo dicho*" aparece la sugerencia y se enciende la luz de alerta en el lector y estudioso.

Muestra de lo primero es que estando ya en el segundo de los Tomos que está dedicando a la materia —y éste tiene la friolera de casi mil páginas— solamente desarrolla tres principios: el de la inoponibilidad, el de la fe pública y el de prioridad. Muestra de lo segundo son algunos de los aspectos de estos principios que en su momento destacaremos, pues la "*película*" hay que verla hasta el final.

La obra, primorosamente editada por CIVITAS, tiene un sumario inicial con distribución de temas y materias, una exposición clara y con los convenientes apartados para evitar la "*mancha negra*" de composición y a pie de página van suficientemente referidas las citas de los autores y obras que maneja, que son numerosísimos. Por supuesto que brindar una recensión, no es lo mismo que hacer un estudio crítico profundo —que es lo que la obra pide— y en los estrechos espacios que la Revista me concede no habrá más que alusiones a desarrollar en su día. Hemos apuntado tres principios y a ellos nos acogemos, aunque los mismos comprendan diversos capítulos de la obra.

A.- PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD.

La raiz latina de este principio ha quedado un tanto oscurecida por la postura doctrinal que enlaza la figura del tercero del artículo 32 con la del 34, ha permitido que no se le dé la suficiente importancia al mismo, cosa que el autor rechaza al abordar de cara el principio y la figura que lo preside. Es aquel principio hipotecario —dice— en virtud del cual lo no inscrito no perjudica al que ha inscrito. La figura que lo preside es el tercero del artículo 32 de la L.H. y 606 del C.c. (además de los artículos 13, 225 y 313 de la L.H., 1473, 1526 y 1549 del C.c. y 5 de la LP Horizontal). Y con esa facilidad, que le proporciona el dominio del tema, nos va introduciendo en el concepto del tercero, los dos negocios necesarios y su interconexión y las grandes diferencias que separan al del art. 32 con el del 34: este último suple la falta de título por haberse declarado nulo o resuelto el contra-to preferente, en cambio el artículo 32 viene a dar al tercero un "modo" de mayor eficacia que la tradición.

Planteado así el tema va derramando problemas y cuestiones y aparte de fundamentos, características, clases de terceros etc. sitúa el art. 32 con dos notas fundamentales: la inoponibilidad de los negocios jurídicos y no la nulidad o resolución y el conflicto o colisión de títulos y no la inexactitud registral. Asombroso es el tablero de autores que aporta sobre las teorías monista y dualista, tomando la recta final con dos capítulos dedicados a los "*requisitos*" de protección del tercero del art. 32 y las posibles excepciones al principio de inoponibilidad.

Son muchos los problemas y cuestiones que quieren protagonismo en esta recensión, pero me fijo cómo el autor al afrontar el problema de la inscripción constitutiva —tema muy en candelero— no la considera oportuna, pero sí el reforzamiento de la inscripción constitutiva respecto de tercero (la inoponibilidad del art. 32 en versión dualista) añadiendo al art. 32 un párrafo que dijera: "*En consecuencia, el tercero que haya inscrito su título prevalece, en virtud del efecto de su inscripción, frente a los títulos y derechos no inscritos , siempre que se trate de un título válido y sin fraude*". ¡Habrá que pensárselo!

B.- PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL.

Lo califica de principio hipotecario y lo define como aquel en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición "*a non domino*" que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la Ley. Esta noción es el punto de partida para su examen integral. Creo que la clave de su pensamiento reside en esas frases que dedica al artículo 32 cuyo fundamento, para él, es la eficacia de la publicidad registral del título y en la lucha del legislador contra la clandestinidad, el art. 34 se mueve en el campo de la nulidad, de la resolución de efectos reales y en la inexistencia de negocio jurídico. Sus cuatro ideas fuerza son las siguientes: la confianza en la apariencia, la ineficacia del negocio jurídico, la inexactitud registral y la adquisición inmobiliaria "*a non domino*". Sin perjuicio de examinar detenidamente cada uno de los problemas apuntados, aborda los temas de precedentes del principio, su fundamento y la formulación legal, así como sus vicisitudes.

Capítulos especiales están destinados al estudio de los requisitos exigidos para que entre en juego el artículo 34 L.H. y especialmente el de la "*buena fe*" y el efecto de la —por él sostenida— adquisición "*a non domino*". Se completa todo ello con las "*exclusiones*" o aspectos en los que la fe pública no juega y las "*excepciones*" al principio, para concluir todo el tema con las relaciones del artículo 34 con el 37 de la L.H. y todo el problema de las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias y la acción pauliana.

Habría que hacer algún apeadero en el que las afirmaciones del autor pueden o no estar lo suficientemente justificadas a juicio del "*exigente*" lector —como puede ser el caso de la reversión— pero creo que son pequeñeces al lado de tanta aportación positiva como la obra tiene.

C.- PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

Si los estudios anteriores sobre los principios de inoponibilidad y fe pública estaban tratados con niveles muy altos, donde el autor había elevado mucho los "*listones*", creo que al enjuiciar este estudio del principio de prioridad se "*supera*" y alcanza "*marcas*" olímpicas. Digo esto pues el autor —jurista habituado a la calificación— destaca cómo este principio de prioridad que la doctrina despacha como un "*juego de fechas*" tiene una gran transcendencia a la hora de la decisión. A todos aquellos que han atacado la construcción dogmática de los principios hipotecarios les he dicho —en uno de mis últimos trabajos— que a la hora de la calificación todos los principios son "*sustantivos*". Mi última etapa calificadora me lo ha confirmado.

Parte el autor de la conocida definición de ROCA SASTRE y sitúa el principio como una de las características fundamentales de los derechos reales, frente a los obligacionales. Examina los privilegios (singularmente el problema de la preferencia de créditos laborales), expone la formulación legal y destaca los siguientes tópicos: distinción entre prioridad material y formal (todos conocéis mi aportación a un Congreso sobre este tema, que luego suscitó muchas discusiones por ser pionero), los llamados condicionamientos, fundir la prioridad con la fe pública registral, la llamada "*reserva de prioridad*" y criticar el artículo 17 por falto de utilidad.

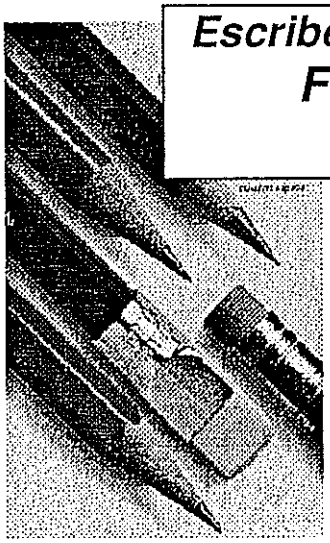
Importante es el capítulo donde el autor ensaya las relaciones del principio de prioridad con los demás hipotecarios y singularmente con el de inoponibilidad, fe pública, rogación y calificación. Creo que falta el de especialidad. La calificación le sirve para exponer una serie de casos donde juegan un conjunto de principios y singularmente la prioridad.

El tema clave con el que juega el autor es el momento en que se produce el "*trasvase*" o traspaso de prioridad, pues previamente ha estudiado los problemas del asiento de presentación y el principio, la presentación simultánea, la duración del asiento, la fecha por presentación sobre la base de "*fax*", etc.

Importantes son los temas de la "*reserva de prioridad*", la "*angustiosa prioridad*", el "*cierre registral*" a los que dedica un capítulo con el estudio de los diferentes trabajos y soluciones dadas. Sin perjuicio de ello el autor dedica otro capítulo al tema del "*cierre registral*", y, como no podía menos, uno al rango hipotecario y otro a su aplicación.

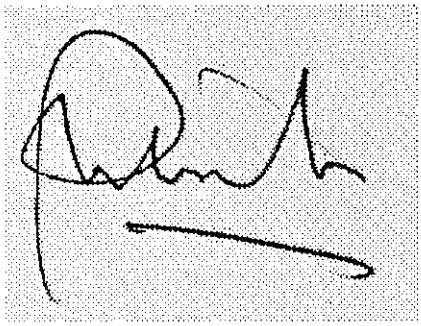
El autor ha hecho sus ofrendas —traducidas en opiniones jurídico doctrinales— y en su magisterio espera confirmaciones o criterios contrarios. Esta es la grandeza del escritor: exponerse a tener razones que le apoyen o criterios discordantes. Enseñar supone abrir caminos para la discusión y el coloquio y esa es la gran aportación que el autor hace en su obra. ¡Ahí tenéis lo que opino de todo esto y cómo lo razono, para que podáis seguir conmigo en el camino o tomar otros, aunque sean senderos! Entiendo que es un libro que habría que haber recensionado por partes y dedicarle tres comentarios, pero si "*despacho*" el TOMO en un comentario, preparo al lector para los sucesivos que pueda hacer. Aquí se trataba de encender la luz que anuncia una gran obra sobre Derecho Hipotecario.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ



Escribe para Lunes:
Fernando Curiel Lorente
Registrador de Huesca 1

El Convenio en la Suspensión de Pagos y el Registro de la Propiedad (1)



(1) Texto de la conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Valencia el día 21 de junio de 1993.

(Nota de la Redacción: en la pág. 41 encontrará el lector el índice de ete trabajo).

INTRODUCCION. IDEA GENERAL SOBRE EL CONVENIO EN LA SUSPENSION DE PAGOS.-

Es sabido que en el expediente de suspensión de pagos el convenio es objetivo principal: la finalidad del expediente es provocar un acuerdo entre deudor y acreedores que evite los inconvenientes de un proceso judicial de quiebra.

Ahora bien, el convenio puede tener muy diverso contenido. Lo más acorde con la filosofía del expediente sería que, partiendo de una situación de solvencia económica del deudor, el convenio se limitara a una espera y/o a una quita, es decir, tuviera por objeto las facilidades que los acreedores quisieran otorgar al deudor para que éste, sin cerrar el negocio, atendiera sus obligaciones de la forma más satisfactoria posible para sus acreedores.

Nadie pondría en duda la legitimación de los acreedores para imponer en un convenio de esa clase algunas cautelas, ya en forma de restricciones a la libre actuación del deudor, ya en forma de garantías reales sobre sus bienes. Seguiríamos estando dentro de la filosofía de un expediente nacido por las dificultades coyunturales de un empresario que tiene solvencia suficiente para atender sus deudas, es decir, con un activo superior a su pasivo.

La realidad, sin embargo, suele ser con demasiada frecuencia bastante diferente y el convenio obstativo de la quiebra lo es, no ya porque impida una liquidación del patrimonio del deudor, sino porque impide únicamente su realización a través de un proceso de ejecución judicial más costoso y dilatorio que el acuerdo liquidatorio extrajudicial. En efecto, el convenio suele consistir en no pocas ocasiones en un acuerdo de pago actual previa realización de los bienes del deudor, a través de su adjudicación a los acreedores para el pago o en pago de las deudas, y con menor frecuencia, a través de la creación de nuevas sociedades o ampliación del capital de otras existentes, cuyas acciones se entregan a los acreedores a cambio de sus créditos, o en la asunción de las deudas por otra entidad a la que se transmiten o no bienes del deudor.

Como vemos, por tanto, no cabe hablar de la repercusión registral del convenio sin tener en cuenta su variado contenido. Interesa, por tanto, hacer un análisis más amplio de las modalidades de convenio más frecuentes y que inciden más directamente en el ámbito del Registro de la propiedad por poder afectar a los bienes inmuebles inscritos a nombre del suspenso.

No me ocuparé, sin embargo, de la problemática de la aprobación del convenio, ni siquiera de la relativa a su naturaleza. Admitamos como hipótesis más probable que el convenio, en tanto acuerdo de voluntades, goza de naturaleza contractual; que su objeto no es, normalmente, sólo un intercambio de contraprestaciones, sino la búsqueda en común de una regulación de la situación económico-jurídica del deudor, lo que nos aproxima a la figura de los negocios reglamentadores de una situación jurídica, contratos normativos (DIEZ PICAZO) o contratos de cierta trascendencia general (DE CASTRO); y que, la imposición de su contenido a quienes no han prestando su adhesión o, incluso, han mostrado su discrepancia, sobre la base de la aprobación judicial, otorga a aquel acuerdo un cierto matiz público y procesal, sin convertirlo en mero acto jurisdiccional.

Conviene recordar, por otro lado, lo que, con carácter general, es objeto de inscripción en el Registro de la propiedad:

— transmisión, constitución, extinción del dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles,

— resoluciones que modifiquen la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, o

— en palabras del RH, art.7, actos o contratos de trascendencia real que modifiquen desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Es a la luz de esta genérica determinación del objeto del Registro como examinaremos el acceso de cada uno de los tipos de convenio, ya que la legislación hipotecaria no contiene otra referencia explícita que la ofrecida, bajo la rúbrica de anotaciones de incapacidad, por el art. 142 RH al decir que "tambien procederá la anotación preventiva de que trata el número quinto del artículo 42 de la Ley en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las leyes.

CONTENIDO E INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO SEGUN SU CLASE.-

1.-Convenios que se limitan a establecer una espera y/o una quita (dilatorios, remisorios o mixtos):

El convenio se limita, en este supuesto, a establecer un calendario de pago de los créditos, así como el importe a que quedan reducidos, en su caso, obigando al deudor y a los acreedores anteriores a la suspensión que no gozan de derecho de abstención o que, gozando de él, hubieran concurrido a la Junta en que el convenio es aprobado.

Su contenido, meramente obligatorio, podría hacer pensar que el convenio no debe ni puede ser inscrito. Sin embargo, la aprobación del convenio comporta una importante consecuencia : los créditos obligados por el convenio ven continuada la suspensión de ejecutoriedad singular,

originada por la apertura del expediente, de modo que en caso de incumplimiento por el deudor no tienen otra acción que la solicitud de declaración judicial de dicho incumplimiento y, simultáneamente, de quiebra del deudor (art. 17 L. 1922). Es esa consecuencia la que interesa publicar en beneficio de terceros y la que el Registrador ha de tener en cuenta al calificar actos posteriores relativos a bienes inmuebles del suspenso.

Por eso, el único contenido inscribible es el hecho mismo de la aprobación del convenio con referencia genérica a su contenido, de la que el Registrador y los terceros podrán deducir que la única limitación impuesta al deudor es la de no tener que soportar ejecuciones singulares por razón de créditos anteriores que no hayan hecho uso del derecho de abstención, bien por no ostentarlo, bien por no haberlo ejercitado.

La recuperación del derecho de ejecución singular se produce únicamente con la declaración de incumplimiento del convenio, siempre que simultáneamente no se declare la quiebra del deudor.

El mero transcurso del plazo de duración del convenio no restablece la situación al tiempo anterior a la solicitud de declaración de suspensión de pagos, sino que es precisa la declaración judicial de cumplimiento del convenio (lo que implicará que los créditos se han extinguido) o de incumplimiento (sin simultánea declaración de quiebra, pues en otro caso se haría tránsito a esta nueva situación) (R. 11 noviembre 1975)

2.- Convenios que establecen limitaciones de disponer absolutas o relativas.

El establecimiento de un mecanismo de control, a través de la necesaria concurrencia de determinados representantes de los acreedores -la usual Comisión de vigilancia o control- en los actos otorgados por el deudor, no parece encontrar serios obstáculos para su acceso al Registro y efectividad posterior, tanto si forma parte del contenido del convenio como si se trata de un acuerdo de la Junta que lo aprueba.

El artículo 15 L. 1922, al referirse a la aprobación del Convenio en asamblea, dice que cesarán los Interventores a no ser que la Junta acuerde que continúe la intervención en la misma forma, designando a los mismos u otros Interventores.

Se trataría de unos interventores que no actúan ya con carácter de representantes judiciales, sino como representantes de los acreedores, que actuan sobre el patrimonio del suspenso por la adhesión de éste al convenio, tal como expone acertadamente SAGRERA.

Se ha alegado en contra de la inscripción de estas limitaciones, no en contra de su validez, lo dispuesto en el art. 27 LH, habida cuenta, se dice, de que estamos ante un acto inter vivos no gratuito.

Frente a esta argumentación cabe recordar, además del art. 15 L. 1922, algunos de los caracteres antes predicados del convenio:

— la aprobación judicial del convenio en relación con el art. 26 LH

— la naturaleza reguladora o reglamentaria del convenio, que lo distinguen de un mero contrato bilateral en el que el particular interés de una de las partes se pretendiera fortalecer con restricciones impuestas a las facultades dominicales de la otra.

— el legítimo interés de los acreedores que pierden o siguen privados de la ejecutoriedad singular por impago de sus créditos y pretenden el control de los actos del deudor para evitar que éste ponga en peligro su solvencia patrimonial.

Puede ser dudosa la admisibilidad de absolutas prohibiciones de disponer, como si se acuerda simplemente que el suspenso no podrá gravar o vender sus bienes, pues ello iría contra el principio de libertad de tráfico de los bienes, aun cuando la aprobación judicial del convenio y el interés legítimo de los acreedores podrían avalar la inscripción al amparo de lo dispuesto en el art. 26 LH.

En cambio, ni doctrina ni jurisprudencia se oponen a la validez de limitaciones en la capacidad de obrar dispositiva del deudor consistentes en la necesidad de concurrir a sus actos determinados representantes de los acreedores. Numerosas sentencias y resoluciones se hacen eco de facultades otorgadas a una representación de acreedores para ejercitarlas con el deudor:

R. 20 septiembre 1983: La finalización del expediente de suspensión de pagos con la aprobación del Convenio lleva consigo la recuperación de la libertad plena de actuación por parte del deudor, salvo que en el convenio pactado se le haya impuesto alguna limitación.

R. 6 abril 1987: Alcanzado en el expediente de suspensión de pagos un Convenio entre el deudor y sus acreedores, en adelante la capacidad plena de aquél, así como las características de los derechos individuales de unos y otros no tendrá otras variaciones que las definidas exclusivamente en dicho convenio, las cuales, en cuanto excpecionan la libre actuación del deudor y propietario son de interpretación estricta.

R. 29 junio 1988: La suspensión de pagos impone al deudor limitaciones que afectan a la potestad de gestión sobre todo su patrimonio y, consiguientemente, sobre cada uno de sus bienes, que empiezan con la providencia judicial teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos (cfr. art. 4º L 1922) y persisten hasta la aprobacion del convenio y después del convenio, si en éste se acuerda que continúe la intervención de la misma forma, designando a los mismos u otros interventores, pudiendo conferirles la representación de la masa, para, en interés de ésta, ejercitar las acciones procedentes (cfr. art. 15 L 1922).

S. 26 noviembre 1991: el suspenso mantiene su libertad y capacidad de obrar tras la aprobación del Convenio si bien con los límites que el propio Convenio establezca.

La función asumida por estas comisiones de acreedores es diversa según los casos:

a) Mera vigilancia o control, sin más facultades que la de supervisar la actividad del suspenso y el exacto cumplimiento de los plazos pactados. Las referencias a la existencia de dicha Comisión carecen de interés registral, pues sus efectos se limitan a los acreedores y sus facultades son más bien preventivas o preparatorias de otras posteriores.

b) Completar la capacidad dispositiva del suspenso: en este caso la constancia registral es muy conveniente porque determinará el cierre registral para todo acto dispositivo que no venga otorgado con la concurrencia de tal comisión.

Este requisito es extensivo a actos de ejecución por créditos no afectados por el convenio, pues, aunque como tiene declarado el TS la suspensión de pagos no limita la capacidad procesal del

suspenso, que no puede ser sustituido por los interventores ni precisa para comparecer en juicio que la demanda se haga extensiva a aquéllos, sin embargo, tratándose de medidas que afectan a la integridad del patrimonio del deudor, entiende la DGRN que sólo si el procedimiento se ha entablado contra el deudor y la comisión puede ser inscrita la adjudicación que en el mismo se apruebe. (R. 29 junio 1988).

c) Comisión de vigilancia a transformar en liquidadora, con facultades dispositivas exclusivas o no sobre el patrimonio del deudor, supuesto que nos aproxima al de los convenios liquidatorios que después examinaré.

La actuación de esta comisión puede venir supeditada al hecho del incumplimiento del convenio o al de que se produzca un impago. Aunque el presupuesto parece coincidente, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento sólo puede ser declarado judicialmente, mientras que el impago es una cuestión de hecho apreciable por la propia comisión según reconoció la S. 28 febrero 1989, que, contra el criterio sustentado por el Mº Fiscal, sostuvo la validez de una venta otorgada por la comisión, una vez apreciado el impago que se configuró en el convenio como único presupuesto de la actuación de dicha Comisión, declarando que el deudor, no obstante, podrá atacar la validez de la venta, acreditando el cumplimiento de los pagos previstos.

La transformación en liquidadora no hace a la comisión propietaria de los bienes a liquidar, según declaro el TS en S. 26 octubre 1988, sino que los bienes siguen perteneciendo a la entidad suspensa mientras no se pruebe que su dominio ha sido transferido con arreglo a derecho.

En cualquiera de los tres casos, las facultades de la comisión se acreditarán con el convenio mismo, sin que se considere imprescindible la previsión del otorgamiento de un apoderamiento por parte del deudor. La S. 28 febrero 1989 antes citada señalaba que, aun sin poderes expresos de la entidad suspensa, puede la comisión actuar en beneficio de todos los acreedores por razón del encargo liquidatorio conferido por la Junta que aprobó el convenio. Y la R. 29 junio 1988 antes reseñada admitía tambien que el convenio podría otorgar a la comisión la representación de los acreedores.

Resulta conveniente, por ello, regular con precisión las facultades de la comisión, que serán objeto de inscripción en el Registro cuando se traduzcan en actividad dispositiva sobre los bienes o en limitativa de la capacidad del suspenso.

El convenio puede establecer un plazo para el ejercicio de dichas facultades, transcurrido el cual serán ineficaces los actos otorgados por la comisión, si antes no se produce una modificación de convenio, con idénticos requisitos que al aprobarse, renovando las facultades concedidas.

Así lo reconoce la R. 6 abril 1987, que añade que el transcurso del plazo de actuación señalado a la comisión para ejercer sus funciones no provoca la extinción del convenio, recuperando el suspenso la plena disponibilidad de su activo aún no realizado y los acreedores aún insatisfechos la acción individual para el cobro de sus créditos, sino solamente la de la actividad de la comisión.

3.- Convenios en que se preve la constitución de garantías reales, especialmente hipoteca.

Se trata de un supuesto en que, aun admitida la validez del acuerdo, será difícil que puedan cumplirse en el convenio los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

Ante todo, cabe señalar las dificultades de admitir una general afección de los bienes del deudor al pago de los créditos de la suspensión globalmente considerados. La constitución de garantías reales exige una mínima determinación de obligaciones aseguradas y responsabilidades asignadas a los bienes, incompatible con una afección general que no pasaría de ser una repetición del principio de responsabilidad universal del art. 1.911 C.c.

A mi juicio podrá convenirse la constitución de garantías reales, pero su formalización habrá de hacerse con posterioridad en documento notarial en el que se concreten los bienes, se individualicen los créditos, se asignen responsabilidades separadas a cada uno de aquéllos y, sobre todo, se prevea el régimen de ejecuciones, es decir, si se acepta la posibilidad de que cualquiera de los acreedores pueda ejecutar la garantía en caso de impago o se entienden todos vinculados, de modo que un impago sólo puede generar la acción conjunta, o bien se opta por constituir una comisión que represente los intereses de todos los acreedores y actúe en nombre de todos ellos conjuntamente.

Tratándose de hipoteca, la exigencia de escritura pública e inscripción como forma "ad solemnitatem" obliga a acentuar las prevenciones contra la inscripción del convenio sin más. La inscripción del convenio revelaría el hecho del acuerdo y las consecuencias para los créditos, en relación con su exigibilidad, pero no implicaría la existencia de un auténtico derecho real.

Lo que sí parece propio de este tipo de convenio es que se entienda cumplido con la formalización de las garantías prometidas. Quiero decir que podría entenderse que en caso de impago sólo cabe la ejecución de las garantías pero no la denuncia del convenio (que, en realidad, fué cumplido al otorgarse la garantía), a no ser que se hubiera previsto otra cosa.

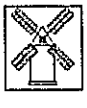
4.- Convenios en que se acuerda la cesión de los bienes del deudor. Cesión en pago o para pago de deudas.

Como apuntaba al comienzo, se han generalizado estos convenios en que el deudor hace cesión de sus bienes a los acreedores para que se proceda al pago de los créditos con el importe obtenido en su realización.

Pueden presentarse múltiples modalidades, muchas de ellas de difícil interpretación, pero debería ser posible reconducirlas a una de estas dos: o el deudor pone sus bienes, no necesariamente todo su activo, a disposición de una comisión para que en su nombre los venda y pague los créditos, o el deudor transmite la propiedad de los bienes a la masa de acreedores, representada por una comisión, extinguiendose simultáneamente los créditos incluidos en la lista. Es decir, la cesión puede realizarse para pago o en pago de deudas, cuyas respectivas características eran sintetizadas por la S. 13 febrero 1989:

a) En la cesión de bienes en pago de deudas ("datio pro soluto") el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor extinguiéndose simultáneamente el crédito por su totalidad, independientemente del valor del bien o del precio que el acredor pudiera obtener en su realización, que ni siquiera está obligado a llevar a cabo. Hay una gran similitud con el contrato traslativo típico de compraventa, cuyas normas se aplican por analogía, con la especialidad de que el crédito hace las veces de precio.

b) En la cesión de bienes para pago de deudas ("datio pro solvendo"), regulada en el art. 1.175 C.c., el deudor transmite a un tercero la posesión de sus bienes y la facultad de disponer sobre los mismos,



con la obligación de, actuando por encargo del deudor, proceder a la realización de los bienes y con el importe obtenido hacer pago al acreedor hasta donde alcance, de modo que el crédito sólo quedará extinguido en la medida del pago efectuado.

En el primer caso, hay una transmisión del dominio y una completa y simultánea extinción de créditos; en el segundo, un mandato de venta y pago de créditos, permaneciendo el dominio de los bienes en el deudor.

La realización de estos negocios jurídicos en el ámbito de un convenio de suspensión de pagos presenta matices específicos, derivados de la existencia de una pluralidad de acreedores, algunos no afectados por el convenio, y de la habitual interposición de una comisión que representa y defiende los intereses de dichos acreedores.

a) Cuando se acude a la cesión en pago, generalmente se constituye una Comisión liquidadora a la que corresponde realizar la venta de los bienes y el pago de los créditos, por lo que pudiera parecer que, desde el punto de vista de los acreedores, estamos ante una cesión para pago no transmisiva de bienes, por cuanto no hay una concreta adjudicación de bienes a cada acreedor en pago de su respectivo crédito. Cada acreedor parece seguir ostentando el mismo derecho crédito, si bien ahora frente a la comisión y a expensas del resultado de la liquidación de los bienes del deudor.

Sin embargo, no será así, si expresamente se ha previsto en el convenio que la cesión extingue totalmente los créditos, siendo indiferente el importe percibido por cada uno de los acreedores. La interposición de la comisión no transforma esta cesión en adjudicación para pago, ya que la Comisión actúa como mandataria no tanto del deudor, hasta entonces propietario de los bienes, como de los acreedores, a partir de ahora titulares globalmente del dominio de los bienes cedidos. Los acreedores tienen derecho a percibir no sólo el importe de su crédito, sino tambien la parte proporcional del remanente, si lo hubiere. La cesión extingue realmente los créditos y lo que los acreedores ostentan en su lugar es un titularidad dominical sobre el conjunto de bienes cedidos, que está sujeto a un régimen especial de administración y disposición a través de la comisión.

La interposición de la comisión liquidadora, dice la S. 13 febrero 1989, es una circunstancia atinente a la ejecutoriedad del convenio, pero no a su naturaleza, no afectando tampoco a la tradición del suspenso a sus acreedores.

Ciertas dificultades presenta, sin embargo, la inscripción del convenio en cuanto a la titularidad de los bienes a favor de los acreedores globalmente considerados, a la vista de que normalmente no se hará una determinación exacta de los bienes o de la cuota indivisa que sobre cada uno de ellos corresponde a cada acreedor, como exige para la inscripción el art. 54 RH.

La R. 28 enero 1987 parece ofrecer una solución a través de la que denomina inscripción puente o provisional.

En el caso resuelto, una comisión, actuando en nombre propio, ejecutaba un crédito hipotecario del deudor y en el procedimiento judicial sumario se adjudicaba la finca en pago parcial del crédito. La Dirección admitió la inscripción entendiendo que los titulares de la inscripción serían todos los acreedores, cuya determinación quedaba hecha indirectamente a través de la lista aprobada en el expediente, inscripción que era sólo provisional en tanto se procedía por la comisión a la realización del bien adquirido.

En el Vistos se citaba la R. 5 mayo 1970 que se ocupaba del caso de elementos comunes de una propiedad horizontal desafectados para su enajenación como privativos, en que se consideró innecesaria una incripción provisional o puente, que habría de practicarse a favor de todos y cada uno de los propietarios de departamentos independientes en proporción a su cuota, e inscribible directamente la enajenación formalizada por el Presidente en nombre -aunque no en representación concreta- de la colectividad.

Esta situación recuerda tambien la de la fiducia aragonesa, en que el cónyuge superviviente ostenta determinadas facultades en orden a la distribución de los bienes del causante entre los hijos y descendientes, y mientras tanto queda formada una comunidad entre dicho cónyuge y todos los posibles herederos que se rige por las normas de la comunidad ordinaria de bienes (art. 110 Compilación aragonesa).

b) Cuando se acuerda una mera **adjudicación para pago de deudas** se presentan tambien ciertas particularidades por el hecho de que los bienes se ceden no a un tercero, para que los venda y pague los créditos, sino a una comisión que representa a los propios acreedores.

Una R. 14 junio 1922, configuró la adjudicación para pago de deudas (en el caso, de una herencia a favor de una comisión liquidadora que quedaba facultada para la enajenación de los bienes) como creadora de una titularidad real frente a terceros y constitutiva de un patrimonio separado, dotado de órganos de disposición con facultades más o menos amplias, pero caracterizadas siempre por su finalidad fiduciaria, o sea por la atribución de propiedad a un sujeto en interés de otro por motivos de confianza. La inscripción, frente a quienes oponían el cierre registral de las limitaciones de disponer, se justificó en lo dispuesto en el art. 2,3º LH. No se refería la resolución a garantía real alguna a favor de los acreedores, limitándose a reconocer que éstos veían reforzada la seguridad de sus créditos por la designación de un pagador imparcial y la formación de una masa destinada al pago.

De conformidad con esta tesis, el art. 45 LH, señala que "la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia, concurso o quiebra, hecha o que se haga para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad de bienes, no producirá garantía alguna de naturaleza real en favor de los respectivos acreedores, a no ser que en la misma adjudicación se hubiese estipulado expresamente". En el mismo artículo, se concede a los acreedores, sin garantía real a su favor, la posibilidad de obtener una anotación preventiva de su derecho sobre las fincas adjudicadas para pago de sus respectivos créditos. En desarrollo de dicho precepto, el art. 172 RH exige, para el primer supuesto, que el documento, que ha de ser público, determine la clase de derecho real que se constituya y contenga todos los requisitos exigidos por la Ley y por el Reglamento para la inscripción del mismo.

La doctrina del TS, asimilando la cesión con la regulada en el art. 1.175 C.c., aprecia la existencia de un mandato liquidatorio y de pago cuya ejecución se instrumentaliza a través de un poder irrevocable (ejemplo de esta posición es la S. 13 febrero 1989 citada anteriormente).

Una R. 28 enero 1987, contemplando un convenio con cesión de bienes no transmisiva del dominio, se refiere a una tesis, que dice defendida por algunos autores, según la cual la cesión para pago de deudas constituye un negocio -fiduciario o no- por el que se transmite al cesionario una titularidad real que le faculta para, actuando en nombre propio y con carácter exclusivo, liquidar los bienes del cedente y cobrarse con el producto obtenido, entregando a aquél el remanente.

La propia DGRN ha desarrollado esta tesis de la titularidad real en R. 17 abril 1989, en la que realiza una nueva conceptuacion jurídica del convenio de liquidacion extrajudicial, considerando que con la adjudicación para pago de deudas se produce una mutación jurídica de alcance real, consistente en:

a) Por una parte, el desplazamiento en exclusiva a la colectividad acreedora de las facultades dispositivas inherentes a la finalidad liquidatoria perseguida, y

b) Por otra parte, la vinculación de los bienes a todos y cada unos de los créditos reconocidos, por virtud de la cual el importe obtenido en su realización queda afecto de modo preferente a su satisfacción.

Aprecia, por tanto, la constitución de un nuevo derecho real que yuxtapone:

— la titularidad dominical, privada de facultad de disposición, a favor del suspenso;

— la facultad de disposición con carácter fiduciario, dada su finalidad liquidatoria, a favor ordinariamente de la Comisión que representa y actúa los intereses de los acreedores;

— un derecho o afección real a favor de los acreedores.

Se tiene en cuenta, probablemente, que, en el ámbito del convenio de la suspensión de pagos, no estamos ante una adjudicación de bienes a tercero para que venda y pague, que implicaría transmisión de los bienes siquiera fiduciariamente, sino ante una puesta a disposición de los bienes a favor de los acreedores, sin transmisión de titularidad, que conserva el deudor, por lo que se hace más necesario, desde el punto de vista de los acreedores, el reconocimiento de una garantía de alcance real para el pago de sus créditos.

El problema más grave que plantean los convenios de carácter liquidatorio es el de sus efectos respecto de los créditos cuyos titulares hayan hecho uso del derecho de abstención, los cuales parecen encontrarse en un callejón sin salida: de un lado, se afirma, no son afectados por el convenio; de otro, sin embargo, los bienes o son trasmitidos a los acreedores afectados, dejando de pertenecer al deudor, o se asignan especialmente al pago de los créditos afectados. Los acreedores abstenidos conservan, sí, su derecho de ejecución singular, fuera de la suspensión, pero ¿sobre qué bienes, si el deudor los ha transmitido o con qué preferencia, si ya se ha constituido una afección real a favor de los demás acreedores, presumiblemente de peor condición?

El problema lo abordaré al hablar de los efectos de la publicidad registral del convenio, pero adelanto ahora que si el convenio de cesión en pago de deudas transmite, según tiene declarada nuestra jurisprudencia, el dominio a los acreedores y éstos no asumen deudas del suspenso, difícilmente puede aceptarse una acción ejecutiva dirigida con posterioridad contra el suspenso sobre bienes que hayan sido objeto de cesión. Y lo mismo cabe decir si del convenio de cesión para pago de deudas surge, como piensa la DGRN, un derecho real de eficacia "erga omnes", máxime tras la inscripción del convenio.

El derecho de los acreedores abstenidos o de los posteriores, no se ve afectado, lógicamente, por el convenio, en cuanto se mantiene íntegro en su importe y sus condiciones, pero ello no implica que, además, el deudor esté obligado a mantener íntegro su patrimonio o que éste se transmita con la carga

de atender el importe de los créditos de aquéllos, como si de una tácita carga real se tratara. Los conflictos entre los créditos abstenidos y los obligados por el convenio van a tener que solucionarse por criterios de prioridad material o registral.

Frente al criterio expuesto, RIVAS TORRALBA sostiene que un convenio con cesión en pago de deudas no puede perjudicar a los acreedores que hicieron uso de su derecho de abstención, los cuales "no pueden resultar privados de su derecho a perseguir los bienes que fueron de su deudor, aunque en el momento de anotar el embargo ya no lo sean como consecuencia de un convenio que por disposición de la ley no les afecta".

Entiende RIVAS que los acreedores abstenidos conservan su derecho de ejecución singular sobre los bienes que fueron del suspenso y ya no lo son o con preferencia a la afección real en favor de los acreedores no abstenidos si los bienes siguen perteneciendo al suspenso, según que lo acordado haya sido, respectivamente, cesión en pago o para pago de deudas.

A mi juicio, sin embargo, no cabe pensar que un dominio inscrito valga frente a ciertos terceros y no frente a otros, como pretende RIVAS, en relación con la cesión en pago, ni desconocer, frente a derechos no inscritos ni anotados, la prioridad registral de una afección anotada, como sugiere el mismo autor para la cesión para pago de deudas. El que el convenio no "obligue" a los acreedores que no concurren a la Junta que lo aprueba sólo implica que sus créditos permanecen idénticos pese al convenio, pero no que tambien permanezca idéntico el patrimonio del suspenso. De igual modo habría que pensar entonces si, no imponiéndose al suspenso ninguna limitación dispositiva en el convenio, enajenase válidamente sus bienes: ¿debería el adquirente soportar la acción ejecutiva de los acreedores abstenidos por el mero hecho de que los bienes pertenecieron con anterioridad a su deudor y ellos no concurrieron a la junta que aprobó tal convenio?

A favor del criterio que apunto está la propia doctrina de la DGRN y jurisprudencia del TS, que, aun no refiriéndose al supuesto de acreedores abstenidos, sí ha aplicado criterios de prioridad, registral o sustantiva, según los casos, en el conflicto entre acreedores favorecidos por un convenio de cesión de bienes y acreedores posteriores al propio convenio o posteriores a la suspensión y anteriores al convenio, como despues veremos. A estos efectos no creo que deba haber diferencia entre acreedores anteriores abstenidos o posteriores, especialmente si son anteriores al convenio.

No desconozco los riesgos que pueden producirse para los acreedores si hubieran decidido abstenerse, puesto que ya no está en su mano impedir un convenio transmisivo, ni anticipar la fecha de vencimiento de sus propios créditos.

Una manera de salvar la difícil situación en que se ven involucrados tales acreedores, es entender que cuando el convenio es liquidatorio se extiende tambien a aquellos créditos, con la salvedad de que no les perjudicará la posible reducción que hubiera podido acordarse y de que gozarán de su preferente derecho de cobro. Es decir, que al convenirse una liquidación de las deudas, la liquidación ha de ser ya necesariamente total, incluyendo a los acreedores abstenidos. En contra de esta idea surge la letra del art. 15 L. 1922: sólo si concurrieren a la Junta resultarán obligados como acreedores.

Quedará, en último término, a los acreedores abstenidos que no puedan encontrar bienes del deudor ejecutables la posibilidad de impugnar el convenio (fraude de acreedores) o solicitar la declaración de quiebra con fijación de fecha de retroactividad que comprenda la del convenio mismo, posibilidad que está excluida a los acreedores favorecidos por el convenio (habida cuenta

de que habrían de denunciar previamente su incumplimiento), pero que no debe impedirse a acreedores no vinculados por la limitación de ejecutoriedad singular de sus créditos.

EFECTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL CONVENIO

El Registro de la propiedad tiene como finalidad la seguridad del tráfico jurídico y a tal finalidad va encaminado el acceso de todos los actos inscribibles. Conviene, por ello, referirse ahora a la forma en que la inscripción del convenio influye en el tráfico jurídico inmobiliario y, en concreto, en el acceso al Registro de actos otorgados sobre bienes del suspenso o que fueron del suspenso. Específicamente me interesaré por los actos de disposición voluntarios y por las ejecuciones sobre tales bienes.

1.- Convenios simplemente remisorios o dilatorios

a) Dado que, como ya vimos, los acreedores obligados por el convenio no gozan de facultad de ejecución singular, no cabe anotar embargos ni inscribir adjudicaciones derivadas de créditos de la lista no abstenidos.

b) En cambio, cabe anotar embargos e inscribir adjudicaciones derivadas de cualquier otro crédito, anterior abstenido, hipotecario o posterior al convenio.

c) Al no haberse impuesto limitaciones al suspenso, cabe inscribir actos dispositivos otorgados solamente por el suspenso (R. 20 septiembre 1983)

2.- Convenios que impongan además restricciones en la capacidad dispositiva del suspenso.-

a) Respecto a embargos o adjudicaciones judiciales por razón de créditos obligados por la quita o espera acordadas, debe reiterarse lo expuesto en el apartado anterior.

b) Respecto a embargos o adjudicaciones por razón de los demás créditos, que tienen la posibilidad de ejecución separada, deben someterse a los términos del convenio al iniciar los procedimientos de ejecución, ya que, como señaló la R. 29 junio 1988, "aunque se trate de hipótesis en que, no obstante la suspensión de pagos, quepa la ejecución separada, el Registrador no puede dar efectividad registral a unas actuaciones procesales que no aparecen entabladas con la debida coparticipación de los interventores nombrados por los acreedores, pues tal omisión acarrea la inoperancia del proceso en el patrimonio intervenido, cfr. art. 6º L. 1922".

Añade la Resolución que, a tales efectos, el mero conocimiento de los hechos por parte de la comisión de acreedores no equivale a ser parte en el procedimiento.

c) En cuanto a los actos dispositivos voluntarios, sólo serán inscribibles los que hubiera otorgado el propio suspenso acreditando el cumplimiento de los requisitos impuestos en el convenio (concurrencia de interventores, comisión de vigilancia, etc..).

Si se hubiera creado una comisión que asume con exclusividad la facultad dispositiva (comisión de vigilancia transformada en liquidadora), los actos otorgados por el deudor no serán inscribibles a menos que concurra tambien dicha comisión (R. 27 noviembre 1974).

3.- Convenios que acuerden una cesión de bienes.-

De acuerdo con lo anteriormente expuesto debemos partir de las siguientes premisas:

Primera.- La cesión de bienes en pago transmite el dominio mientras que la cesión para pago puede crear un derecho real de realización y cobro preferente, según la tesis de la DGRN.

En ambos casos, por tanto, los acreedores de la lista no abstenidos adquieren un derecho real cuya eficacia "erga omnes" vendrá supeditada a la inscripción del convenio.

Segunda.- Los créditos obligados por el convenio no es sólo que mantengan suspendida la ejecutoriedad separada, sino que o se extinguen como consecuencia de la cesión, si se hace en pago de deudas, o reciben globalmente un conjunto de bienes destinado preferentemente a la satisfacción de sus créditos, si la cesión es para pago de deudas.

Tercera.- Los acreedores abstenidos y los posteriores, tanto si son anteriores como posteriores al convenio, conservan su ejecutoriedad separada, pero sólo obtendrán una afección concreta sobre bienes del suspenso mediante el embargo y su anotación, que, sin ser constitutiva, otorga al embargo eficacia "erga omnes".

Cuarta.- Con posterioridad al convenio, los créditos podrán surgir de la actividad del deudor (al que en este tipo de convenios puede no imponérsele restricción alguna), de la de la comisión liquidadora (en cuyo caso es ésta la deudora, o la masa de acreedores a la que representa) o con independencia de la actividad de uno y otra (créditos fiscales; contratos de luz, agua, teléfono; laborales, etc..), por lo que estaremos, según los casos, ante créditos contra el deudor o créditos contra la masa de acreedores.

a) Actos dispositivos voluntarios:

Serán inscribibles los otorgados exclusivamente por la comisión liquidadora o por el órgano de gestión establecido en el convenio. El deudor pierde su facultad de disposición. La comisión actuará de acuerdo con lo convenido y en función de las facultades que se le otorguen.

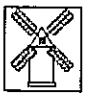
No es imprescindible, si el convenio es claro, el otorgamiento de poderes por parte del deudor (en el supuesto de cesión para pago) y, mucho menos, por parte de los acreedores (en el supuesto de cesión en pago), pues sus facultades derivan directamente del convenio.

b) Ejecución forzosa (embargo y adjudicación):

b.1.Créditos anteriores ordinarios y privilegiados no abstenidos:

No puede accederse ni a la anotación del embargo que, en su caso, se hubiera indebidamente trabado, ni mucho menos a la inscripción de la adjudicación que pudiera producirse.

No se accederá a la inscripción de la adjudicación aun cuando se hubiera tomado anotación del embargo con anterioridad a la inscripción del convenio, porque la limitación derivada del convenio (extinción del crédito o asignación de bienes para su pago) afecta a la subsistencia del crédito mismo.



b.2. Créditos asegurados con hipoteca:

Será inscribible la adjudicación judicial o extrajudicial a que dé lugar su ejecución en todo caso, por cuanto la garantía real acompaña a los bienes cualquiera que sea su propietario (cesión en pago), y su preferencia deriva de su inscripción, anterior a la del convenio que crea la afección real en favor de los acreedores de la lista (cesión para pago).

La inscripción del convenio influirá únicamente en los requisitos procesales de requerimientos y notificaciones según el procedimiento de ejecución elegido.

b.3.Créditos anteriores que hayan ejercitado el derecho de abstención y posteriores:

Creo interesante examinar tres decisiones jurisprudenciales, una de la DGRN y dos del TS:

R.17 abril 1989.- Se planteaba la posibilidad de anotar el embargo trabado en un procedimiento administrativo de apremio sobre bienes pertenecientes a entidad en suspensión de pagos, constando inscrito un convenio liquidatorio sin transmisión de bienes.

Entendió la Dirección que el convenio había provocado la mutación jurídico real de que antes hablé, consistente en el desplazamiento de las facultades dispositivas a los acreedores y en la afección del importe obtenido en la liquidación al pago preferente de los créditos reconocidos, atribuyendo a ese nuevo derecho real un efecto especial: no permite que surjan nuevas deudas concurrentes con las anteriores en pie de igualdad o de preferencia.

La Dirección resolvió a favor de la anotación del embargo trabado razonando así: como se trata de créditos fiscales surgidos en su mayor parte con posterioridad, no estando, por tanto, incluidos en la lista de acreedores de la suspensión de pagos, es útil admitir en favor de la Hacienda la anotación del embargo por si quedara remanente despues de pagadas las deudas, naturalmente sin prioridad registral tal como exigen los preceptos registrales y sin que corresponda al Registrador decidir si, no obstante haber surgido los créditos después, tienen o no preferencia por ser deudas de la masa, cuestión ésta que debe ventilarse en las mismas actuaciones de la suspensión.

La decisión es congruente con las premisas de que parte la Resolución: que los bienes siguen siendo propiedad del deudor (no hay transmisión de bienes sino sólo constitución de un derecho real) y que los créditos, de origen fiscal, han surgido, en su mayor parte, con posterioridad a la aprobación misma del convenio (no tienen impedida la ejecución separada).

Añade la Resolución que la anotación se practicará sin prioridad registral. La conclusión es coherente con la tesis mantenida, ya que la anotación de embargo sobre una finca se toma siempre con sujeción a la situación registral del inmueble embargado, es decir, sin preferencia respecto de otros embargos o afecciones reales que en ese momento figuren inscritos o anotados sobre los bienes embargados. En este sentido, si efectivamente el convenio ha constituido a favor de los acreedores de la lista una afección real ya inscrita, la anotación y la adjudicación en que, en su caso, desemboque, quedarán expuestas a los efectos de la actividad liquidadora del patrimonio del deudor, que es lo que la inscripción del convenio anuncia prioritariamente.

En cambio, elude plantearse la Dirección si los créditos por ser posteriores y, por tanto, deudas de la masa, tienen o no preferencia, porque esta cuestión, argumenta, no es competencia del Registrador,

sino que debe ventilarse en las actuaciones de la suspensión. En definitiva, dice la Resolución, el pago de los créditos en concurso es cuestión a decidir en el ámbito de la suspensión.

Aunque no lo haga la Resolución, cabe plantearse si, tratándose de deudas de la masa, por haber sido contraidas con sujeción a los criterios legales o convenidos (lo que, tratándose de créditos fiscales es irrelevante), la masa de acreedores ha de soportar las consecuencias del impago, al que la propia masa, a través de la comisión habrá contribuido. A mi juicio, tratándose de deudas de la masa, no hay razón para impedir que la anotación del embargo y la adjudicación del bien embargado se impongan incluso sobre esa mutación jurídico real creada por el convenio. No estaríamos entonces ante un juego de prioridades registrales, sino ante una cuestión de responsabilidad y legitimación, y la única exigencia sería que el procedimiento se entablase contra la comisión liquidadora en condición de representante de la masa de acreedores.

S. 13 febrero 1989.- Una comisión liquidadora plantea tercería de dominio contra un embargo trabado por razón de créditos posteriores a la suspensión y anteriores a la aprobación del convenio. El Tribunal, interpretando el convenio como de cesión en pago de deudas transmisiva del dominio, declara adquirido el dominio por la masa de acreedores antes de la traba del embargo y acepta la tercería de dominio interpuesta ordenando el alzamiento del embargo y la cancelación de la anotación practicada.

La Sentencia acepta la condición de "tercer adquirente" de la masa de acreedores en cuanto al dominio y no duda de su condición de "tercero" en cuanto a la deuda, circunstancia que, en la doctrina jurisprudencial, es exigida tambien para aceptar la tercería. Otra solución hubiera dado si hubiera entendido que el crédito que ocasionó el embargo disfrutaba de la condición de deuda de la masa de acreedores, en cuyo caso ésta habría tenido que soportar las consecuencas del embargo.

S. 26 octubre 1988.- Al decidir sobre la tercería de dominio planteada por una comisión de acreedores (de vigilancia devenida en liquidadora) y un embargante, declara no haber lugar al recurso, desestimándose la tercería, porque, por un lado, la transformación en liquidadora de la comisión de seguimiento no implica adquisición de propiedad mientras no se transfiera con arreglo a derecho, pero, además, porque apoyando la comisión su pretensión en el convenio, resulta éste aprobado con posterioridad a la fecha de la diligencia de embargo.

Como se ve, los criterios de solución empleados son los de prioridad, registral en el primer caso, sustantiva en los otros dos. Aunque se refieren a créditos posteriores, al convenio en el primer caso, a la suspensión en los otros dos, a mi juicio la solución debe aplicarse tambien, según lo expuesto con anterioridad, a los acreedores abstenidos.

Por tanto, tratándose de convenio con cesión para pago de deudas, la anotación del embargo trabado por razón de créditos abstenidos y posteriores no encontrará obstáculo en la inscripción del convenio, pero el problema se desplaza a la prioridad entre las enajenaciones derivadas de la ejecución y de la actividad liquidadora del patrimonio del deudor. Habrá que distinguir:

— Inscrito el convenio antes de la anotación,

La enajenación realizada por la comisión liquidadora debe llevar consigo la cancelación de la anotación y de la inscripción de la adjudicación en que hubiera desembocado. El fundamento para tal cancelación es que la causa de la resolución (afección real con facultad dispositiva) del derecho

del transmitente (deudor embargado) constaba en el Registro al practicar la anotación de embargo posterior.

El procedimiento para la cancelación habría de ser análogo al establecido para la cancelación de asientos posteriores a la inscripción de un derecho de opción, condición resolutoria explícita, etc.., aun cuando podría oponerse la necesidad de la consignación de cantidades en favor del embargante y/o adjudicatario (cfr. art. 175,6 RH), pues no se olvide que, en la tesis de la Dirección General, la anotación es "útil por si hubiera remanente".

A mi juicio es imposible dar cumplimiento a ese requisito en este caso, por cuanto el remanente del producto obtenido respecto de la masa de créditos sólo puede ser conocido al término de la actividad liquidadora.

Ante esa imposibilidad, cabe aceptar la innecesariedad de la consignación o, como piensa RIVAS, obligar a acudir al procedimiento judicial del art. 83, III LH y 174, III RH.

Entiende RIVAS, de acuerdo con la tesis antes manifestada, que el tratamiento expuesto no es aceptable cuando se trata de acreedores anteriores abstenidos, por cuanto la anotación del embargo no tiene entonces sólo la utilidad de afectar el remanente, sino que los acreedores ejecutantes gozarían en este caso de preferencia sobre los adquirentes de los bienes enajenados por la comisión, y la inscripción de esta adquisición podría cancelarse cfr. art. 175,2 RH por la virtualidad cancelatoria de la anotación del embargo.

En contra de esta opinión de RIVAS debe apuntarse lo antes expuesto y el que la virtualidad cancelatoria de la anotación de embargo se detiene siempre ante asientos que traigan causa de otro anterior a la anotación, como ocurriría en este caso con la inscripción de la enajenación llevada a cabo por la comisión, que traería causa de la propia inscripción del convenio, por hipótesis anterior a la anotación del embargo.

— Anotado el embargo antes de la inscripción del convenio.

La prioridad de la anotación permitirá inscribir la adjudicación incluso aunque se hubiera inscrito la enajenación que, en su caso, hubiera otorgado la comisión liquidadora, sin otro requisito que la previa cancelación de dicha inscripción cfr. art. 175,2 RH.

Para conseguir la cancelación del embargo trabado, la comisión no tiene otro camino que el de la tercería de dominio.

Si se tratara de un convenio con cesión en pago de deudas, lo decisivo es la transferencia de la titularidad desde el deudor a la masa de acreedores, por lo que procede en todo caso la denegación de la anotación del embargo, salvo si, por entender que se trata de deuda de la masa, la demanda se ha dirigido contra el suspenso y la masa de acreedores a través de la comisión liquidadora.

Sostiene RIVAS que, tratándose de créditos anteriores que hayan hecho uso de su derecho de abstención, dado que no pueden ser afectados por el convenio, la anotación del embargo trabado es procedente aun cuando figure ya inscrito el convenio con la cesión en pago de deudas. La solución contraria, dice, implicaría privar a aquellos acreedores de su derecho de perseguir los bienes que fueron de su deudor.

A mi juicio, es más convincente el criterio de prioridad aplicado por las sentencias referidas a créditos posteriores al convenio, pues creo que su condición de créditos no afectados por el convenio es similar a la de los créditos abstenidos. El derecho de ejecución separada no puede enfrentarse a actos dispositivos del deudor otorgados válidamente con anterioridad a la traba. Si el deudor se desprende de sus bienes válidamente antes de que sean trabados por quien tiene facultad de ejecutarlos, no puede pretenderse el embargo y su anotacion frente a quien no ha asumido el pasivo del suspenso haciéndose responsable de sus deudas, por no existir constituidas garantías reales. Transmitidos los bienes del suspenso a otro, aun cuando sea otro acreedor, no es que se pierda el derecho de ejecución singular, es que desaparece el objeto sobre el que la ejecución podía haber recaído.

Ahora bien, si figurara anotado un embargo por créditos anteriores abstenidos antes de la inscripción del convenio de cesión en pago de deudas, podrá procederse a la insripción de la adjudicación en que aquél desemboque, pese a la inscripción del convenio.

La paralización de los efectos del embargo anotado con anterioridad a la inscripción del convenio sólo podrá conseguirse, como en el caso de la cesión para pago de deudas, por la vía de la tercería de dominio instada por la comisión de acreedores.

— Queda fuera del tratamiento expuesto, el caso de deudas de la masa, es decir, contraidas por la actividad de la propia comisión liquidadora, que se impondrán, pese a la inscripción del convenio anterior, siempre que el procedimiento se haya seguido contra dicha comisión. Intuyo que igual tratamiento habría de darse a los créditos contraídos por el deudor durante la sustanciación del expediente con la concurrencia de los interventores.

Por último, como norma para cualquier supuesto, téngase en cuenta que para anotar los embargos e inscribir las adjudicaciones, en los casos en que sea posible, será necesario que se acredite la condición de crédito no obligado por el convenio, mediante certificación judicial acreditativa de haber hecho uso del derecho de abstención, si se tratara de un crédito anterior, o de no estar incluido en la lista por ser de fecha posterior.

Carácter de la inscripción. Relaciones con otros asientos.

Así como el estado de suspensión de pagos existe aunque no haya sido anotado en el Registro de la propiedad, así tambien el convenio será eficaz una vez haya sido aprobado judicialmente, aunque el Juzgado no disponga su constancia registral: la anotación o inscripción del convenio no tiene carácter constitutivo. Es una obligación impuesta a la autoridad judicial, que los interesados deben procurar se cumpla por las ventajas que conlleva la constancia registral de la aprobación del Convenio, pero que no es imprescindible para la efectividad del mismo.

Cabe decir que la obligatoriedad de la inscripción alcanza tanto al Registro de la propiedad como al Registro Mercantil, cfr. art. 17 L. 1922, y, a través de éste, a la publicidad a través del BORME. La necesaria publicidad en el BORME se desprende de los arts. 18,3 Cdc; 284,5 y 385 y ss RRM, por lo que una R. 25 febrero 1991 dió la razón al Registrador mercantil que suspendió la cancelación solicitada de los asientos relativos a la suspensión de pagos porque no se había hecho la provisión de fondos para el pago de aquella publicación.

Esto no quiere decir que si el Convenio no figura anotado o inscrito deba ser desconocido por el Registrador, pero sí que si a la hora de calificar documentos posteriores no tiene conocimiento del hecho de la aprobación del convenio, no podrá tomarlo en consideración.

Si de los documentos, no obstante, se dedujera la existencia de un convenio, entraría dentro de su competencia exigir la presentación del mismo para calificar el acto que se trata de inscribir (R. 17 febrero 1986), si bien la práctica de la inscripción del propio Convenio ha de venir ordenada siempre por la autoridad judicial competente.

La falta de inscripción del convenio, constando anotada la suspensión de pagos, llevará al Registrador a aplicar el régimen legalmente previsto durante la sustanciación del expediente, debiendo el interesado, en tal caso, aportar el testimonio del Convenio.

Por lo expuesto, tampoco es imprescindible para la constancia registral de un Convenio que conste previamente anotada la providencia teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión o el auto mismo que la formuló. No hay aquí exigencia de tracto sucesivo, pues no estamos en sede de derechos reales, sino de situación personal del titular registral.

Ahora bien, ¿se gana prioridad para el convenio desde la fecha de la anotación previa?, más aún ¿la constancia de la suspensión de pagos y la inscripción del convenio impiden que surjan terceros adquirentes protegidos frente a una posible declaración de quiebra del propio suspenso?

La respuesta ha de ser necesariamente negativa, porque el objeto de cada uno de los asientos es totalmente diferente y no trae ninguno causa del otro, produciendo sus propios efectos.

Especialmente, se busca, en ocasiones, que quien adquiere de un titular en suspensión de pagos se vea afectado automáticamente por una declaración de quiebra posterior, por entender que ya conocía la causa que podía dar lugar a la quiebra. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado es claramente contraria a que los efectos de la quiebra se extiendan automáticamente a terceros adquirentes, por el mero hecho de que los actos adquisitivos estén comprendidos dentro del período de retroacción de la quiebra y exige siempre la declaración judicial específica en juicio entablado contra el titular registral.

La cuestión se planteó en el caso resuelto por la R. 7 noviembre 1990: una sociedad fue declarada en quiebra constando en el Registro el convenio de la suspensión de pagos, en el que se preveía que una comisión de seguimiento se convertiría en liquidadora en caso de incumplimiento de aquél; con un mandamiento dictado en virtud del auto declarativo del estado de quiebra se pretendió la cancelación de diversos asientos causados con posterioridad a la suspensión alegándose por el recurrente, ante la negativa del Registrador, que la inscripción del convenio permitía la cancelación, por cuanto los titulares conocían la causa de la resolución del derecho de su transmitente, que no era otra que el incumplimiento del convenio.

La impugnación del recurrente y el informe del Registrador se centraron sobre la cuestión planteada: si los adquirentes de las fincas y titulares registrales debían pasar por los efectos del incumplimiento del Convenio, es decir, la declaración de quiebra con efecto retroactivo, por el hecho de su constancia registral.

La resolución no examinó a fondo la cuestión, pero dió la razón al Registrador entendiendo que, aparte de que la eficacia retroactiva de la declaración de quiebra no puede imponerse sin audiencia de los afectados, los asientos, cuya cancelación se pretendía, habían sido practicados sin sujeción a las resultas del incumplimiento del convenio, por lo que estando bajo la salvaguardia de los Tribunales, no podían ser rectificados o cancelados por dicha causa sin consentimiento de los interesados o resolución judicial dictada en juicio declarativo procedente.

A mi juicio tenía razón el Registrador al señalar que la inscripción de un Convenio, de cuyo contenido no se desprende la existencia de garantías o derechos reales concretos a favor de los acreedores, no constituye una carga que acompañe a la finca, cualquiera que sea su propietario. En concreto, el convenio había reconocido la plena capacidad de obrar del suspenso durante la vigencia del convenio y preveía una comisión liquidadora para el caso de incumplimiento: en tal caso, no parece justificado que quien adquirió de quien según el Registro y la realidad podía transmitir libremente se viera afectado por una consecuencia pendiente de un hecho posterior (el incumplimiento del convenio) y no garantizada con medidas de alcance real.

Como decía el Registrador en su informe, la anotación de suspensión no es equiparable a una anotación de demanda con pretensión real que goza desde su fecha de una eficacia cancelatoria plena (cfr. art. 198 RH). Aceptar la tesis del recurrente implicaría que los actos dispositivos del suspenso quedasen, por el mero hecho de la inscripción del convenio, en el que no se impuso restricción alguna a su capacidad de disposición, sujetos a una especie de condición resolutoria implícita (el incumplimiento del convenio) legalmente no prevista. Ninguna diferencia debe existir entre los actos comprendidos en el período de retroacción por el hecho de la previa constancia registral de la suspensión de pagos.

CUESTIONES PROCEDIMENTALES

1.- Documento hábil para la inscripción del convenio.

Del artº. 17 L. 1922 citado se desprende que el Juzgado librará mandamiento (precisión, hoy ya innecesaria: es válido el mandamiento librado por el Secretario siempre que el Auto fuese dictado por el Juez), en el cual habrá de insertarse literalmente la resolución aprobatoria, en este caso, el Auto judicial, y contenerse, debidamente garantizado su contenido, el Convenio objeto de la aprobación.

No obstante, parece viable tambien como vehículo para la práctica de los asientos que procedan el testimonio del auto judicial y del convenio, si bien se plantean serias dudas con determinados actos susceptibles de ser objeto del convenio, como el ofrecimiento de garantías reales por parte del deudor o la cesión de sus bienes a los acreedores, en pago o para pago de deudas, o a un tercero en pago de su asunción.

Es habitual que en estos casos se proceda al otorgamiento del documento notarial oportuno, como cuando se formaliza el apoderamiento a favor de una Comisión prometido por el deudor.

A mi juicio, no hay razones que justifiquen la idea de que la forma judicial sea de menor fuerza que la notarial, al menos en teoría, lo que ocurre es que en la práctica suele ofrecer menos garantías: no siempre se asegura la identidad, capacidad y representación de los otorgantes, no siempre se cumplen los requisitos de identificación, determinación y demás exigidos por la legislación

hipotecaria a los bienes y a los actos, no siempre se guardan siquiera las formas en el documento mismo presentado. Pero salvado esto, la aprobación judicial del convenio y la fuerza certificante del secretario equipara el testimonio o el mandamiento a la escritura.

A igual solución se ha llegado con otro tipo de convenios, los reguladores de una separación: el testimonio del auto aprobatorio junto con el del Convenio sirve de título a la inscripción de las adjudicaciones acordadas y así lo reconocieron las R. 25 febrero, 9 y 10 marzo 1988.

Recientemente, una S. 13 febrero 1989 equipara el auto de aprobación del convenio a la escritura pública a los efectos de generar una efectividad transmisiva similar que determina tradición, siéndole aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 1.462 C.c., por cuanto en el ámbito jurídico no puede darse mayor alcance a la escritura pública que al auto judicial ya que se trata de documento autorizado por empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1.216 C.c.) en el que personas, jurídicamente capaces, establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho.

En cambio, cuando es objeto del convenio la constitución de garantías reales, como la hipoteca, mobiliaria o inmobiliaria, la necesidad de la escritura parece ineludible: por tratarse de formalidad "ad solemnitatem" y por las exigencias de determinación y especialidad impuestas por la legislación hipotecaria, difíciles de cumplir al redactar un Convenio.

2.- Clase de asiento a practicar.

No hay uniformidad en la práctica registral. Los propios casos que llegan al Centro directivo o a los Tribunales ofrecen variadas soluciones: bien anotación, bien inscripción.

Es intranscendente la forma en relación con los efectos. La única diferencia radica en la duración del asiento: indefinida en la inscripción, limitada en la anotación. Los interesados deben, en todo caso, enterarse del asiento practicado, para actuar en consecuencia. A mi juicio, lo propio frente a una situación, la creada por el Convenio, definitiva aunque temporal, es la inscripción, aunque ello comporte que haya de adoptarse una conducta positiva a la hora de cancelar el asiento, es decir, instar una resolución judicial cancelatoria.

En todo caso es el Registrador el que tiene la facultad de decidir la clase de asiento a practicar, independientemente de los términos empleados por la resolución judicial, que no suele distinguirse por su precisión en este punto ("registrar", "anotar", "inscribir", "tomar razón" empleadas como similares a otra, tambien utilizada, de "practicar los asientos que procedan").

Se ha planteado tambien si al tomar constancia de la aprobación del convenio procede o no la cancelación de asientos anteriormente practicados por razón del mismo expediente de suspensión de pagos, e, incluso, si la anotación o inscripción del convenio implica de hecho la cancelación de la suspensión de pagos, debiendo estarse a partir de entonces como si ésta no existiera.

Respecto a la primera cuestión nos encontramos con prácticas judiciales y registrales contrapuestas: cancelaciones practicadas por ordenarlo el Juez; cancelaciones no practicadas a pesar de haberlo ordenado el Juez; cancelaciones practicadas sin que el Juez lo ordenara, etc..

A mi juicio es una cuestión irrelevante, porque la anotación de suspensión de pagos nunca es un asiento de aquéllos de los que otro posterior puede traer causa. Es decir, no ocurrirá nunca lo que

por ejemplo ocurre con una anotación de embargo o de demanda frente a asientos posteriores: éstas gozan de virtualidad cancelatoria plena salvo frente a asientos que traigan causa de otro anterior (por ejemplo, frente a la inscripción de adjudicación que tuvo lugar en el procedimiento amparado por una anotación de embargo anterior o frente a la inscripción del ejercicio del derecho de opción inscrito con anterioridad).

No cabe decir lo mismo respecto de la anotación de suspensión de pagos: del hecho de la suspensión nunca nace una, digámolo así, vocación a un derecho real; en su caso, pueden surgir derechos reales del propio Convenio, pero es entonces el Convenio y su inscripción lo que amparará a los favorecidos pero no el asiento de suspensión de pagos anterior. Esto no quiere decir que el asiento de suspensión de pagos carezca de trascendencia ya que lo que sí habrá conseguido es impedir que el bien salga del patrimonio del deudor sin cumplir los requisitos legales o judiciales impuestos.

En cuanto a la segunda cuestión, hay unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia: el convenio pone fin al expediente, en cuanto constituye la meta del mismo, pero no a la situación o estado de suspensión, que se regirá a partir de ahora precisamente por el Convenio especialmente si de éste se desprenden restricciones a la capacidad de obrar del suspenso.

De ahí el interés en su constancia registral; en otro caso el Juez podría limitarse, una vez aprobado el convenio, a librar mandamiento ordenando las cancelaciones oportunas. No es eso lo que se desprende del art. 17 L 1922, ni de su art. 23, al señalar que el Mº Fiscal es parte desde la iniciación del expediente hasta el cumplimiento total del Convenio.

En cambio, si el Convenio se limita a establecer un calendario de pago, su matiz extintivo se acentúa, hasta el punto que la inscripción del convenio conlleva un matiz cancelatorio de las restricciones impuestas al suspenso. Permanecerán, no obstante, las derivadas de la suspensión de ejecutoriedad separada de los créditos afectados por el convenio.

CANCELACION DE LA INSCRIPCION DEL CONVENIO

Ya hemos hecho referencia a la cancelación de asientos relativos a la suspensión al inscribir el convenio.

En cuanto a los asientos mismos del convenio no siempre serán objeto de cancelación.

La cancelación interesará específicamente cuando se ha cumplido el convenio o se haya sobreseido el expediente y los bienes sigan perteneciendo al deudor. La cancelación sólo procederá en virtud de resolución judicial que declare cumplido el convenio, sin que baste el transcurso del plazo de duración establecido en el mismo. El plazo sólo habilita para, si no se ha podido atender a los créditos en su integridad, intentar un nuevo acuerdo y, en su defecto, solicitar la declaración de quiebra. (RR. 11 noviembre 1975, 20 septiembre 1983).

No obstante, cabría estipular en el convenio que su cumplimiento pudiera acreditarse mediante certificación de la comisión de seguimiento, lo que facilitaría los trámites.

Por el contrario, si los bienes han dejado de pertenecer al deudor la cancelación no es necesaria ni, a mi juicio, procedente, por cuanto no se cumpliría nunca el requisito del tracto, al estar los bienes