LUNES 4,30

Revista de asuntos registrales

Año XXIII - Núm. 479 - junio, 2010

LUNES 4'30

junio2010 Nº479

Sumario

02 Resoluciones
por Christian Sendín Martín y Fco Molina Balaguer.

11 Sentencias
por Alicia Mª de la Rúa Navarro.

17 Nos Escribe
"Calificación Registral de los documentos judiciales", por Mª Begoña Longas Pastor.

38 Nos Escribe
"Supuestos prácticos derivados de la relación entre el concurso de acreedores y el registro de la propiedad en que figuren inscritos bienes del concursado", por Pedro Fandos Pons.

60 Apuntes prácticos
"Resumen del informe de la Comisión Nacional de Calificación, sección de Hipotecas, sobre la calificación e inscripción del Derecho Real de Hipoteca tras la reforma introducida por la Ley 41/2007 del artículo 12 Lh y las consecuencias registrales de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009", por Inmaculada García Fabra.

64 Kiosco
"La unidad mínima de cultivo y la división horizontal tumbada", por Guillermo José Dromant Jarque.

68 Reseña Legislativa
BOE-DOGV 1-31 de mayo de 2010.

Fundador
Enrique Colomer Sancho

Coordinador general
Pedro Fandos Pons

Colaborador especial
José Bollaín Gómez

Consejo de redacción
Maria-Emilia Adán García
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Carbonell Serrano
Alicia Mª de la Rúa Navarro
Vicente Domínguez Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Consuelo García Pedro
Carmen Gómez Durá
Belén Gómez Valle
Marta Gozalbes y Fernández de Palencia
Susana Juste Ribes
Fernando Javier Llopis Rausa
Ana Isabel Llosa Asensi
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Silvino Navarro Gómez Ferrer
Mercedes Ríos Peset
Ana María Sabater Mataix
Christian Sendín Martín
Miguel Soria López
Mª del Carmen Soto de Prado Otero

Maquetación
Julio Villamón Gamarra

Secretaría
María Dolores Fernández Puerta

Plaza de la Reina nº 5 • 46003 • Valencia
Teléfono: 96.353.27.65 • Fax: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos

por Christian Sendín Martín y Fco Molina Balaguer. Registradores de la Propiedad

RDGRN de 4 de febrero de 2010 (BOE 24/04/2010)

Anotación preventiva de embargo no sobre el dominio, sino sobre la posición jurídica del arrendatario financiero

Se presenta mandamiento de embargo sobre un vehículo sobre el cual consta inscrito en el Registro Mercantil un arrendamiento financiero. La Registrador suspende la anotación por ser el demandante el propio arrendador financiero.

Recuerda el Centro Directivo, que una vez registrado el contrato de arrendamiento financiero en el Registro de Bienes Muebles, coexistirán dos titularidades: el derecho de dominio que corresponde a la sociedad de arrendamiento financiero y el derecho de arrendamiento financiero cuyo titular es el arrendatario.

El apartado 15 de la DGRN de 3/12/2002, señala que en base a la presunción de legitimación registral, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.

En consecuencia, los Registradores denegarán los mandamientos de embargo sobre los bienes vendidos con pacto de reserva de dominio o si ha sido inscrito sobre los mismos un contrato de arrendamiento financiero, cuando: a) el objeto del embargo sea la propiedad de dichos bienes; y b) cuando se dirija contra persona distinta del vendedor o arrendador.

Sin embargo, podrá anotarse cuando se demande el embargo, no sobre el dominio que ostenta el vendedor con pacto de reserva de dominio o del arrendador financiero, sino sobre su posición jurídica. La DG estima el recurso y revoca la nota del Registrador.

En caso de que se formule de esta manera, podrá anotarse. Su cancelación podrá solicitarse cuando el arrendatario no ejercite la opción de compra o el vendedor con pacto de reserva de dominio no recupere los bienes ante el impago del comprador.

Christian Sendín Martín

RDGRN de 5 de febrero de 2010
(BOE 24/04/2010)

Escritura de cancelación de hipoteca cambiaria a través de certificación de la entidad de crédito

Se presenta en el Registro una escritura de cancelación de hipoteca cambiaria, de donde resulta que 7 de las letras no están debidamente inutilizadas y en su lugar se exhibe al Notario autorizante un certificado que acredita estar en poder de la entidad de crédito las mencionadas letras.

La Registradora suspende la inscripción ante la insuficiencia de la identificación de las letras no inutilizadas por dicho certificado.

Señala la DG las particularidades de la hipoteca cambiaria, en las que el titular del crédito no está registralmente determinado, sino extrarregistralmente.

Por tanto, es necesario acreditar la destrucción o inutilización de las letras garantizadas, para asegurar que no siguen en el tráfico jurídico.

El Notario, en la escritura, y el Juez en el mandamiento, podrán declarar la inutilización de la letras de cambio pagadas al tenerlas en su poder. En cambio, las entidades de crédito, podrán emitir una certificación (con los requisitos que se dirán).

Cuando se utilice la certificación, ésta deberá reunir todos los requisitos de art. 45 de la Ley Cambiaria:

a) Que el portador sea una entidad de crédito;

b) Que no exista pacto en contrario;

c) Que el documento identifique suficientemente la letra; y

d) Que en el momento del pago se entregue en lugar de la letra, es decir, que conste en la certificación que la misma tiene el mismo valor que la letra original.

De esta manera, la entidad de crédito asumiría la eventual responsabilidad en caso de ulterior circulación de la letra en cuya sustitución se entrega la letra inutilizada y sólo quedaría así liberado el librado frente a cualquier acreedor cambiario.

De modo que la entidad de crédito, tras el pago de la letra de cambio, no está obligada a entregar ésta inutilizada, pudiendo sustituir ésta por la mencionada certficación.

La DG estima el recurso y revoca la nota.

Christian Sendín Martín

RDGRN de 8 de marzo de 2010
(BOE 24/04/2010)

Eficacia del acta de notificación y requerimiento

Se presenta en el Registro escritura en la que se ha pactado: venta de un inmueble de la señora A, a la señora B. El precio consistirá en la subrogación de la señora B en el préstamo hipotecario y en el pago de una pensión vitalicia. Se pacta la resolución del contrato y la recuperación del dominio cuando se incumplan cualquiera de las condiciones pactadas. Se establece también la necesidad de acta de notificación y requerimiento a la compradora advirtiéndole de la necesidad de cumplimiento o la consecuencia de la resolución.

La Registradora suspende la inscripción, porque el acta se entendió con el cónyuge de la compradora (casada en régimen de separación de bienes).

Señala el Notario y confirma la DG que, en virtud del art. 202 del Reglamento Notarial, la cédula producirá el efecto de la notificación aunque no se entienda directamente con la persona a quien se va a notificar. En caso contraio, se produciría un grave perjuicio a la persona que pretende notificar.

Cuestión distinta es que no conste en la diligencia, el que se haya advertido al perceptor la obligación de hacerla llegar a la destinataria. Sin embargo, no puede ser resuelto porque no resulta de la nota de calificación.

Christian Sendín Martín

RDGRN de 9 de marzo de 2010
(BOE 24/04/2010)

Negativa a la constancia registral de cumplimiento de condición resolutoria

Consta inscrita en el Registro una concesión gratuita sobre un solar del Ayuntamiento para la construcción y explotación de un centro residencial para el cuidado de personas mayores.

En la constitución del derecho de superficie se pactan como condiciones: a) que deberá quedar terminado en un plazo de dos años desde la fecha de la escritura; b) que deberá utilizarse efectivamente para la finalidad prevista.

Con posterioridad al derecho de superficie y la condición resolutoria inscrita, existe una hipoteca y dos anotaciones de embargo.

Se presenta en el Registro acta notarial, previo requerimiento del Ayuntamiento, en la que se relacionan los siguientes hechos: "que durante cuatro días, se ha personado en la residencia y no se ha encontrado a nadie". El Notario da por terminada el Acta.

Por tanto, el problema que se plantea consiste en dilucidar si el acta así formulada, llegado el plazo de cumplimiento de las condiciones determinantes de la cesión gratuita del derecho de superficie y tras cuatro visitas, es suficiente para las consecuencias jurídicas de la resolución.

Señala la DG que el enérgico sistema de la autotutela ha de ser examinado con precaución para salvaguardar los intereses de todos los interesados y evitar en lo posible que el cedente pueda, sin intervención de los Tribunales, decidir una cuestión tan delicada.

Apunta también la DG que el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones precisa: a) la constancia fehaciente de la realidad del hecho en que aquéllos consisten; b) el consentimiento de los titulares registrales afectados; o c) la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo entablado directamente contra aquéllos.

Concluye la DG señalando que: a) ni del acta resulta una realidad incontestable que determine el efectivo incumplimiento, pues, no se ha dado intervención al titular del derecho de superficie.

Tampoco se le notifica a éste la resolución. Y b) ni tampoco se ha notificado la reversión a los titulares de los derechos reflejados en el Registro después de la condición resolutoria (hipoteca y embargos) para que también puedan tener oportunidad de oponerse.

La DG desestima el recurso y confirma la nota.

Christian Sendín Martín

RDGRN de 10 de marzo de 2010 (BOE 24/4/2010)

Inscripción de un exceso de cabida. Diferenciar de la inmatriculación

Se suspende por la Registradora la inscripción de un exceso de cabida por tener dudas fundadas de la identidad de la finca.

En la descripción de la finca, dos de sus linderos son: el Norte, acequia, y el Sur con propiedad privada y brazal. Ahora se describe la finca de manera que ambos elementos forman parte de la finca.

Señala la DG que puede confudirse la inscripción de un exceso de cabida con la inmatriculación. El primero supone la rectificación de un dato registral erróneo referido a la descripción de la finca inmatriculada. De modo que ha de resultar indubitado que la superficie que pretende hacerse constar ahora era la que debió reflejarse en su día.

La DG confirma la nota recordando que los indicios que pueden hacer dudar al Registrador de la identidad de la finca son, no sólo los del art. 298.3.5 del Reglamento Hipotecario (resultar inscrito con anterioridad otro exceso de cabida, o proceder la finca de agrupación, segregación o división) , sino también que se trate de fincas formadas por reparcelaciones urbanísticas o de concentración parcelaria, o cuando se alteren los linderos, sobre todo si son fijos, o cuando exista una gran desproporción entre la superficie inscrita y la que se pretende inscribir.

Christian Sendín Martín

RDGRN de 11 de marzo de 2010 (BOE 24/04/2010)

Cancelación de anotación preventiva de embargo transcurridos 6 meses

El titular registral de una finca gravada con una anotación preventiva de embargo letra A de 5/11/2007 a favor de la Agencia Tributaria, prorrogada durante 6 meses por la B, el 9/4/2009, solicita la cancelación de dichas anotaciones por caducidad por haber transcurrido el plazo de 6 meses de prórroga.

Aporta certificado de la Agencia Tributaria de que está al corriente de sus obligaciones tributarias, expedido a los solos efectos de obtener una subvención otorgada por las Adminstraciones Públicas.

La Registradora suspende la cancelación pues hay que diferenciar el plazo de la medida cautelar y el plazo de la anotación preventiva.

El primero es de 6 meses prorrogable 6 más, art. 81 de la Ley General Tributaria. El segundo, tiene una duración de 4 años, art. 86 de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, deben cumplirse los requisitos del art. 86 u 83 de la Ley Hipotecaria, es decir, que transcurran 4 años desde la fecha de la anotación preventiva o se acredite fehacientemente el alzamiento del embargo mediante documento administrativo expedido por la autoridad que decretó el embargo.

La DG desestima el recurso y confirma la nota de la Registradora.

Christian Sendín Martín

RDGRN de 12 de marzo de 2010
(BOE 24/04/2010)

Testimonio de resolución judicial firme que ordena elevar a público un documento privado. No es directamente inscribible

Se presenta en el Registro testimonio de una sentencia firme ordenando elevar a público un acuerdo por el que la familia B acuerda la partición, división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio de los mismos.

La Registradora suspende la inscripción por dos defectos: a) no ser el documento directamente inscribible; y b) falta de tracto sucesivo por ser necesaria la partición de herencia de la causante, bien en escritura pública o bien judicialmente en defecto de acuerdo.

Señala la DG que el primer defecto debe confirmarse. El documento presentado para la inscripción es el testimonio de una resolución judicial firme ordenando elevar a público un documento privado y un mandamiento en el que, en ejecución de sentencia, ordena llevar a cabo dicha elevación a público acordada en el procedimiento judicial.

El título a efectos de la inscripción será la escritura pública otorgada en ejecución de la sentencia, bien directamente por el condenado, o por el Juez en rebeldía del mismo, pero no el mero testimonio de la sentencia que ordena la elevación.

Sin embargo, el segundo de los defectos no puede ser confirmado, pues nos encontramos ante uno de los supuestos de tracto abreviado del art. 20.5 de la Ley Hipotecaria.

Christian Sendín Martín

RDGRN de 22 de marzo de 2010
(BOE 10/05/10)

Separación matrimonial. Convenio regulador. Cuándo hace falta escritura. Registro Civil. Secretario judicial

Presentado testimonio de la Sentencia de declaración de la separación matrimonial, con aprobación del correspondiente convenio regulador, el Registrador suspende la inscripción por no constar el nombre y apellidos del Secretario que autoriza el citado testimonio, no haberse tomado razón del documento en el Registro Civil, y porque se adjudica a la esposa, como liquidación del régimen económico matrimonial, una finca que consta inscrita por mitades indivisas a favor de ambos cónyuges, como adquirida en estado de solteros.

Confirma la DG que debe resultar identificado el funcionario autorizante del título inscribible, que para inscribir en cualquier Registro público los hechos que afecten al régimen económico del matrimonio deben constar los datos de tomo y folio del Registro Civil en que se haya inscrito o indicado aquéllos, y que, si bien el convenio regulador es inscribible en virtud del testimonio judicial acreditativo de su aprobación, esto es así en la medida en que se trata de un acuerdo entre cónyuges en la esfera del procedimiento, pero no puede ser cauce formal para actos con significación negocial propia.

Cierto que la liquidación puede alcanzar a los bienes adquiridos vigente un régimen de separación de bienes, pero en tanto que este régimen no es plenamente identificable con una comunidad romana, no es aceptable que en el convenio regulador se proceda a la disolución y liquidación de cualquier comunidad entre los interesados.

Pero es que, en el caso, los cónyuges están sometidos a la sociedad legal de gananciales, con lo que, no haciéndose ninguna observación en torno a un posible carácter ganancial del bien, resulta claro que se está realizando un negocio traslativo totalmente ajeno a la liquidación del régimen matrimonial.

Fco. Molina

RDGRN de 23 de marzo de 2010 (BOE 10/05/01)

Hipoteca. Cancelación. Consentimiento formal. Certificación a efectos ejecutivos. Crédito embargado

Se otorga escritura consintiendo la cancelación de la hipoteca constituida en garantía de un crédito, pero sin otorgar carta de pago. Se suspende la práctica de la cancelación solicitada porque consta nota de haberse expedido certificación a los efectos del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, y por estar el crédito hipotecario embargado a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

La escritura de cancelación no la otorga la entidad acreedora, sino otra "por razón de una suma adeudada a la otorgante", y además las fincas han revertido a la propiedad de unos anteriores propietarios en virtud de una condición resolutoria impuesta en el negocio de permuta del suelo por parte de la obra a ejecutar sobre el mismo.

El recurso se circunscribe a la circunstancia de estar el crédito hipotecario embargado. Se debe preservar el derecho del embargante, mediante la prestación de su consentimiento para la cancelación, o la obtención de resolución judicial en procedimiento seguido con su intervención.

Así, del mismo modo que no es admisible la cancelación de la hipoteca por la manifestación abstracta formulada, tampoco lo es que pueda verse afectada por el juego de la condición resolutoria, que ha operado en virtud del allanamiento del deudor.

El titular posterior, en este caso el embargante, no tiene que soportar cualquier admisión de incumplimiento o de concurrencia de otros supuestos de resolución y cancelación, lo que conduciría a posibles acuerdos en menoscabo de su derecho.

En uno y otro caso - cancelación de la hipoteca y condición resolutoria - lo que subyace es una renuncia en perjuicio de tercero, lo que unido a la indisponibilidad de derechos ajenos, lleva a que la renuncia al derecho inscrito sólo sea viable dejando a salvo el derecho del tercer titular registral. A parte, por supuesto, de casos como la ejecución por subasta, en el que las notificaciones previstas permiten a dicho tercero intervenir en defensa de su derecho.

Fco. Molina

RDGRN de 24 de marzo de 2010 (BOE 10/05/10)

RM. SL. Administradores. Separación

En escritura de elevación a público del acuerdo de nombramiento de administradores de una SL, se determina, no está claro si como parte del acuerdo de la Junta, o como pacto entre los otorgantes, que "los nombrados podrán ser separados de sus cargos por acuerdo de los socios que representen dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital". El Registrador exige modificar los estatutos para poder inscribir este pacto.

Para la DG, el hecho de no constar este pacto en los estatutos no conduce necesariamente a su invalidez, pudiendo considerarse como acuerdo "parasocial", que puede establecer vínculos obligacionales entre los socios, pero que, desde luego, no son inscribibles - a salvo los "protocolos familiares"- como mero reflejo tabular de su depósito.

En definitiva, y siendo válido, si se trata de un acuerdo corporativo adoptado por la Junta General, deberá reflejarse en la correspondiente modificación estatutaria para acceder al Registro; si es un pacto convencional entre los socios, no es en puridad un acuerdo de la sociedad, ni tiene porqué acceder al folio registral de ésta.

Fco. Molina

RDGRN de 25 de marzo de 2010
(BOE 10/05/10)

Extranjeros. Identificación

Se suspende la cancelación de una inscripción de hipoteca, en virtud de escritura otorgada por una ciudadana francesa, por aparecer identificada con el número de su Tarjeta de Residencia, y no por el NIE, si bien el número que se transcribe en el título está formado por X, siete dígitos y una letra. El Registrador considera conveniente que se aclare si el número que consta es el de la Tarjeta de Residencia o el del NIE.

Considera la DG que, atendida la formación del número (X, siete dígitos y otra letra) parece claro que se trata del NIE, y no del número de soporte (E y ocho dígitos), que figura en la parte superior derecha del anverso de la Tarjeta de Residencia, y que, en ningún caso se utiliza como número de identidad del extranjero, ni como número de identificación fiscal.

Fco. Molina

RDGRN de 26 de marzo de 2010
(BOE 10/05/10)

Obra nueva. Exceso de cabida. Dudas en la identidad de la finca. Visado colegial

Sobre una finca que consta registralmente con 3330 metros cuadrados, se declara una obra nueva. En el título se declara una superficie de la parcela de 2659 metros cuadrados, pero la certificación catastral refleja 2531 metros cuadrados, e indica la existencia de un almacén que no consta en la descripción contenida en la escritura. Además, según el título, la obra se desarrolla en dos plantas, una de 126’75 metros cuadrados, y otra de 120’94, pero según el certificado técnico ocupa una superficie de 2531 metros cuadrados. El certificado técnico no presenta el visado colegial que acredite que quien lo expide tiene facultades para hacerlo.

Ciertamente, se declara un exceso de cabida que no resulta justificado, pero la suspensión de su inscripción no produce, en este caso, necesariamente la suspensión de la inscripción de la declaración de obra nueva, como tampoco la existencia catastral de un almacén, cuya inscripción, por el momento, no se interesa. La expresión del certificado técnico de ser la “superficie ocupada de 2531 metros cuadrados” es, a juicio de la DG, una manifestación defectuosa cuyo verdadero significado resulta de la comparación con el mismo documento, que indica que la superficie de la primera planta es de 126

Sentencias

por Alicia Mª de la Rúa Navarro. Registradora de la Propiedad

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009. Mandato: poder general; extralimitación en donación de todos los bienes del mandante al mandatario y su hija.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 618, 634 y 636, 644 a 648, 654, 1709 y 1727 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A y su esposa Dª B ocupan como domicilio habitual dos casas, propiedad del primero por herencia de sus padres, comunicadas interiormente y que forman una sola finca registral.

2º.- Al contraer matrimonio uno de sus dos hijos, D. C, éste establece su domicilio en una de las casas, viviendo las dos familias prácticamente juntas.

3º.- Los padres otorgan a favor de su hijo D. C el 19 de julio de 2002 escritura de poder, con gran amplitud, mediante el cual incluso le facultan para "hacer y aceptar donaciones" autorizándole a incurrir en la figura jurídica del autocontrato aun cuando el apoderado tuviere interés en ello.

4º.- Haciendo uso de tal apoderamiento, D. C constituye la sociedad D, S.L., correspondiendo la totalidad de las participaciones a sus referidos padres como únicos socios, aportando a la sociedad la totalidad del patrimonio inmobiliario de los mismos así como metálico. Y mediante escritura pública de 5 de diciembre de 2002, se dona a sí mismo y a su hija, Dª E, la totalidad de las participaciones sociales.

5º.- El 22 de agosto de 2003 fallece D. C y, poco después, su viuda Dª F hace obras en el inmueble para incomunicar las dos casas entre sí.

6º.- D. A y Dª B presentan demanda contra D, S.L. y Dª E, solicitando que se declare la nulidad de la escritura de donación de 5 de diciembre de 2002, con reintegración a los demandantes de las participaciones sociales y anulación de las inscripciones correspondientes y posteriores en el Registro Mercantil.

7º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación, estimando la demanda. Las demandadas recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se plantea la posible nulidad de la escritura de donación por haberse efectuado con extralimitación en el ejercicio del mandato conferido y generando un perjuicio a los donantes de imposible reparación, en contra de los arts. 634 y 636 C.c.

Según el Tribunal Supremo, se produce uso incorrecto del mandato por extralimitación en el ejercicio del mismo, conforme al art. 1714 C.c., cuando el mandatario se excede para llevar a cabo negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y por tanto

autorizados por quien otorgó el poder. El exceso del mandato repercute en las relaciones creadas por consecuencia del ejercicio abusivo, pues no obligan al mandante, es decir, carecen de validez y eficacia frente al principal, por no conformarse a su voluntad, respondiendo entonces el mandatario personalmente de las obligaciones que vino a contraer (arts. 1101 y 1718 C.c.).

La extralimitación o no, ha de determinarse atendiendo no de manera automática y sumisa a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, y en consideración a las relaciones existentes entre mandante y mandatario y la naturaleza de los actos efectuados.

El mandato, singularmente cuando es de carácter general, resulta frecuente en el ámbito de las relaciones familiares y aún más cuando se otorga por padres a hijos con base en la relación máxima de confianza existente entre las partes, en cuya virtud no sólo se presupone la normal comunicación al mandante de los actos realizados al amparo de la autorización concedida sino además la seguridad de que no se ha de actuar conscientemente en perjuicio de los intereses de aquél. De ahí que en el ámbito señalado adquiere especial relevancia la necesidad de que el mandatario actúe con respeto al principio de la buena fe, al uso y a la ley.

En este caso, además, no existen terceros de buena fe especialmente protegidos, dado que las disposiciones se hacen a título gratuito dentro del propio círculo familiar del mandatario y con la consecuencia de despatrimonializar absolutamente al mandante aprovechando la confianza que éste depositó en el mandatario, supuestos en que la extralimitación aparece clara y se impone la consecuencia de la nulidad de los actos perjudiciales realizados.

Por ello, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009. Propiedad horizontal: consentimiento tácito por la comunidad de propietarios a las obras realizadas por un propietario en elementos comunes.

Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

Artículos citados: 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal; 7 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Dª A presenta demanda contra D. B, solicitando que se le condene a reponer el patio de luces existente en el edificio X, al estado en el que se encontraba antes de que el demandado hubiera realizado las obras de cerramiento que actualmente existen, y que ejecutó sin contar con el consentimiento de la Comunidad de Propietarios.

2º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Formalizado recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, estimando la demanda. El demandado recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Partiendo de que el conocimiento no equivale, sin más, a un consentimiento, el Tribunal Supremo considera que cabe interpretar como tal la inactividad de la Comunidad de Propietarios y de los propios

integrantes de la Comunidad cuando, conocedores de la realización de obras que hubieran requerido el consentimiento unánime de todos ellos, se han mantenido en silencio durante un largo periodo de tiempo.

En este caso, probado que el cierre del patio tiene una antigüedad en torno a 20 años, a pesar de que las obras realizadas por la parte demandada afectan a un elemento común del edificio, por lo que exigían para su ejecución el consentimiento unánime de los propietarios manifestado en la correspondiente Junta (arts. 12 y 17 LPH), ello fue advertido y tolerado por la parte actora y por la Comunidad de Propietarios, pues el cerramiento se aceptó desde su inicio, sin que durante un largo período de tiempo se hubiera verificado impugnación alguna, y, por consiguiente, ha sido tácitamente consentido, pues el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación.

Por lo expuesto, se declara haber lugar al recurso de casación, desestimando la demanda.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009. Compraventa: recalificación urbanística de finca tras la celebración del contrato; no imposibilidad de objeto.

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

Artículos citados: 1089, 1124, 1182, 1254, 1256, 1258, 1261, 1278, 1284, 1445, 1450, 1452 y 1500 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A y D. B venden una finca a la entidad C, S.L. en documento privado, entregando ésta a aquéllos 40 millones de ptas. a cuenta del precio total, 190 millones de ptas. Posteriormente, se produce una recalificación urbanística que afecta a dicha finca.

2º.- La compradora, después de la recalificación, negocia con el Ayuntamiento la venta o permuta de la finca, lo que no prospera al solicitar un precio de 250.000.000 ptas., y entrega a la notaría los documentos para preparar la escritura de compraventa, que finalmente no se firma por problemas de financiación de la compradora.

3º.- La sociedad C, S.L. presenta demanda contra D. A y D. B, solicitando la resolución de contrato por "aliud pro alio", al resultar su objeto, bien inmueble, inhábil al fin que le era propio, como consecuencia de la recalificación urbanística, con restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Los demandados formulan demanda reconvencional, solicitando la resolución por incumplimiento de la obligación de pago de precio convenido por la compradora.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda, y estima parcialmente la reconvención declarando resuelto el contrato suscrito, con obligación de restitución en parte de las cantidades entregadas. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, con estimación de la demanda y desestimación de la reconvención. Los demandados recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se discute, en primer lugar, acerca de la perfección del contrato de

compraventa. La venta se perfecciona entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Así lo establece el art. 1450 C.c., que confirma el carácter consensual y obligacional de la compraventa. El contrato se perfecciona por el consentimiento y no requiere como elemento estructural la entrega de la cosa, generando únicamente la obligación de entregarla, según dispone el art. 1461 C.c., de modo que la entrega es necesaria para la consumación del contrato, pero no para su perfección. La propiedad se adquirirá cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la "traditio" para ello (arts. 609 y 1095 C.c.). Las consecuencias son asimismo distintas: cuando no es posible el cumplimiento de la prestación, hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato), en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad de conformidad con el art. 1272 C.c., en relación con el art. 1261.2 C.c., o si se trata de una imposibilidad sobrevenida, con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora (art. 1.184 CC), en el que se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). La resolución del contrato supone, por tanto, la existencia de un contrato válido y eficaz, que es lo que sucedió en este caso en el que la compraventa se perfeccionó por la concurrencia de los requisitos establecidos para ello, entre ellos, el de la cosa que constituyó su objeto.

En segundo término, se plantea la existencia o inexistencia de imposibilidad sobrevenida de la prestación.

El Tribunal Supremo parte de que el contrato no contiene cláusula resolutoria específica ante la posible recalificación urbanística, ni condición o móvil causalizado que impidiera a la mercantil compradora cumplimentar la finalidad empresarial del negocio inmobiliario a que se dedica ("compraventa y explotación, incluido el alquiler de toda clase de fincas rústicas o urbanas..."), de tal forma que con posterioridad a la firma del contrato negoció con el Ayuntamiento el precio para venderle a dicha Corporación el edificio, tratando de obtener beneficios de la situación acaecida, lo que no se logró en razón a la diferencias económicas considerables existentes entre una y otra parte, y mantuvo conversaciones con la demandada para el otorgamiento de la escritura pública, una vez conocida la recalificación urbanística.

La obligación de entregar cosa determinada se extingue cuando ésta se pierde o se destruye sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora (art. 1182 C.c.), de donde se sigue que la recalificación urbanística de lo comprado no produce alteraciones extraordinarias sobrevenidas e imprevisibles al momento del cumplimiento del contrato, que permita la resolución unilateral del mismo, cuando la compradora pudo haber hecho efectivo el compromiso de otorgar la correspondiente escritura y complementar el precio convenido en el momento de su otorgamiento; obligaciones de las que no quedaba eximido en aplicación de la doctrina del "aliud pro alio", o entrega de cosa diversa de la pactada y consiguiente insatisfacción negocial, al ser aquél impropio para el fin a que se destina, puesto que no se le entrega cosa distinta o una cosa por otra sino la misma que había sido objeto del contrato y tampoco la prestación resultaba imposible pues nada se ha perdido, destruido o desaparecido. Lo contrario sería dejar el contrato al arbitrio de la parte compradora, en contravención

de los arts. 1081 y 1256 C.c., y de una regla de hermenéutica (art. 1284 C.c.) dirigida a buscar el significado que más conviene a la producción de efectos y conservación del contrato.

Por tanto, se trata de un contrato perfeccionado, conforme al art. 1450 C.c., que la vendedora ha cumplido mediante la entrega de un objeto hábil y que la compradora ha incumplido en cuanto a la obligación de otorgar escritura pública y pagar el precio, como consecuencia de lo cual se declara haber lugar al recurso de casación, desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvención.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2009. Compraventa: facultades del Presidente de la Asociación. Doble venta: fe pública registral.

Ponente: Montés Penadés, Vicente Luis.

Artículos citados:

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por contrato privado de 3 de octubre de 2000, complementado por acuerdos posteriores de 4 de octubre de 2000, 2 de abril de 2001 y 8 de agosto de 2001, la Asociación Benéfica A vende a la compañía mercantil B, S.A. un trozo de terreno por precio aplazado.

2º.- El contrato de compraventa es resuelto por la Asociación Benéfica A unilateralmente el 4 de febrero de 2002, mediante requerimiento notarial, imputando a la compradora haber incumplido las condiciones pactadas, lo que de inmediato niega la requerida.

3º.- El 6 de febrero de 2002, la Asociación Benéfica A vende la misma finca a la compañía C, S.A., que inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad.

4º.- La entidad B, S.A. demanda a la Asociación Benéfica A, y a C, S.A., solicitando que se declare la nulidad de la resolución, la validez del contrato de compraventa con los acuerdos complementarios y la nulidad de la compraventa posterior.

5º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la resolución y la validez y eficacia del contrato y acuerdos complementarios, pero no la nulidad de la compraventa posterior por ser el adquirente un tercero protegido por la fe pública registral. La Audiencia Provincial, en recurso de apelación, confirma la nulidad de la resolución de la primera compraventa, pero considera también nula la compraventa posterior porque el Presidente de la Asociación vendedora no tenía facultades para efectuarla. Las demandadas recurren en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se plantea, en primer término, la cuestión de si el Presidente de la Asociación Benéfica A tenía o no facultades para llevar a cabo la venta a favor de C, S.A.

La Audiencia Provincial entiende que no las tenía, pues al ser acto de riguroso dominio debía estar expresamente facultado para ello por la Junta y ésta sí le facultó por acuerdo expreso y ad hoc para la enajenación a favor de B, S.A., mientras que sólo le autorizó posteriormente para practicar negociaciones con cualquier otra persona o entidad interesada, lo que conlleva la nulidad del negocio y de su inscripción registral.

El Tribunal Supremo señala que las asociaciones tienen en nuestro

Derecho plena capacidad de obrar, que se regulará por sus Estatutos (art. 37 C.c.) con el contenido que señala el art. 38 C.c.: adquirir y poseer toda clase de bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución. Para ejercitar la capacidad y derechos que les confiere el ordenamiento jurídico, necesitan de personas físicas que actúen por ellas, permitiéndose dos modos distintos de actuación: tales personas pueden estar vinculadas a un cargo que les permita esa actuación por virtud de lo dispuesto en la Ley o en los Estatutos, en cuyo caso la voluntad de esos órganos vale como voluntad de las persona jurídica asociación, o pueden tales órganos conferir su representación a otras personas ajenas a la entidad o incluso a personas de ésta que se encuentran vinculadas permanentemente para una actuación más o menos subalterna (representantes voluntarios). Pero en todo caso, ha de haber siempre un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directrices de la Asamblea General. Rige en la materia el principio de autoorganización y autorregulación, por lo que se desplaza hacia los Estatutos, respetando los límites legales, la facultad de organizar y determinar el funcionamiento interno de la asociación, en los que se contienen las reglas a que se han de ajustar la asociaciones para operar en el tráfico a través de las personas físicas que son sus representantes legales o voluntarios.

En el presente caso, los Estatutos de la Asociación Benéfico A confieren al Presidente de la Junta Directiva, que lo es también de la Asociación, la representación legal de la Asociación, "sin perjuicio de incurrir en responsabilidad si su actuación no se ajusta a los acuerdos de la Asamblea General y de la Junta Directiva", en tanto que entre las competencias de la Asamblea General no figura la de autorizar la disposición o enajenación de bienes, y más teniendo en cuenta la existencia de un acuerdo en el que se autoriza por unanimidad la venta de la finca en términos que dejan patente la inequívoca voluntad de la Asociación de vender la finca que fue objeto de disposición, y que el término "negociación" que se emplea en la segunda autorización de venta puede comprender la totalidad del íter de formación y de plasmación de la voluntad negocial.

La segunda cuestión planteada es la consideración de la segunda adquirente como tercero protegido por el art. 1473 C.c. y 34 LH.

El Tribunal Supremo concluye que el supuesto litigioso es subsumible en las previsiones de dichos preceptos. Se trata de una doble venta en la que, no habiendo aún adquirido el primer comprador la propiedad del inmueble, por falta de tradición (art. 609 C.c.), se produce una segunda venta a favor de un adquirente que, en buena fe, puesto que no hay prueba de lo contrario y se ha de presumir que se halla en esta situación, la inscribe antes en el Registro.

Por lo expuesto, se declara haber lugar al recurso de casación, confirmando el pronunciamiento del Juzgado de 1ª Instancia. □

por Mª Begoña Longas Pastor. Registradora de la Propiedad

CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES

Texto de la ponencia presentada en la Mesa Redonda de Registradores y Secretarios Judiciales celebrada el 19 de abril de 2010 para tratar sobre los cambios introducidos por la Ley 13/2009

El objetivo de esta reunión es tener la oportunidad de intercambiar opiniones con los Secretarios Judiciales sobre algunas cuestiones que pueden plantear dudas o diferencias de interpretación, en relación con los documentos judiciales y su calificación registral, tomando en consideración la situación resultante de las reformas realizadas por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre.

Esta ley, de reforma de la legislación procesal, modifica, entre otras normas, nuestra Ley Hipotecaria, recogiendo el nuevo papel, más robusto, que desarrolla el Secretario Judicial como impulsor del procedimiento, órgano de comunicación y responsable de la Oficina Judicial, considerado, según dice la exposición de motivos, una de las claves fundamentales para que estas oficinas alcancen el objetivo de prestar un servicio próximo y de calidad, demandado en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia (*Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, el 16 de abril de 2002). Se considera la implantación de la nueva Oficina Judicial, cuyo objetivo es la racionalización y optimización de los recursos, como uno de los medios esenciales para conseguir un servicio público de la Justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme con los valores constitucionales.

Se prevé que la racionalización y optimización de recursos y esfuerzos, que es el objetivo a conseguir con la implantación de la nueva Oficina Judicial, permitirá diseñar y crear un modelo de oficina compuesta de las dos unidades previstas por el artículo 436 LOPJ: las unidades de apoyo directo y los servicios comunes procesales. De este modo, el Secretario Judicial, cuando se encuentre al frente del servicio común de ordenación del procedimiento, estará en mejores condiciones para impulsarlo, permitiendo que el Juez o Tribunal pueda dictar las resoluciones de fondo en tiempo y forma.

Para que esto ocurra, dice la exposición de motivos, es indispensable que se lleve a efecto la reforma de las leyes procesales, de modo que a los SJ les sean atribuidas, no solo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional, pero que resultan indispensables para la misma. El objetivo primordial en la reforma de todas las leyes procesales es regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios Judiciales, por otro.

La idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios Judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trata al Secretario Judicial.

Así:

- En lo relativo a la puesta en marcha del procedimiento, se le atribuye al SJ competencia para admitir la demanda, con alguna excepción, en el caso de la demanda ejecutiva (por corresponder al Tribunal en su mandato constitucional de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" el dictado de la orden de ejecución) o la del juicio cambiario o en la vía penal;
- Decidirá sobre la acumulación de acciones;
- En los casos en que pueda ponerse fin al procedimiento como consecuencia de la inactividad de las partes o por haber llegado éstas a un acuerdo, puede dictar decreto que ponga fin al procedimiento, porque en estos casos se trata de convalidar lo que no es sino expresión de la voluntad de las partes;
- En materia de ejecución, (atribuida a los SJ por la LOPJ, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a jueces y magistrados), se trata de delimitar claramente las competencias que pueden ser asumidas, destacando la atribución de la decisión de las medidas ejecutivas concretas para llevar a cabo lo dispuesto en la orden general de ejecución, así como la mayor parte de las actuaciones del proceso de ejecución;
- Con el objeto de unificar la terminología y adaptarla a las nuevas competencias del SJ se utiliza la expresión resoluciones procesales para englobar tanto las judiciales como las del SJ, -diligencias de ordenación, decretos -cuando se admite la demanda, se pone fin a un procedimiento en el que tenga competencia exclusiva y cuando fuere necesario o conveniente razonar lo resuelto- y diligencias de constancia, comunicación o ejecución.

Con respecto a la Ley Hipotecaria:

- Se introducen los decretos, como para el remate o adjudicación en el procedimiento de ejecución directa (arts 133 y 134 LH);
- Determinadas comunicaciones serán hechas al Juzgado o Tribunal, en vez de al Juez (art 135 LH);
- Cuando se habla (art 229, 231 LH) de las solicitudes de los interesados y los mandamientos de los Jueces y Tribunales en cuya virtud deban certificar los Registradores, se añade los mandamientos a tal efecto de los Secretarios Judiciales;
- Para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el Juez, Tribunal o Secretario Judicial, el mandamiento correspondiente (art 257 LH).

En la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- Destaca la disposición del art 693.3, para el caso de reclamación limitada a parte del capital o de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, y para los supuestos en que conste inscrito un pacto de vencimiento total en caso de falta de pago, si fuere vivienda familiar, el deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas.
- También, el art 656 prevé que el Secretario Judicial y no el tribunal, como decía antes, librará mandamiento para que remita al Juzgado la certificación, a efectos del procedimiento

ejecutivo ordinario y se introduce un párrafo en el que se dispone que el procurador de la parte ejecutante, debidamente facultado por el Secretario Judicial, y una vez anotado el embargo, podrá solicitar la certificación, cuya expedición será objeto igualmente de nota marginal.

A todos interesa colaborar para lograr este servicio público ágil de la Justicia. Y a nosotros, especialmente, cuando se trata del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados:

Como pone de relieve Maria Emilia Adán, la Conferencia sobre Derechos de Propiedad en los países del Este de Europa, celebrada a instancias del Banco Mundial en el año 1997, concluyó cuáles debían ser los factores esenciales para lograr un desarrollo sostenible de los países. Entre estos se encuentra, según recoge GÓMEZ GÁLLIGO, la necesidad de desarrollar una legislación que además de proteger la titularidad de los derechos reales ofrezca "bases seguras de recuperación de las garantías para el supuesto de impagos de los créditos, a través de procedimientos ágiles basados en la protección de los derechos de crédito y de propiedad".

En los años de bonanza económica, la legislación hipotecaria española, recomendada como modelo para los países emergentes por el propio Banco Mundial, ha constituido un factor de dinamización de la economía facilitando la contratación a bajos tipos de interés. Ahora, es el momento de comprobar, llegada la recesión económica, la eficacia del sistema. La fuerte crisis económica que nos aqueja, en su doble vertiente inmobiliaria y financiera, ha incidido notablemente en el aumento de los procedimientos de ejecución hipotecaria, después de tantos años en que su incidencia era residual.

De este modo los acreedores que prestaron confiando en las garantías reales puestas a su disposición por los deudores, deben ver facilitada su realización desde el punto de vista judicial, procurando la recuperación del capital prestado, sin perjuicio de la dificultad que para ello supone, la caída de valor experimentada por los inmuebles, a la que es ajena la legislación hipotecaria y de ejecución.

Con la crisis iniciada en el año 92, se puso en revisión el sistema que entonces regía la ejecución hipotecaria, esto es, el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, completándolo e incorporándolo a la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy vigente. La entrada en vigor de la misma coincidió con el inicio del ciclo alcista, lo que ha provocado la práctica inexistencia de jurisprudencia y de doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los trámites e incidencias del procedimiento de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil. A ello se une hoy, la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de reforma del Mercado Hipotecario que ha venido a reforzar la conexión, entre el Juzgado y el Registro de la Propiedad en los trámites de la ejecución, con la mirada puesta en reforzar la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española, y la interdicción de la indefensión del artículo 24 de la Constitución Española, y más reciente todavía, la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Por todo ello, se hace preciso revisar los puntos de conexión Juzgado-Registro de la Propiedad, con el fin de adecuarlos a los nuevos escenarios en que hoy se desenvuelven y

permitir que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolle con la mayor fluidez, sin que por ello se mermen las garantías procesales de los intervinientes, ni se cause indefensión a los terceros.

El indudable carácter registral del procedimiento (art. 130 LH) exige al Registrador la máxima colaboración con los órganos judiciales en aquellos momentos en los que la ley lo requiere, con el fin de que pueda reflejarse, con exactitud, en los Libros registrales las incidencias del proceso, (ya se trate del desistimiento de la acción, ya se trate del deseo del adjudicatario de acogerse a la protección que otorga el Registro de la Propiedad y obtener la depuración jurídica de las cargas posteriores). Esta colaboración se inicia en la constitución de la hipoteca, mediante su inscripción y continúa hasta su cancelación como consecuencia de la inscripción del decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas. (Maria Emilia Adán García, en su trabajo, "LA EJECUCIÓN DIRECTA DE LOS BIENES HIPOTECADOS. UN PROCEDIMIENTO DE BASE REGISTRAL").

Sin perjuicio de dicha necesaria colaboración, ha de tenerse en cuenta que los documentos judiciales presentados en el Registro de la Propiedad al objeto de causar algún asiento son objeto de calificación por el Registrador:

Como ha dicho la Dirección General de los Registros y del Notariado, al instituir la Ley Hipotecaria los Registros de la Propiedad, no tuvo por objeto crear unas oficinas cuyas operaciones estuviesen destinadas únicamente a tomar razón de una manera mecánica y rutinaria de los títulos traslativos de la propiedad inmueble o constitutivos de algún derecho real, guardar el orden numérico de las fincas consignadas en los libros y tener una estadística más o menos aproximada del movimiento general de la propiedad territorial; sino que el fin principal de dicha Ley fue el de asentar para lo sucesivo la propiedad del suelo y todas sus desmembraciones y modificaciones sobre bases sólidas y firmes, que dieran certeza y fijeza al dominio y a los demás derechos reales en la cosa, por medio de la publicidad de los títulos de adquisición que tuvieren verdadero valor jurídico. Con este objeto y para tutelar el paralelismo entre la realidad jurídica y los libros del Registro, se desenvuelve sobre la base del principio de legalidad, la facultad de calificar los títulos, atribuida al Registrador a los efectos de realizar, suspender o denegar la inscripción de los documentos expedidos por los funcionarios del orden administrativo, notarial o judicial.

Es indiscutido que la función jurisdiccional es competencia exclusiva de Jueces y Tribunales (art 117 CE) y de ahí que la calificación registral no se pueda inmiscuir en el aspecto de fondo de la decisión del Juez. El Juez no es sólo el redactor y responsable del documento que accede al Registro, sino el órgano decisor de la controversia suscitada entre dos partes, lo que le corresponde con competencia exclusiva.

Pero, a los efectos de la calificación registral, no se trata de entrar en los aspectos del procedimiento judicial resuelto, con efectos de cosa juzgada entre dos partes determinadas, sino de un documento que, al pretender su acceso al Registro, va a contar con unos efectos mucho más allá de los que tiene la resolución judicial, pues va a ampliar sus efectos respecto a terceros que no han intervenido en el proceso. (Hay que observar que, al publicarse la resolución judicial en los asientos del Registro, no se obtiene una mera publicidad informativa,

sino que al ser una publicidad afectante a terceros, y producir por la misma unos efectos más allá de la cosa juzgada a que se refiere la jurisdicción, ha de reunir los requisitos previstos por la legislación hipotecaria para la publicidad registral, pues en cuanto a eficacia erga omnes no puede ser de mejor condición que otros actos o negocios jurídicos. Y de ahí que exista también control de legalidad de las sentencias judiciales en cuanto a los requisitos de publicidad registral, si bien de forma limitada, tal y como resulta del artículo 100 del Reglamento Hipotecario.)

La calificación registral se confirma, además, porque su función no es desvirtuar la resolución judicial en sus naturales efectos entre partes, sino que se trata de una calificación "a los efectos de inscribir, suspender o denegar la inscripción del documento", conforme establece el artículo 101 del RH. Quiere decirse que la sentencia judicial no queda contradicha, sino que únicamente a los efectos respecto de tercero, queda suspendida o denegada la inscripción, sin perjuicio del llamado recurso gubernativo contra la calificación registral.

En este sentido, la DGRN ha dicho reiteradamente que la calificación registral de los documentos judiciales no supone el incumplimiento del deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales, es consecuencia de la eficacia erga omnes de la inscripción y de la proscripción de la indefensión ordenada por el art 24 CE, y abarca no a la fundamentación del fallo, pero sí a la observancia de aquellos trámites que establecen las leyes para garantizar que el titular registral ha tenido en el procedimiento la intervención prevista por las mismas para evitar la indefensión, materia crucial para el buen funcionamiento del Registro de la propiedad.

E, igualmente, que el Registrador, aunque tiene muy limitada su potestad de calificación cuando se trata de documentos judiciales, tiene, sin embargo, la facultad y el deber de decidir si existen para el asiento judicialmente ordenado "obstáculos que surjan del Registro", lo que le obliga a rechazar dicho asiento si con él se vulneraran las exigencias (trascendencia real inmobiliaria, determinación, numero cerrado de las anotaciones preventivas o de las afecciones reales), del sistema registral español, pues en estas exigencias están implicados intereses que por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, trascienden de los intereses particulares de las partes entre las que se ventila la cuestión litigiosa; la protección de aquellos intereses públicos corresponde en vía gubernativa en primera instancia al Registrador de la Propiedad.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuando se aplica a los documentos judiciales, dada la especial naturaleza de los mismos, sufre una importante reducción del ámbito de la calificación, tal y como resulta del artículo 100 del Reglamento Hipotecario que afirma:"La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro."

Conforme al citado art 100 RH, son materias objerto de calificación registral:

La competencia del Juzgado: Puede producir en determinados sectores ajenos al Derecho Inmobiliario Registral cierta incomprensión, pero ello es porque no se tiene en cuenta la interpretación unitaria y sistemática de todo el ordenamiento, que exige atender conjuntamente al Derecho Procesal en unión de las reglas o preceptos derivados de los principios fundamentales del sistema registral.

Concretando el tema, ha de excluirse la calificación respecto a aquellos procedimientos judiciales de carácter contencioso o jurisdiccional propiamente dicho entre partes en que las cuestiones de competencia corresponden exclusivamente a las partes litigantes y a los propios órganos jurisdiccionales, y hay que centrar la cuestión en toda una serie de supuestos en que por las especialidades del procedimiento y su regulación específica, no están involucradas únicamente las partes del proceso, sino los terceros afectados por la práctica de los asientos registrales: así, en los expedientes de jurisdicción voluntaria de carácter registral regulados por la propia legislación hipotecaria – expediente de dominio, de liberación de gravámenes, sobre anotaciones preventivas, aprobación judicial de actas de notoriedad, expediente sobre dudas de identidad de las fincas, para la inscripción de derechos reales sobre finca no inscrita, para la nota marginal de doble inmatriculación o sobre el procedimiento hipotecario de ejecución directa-, o los mandatos de cancelación de asientos registrales, cuando el órgano judicial que la decreta es distinto del que dispuso la práctica de dichos asientos (o, de acuerdo con varias Resoluciones DG, los supuestos de incompetencia judicial manifiesta, en que la resolución judicial no puede afectar a terceros por inexistencia de la misma). Expedientes que no tienen carácter contencioso, por lo que no quedan afectados por las normas procesales de la LEC, no producen cosa juzgada, tratan sobre materia exclusivamente relativa a asientos registrales y no se limitan a afectar a las partes que los promueven sino que tienen la pretensión de afectar a terceros, que no podrían alegar por sí mismos la incompetencia judicial.

La congruencia del mandato judicial con la clase de juicio o procedimiento seguido (o con la resolución judicial dictada en el proceso):

Es el caso de la sentencia en juicio declarativo de dominio que ordene la inmatriculación, (pues ha de adaptarse a los títulos inmatriculadores y los requisitos previstos por la LH); el de la utilización del procedimiento de ejecución directa sin estar inscrita la hipoteca o refiriéndose a extremos que no resulten de la inscripción, o la del expediente de dominio para reanudar el tracto cuando no se había interrumpido; el caso del mandato judicial de inscripción de dominio en base a una sentencia estimatoria de tercería de dominio o que ordena la cancelación de asientos anteriores en la ejecución de una carga posterior…

La legalidad de las formas extrínsecas de los documentos: hace referencia a los aspectos formales del documento, a la forma de expedición y a su autenticidad a través de las firmas necesarias en el documento y el sello del Juzgado. Así expresar la firmeza de la resolución, o, en caso de rebeldía, que han transcurrido los plazos del recurso de rescisión del rebelde.

La capacidad, al otorgar documentos notariales en ejecución de una sentencia, por rebeldía de alguna de las partes. En este supuesto cabe examinar la legitimación del Juez en su intervención, tanto por lo que se refiere a la representación en que lo hace como al alcance de la misma: si se trata de representar a un albacea que no tiene facultades para vender, o

a uno de los cónyuges figurando la finca inscrita con carácter ganancial, o si consta en el Registro el demandado como incapacitado, debiendo habérsele demandado a través de su representante legal….

Los obstáculos que surjan del Registro, "conforme a su legislación específica (art 522 LEC)": Son obstáculos registrales los diferentes requisitos que se exigen para la práctica de los asientos registrales, que por afectar a terceros son más exigentes que los resultantes de la legislación procesal y pueden requerir circunstancias y requisitos complementarios: han de expresarse las circunstancias que necesariamente ha de contener la inscripción, relativas a personas otorgantes, fincas y derechos inscritos (art 21 LH), y las que pueden venir impuestas no sólo por ley y reglamento hipotecario, sino por cualquier norma vigente, (legislación urbanística, arrendataria, agraria, de ordenación de la edificación..), o pueden resultar los obstáculos no directamente de los asientos registrales sino de la regulación del procedimiento correspondiente, como ocurre con el de ejecución directa sobre bienes hipotecados (requerimiento de pago, notificaciones, entrega al acreedor en pago de principal intereses y costas sin que exceda de los límites de la cobertura hipotecaria y constancia de que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al crédito del actor o de haberlo superado, que se consignó el exceso..). También la omisión de trámites esenciales que exige la legislación hipotecaria en procedimientos de jurisdicción voluntaria que tienen por objeto materia registral.

En todos estos casos se pone de relieve la diferenciación entra la competencia del Poder Judicial y el Parlamento y en tales supuestos entra en juego la calificación registral como controladora de la legalidad del acto a efectos registrales, dado que el Juez, por decisión legal, carece de competencia para esas dispensas de previsiones legalmente establecidas, máxime tratándose no de efectos inter partes sino respecto a terceros, a través de los asientos registrales, que es de la competencia exclusiva de los Registradores de la Propiedad conforme al art 18 LH.

Son cuestiones que podrían ser objeto de debate, siguiendo el guión facilitado por Alberto Martínez de Santos:

1. El domicilio:

En el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados:

La demanda se dirige, artículo 685.1 LEC frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados si éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.

El domicilio, para requerimientos y notificaciones, es el fijado por el deudor en la escritura o por el hipotecante no deudor, o el que resulte de la nota al margen si resulta haberse modificado.

Y el designado en la inscripción por el tercer poseedor: Es el que conste como domicilio, o el "especialmente designado"?, y, en este último caso, si no se hubiera designado especialmente, seguiría siendo el de la escritura de constitución? Respecto de esta cuestión, se opina por los asistentes que debe ser el que conste como su domicilio en la escritura, sin necesidad de que sea designado expresamente, y no hay que olvidar que debe hacerse

constar en la certificación.

Se plantea si sería conveniente decir dónde se ha hecho la notificación y el requerimiento de pago, al menos cuando se haya hecho constar algún cambio en el Registro respecto del título ejecutivo, como sería el caso del tercero poseedor, o cuando ha habido compra con subrogación…(en base a la jurisprudencia del TS en este sentido). Los Secretarios Judiciales entienden en este punto que la forma del acto de comunicación es competencia de ellos y no lo debemos calificar.

Dice Alberto Martínez, que basta el intento de notificación en el domicilio señalado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria para entenderse practicada a los efectos de proseguir la ejecución hipotecaria: Si ha habido cambio debería haberse hecho constar en el Registro, en la forma legalmente prevista (art 693 LEC), y, si no lo ha hecho, el deudor deberá asumir su inactividad. Parece, además, que esta idea se refuerza con la introducción del apartado 3 del artículo 686 LEC.

Hay quien opina que habría de quedar claro que no se ha recurrido a edictos si fuera sabido otro domicilio, conforme a la doctrina jurisprudencial al respecto, pero ha de tenerse en cuenta el art 686.3, nuevo… Se entiende, por los asistentes, que debería valer si en el documento presentado al Registro se dice que "se ha hecho la notificación", independientemente de que los Secretarios Judiciales velen por que no se declare la nulidad del procedimiento.

En el ejecutivo ordinario:

Hay que tener en cuenta que: Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma y después el mismo día o siguiente hábil el SJ dictará decreto en que se contendrán. 1º las medidas concretas procedentes, incluido el embargo de bienes y 3º el contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, en los casos en que la ley lo establezca (art 551 LEC); El auto que autorice y despache ejecución así como el decreto que hubiere dictado el SJ junto con copia de la demanda ejecutiva serán notificados simultáneamente al ejecutado (art 553 LEC).

Cuando el título ejecutivo consista en resoluciones judiciales o arbitrales o que aprueben transacciones o convenios alcanzados dentro del proceso, que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes. (art 580 LEC). Y que, cuando la ejecución para la entrega de cantidades determinadas de dinero no se funde en resoluciones judiciales o arbitrales, o en transacciones o convenios aprobados judicialmente, despachada la ejecución, se requerirá de pago al ejecutado por la cantidad reclamada en concepto de principal e intereses devengados, en su caso, hasta la fecha de la demanda y si no pagase en el acto, el tribunal procederá al embargo de sus bienes en la medida suficiente para responder de la cantidad por la que se haya despachado ejecución y las costas de ésta. Si bien, no se practicará el requerimiento cuando a la demanda ejecutiva se haya acompañado acta notarial que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación (art 581 LEC) Finalmente, conforme al art 582 LEC: El requerimiento de pago se efectuará en el domicilio que figure en el título ejecutivo. Pero, a petición del ejecutante, el requerimiento podrá hacerse, además, en

cualquier lugar en el que, incluso de forma accidental, el ejecutado pudiera ser hallado. Si no se encontrase el ejecutado en el domicilio que conste en el título ejecutivo, podrá practicarse el embargo si el ejecutante lo solicita, sin perjuicio de intentar de nuevo el requerimiento con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para los actos de comunicación mediante entrega de la resolución o de cédula y, en su caso, para la comunicación edictal.

Se apunta que, cuando se trate de ejecución de títulos judiciales no ha de pedirse que se acredite la notificación, pues el demandado ya ha tenido intervención en la creación del título ejecutivo, pero se plantea la duda para el caso en que se diga en el documento presentado "NOTIFIQUESE"... Ahora bien, cuando se trata de ejecución de títulos no judiciales, puesto que puede procederse al embargo si no se encuentra el ejecutado en el domicilio ha de valer igualmente el intento de notificación.

Qué ocurre cuando se pide la notificación al cónyuge, si los bienes son gananciales, conforme al 144 RH y se contesta diciendo que "no se ha notificado" al demandado porque no se le ha encontrado al deudor en el domicilio o porque no se conoce su domicilio… En estos casos, lo que puede haber ocurrido es que se haya intentado la notificación conforme a las previsiones de la LEC y sabemos que, independientemente del resultado, puede anotarse el embargo. Lo que debería quedar entonces claro en este caso es que se ha "intentado" la notificación. Parece que es cuestión de terminología…, hemos de interpretar "notificado" cuando se ha hecho en la forma debida el intento de notificación.

2.- El título y la demanda ejecutiva:

El artículo 685.2 de la LEC, se refiere también al título de ejecución al señalar que la demanda deberá estar acompañada del título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la ley exige para el despacho de la ejecución. Este precepto se remite a su vez a los artículos 550, 573 y 574 LEC.

La regla general será que el título de la ejecución es la escritura de hipoteca, en tanto en cuanto consta inscrita y sólo en cuanto a lo inscrito, es decir que sólo lo inscrito conforma el derecho de hipoteca. De este modo es de vital importancia la nota de inscripción de hipoteca que se consigna al pie del título donde constarán las cláusulas que se han inscrito y las que se han denegado. (El proyecto de ley que dio origen a la ley 41/2007 de 7 de diciembre, contemplaba la ejecución de la hipoteca basándose en sólo la escritura pública con independencia de las cláusulas que se inscribieran. Tanto la doctrina como los grupos parlamentarios evidenciaron que de admitirse nos encaminaríamos a un sistema de cargas ocultas, en tanto no se tendría conocimiento de los perfiles de la hipoteca, ni de las causas de su posible vencimiento anticipado y por lo tanto ejecución, dado que la escritura sólo produce efectos inter partes, pero no goza de la oponibilidad registral, y por todo ello optaron por el texto actual de la ley.).

La escritura pública habrá de ser primera copia, conforme al artículo 517.2.4º de la LEC, o que estén todos los interesados de acuerdo en que se trate de segunda copia con fuerza ejecutiva. En caso de no poseer el título inscrito deberá presentarse además certificación registral que acredite la inscripción y su subsistencia al momento de la ejecución (art 685.2

in fine LEC).No dice que deba ser literal pero entiendo que así debe ser para tener constancia de todas las cláusulas inscritas a los efectos entre otros del artículo 693 LEC.

Se presenta una especialidad en cuanto a la hipoteca a favor de entidades que puedan legalmente emitir cédulas hipotecarias (art. 685.4 LEC), que ya fue introducida en el antiguo artículo 131 de la LH por la reforma operada por la ley de 14 de mayo de 1986. En este caso, la especialidad viene determinada por no ser necesaria la primera copia de la escritura inscrita. Lo principal es la certificación registral de modo que se acompaña de cualquier copia autorizada, no necesariamente con naturaleza ejecutiva, que puede ser total o parcial.

Ahora bien, segun RDG 19 de febrero de 2002 la valoración de la existencia y suficiencia del título ejecutivo, queda fuera de la calificación registral, pues ambas cuestiones ya han sido valoradas por el Juez.

Cuestiones en torno al TIPO PARA SUBASTA:

Qué pasa en la distribución de hipoteca.

La distribución de la responsabilidad hipotecaria es requisito previo para que pueda ejecutarse independientemente cada una de las fincas gravadas con la carga hipotecaria. Pero para que pueda ejercitarse la acción de ejecución directa deberá haberse determinado el precio en que los interesados tasan la finca de modo diferenciado para cada finca. Así lo sostiene el artículo 246 de la Ley Hipotecaria, y el artículo 682 de la Ley Enjuiciamiento Civil que nos ocupa, donde se refiere al bien hipotecado en singular. La cuestión que se plantea es si es necesaria la constancia en documento público del valor de tasación de la hipoteca, o puede hacerse mediante la instancia o documento privado que contempla el artículo 216 RH, que admite la distribución de la hipoteca en virtud de documento privado, con firmas legitimadas o ratificadas ante el Registrador.

Pero la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sabedora de que una interpretación restrictiva del precepto lo hace inoperante, ha ido flexibilizándolo, y así en resolución de 7 de enero de 2004 admite que la distribución en documento privado conlleve la cancelación de la hipoteca respecto de alguna de las fincas entre las que se distribuye, esto es quede liberada de la hipoteca que le gravaba por razón de procedencia. La razón alegada es que no se altera la responsabilidad hipotecaria total por lo que no implica una verdadera cancelación. Esta misma razón podría alegarse para admitir que la instancia de distribución de responsabilidad permita también la distribución del valor de tasación, siempre que la suma total no altere el valor de tasación inicial, de no admitirse supondría que la distribución en documento privado de la responsabilidad hipotecaria entraña la imposibilidad de acudir al procedimiento de ejecución directa, máxime cuando fue pactado por las partes en la escritura de constitución.

Se alega que el artículo 682 LEC exige que el valor de tasación conste en el escritura de constitución de préstamo hipotecario, pero también debe constar en esta escritura (art 145 LH), la cifra de responsabilidad hipotecaria (art. 12 de la LH) y sin embargo no así la distribución de dicha responsabilidad que puede hacerse en documento privado. Además el tercer poseedor al adquirir el inmueble y subrogarse en la hipoteca que lo grava, está ratificando la distribución.

El presupuesto de hecho al que normalmente se aplica este precepto es la hipoteca del solar o de un edificio que luego se divide horizontalmente, son las hipotecas a favor del

promotor. Otro presupuesto de hecho es la hipoteca de un bajo comercial que luego se divide en varios locales según las necesidades del mercado.

En estos supuestos hay ocasiones en que se estipula ab initio un valor de tasación para cada uno de los componentes que se pretenden formar, pero no siempre se tiene clara la división horizontal a realizar, pues se pueden modificar, para adaptarse a las exigencias de los potenciales adquirentes, o para adaptar el edificio a algún tipo de protección pública, por lo que la exigencia de previa determinación del valor de tasación es de gran rigidez, y contraria a la flexibilidad de que se quiere dotar a las hipotecas.

Incluso la llamada jurisprudencia menor va más allá en la admisión del documento privado en materia de hipotecas, y el decreto de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 30 de septiembre de 2000 permite la distribución de hipoteca en documento privado, aunque se trate de nueva distribución, esto es distribución de una hipoteca ya distribuida supuesto que en principio no era el contemplado por el precepto reglamentario. Todo ello, según comenta Maria Emilia Adán en el trabajo citado.

Otro problema puede plantearse en el caso del tipo para subasta fijado en anexo sin firmar, unido a la escritura:

En auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de enero de 2004 se confirma el auto dictado por el Juzgado nº2 de Sagunto, inadmitiendo la demanda de ejecución hipotecaria porque, tratándose de hipoteca sobre varias fincas, se había fijado el tipo para subasta en el reverso de un documento, sin estar firmado por el hipotecante deudor, unido a la primera copia de la escritura, habiéndose practicado la correspondiente inscripción. Considera el juzgador de instancia que la escritura de constitución de hipoteca no contenía el pacto de asignación de valor para primera subasta.

Frente al artículo 154 del Reglamento Notarial que invoca el recurrente en el sentido de que no será necesaria la firma en los documentos que se protocolicen, aun cuando se hallen extendidos en papel común, se antepone el artículo 176 RN en el sentido de que la parte contractual de toda escritura debe redactarse de acuerdo con la voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura cuidando el Notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados, transmitidos o extinguidos.

De ahí que necesariamente el pacto sobre el valor de la finca a efectos de subasta debe constar en la escritura pública y ser firmado por todos los contratantes, sin que la mera constatación de dichos valores en un documento emitido unilateralmente por la recurrente suponga la aceptación como hecho de que el hipotecante deudor consintiera los mismos. Y añade que "el hecho de que se haya inscrito las hipotecas sobre cada una de las fincas en nada afecta a este órgano jurisdiccional que debe examinar exclusivamente el título y su inscripción registral, mas si observa defectos en el primero que impiden la ejecución hipotecaria, debe no darse lugar a la misma en garantía del principio de seguridad jurídica".

3.- Los demandados en la ejecución hipotecaria:

El hipotecante no deudor:

El artículo 685.1 LEC exige que la demanda se dirija frente al deudor que es el obligado al pago de la deuda. Pero además también deberá dirigirse contra el hipotecante no deudor.

En aquellos supuestos en que exista esta figura, pensemos en la hipoteca por deuda ajena. Es el principal interesado porque es el titular del derecho que se ejecuta sobre la

finca hipotecada, ya se trate del pleno dominio, de una cuota o de cualquier otro derecho susceptible de hipoteca. Es su titularidad la que está amenazada de extinción.

El auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 12 Dic. 2006, rec. 362/2005 justifica la necesidad de tener presente en el procedimiento de ejecución al hipotecante no deudor y lo define como "un fiador aunque de naturaleza "real" y carácter "limitado". Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este (párrafo primero del artículo 1822 del Código Civil), pudiendo el fiador obligarse a menos que el deudor principal (párrafo primero del artículo 1826 del Código Civil). En el caso del "hipotecante no deudor" responde de la obligación de un tercero y para el caso de que éste no la cumpla, con un bien inmueble de su propiedad que grava con una hipoteca.".

RIVAS TORRALBA apunta que si el hipotecante no deudor en el momento de la constitución de hipoteca, ha transmitido su derecho sobre el bien hipotecado, no deberá ser demando ya que ha dejado de ser deudor y también titular del bien. Si bien hay que puntualizar que sería demandado como titular registral, si el adquirente no ha inscrito su derecho aunque no sea ya propietario, a los efectos del principio de tracto sucesivo.

En el supuesto de fallecimiento del deudor, habría que distinguir:

Si el fallecimiento ocurre después de entablar el procedimiento: ¿por aplicación del art 16.3 LEC se declararía en rebeldía al deudor y se sigue? (aunque se puntualiza que esta disposición es para el declarativo...), o se aplica el 164 LEC para en los siguientes trámites, así en el señalamiento para subasta, y se continúa igual: Dice el art 164: "Comunicación edictal. Cuando, practicadas, en su caso, las averiguaciones a que se refiere el artículo 156, no pudiere conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, o cuando no pudiere hallársele ni efectuarse la comunicación con todos sus efectos, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, o cuando así se acuerde en el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo 157, el tribunal, mediante providencia, consignadas estas circunstancias, mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del Juzgado o tribunal."

Si el deudor ha fallecido antes de iniciarse el procedimiento, y éste se sigue contra los herederos ignorados, parece que podría, como exigió la DGRN 25-6-05 y 20-11-07, pedirse el nombramiento de un administrador de la herencia y entenderse con él el procedimiento (art 798 LEC):

Seguido juicio ejecutivo contra los ignorados herederos del deudor, se embarga la mitad indivisa de una finca perteneciente a éste. Recuerda la Dirección General que, si bien están los registradores obligados a cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de la propia Dirección General que les obliga a evitar la indefensión procesal del titular registral.

Esta proscripción de la indefensión procesal explica que, si bien no es incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal, extremos que han de ser apreciados por el juzgador, ni tampoco la cumplimentación de los trámites del procedimiento (a diferencia del control que sí le compete en los procedimientos administrativos, vid. art. 99 RH), su calificación de las actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado

en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento (cuya falta sí debe denunciar el registrador, pero cuyo modo sólo compete apreciar al Juez). Trasladadas estas consideraciones al caso debatido, estima el Centro Directivo que, ante una situación como la planteada, el Juez debería haber adoptado las previsiones legalmente establecidas sobre seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando un administrador que la represente con quien sustanciar entre tanto el procedimiento; y sin que la falta de ese cargo defensor de la herencia pueda entenderse suplida simplemente mediante la demanda y citación genérica de los causahabientes desconocidos del causante.

Y todo ello, concluye la Dirección General, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en los autos, pues no se trata aquí de una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador calificar), sino de una inadecuación entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto, incongruencia entre resolución y procedimiento que sí es materia de calificación registral, conforme al art. 100 RH.

La Sentencia firme de 23-10-2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Murcia, anula la Resolución DGRN de 5-11-2007: Dicha sentencia admite la práctica de una anotación de demanda frente a la herencia yacente y comunidad de herederos sin necesidad de nombrar un admnistrador de la herencia, aunque en el caso concreto, el heredero es el Estado, que ha intervenido en el pleito.

La sentencia, que realiza previamente una serie de consideraciones sobre la herencia yacente (masa o comunidad de interesados a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria y se atribuye capacidad para ser parte activa y pasiva en el proceso) no comparte los argumentos de la DGRN para exigir el nombramientos de un defensor judicial, dado que lo que la defensa de la parte actora interesó originariamente en su escrito de demanda (juicio ordinario en acción declarativa de dominio y rectificación del Registro) fue la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, y ésta se acordó inaudita parte, por lo que los argumentos DG decaen, ya que al momento de su adopción ni siquiera habían sido emplazados los demandados.

No obstante, en el mismo sentido, - no es anotable, al no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido al efecto, que prevé el nombramiento judicial de un administrador de la herencia, a la espera de un heredero definitivo; y sin que la falta de ese cargo que asuma la defensa jurídica de la herencia yacente pueda entenderse suplida simplemente por la interposición de la demanda y la citación genérica de los causahabientes desconocidos del causante-, la RDG de 5-7-2006 , 21-2-2007, 6 y 15-10-2007, 5 y 20-11-2007 o 2-10-2008.

Qué ocurre si el bien es ganancial?:

El cónyuge deberá ser requerido (o notificado conforme al artículo 541 LEC, en el ejecutivo ordinario). Para poder proceder a la constitución de la hipoteca sobre un bien ganancial, se ha de recabar el consentimiento del otro cónyuge al tratarse de un acto dispositivo en potencia. Por ello, la demanda deberá dirigirse contra ambos, y bastará con requerirles de pago en el domicilio fijado en la inscripción y subsidiariamente por edictos

para entenderse cumplido el requisito a efectos de tracto sucesivo. Si la deuda lo es sólo de uno de ellos, el otro se considerará una especie de hipotecante no deudor.

4.-El requerimiento de pago y la certificación registral, en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados:

Debe hacerse en el domicilio del deudor y, en su caso, en el del hipotecante no deudor, o en el del tercer poseedor. Este domicilio será el que resulte vigente en el Registro, y para el tercer poseedor el que se haya designado expresamente (Aunque, como antes se ha dicho, se entiende que el expresamente designado será el que conste como domicilio suyo en la escritura de su adquisición, y en la inscripción).

Hay que atender a lo previsto por el art. 686 LEC: Antes, sin el nuevo párrafo 3º, la notificación del despacho de la ejecución y el requerimiento de pago se hacía en el domicilio vigente según el Registro y conforme a lo previsto por el artículo 164, cuando no pudiera hallársele al deudor, ni efectuarse la comunicación con arreglo a los artículos anteriores (artículo 161, familiar o conserje), se recurría a la comunicación por edictos.

Ahora, además de recogerse esta previsión expresamente, se añade, como novedad, entre las personas con las que puede entenderse el requerimiento, al vecino: "Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos…" . El apartado anterior se refiere al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de 14 años que se hallaren en la habitación y si no se encontrare a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo que fuere habido…

Plantea Alberto Martínez ¿qué hacer cuando la comisión judicial acude al domicilio registral y no encuentra a nadie?: Parece que si el requerimiento de pago no es eficaz en el domicilio vigente según el Registro, se prevé la publicación de edictos, (art 686.3 LEC). Quiere decirse con esto que si se sabe otro domicilio no puede intentarse en él el requerimiento?.

Hay alguna opinión en el sentido de que si se acude al edicto debería quedar claro que se han agotado los medios ordinarios de conformidad con la jurisprudencia constitucional. (STS 5-5-2005…). Sin embargo, mayoritariamente se entiende que no.

En todo caso, en cuanto a la forma de la notificación, según la DGR, R. 26-1-2004 tratándose de un solar como domicilio señalado para notificaciones, habla de la competencia del Secretario Judicial para la dirección de los actos de comunicación que deban ejecutarse por el Juzgado… También la RDG de 21-1-2005, dice que no es incumbencia del Registrador calificar la legitimación procesal de las partes ni tampoco la cumplimentación de los trámites del procedimiento, salvo el emplazamiento del titular registral, si bien el modo en que éste se produzca es de la exclusiva competencia del Juez. Pero, según RDG de 1-3-2010, aunque tratándose de notificaciones al titular registral del asiento contradictorio en un expediente de reanudación del tracto: "En consecuencia, es necesario que resulte de la documentación presentada en qué forma se han practicado las notificaciones para que el Registrador pueda calificar que las mismas se han realizado en la forma prevista por las normas". Parece que

habría de entenderse que, en principio, no corresponde calificar la forma de la notificación ni del requerimiento, salvo en aquellos procedimientos en los que se determina una forma determinada de notificar al titular registral.

Respecto a las cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, dice Alberto Martínez que corresponderá al Registrador comunicar la existencia del procedimiento. Y que en la certificación haremos constar que se ha remitido la comunicación:

Cuando hacemos las notificaciones, al expedir la certificación, dice el artículo 691 LEC que "transcurridos treinta días desde que tuvo lugar el requerimiento de pago y las notificaciones antes expresadas se procederá a la subasta...

Se puede plantear desde qué momento deben comenzar a contarse los treinta días: La mayoría opina que se debería contar desde los acuses de recibo que los Registradores enviamos al Juzgado. Pero Alberto Martínez entiende que no, que se cuenta desde notificaciones y requerimientos efectuados por el Secretario Judicial y no desde los realizados por el Registrador, ya que estos últimos son "comunicaciones" y se rigen por otra regulación. Al respecto, y por otra parte, se apunta que el artículo 691 LEC se refiere a notificaciones y requerimientos de los artículos anteriores, y entre estos está el artículo 689 LEC, aunque no emplea adecuadamente el término (Artículo 689. Comunicación del procedimiento al titular inscrito y a los acreedores posteriores. 1. Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro…): Entonces, por qué pensar que no es el artículo 691 citado el que emplea poco rigurosamente el término "notificaciones" y requerimientos…?

La postura de Alberto Martínez cuadraría con la interpretación del artículo 689 LEC en el sentido de que la notificación al tercer poseedor habría de hacerla el Secretario Judicial y no el Registrador. Pero, en cualquier caso, según la instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000: " IX. Las comunicaciones a titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta, a que se refiere el artículo 689 en relación con el 659 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, las realizará el Registrador de la Propiedad tratándose de ejecuciones iniciadas con arreglo a la citada Ley (cfr, disposición transitoria séptima de la Ley 1/2000)".

Otra cuestión: Deberíamos retener la certificación o enviar los acuses de recibo o decir qué día hacemos la publicación por edictos? En Castellón se llegó a un acuerdo para retener la certificación a fin de poder adjuntar los acuses de recibo. Aquí se acuerda que mejor enviamos la certificación diciendo que hemos hecho las comunicaciones y en un momento posterior cuando tengamos el resultado de todas las comunicaciones, enviamos esa información al Juzgado. (Y aunque en algún caso no se utilizara la información para extraer la fecha desde la que calcular el plazo para la celebración de la subasta, sería interesante enviar esa información).

Deberíamos poner que lo hemos hecho por nota al margen… también con referencia a los acuses de recibo y publicaciones en el tablón de anuncios? (por no tener que recurrir,

en su caso, a la consulta del archivo, parece que daría una mayor seguridad a la hora de conservar esa información …).

El art 132 dispone que lo califiquemos: si no lo dice en el documento, es defecto? lo debemos pedir, si tenemos constancia que lo hemos hecho? Se entiende que no.

CÓMO HACEMOS CONSTAR LA IGUALDAD DE RANGO DE LAS NOVACIONES DE HIPOTECA? De acuerdo con el reciente Informe de la Comisión de Calificación parece que habríamos de dejar claro el rango del asiento de modificación en la certificación.

Y si en el mandamiento de cancelación se ordena la de todos los asientos posteriores?: Parece que no deberíamos cancelar todos, sino dejar a salvo las modificaciones sin ampliación de capital ni modificación de plazo, entendiendo que son del mismo rango, o más bien que la hipoteca modificada, tras esta modificación y con ella, no ha perdido su rango.

Más controvertido es el supuesto en que se tratara de tener que dejar a salvo una modificación con ampliación de plazo… Si no seguimos la interpretación de la Comisión, considerando igualmente que al no perder el rango la hipoteca afectada, lo mantiene con esa nueva duración pactada, quizá se podría solicitar el consentimiento del adjudicatario para no cancelar ese asiento si efectivamente entiende que no le perjudica… como un consentimiento del titular intermedio para entender que la modificación no ha afectado al rango, prestado en un momento posterior al de la inscripción de la modificación… En cualquier caso el tema del rango de los asientos y si entendemos que los de modificación de una hipoteca anterior han de permanecer habría de dejarse claro en la certificación que se expida.

5.- La notificación del señalamiento y la publicidad en la reforma del 2009:

Según el art 691 LEC: " Convocatoria de la subasta de bienes hipotecados. Publicidad de la convocatoria. 1. Cumplido lo dispuesto en los artículos anteriores y transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y las notificaciones antes expresadas, se procederá a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor, a la subasta de la finca o bien hipotecado. 2. La subasta se anunciará al menos con veinte días de antelación. El señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación, en el domicilio que conste en el Registro o, en su caso, en la forma en que se haya practicado el requerimiento conforme a lo previsto en el artículo 686 de esta Ley."

Se ha manifestado alguna opinión en el sentido de que debería hacerse constar en el documento la notificación de la subasta, (pero bastará con el "intento"…) Entre los asistentes se comentó que nadie lo está apreciando como defecto. Se confirma que no ha de considerarse como tal.

Dice Alberto Martínez que "el legislador del año 2009 da un paso más allá en el cumplimiento de las obligaciones que para el deudor impone el artículo 683 LEC y a dicha finalidad responde la introducción del artículo 686.3 LEC y la modificación del artículo 691.2 LEC. De hecho, la jurisprudencia del TS sobre el derogado procedimiento del artículo 131 LH puede aplicarse sin dificultad la vigente ejecución hipotecaria y, en especial, la relativa a los edictos, pues ese medio de comunicación adquiere una especial trascendencia con la reforma, aunque curiosamente los señalamientos – salvo el caso de la subasta electrónica -,

tengan ahora menor difusión en medios públicos. En suma, el edicto ocupa el primer lugar entre los medios de comunicación previstos en la ley para el caso de incumplimiento de la obligación del artículo 683 LEC".

6.- La conversión de la ejecución hipotecaria en ejecución ordinaria.

La ejecución hipotecaria se transforma en ejecución ordinaria sin necesidad de nueva demanda, ni posterior despacho ejecutivo. – Cuando se ordene la anotación en el Registro, el deudor ya está notificado…-. El artículo 579 LEC confiere al acreedor una facultad privilegiada para conseguir el resarcimiento de la deuda total dentro del mismo proceso especial de ejecución hipotecaria, mediante la posibilidad de embargar otros bienes del deudor por la cantidad que falte, prosiguiendo entonces la ejecución con arreglo las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

7.- El pago al ejecutante.

Según dice Alberto Martínez, "la LEC sigue sin regular cómo se procede a la liquidación de los intereses que debe cobrar el ejecutante. En la práctica se habían venido mezclando dos cosas en la misma liquidación a efectuar por el Secretario: la liquidación de intereses y la tasación de costas y expresión de esa confusión fue la STS de 5 de diciembre de 1986 en la que se admitía implícitamente esa práctica y se concluía que la liquidación de intereses debía quedar resuelta en el entonces mismo procedimiento del viejo artículo 131 LH, es decir, sin necesidad de acudir al proceso declarativo posterior".

Liquidado el principal, los intereses y las costas, se pagará al ejecutante, "hasta el límite de la respectiva cobertura hipotecaria". Si hubiere excesos y titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, el exceso o sobrante se depositará a disposición de éstos; el resto, si lo hubiere, se entregará al propietario del bien hipotecado y subastado. Si no hay titulares de derechos posteriores, el exceso se entregará al titular del bien hipotecado y subastado.

Este exceso, si el deudor es el único interesado, lo será respecto de la total cantidad que se le debe, al margen de la cobertura hipotecaria… (pueden haber más intereses o más costas de la cantidad fijada).

Debe desglosarse la cantidad que se entrega al ejecutante por cada concepto, para su calificación.

8.- La liberación de la vivienda del artículo 693 LEC.

Este asunto de la constancia registral de la liberación, apunta Alberto Martínez, fue advertido en alguna RDG con relación al importe total adeudado. (RDG 17-10-2001).

Apunta también que la exclusión de las costas en la consignación y la dilación que ello implica a la hora de poner término a la ejecución podría abrir paso a nuevos vencimientos de capital e intereses sobre cuyo pago no se ha previsto nada. Entiende que la consignación rehabilita el préstamo y libera el bien, de modo que aquella interrumpe el vencimiento de nuevos plazos en el seno de la ejecución.

En este caso, habría de ordenarse la cancelación de la nota al margen de haber expedido la certificación para el procedimiento…

A la hora de calificar la correspondiente escritura de constitución de hipoteca habría de denegarse la constancia en la inscripción del pacto que fuera en contra de esta disposición.

9.- Cuando se paga al acreedor, podría obtenerse la cancelación de hipoteca?:

Creo que sí si se recoge la manifestación del acreedor de haber cobrado íntegramente su crédito, o se trata de consignación judicial.

Estaría además en consonancia con la agilidad y con la optimización de recursos y esfuerzos que se quiere favorecer. Sería lógico que el procedimiento para ejecutar la garantía, para hacerla efectiva terminara con la cancelación de la misma por la satisfacción del acreedor, bien por subasta o bien por la consignación judicial, voluntaria, de lo debido.

En este último caso, siempre que conste que el acreedor ha obtenido el pago de todo lo debido, en el caso de que la reclamación se concretara a parte… si consta el consentimiento en documento auténtico, se cumple la previsión del artículo 82 LH.

Pueden citarse los siguientes argumentos:

La Sentencia de 6-10-2006 del Juzgado de 1ªinstancia nº 14 de Zaragoza por la que se anula la RDG de 22-02-2006, publicada en el BOE el 17-07-2008:

Se analiza la naturaleza del acto de conciliación para determinar si el contenido del mismo, elevado a la condición de documento auténtico por la certificación del SJ tiene o no virtualidad suficiente para acceder al RP cancelando una inscripción de hipoteca.

No se aprecia obstáculo para poder englobar el mismo dentro de los supuestos de consentimiento a que hace referencia el artículo 82 LH.

La enumeración que este artículo hace de los instrumentos jurídicos aptos para la cancelación de inscripciones hechas en virtud de escritura pública (a saber, sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción), según la Registradora y la DGR supondría no una alternativa entre dos elementos distintos (o uno u otro) sino entre uno genérico (documento auténtico) y otro específico (escritura pública), partiendo del axioma de que si bien toda escritura es documento auténtico no ocurre lo mismo al contrario, siendo el RH quien en sus artículos 174 y 179 ha optado para un caso concreto (el de cancelación de hipotecas) por la escritura pública de entre el haz de posibilidades que el texto legal ofrece. Argumentación que no se comparte pues si el mencionado artículo 82 LH prevé la posibilidad de que las inscripciones hechas por escritura pública se cancelen por diversos instrumentos jurídicos, ello supone poner en pie de igualdad a todos ellos para dicho fin, y, como quiera que ninguna limitación o reserva hace respecto de las hipotecas, lo que no puede hacer el RH es cercenar o limitar el texto legal haciendo una interpretación excluyente respecto a un determinado tipo de inscripción; (en este caso no desarrolla la ley ni completa lagunas, que es su cometido, sino que la restringe y afecta al principio de jerarquía normativa).

Si el citado artículo 82 LH permite para cancelar una inscripción la presentación de un documento auténtico (cuya naturaleza posee la certificación del acto de conciliación), en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a favor de la cual se haya hecho la inscripción, y de la lectura de la mencionada acta se desprende que la entidad

bancaria a cuyo favor consta la inscripción comparece a través de un representante con poderes notariales suficientes y válidos y presta expresamente su consentimiento para la cancelación de la hipoteca, se cumplen todos los requisitos exigidos por el mencionado precepto legal para tener virtualidad.

Se cita el supuesto del documento auténtico expedido por el SJ acreditativo de la Sentencia y del convenio regulador aprobado por ella, al que reconoce la DGR como documento auténtico suficiente para acreditar los términos del convenio.

La RDGR de 10-09-2005, tratándose de un mandamiento expedido en virtud de Autos de Juicio de Ejecución de bienes hipotecados, en el que se ordenaba la cancelación de la hipoteca que motivó el procedimiento por el pago de la deuda mediante consignación judicial, se dice que si bien la regla general de cancelación de una hipoteca por pago es la escritura pública en la que el acreedor se da por pagado o, en su defecto, la sentencia acreditativa de la extinción de la obligación garantizada, esta regla tiene excepciones.

Si se acreditara que ha habido consignación de todas las cantidades exigidas en el procedimiento y con la declaración judicial de estar bien hecha la consignación, el documento judicial correspondiente sería suficiente para la cancelación pretendida. La misma solución en RDG 10-11-2001.

Igualmente en RDG de 26-11-2003, aunque se trataba de un documento administrativo, se dice que el artículo 82 LH exige sentencia firme o bien escritura o documento auténtico en el que preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor aparezca practicado el asiento y que estas claras determinaciones legales no pueden verse limitadas en su aplicación por el contenido de normas reglamentarias más o menos acertadamente interpretadas, como el artículo 179 RH.

Si los títulos hábiles o necesarios para practicar la cancelación de hipoteca aparecen regulados en la LH, sólo una norma de igual rango puede introducir excepciones, nunca un reglamento, pues éste, en la medida en que se ajusta a aquélla, puede que sea superfluo, pero en cuanto se aparta de ella, será ilegal.

Otras cuestiones,

Cuando detrás de la carga que se ejecuta se ha realizado una división material, (sólo subsisten declaraciones ON y PH) si se arrastra el embargo sólo sobre la finca resultante de la división adjudicada al deudor y luego, en caso de ejecución, se cancela sólo el asiento de la finca adjudicada al deudor: tendremos la inscripción de una mitad indivisa que se adjudica y otra finca que es la resultante de la división material que figura a nombre de uno que no es deudor, cómo habría de resolverse?.

Damos parte al Secretario para que no cancele, o debemos cancelar la inscripción del no deudor, pero entonces, debería haberse arrastrado el embargo sobre la finca adjudicada al no deudor? Y si lo decimos en la certificación igual podría entenderse el procedimiento a estos efectos con el no deudor?, o hay que ir a otro juicio para ver si se mantiene o no la división material?.

Forma que ha de adoptar la resolución judicial que ordena la práctica de una anotación de embargo en el Registro.-RDG de 6-6-2006: Se presenta mandamiento en el que se inserta

providencia judicial ordenando la práctica de una mejora de embargo. El registrador, sobre la base de lo dispuesto en el art. 206 LEC, entiende que la resolución judicial ha de adoptar la forma de auto, por lo que no despacha el documento. Declara el Centro Directivo que la forma que pueden adoptar las resoluciones judiciales (que regula el art. 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) debe ser observada como garantía del derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva; pero la trascendencia de posibles vicios de forma de dichas resoluciones debe quedar limitada al ámbito del proceso, por lo que sobre estos extremos no debe recaer calificación del registrador.

La necesidad de firmeza es inexcusable para la inscripción de las resoluciones judiciales . Concepto de firmeza de las resoluciones judiciales: Inadmisibilidad de la expresión "firme a efectos registrales".- Según RDG de 21-4-2005, el concepto que de firmeza pueda predicarse de una resolución judicial viene claramente fijado en el art. 207.2 LEC: Es firme aquella resolución judicial contra la que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente establecido sin que ninguna de las partes lo haya interpuesto. Este concepto es unitario, unívoco, para todo el ordenamiento jurídico; de ahí que en modo alguno sea admisible una "firmeza a efectos registrales" distinta de la firmeza procesal "stricto sensu".

Trasladadas estas consideraciones al ámbito registral, es claro que para poder practicar una cancelación (en el caso debatido, de una anotación de demanda) es preciso, conforme a lo establecido en los arts. 83 LH y 524.4 LEC, que la resolución judicial que la ordene sea firme; en caso contrario, sólo cabría practicar un asiento provisional: una anotación preventiva. Doctrina reiterada en RDG 2-3-2006, en un caso en que lo ordenado por la autoridad judicial era la cancelación de una transmisión inscrita, en RDG 20-11-2007. Doctrina igualmente sostenida en sentencia 11-6-2008 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Salamanca, en juicio seguido por demanda interpuesta directamente contra la calificación del Registrador.

El art. 708 LEC y cuándo es necesario el otorgamiento de escritura pública. En RDG de 17-3-2009, interpreta la Dirección General el precepto en la siguiente forma: serán inscribibles las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública. Por ello, lo procedente es entender que la LEC no dispone la inscripción directa de la resolución judicial, sino que lo que la nueva forma de ejecución procesal permite es que el demandante otorgue por sí solo la escritura de elevación a público del documento privado de venta, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado.

Por contra, sí serían directamente inscribibles las ejecutorias complementadas por testimonios de autos en que se ordene suplir por el juez las declaraciones de voluntad del obligado a prestarlas, si se tratase de negocios para cuya inscripción bastase la declaración unilateral del demandado que judicialmente se suple (como sería el caso del ejercicio de un derecho de opción, el consentimiento del titular de la carga para la cancelación de un derecho real de garantía o de una condición resolutoria por cumplimiento de la obligación garantizada, entre otros casos). En caso práctico, en Madrid, (BCNR-156, 2009) se defiende

la inscribibilidad directa del testimonio de la sentencia, si los elementos esenciales del negocio están ya contenidos en el documento privado.

En RDG de 29-7-2006, se presenta auto judicial que, en ejecución de sentencia ordena la inscripción de una finca a favor del actor, como consecuencia de la compra efectuada por éste en documento privado. En la sentencia se había condenado al demandado al otorgamiento de la correspondiente escritura pública, con apercibimiento de que, si no lo hace, será otorgada de oficio. Estima la Dirección General que, atendidos los términos de la sentencia, no nos hallamos ante la norma general contenida en el párrafo primero del art. 708.1 LEC (suficiencia de la declaración judicial para lograr la inscripción), sino ante la excepción prevista en el párrafo segundo de dicho precepto (que exige la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos), que hace necesario el otorgamiento de escritura. Doctrina reiterada en RDG 28-5-2007. □

por Pedro Fandos Pons. Registrador de la Propiedad

SUPUESTOS PRÁCTICOS DERIVADOS DE LA RELACIÓN ENTRE EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN QUE FIGUREN INSCRITOS BIENES DEL CONCURSADO

En una época de cambio de ciclo económico como la actual, las crisis de las empresas se han convertido en algo cotidiano en la práctica diaria de los Registros de la Propiedad. La promulgación de la Ley Concursal 22/2003 que pretendía terminar con los tradicionales defectos que se achacaban a la Legislación Española anterior, se juzgó como positiva por la doctrina, por tratar de resolverlos, mediante una adecuada sistemática legal, recogiendo tanto las aportaciones doctrinales sobre la materia, como los principios y criterios establecidos por el Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La literatura jurídica que provocó la promulgación de la Ley Concursal fue numerosa y de gran calidad. El presente trabajo, lejos de cualquier pretensión doctrinal, trata de aplicar los criterios elaborados por dicha doctrina a la práctica diaria, gracias a la generosidad de los autores que dedicaron parte de su tiempo al estudio de la materia. Siguiendo, en parte, el esquema de supuestos trazados en los seminarios de casos prácticos que celebran en la sede del Decanato Territorial los Compañeros de la Comunidad Valenciana, podemos distinguir una serie de supuestos de hecho que plantea la situación concursal en que se encuentra un determinado deudor titular registral en su relación con el Registro de la Propiedad en el que existan inscritos bienes del concursado, los cuales merecen una serie de reflexiones derivadas de un estudio detenido de la materia. Los supuestos de hecho y sus reflexiones son los siguientes:

SUPUESTO DE HECHO Nº 1: BIENES SOBRE LOS QUE SE HA DE PRACTICAR LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL CONCURSO

El artículo 24.2 LC señala que si el deudor tiene bienes inscritos en los Registros Públicos el concurso se anotará preventivamente en el folio de cada uno de ellos. En este caso, pueden plantearse las siguientes situaciones:

1.1.- Que el Juez en su mandamiento ordene practicar la anotación preventiva de concurso sobre todos los bienes del deudor concursado, sin especificar éstos. En ese caso, el Registrador practicará la anotación preventiva en cada uno de los folios de los bienes

inscritos en su Registro a nombre del deudor concursado, y para los que pueda adquirir en el futuro, se practicará el correspondiente asiento en el libro de incapacitados, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 73.2 LH, que dispone que "Cuando la anotación deba comprender todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor", y de lo dispuesto en el artículo 142 RH que dispone:"También procederá la anotación preventiva de que trata el numero quinto en el articulo 42 de la ley, en los caso de suspensión de pago, concurso o quiebra, previos los trámites establecidos en las leyes", y de los artículos 386 y siguientes del Reglamento Hipotecario, que regulan el libro de incapacitados y establecen que en el mismo se inscribirán las resoluciones judiciales a las que se refiere el artículo 2.4 LH y 10 RH, entre ellas, las relativas al concurso, indicando el artículo 388 RH que se extiende el asiento respecto de los bienes que pueda adquirir en el futuro el incapacitado, para posibilitar al Registrador hacer constar el concurso mediante la correspondiente anotación preventiva que practicará a continuación de la inscripción de la adquisición del bien por el concursado, teniendo en cuenta que mientras el concurso no se anote en el folio del bien del deudor concursado, la constancia de la situación concursal sólo en el Libro de Incapacitados no será suficiente por sí misma para enervar la protección del subadquirente del concursado por la fe pública registral[1].

1.2.- Que el Juez del Concurso ordene practicar únicamente la anotación del concurso sobre determinados bienes y existan en el Registro más bienes inscritos a nombre del concursado que no han sido expresamente excluidos en el mandamiento de la anotación.

Tres interpretaciones pueden plantearse al respecto:

1.2.1) Practicar la anotación sobre los bienes que ordena el mandamiento, indicando en la nota de despacho que se ha practicado la anotación sobre las fincas indicadas en el mandamiento, y no sobre otras (que deberían especificarse) por no haberse ordenado expresamente; ello es consecuencia del principio de rogación en virtud del cual, la actuación del Registrador ha de ser rogada, sin que pueda operar de oficio, salvo en los casos dispuestos por la Ley.

Esta solución podría desprenderse también de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal 22/2003, que en el párrafo 7º del expositivo IV declara que "Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros; la acumulación de concursos; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos".

Sin embargo, el artículo 73.2 LH, no modificado por la Ley Concursal parece obligar al Registrador a practicar, de oficio, anotación preventiva de declaración de concurso sobre todos los bienes del concursado, incluso respecto a aquellos no incluidos en el mandamiento, dada la remisión del artículo 142 RH al artículo 42.5 LH, sobre anotación preventiva de la demanda de incapacidad, que se practica en el folio de todos los bienes inscritos a nombre del incapacitado, y para los que adquiera en el futuro, se practicará asiento en el libro de Incapacitados de los artículos 386 y siguientes RH.

1.2.2) Presentar el mandamiento respecto de todas las fincas inscritas en el Registro a nombre del concursado y suspender la anotación por entender que existe un obstáculo que surge del Registro pidiendo que se aclare expresamente si sobre las fincas no enumeradas debe practicarse o no la anotación; Esta solución derivaría de la aplicación estricta del artículo 73.2 LH, sin embargo, no sería muy respetuoso con el objetivo de conseguir una auténtica seguridad jurídica respecto a los terceros que quieran celebrar cualquier tipo de negocio jurídico que tenga por objeto la finca del concursado, retrasando el acceso de esta situación concursal al Registro de la Propiedad, pues la nueva Ley 22/2003 se apoya decisivamente en los pronunciamientos registrales, como demuestra la publicidad registral del artículo 24 LC, que se predica de las diversas resoluciones que provoca cada una de las fases del concurso.

1.2.3) Practicar la anotación preventiva de declaración de concurso sobre todos los bienes del concursado, salvo los expresamente excluidos por el juez, dada la vocación de universalidad que tiene el concurso y dado que el artículo 73.2 LH no ha sido modificado por la Ley Concursal, indicando en la nota de despacho las fincas sobre las que se ha practicado la anotación, especificándose las que no estén expresadas en el mandamiento, en base a los siguientes argumentos:

1º. El legal, pues así se desprende del artículo 73.2 LH en relación con el artículo 142 RH y la remisión que éste contiene al artículo 42.5 LH. Además, "el concurso sigue siendo un proceso de ejecución universal que alcanza todo el patrimonio del deudor, menos el legalmente inembargable, como resulta del artículo 76 LC, porque convoca a todos los acreedores del deudor concursado, como se desprende del artículo 49 LC. La citada nota de universalidad del procedimiento concursal se refuerza porque:

a. Dentro del mismo, en pieza separada, a través del incidente concursal (artículos 192 a 196 LC), se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación.

b. Porque dentro del mismo, como pieza separada y por el procedimiento que corresponda, se ejecutan o siguen actuando ejecuciones singulares sobre concretos bienes de la masa, los cuales habrán de ser sustanciados por el Juez del Concurso y no por cualquier otro juez, que deberá abstenerse"[3].

También la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, que modifica la LOPJ, declara expresamente el carácter universal del procedimiento al decir: "El carácter

universal del Concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al Juez del Concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que pueden adoptarse en relación con el patrimonio del concursado…".

2º. El doctrinal, pues la gran mayoría de la doctrina configura el concurso como un procedimiento universal que alcanza a todos los bienes del deudor concursado, que puede desembocar en un convenio con los acreedores o en una fase de liquidación. Razón por la cual, parece aconsejable que la anotación preventiva se practique respecto de todos los bienes inscritos a nombre del concursado[2].

3º. El lógico, pues el concurso es una situación que afecta a la persona del deudor concursado y puede producir una serie de alteraciones en sus facultades de administración y disposición, que afectará a todos sus derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, para que puedan ser conocidas por los terceros que quieran celebrar negocio jurídico que tenga por objeto bienes inmuebles del concursado.

4º. El hermenéutico, pues la característica más destacable de la Ley Concursal, desde el punto de vista registral, es la intensa y correcta relación entre el concurso, el Registro de la Propiedad y los principios que lo presiden, como no podía ser de otro modo, pues ello significa la armonización del procedimiento concursal con los principios de seguridad jurídica y, su variante, de seguridad del tráfico jurídico (art. 9.3 CE) y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que tienen en el Registro de la Propiedad y en la calificación registral uno de sus instrumentos de realización más importantes. Esta armonización entre concurso y principios hipotecarios se lleva a cabo incorporando a la Ley Concursal buena parte del contenido de la jurisprudencia del TS y, sobre todo, de la DGRN[4].

5º. El histórico, puesto que la Ley Concursal viene a sustituir a los antiguos procedimientos reguladores de la insolvencia, suspensión de pagos y quiebra, que también eran procedimientos que comprendían la universalidad del patrimonio del deudor, de ahí que la ley Concursal no modificara el artículo 73.2 LH.

1.3) En cuanto a la declaración de concurso y su publicidad a través del Registro de la Propiedad, se han planteado dos cuestiones al respecto:

1.3.1.- Título Hábil. Existen dos títulos formales hábiles para practicar la anotación del concurso, de un examen de la normativa vigente:

Mandamiento judicial en el que se inserte literalmente el auto en el que se hubiera acordado el concurso, artículo 24.5 LC.

Certificación expedida por el Registrador Mercantil del contenido de la resolución judicial, que contenga los datos suficientes sobre los bienes, que se remitirá telemáticamente con firma electrónica del Registrador, y si no fuera posible, por correo certificado, todo ello

según resulta del artículo 323. 2 y 3 del RRM, para garantizar la mayor y mejor publicidad registral posible de la situación concursal, dado el carácter universal del procedimiento, pero sin que la inscripción en el Registro Mercantil sea requisito previo a la constancia registral de la declaración de concurso, como luego veremos. Además debido a la interconexión informática de todos los Registros de España, cualquier Registrador de la Propiedad podrá conocer la declaración de concurso inscrita en el Registro Mercantil de una persona que tenga inscritos bienes en su distrito hipotecario, lo que puede generar importantes consecuencias como veremos.

1.3.2.- Asiento a practicar para la constancia registral de concurso. La Ley Concursal ha querido recoger el criterio doctrinal dominante antes de su entrada en vigor, en el sentido de entender que el asiento ha de ser el de anotación preventiva si el auto de declaración de concurso no es firme, y el de inscripción si es firme, así se desprende del artículo 24.5 LC, aunque algún sector doctrinal sigue defendiendo el criterio de la anotación preventiva en todo caso, siguiendo la práctica anterior y sobre la base del artículo 24.4 LC, olvidando que este número se refiere a la intervención de las facultades de administración y disposición del concursado, las cuales serán objeto de anotación preventiva en todo caso, y porque ello supone olvidar el criterio legal que para la constancia registral de la declaración de concurso prevé el artículo 24.5 visto, que lleva como consecuencia lógica que la declaración de concurso no ha de estar sometida necesariamente a la limitada duración temporal del asiento de anotación preventiva, aunque ésta pueda ser objeto de prórroga[5].

Y aunque en virtud del principio de rogación, el Registrador ha de practicar el asiento que se solicita y no otro, como ha declarado la RDGRN 13-I-1995, sin que pueda extenderse la función calificadora más allá, o a otros extremos no solicitados por las partes o interesados en el título que motivó el asiento de presentación, también es cierto que la RDGRN 18-X-2006 declaró que corresponde al Registrador la decisión sobre la clase de asiento procedente, que será el de inscripción cuando se trate de sentencia firme, aunque el mandamiento ordene una anotación.

SUPUESTO DE HECHO Nº 2: COMPRAVENTAS OTORGADAS ANTES DE LA FECHA DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO Y PRESENTADAS DESPUÉS

La regla de derecho sustantivo se contiene en el artículo 21.2 de la Ley Concursal en virtud del cual, “el auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso…”. La coordinación de esta regla con el principio de prioridad y el de oponibilidad puede plantear problemas en algunos supuestos de hecho como los siguientes: en el Registro figura presentado el mandamiento que ordena la práctica de la anotación de declaración de concurso y existe una escritura pública de compraventa de una finca del concursado otorgada antes de la fecha de la declaración del concurso, pero que se presenta en el Registro posteriormente al mandamiento judicial, en este caso, debemos distinguir dos situaciones, según que la escritura de fecha anterior se presente en el Registro

antes de la práctica de la anotación preventiva de declaración de concurso, pero una vez presentado el mandamiento que la ordena, o se presente una vez practicada la anotación preventiva mencionada.

2.1.- Si la escritura de compraventa de fecha anterior a la declaración de concurso se presenta antes de que se practique la anotación preventiva, pero después de la fecha en que se ha presentado el mandamiento que la ordena, pueden adoptarse dos posturas:

2.1.1.- Primero anotar el concurso y luego inscribir la venta, ya que en principio los actos anteriores a la declaración del concurso son válidos, sin perjuicio de la posible rescisión por lesión. Y posteriormente, la cancelación de la anotación requerirá el correspondiente mandamiento de cancelación expedido por el juez del concurso, a instancias del adquirente. Esta posición defendida por un sector importante de la práctica registral deriva de la aplicación pura y dura del principio de prioridad registral, catalogado por la doctrina y la jurisprudencia de básico, así lo han reiterado múltiples resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 5 de junio de 2007 y el Proyecto de Ley Uniforme de Registro Jurídicos de Bienes (II Cinder Madrid 1974) declara en su artículo 14.1 que la prioridad de los derechos se determina por su ingreso en el Registro, pues si los títulos llegaran al Registro por riguroso orden cronológico de formalización, la publicidad registral no añadiría nada o muy poco a la protección que ya presta el Ordenamiento civil ordinario a los derechos en los títulos de su constitución[6].

Desde este punto de vista, ROCA SASTRE lo define como el principio hipotecario en cuya virtud el acto registrable que primero ingrese en el Registro se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuere de fecha anterior[7]. Por ello, "la protección que dispensa el Registro es enérgica hasta la saciedad, está científicamente construida; pero todo ese formidable aparato de muros, rejas y cerraduras, se despliega solamente a favor del primero que llega, del que se da más prisa. Tener o no tener razón interesa ciertamente en el orden hipotecario; pero llegar al Registro lo antes posible, llegar primero, esto si que es trascendental. El Registro en la práctica es una cuestión de velocidad[8]." Así la RDGRN 16-XI-2004 declaró que el principio de prioridad implica que la preferencia entre derechos reales sobre una misma finca se determina por el orden de antigüedad de la registración; no por el orden o antigüedad de los títulos.

2.1.2.- Inscribir la compraventa y luego denegar la anotación de declaración del concurso, puesto que al ser ésta de fecha posterior no produce ningún efecto sobre los actos anteriores, que no son ni nulos ni anulables sino rescindibles por lesión, por tanto no hay ningún obstáculo para su inscripción, siempre que sean documentos del artículo 3 LH con fecha anterior al auto de declaración de concurso[9].

Esta segunda posición deriva de la orientación que del principio de prioridad registral hace PAU PEDRÓN, quien propone un nuevo enfoque del principio, y define la prioridad registral como "la preferencia a la inscripción que corresponde a un título, entre dos o más

presentados en el Registro referidos a un mismo inmueble, bien por haberse presentado antes o porque así lo determine la calificación conjunta de todos los presentados". Y requisitos de esa calificación conjunta son:

- Pluralidad de títulos.
- Identidad del inmueble.
- Calificación limitada o precalificación de los títulos.
- Vigencia simultánea de los asientos de presentación.
- Despacho sucesivo de los títulos presentados.

Es pues, según este autor, la calificación conjunta, que puede ser distinta de la que deriva de la pura precedencia cronológica, la que determina la prioridad, de modo similar a como ocurre en el sistema alemán. Y esta calificación conjunta puede desprenderse del artículo 105 y 140.1 RH, pero realmente es obra de la jurisprudencia que a lo largo de los años ha venido admitiendo la posibilidad, evolucionando en su interpretación del principio de prioridad.

Así resoluciones como las de 14-XII-1953, 2-III-1962 o 18-III-1972, imponen al registrador el despacho de documentos por riguroso orden de presentación. Otras resoluciones confirman este orden de calificación de documentos, pero añaden que de este modo debe procederse cuando lo que se presentan son títulos contradictorios o incompatibles entre sí relativos a una misma finca (RDGRN 24-X-1998), por lo que parece que tratándose de títulos compatibles, el principio de prioridad puede experimentar matizaciones, que no alcancen el rango de auténtica excepción. En parecidos términos, las resoluciones de 1, 2, 6, y 7 de Junio de 1993, ponen de manifiesto que el principio de prioridad es básico en un sistema registral en que la calificación del documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro, sin que puedan obstaculizar su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados, lo cual ha sido reiterado por otras resoluciones como la de 5-VI-2007.

En consecuencia, podemos decir que, como regla general, el registrador deberá despachar acorde con el orden de presentación de documentos, sobre todo cuando éstos sean incompatibles o contradictorios entre sí. Sin embargo, existe una matización a esta regla, en virtud de la cual el Registrador deberá tener en cuenta a la hora de calificar el documento, los títulos existentes en el Registro que, aunque presentados con posterioridad al que es objeto de calificación, sean relevantes para el correcto desarrollo de la función calificadora[10], siempre que esa matización del principio de prioridad se base en una calificación registral bien fundamentada y en la economía procedimental, por lo que las excepciones han de estar plenamente justificadas, para evitar que se pueda hablar de auténticas excepciones al principio de prioridad, pues no estamos sino ante matizaciones del mismo. Este criterio ha sido confirmado por la SAP de Alicante de 21 de Febrero de 2007 al declarar que el Registrador puede tomar en consideración todos los documentos con asiento vigente relativos a la finca siempre que no se desnaturalice el principio de prioridad y lo exija la naturaleza de la calificación efectuada.

A nuestro entender parece ser ésta la interpretación correcta, que permitirá inscribir la venta primero para posteriormente denegar la práctica de la anotación preventiva de declaración de concurso, en base a los siguientes argumentos:

1º. El legal, pues conforme al artículo 21.2 LC, la declaración de concurso no tiene efectos retroactivos, sin perjuicio de la facultad de los administradores concursales de ejercitar acción rescisoria de la compraventa.

2º. El lógico, pues el Registrador al efectuar su calificación ha de tener en cuenta los asientos del Registro y todos los documentos presentados, y la regla sustantiva impone la no retroacción de los efectos del Concurso y existe presentado en el Registro un documento que acredita fehacientemente que la compraventa es de fecha anterior del concurso, por lo que ello puede ser conocido por el Registrador en el momento de la calificación registral y ha de ser tenido en cuenta para que ésta esté bien fundamentada, por lo que la matización del principio de prioridad está plenamente justificada, pues no estamos ante títulos incompatibles, pues la escritura se inscribirá en todo caso.

3º. El doctrinal y jurisprudencial, que hemos tratado al hablar de la orientación que da PAU PEDRÓN al principio de prioridad y de la línea evolutiva de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. No obstante, esta posición no es unánime en la doctrina, así SÁNCHEZ RUS sostiene la idea contraria de practicar la anotación preventiva de concurso y suspender la inscripción de la compraventa, aunque sea de fecha anterior, pues "la existencia de la anotación impide la inscripción de cualquier título otorgado por el deudor, con independencia de la eficacia en el plano sustantivo deba reconocerse en tal supuesto al adquirente o de las reclamaciones que pueda interponer ante la administración concursal o el Juez del Concurso" fundamentando esta posición "en el principio de prioridad, que excluye el acceso al Registro de los títulos contradictorios con otro anteriormente inscrito o simplemente presentado" y porque "la alteración de la titularidad registral del concursado tiene una significación equivalente a la de la recuperación de los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder de aquél, que está subordinada a un pronunciamiento de la administración concursal, conforme al artículo 80.1 LC"[11].

PAU PEDRÓN, con argumentos que compartimos, entiende que estos argumentos no son suficientes para mantener el rechazo registral de los actos anteriores a la declaración de concurso, pues el Registrador no puede calificar con independencia de la eficacia del negocio jurídico en el plano sustantivo, sino precisamente debe basarse en la validez que tienen los actos jurídicos en el plano sustantivo. Además, desde el punto de vista estrictamente registral, la anotación preventiva de concurso no cierra el Registro a actos anteriores, sin que la compraventa de fecha anterior a la declaración de concurso, aún presentada después, sea título contradictorio o incompatible con el que ordena la anotación. Por último, si la aportación al Registro de un acto anterior revela que el Registro ha devenido inexacto, lo que procede es inscribir el título para rectificar la inexactitud registral, en lugar de rechazarlo y obligar al tercero a reclamar su derecho a los administradores concursales[12]. Siguiendo estos argumentos, con mayor motivo, si la escritura de fecha anterior se encuentra presentada en el Registro, antes de que se haya despachado el mandamiento ordenando la anotación,

previamente presentado, la lógica parece imponer que debe procederse a despachar la compraventa primero y luego denegar la práctica de la anotación de concurso. Al remitir al Juez la nota de calificación negativa, ya sabrá que el bien salió previamente del patrimonio del concursado y que por tanto no esta afectado por el Concurso, sin perjuicio de las acciones que pudieran ejercitarse. Esta interpretación permite la adecuada coordinación de la regla sustantiva con el principio de prioridad, objeto de matización y no de excepción.

4º. EL teleológico o finalista, pues es principio general de nuestro derecho el de la economía procesal y en ámbito registral el de evitar la práctica de asientos innecesarios, considerados como aquéllos que van a decaer en breve tiempo, a la vista de la documentación obrante en el Registro de la Propiedad, lo cual se cumple con la segunda de las posiciones, pero no con la primera, en la que habría que practicar un asiento registral innecesario, pues de su práctica no depende que los administradores puedan ejercitar la acción de rescisión y tampoco es conforme con el principio de economía procedimental pues se va a imponer al adquirente un trámite ulterior para lograr limpiar el historial registral de su finca y se obliga al Juez a emitir una resolución ulterior que así lo ordene, que no tiene razón de ser pues la compraventa se efectuó antes de la fecha de la declaración de concurso y todo ello se hubiera evitado con una calificación registral fundamentada, teniendo en cuenta todos los documentos presentados.

2.2.- Si la escritura de fecha anterior a la declaración del concurso se presenta en el Registro una vez practicada la anotación preventiva correspondiente. En este caso, lo que procede es despachar la compraventa pero sin cancelar la anotación preventiva de concurso, pero no porque ello derive de la aplicación del principio de prioridad, pues no hay dos títulos presentados relativos a una misma finca, sino que deriva de la aplicación del principio de oponibilidad del artículo 32 LH, en cuya virtud los títulos que no estén inscritos no pueden oponerse frente a terceros, y en este caso, podríamos considerar que terceros son los acreedores que integran la masa pasiva del concurso. La cancelación requerirá, en este caso sí, una actuación ulterior del adquirente de solicitar del Juez de lo Mercantil la cancelación de la anotación preventiva, por tratarse de acto de fecha anterior a la declaración de concurso, y una actuación ulterior del Juez, que si lo estima procedente deberá emitir la resolución judicial correspondiente, sin que el Registrador pueda actuar de oficio porque la Ley no se lo ordena y la regla general es la actuación rogada del Registrador, y además al hallarse practicada la anotación preventiva, está bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, conforme al artículo 1.3 LH, por lo que ha de ser ésta quien ordene su cancelación.

Así entienden CURIEL LORENTE[13] y GARCÍA GARCÍA[14] que si lo aconsejable, es que la anotación preventiva de declaración en concurso se practique sobre todos los bienes inscritos del concursado, si posteriormente se acredita su venta o enajenación anterior, puede cancelarse el asiento registral extendido relativo al concurso. También la RDGRN 3-VI-2009, al declarar que es inscribible, sin necesidad de autorización judicial ni de los administradores concursales, la venta hecha por el concursado antes de la declaración de concurso, aunque se presente en el Registro después de la anotación de éste, pues el bien vendido no se integra en la masa concursal (art. 76 LC), sin perjuicio de la eventual acción de rescisión en el caso de que la venta se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración

(art. 71 LC). En todo caso, y por aplicación del art. 17 LH, la inscripción se practicará con absoluta supeditación al procedimiento concursal, de modo que corresponderá al nuevo propietario la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del concurso provoque la cancelación de su adquisición (arts. 80 y 81 LC).

SUPUESTO DE HECHO Nº 3: COMPRAVENTAS OTORGADAS DESPUÉS DE LA FECHA DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO Y PRESENTADAS ANTES

En este caso, debemos distinguir dos posibilidades en la práctica, según que el mandamiento de fecha anterior esté presentado con posterioridad a la escritura de compraventa de fecha posterior o ni siquiera se haya presentado en el Registro de la Propiedad del distrito hipotecario en que radica la finca:

3.1.- Compraventa de fecha posterior a la declaración de concurso, pero presentada en el Registro de la Propiedad en fecha anterior al mandamiento que ordena practicar la anotación preventiva de concurso, que también está presentado en el Registro.

En este caso, podemos mantener las dos posiciones tratadas en el punto anterior, es decir la que aboga por el despacho de la compraventa y la denegación de la práctica de la anotación preventiva de la declaración de concurso, con el agravante de que, en este caso, a diferencia del anterior, la venta sí que está afectada por la declaración de concurso, al ser de fecha posterior; o bien optar por una matización de la aplicación del principio de prioridad basada en la calificación conjunta del Registrador, para su mejor fundamentación, y en aras de la seguridad jurídica, suspender la venta y exigir la autorización judicial o la intervención de la administración concursal según los casos, posición que defendemos por los argumentos expuestos.

3.2.- Compraventa de fecha posterior a la declaración de concurso, sin que en el Registro conste presentado el mandamiento ordenando la anotación de declaración de concurso, existiendo éste en la realidad extrarregistral.

En este caso, parece que deberíamos aplicar rigurosamente el principio de prioridad y en consecuencia inscribir la compraventa. Sin embargo, ello casa mal con la regla sustantiva que determina que la declaración de concurso produce efectos de inmediato, por lo que toda venta posterior debiera estar autorizada por el Juez del Concurso o intervenida por la administración concursal, caso de intervención de las facultades de administración y disposición del concursado y tratarse de un acto del giro o tráfico de la empresa. Esta interpretación, correcta desde el punto de vista registral, conlleva el peligro de sustracción de bienes de la masa activa y el consiguiente fraude de los derechos de los acreedores, y la posible aparición de terceros protegidos por el artículo 34 LH, por lo que, en aras de la seguridad jurídica y dado el apoyo que la Ley Concursal hace para conseguir sus efectos en la institución registral, a nuestro modesto entender esa regla general merece una ponderada

matización, basada en la posibilidad que tenga el Registrador de conocer la situación concursal de un determinado titular registral.

3.2.1.- Si esa posibilidad no existe, debe aplicarse el principio de prioridad pura y dura e inscribir la compraventa y cuando llegue el mandamiento ordenando la anotación preventiva de concurso denegarla por falta de tracto sucesivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones de reintegración.

3.2.2.- Pero si esa posibilidad existe, el Registrador debería utilizar los medios a su alcance para realizar una calificación registral lo más ajustada a derecho y suspender la compraventa de fecha posterior a la declaración de concurso, pero presentada antes que el mandamiento y exigir la autorización judicial o la intervención de la administración concursal, según los casos: esa posibilidad es hoy probable debido a la interconexión informática de los Registros de la Propiedad con los Mercantiles, que determinan una serie de alarmas cuando se declara en concurso a una persona, las cuales permiten la consulta del Registrador de la Propiedad al Registro Mercantil en el que se ha inscrito la declaración de Concurso, teniendo en cuenta que el título inscribible también puede ser la certificación del Registrador Mercantil, en los términos que vimos anteriormente. Esta actuación del Registrador de la Propiedad fue declarada ajustada a derecho por la Sentencia de 25-7-2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Segovia, entre otras, revoca la Resolución DGRN 13-11-2007, para un supuesto en que la Registradora consultó el Registro Mercantil "on line" para comprobar si un administrador estaba inscrito en el Registro Mercantil.

Por lo que si puede hacerlo para ese caso, con mayor motivo en el caso de que pueda conocer la situación de concurso de un titular registral que vende después de la fecha de declaración de concurso que se encuentra inscrito en un Registro Mercantil, pero no en su Registro de la Propiedad, pues la situación de concurso afecta a las facultades de administración y disposición del concursado y el Registrador ha de calificar con todos los medios a su alcance, el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE así lo demanda, entrando en juego el principio de oponibilidad y la anotación preventiva de declaración de concurso anotada en el Mercantil puede ser oponible a la compraventa de fecha posterior a la declaración pero que se presenta antes en el Registro de la Propiedad del distrito hipotecario donde radica la finca. En base a ello, parece que puede considerarse ajustada a derecho la calificación registral negativa que exija la autorización judicial o la intervención de la administración concursal, según los casos, para poder inscribir la compraventa. La utilización de estos medios informáticos potencia sobremanera la seguridad del tráfico jurídico y minimiza la posibilidad de fraude a los acreedores de la masa.

Sólo en el caso de que el concurso no estuviera inscrito en el Mercantil, ni el Registrador de la Propiedad tuviera medio a su alcance para conocer la situación concursal, podría inscribirse la compraventa por aplicación del principio de oponibilidad, pues no hay dos títulos presentados relativos a la misma finca, sino uno presentado y otro no.

SUPUESTO DE HECHO Nº 4: COMPRAVENTAS OTORGADAS DESPUÉS DE LA FECHA DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO Y PRESENTADAS DESPUÉS

En principio, estos actos ya están afectados por la alteración de las facultades de administración y disposición que determine la resolución judicial que declare el Concurso, por lo que han de ser otorgados por el deudor con el consentimiento de los administradores concursales o por ellos mismos, según que se haya establecido un régimen de intervención o suspensión y será necesaria la autorización del juez del concurso, salvo que se trate de actos propios del giro o tráfico de la empresa, en cuyo caso será suficiente la intervención de la administración concursal, conforme a los artículos 43.2 y 3 y en los términos del artículo 44 LC.

Entiende CURIEL LLORENTE que la manifestación al respecto de los administradores concursales debe ser bastante para no exigir la autorización judicial. Si el acto lo realiza el deudor, antes de que los administradores concursales hayan aceptado el cargo, se precisa declaración judicial, pues no es suficiente la mera declaración del deudor concursado. La notoriedad del hecho relativa a si el acto forma parte o no del giro o tráfico de la empresa, queda al arbitrio y buen juicio del Registrador[15]. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 44.2 establece que, en caso de intervención, los administradores pueden establecer una autorización general para determinados actos que estén dentro del giro habitual por razón de su naturaleza o cuantía. En conclusión, la regla general es que una vez declarado el concurso todos los actos de enajenación o gravamen deben ser autorizados por el juez del concurso, salvo que los administradores concursales declaren que esos actos entran dentro del giro habitual del deudor concursado, por lo que si se trata de un supuesto de intervención el acto será realizado por el deudor con el consentimiento de los administradores, salvo, a su vez, que tenga una autorización general por razón de la cuantía o la naturaleza del acto; y si es un supuesto de suspensión, el acto será realizado por los administradores sin necesidad de dicha autorización judicial.

SUPESTO DE HECHO Nº 5: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO ANTERIOR O COÉTANEA A LA FASE COMÚN DEL CONCURSO, INSCRITO EL CONVENIO Y ABIERTA LA LIQUIDACIÓN

Cuando se trata de ejecuciones singulares sobre bienes que integran la masa concursal, debemos diferenciar una serie de momentos temporales, teniendo en cuenta el principio general según el cual la jurisdicción del Juez del concurso es, como resulta del artículo 8 LC, exclusiva y excluyente en todas las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, podemos hacer una serie de consideraciones en cada una de las fases temporales del procedimiento, así:

5.1.- Ejecuciones singulares anteriores o coetáneas a la fase común de tramitación del concurso.

En este caso la Ley distingue entre ejecución ordinaria y ejecución de créditos con garantía real.

5.1.1.- Ejecuciones ordinarias

Así las anotaciones preventivas de embargo que se soliciten sobre los bienes inmuebles del concursado inscritos en el Registro de la Propiedad, una vez que se haya practicado la anotación preventiva de concurso, han de ser ordenados por el Juez de lo Mercantil que conozca del Concurso, por lo que si se solicitan por cualquier otro Juez distinto, habrá de denegarse la práctica de las mismas, así se desprende de los artículos 8 y 55.1 de la Ley Concursal.

Pero puede ocurrir que el mandamiento ordenando una anotación preventiva de embargo, sea de fecha anterior a la de la declaración de concurso, pero se presente en el Registro después de presentado el mandamiento ordenando la anotación preventiva de declaración de concurso o de practicada ésta. En este caso, podemos adoptar dos posiciones, denegar la práctica de la anotación preventiva de embargo, para que ésta sea acumulada al procedimiento concursal y para que conozca de ella el Juez de lo Mercantil, o bien practicar el embargo y suspender su ejecución. En la doctrina:

Para GARCÍA GARCÍA, "Respecto a los embargos realizados con anterioridad a la declaración de concurso pero presentados en el Registro después de la inscripción de la declaración de concurso, podría plantearse su posibilidad, pero no parece adecuada, salvo que la decrete el Juez del Concurso, pues por una parte, la ejecución de dicho embargo se suspende en todo caso, por lo que el mandamiento que ordena la anotación de embargo no puede admitirse, y por otra parte, la anotación de embargo no da lugar a ningún crédito privilegiado y produciría una enorme confusión en la tramitación del concurso[16]".

Sin embargo entiende CURIEL LORENTE que la prohibición de anotación se refiere sólo a embargos de fecha posterior y es razonable que la actuación pueda tomarse, por cuanto será efectiva en el caso de que la declaración de concurso quedara sin efecto, y en todo caso, la práctica de la anotación no autoriza al Juez que la ordenó a continuar la ejecución al margen del procedimiento concursal. Caso de practicarla, habría que expresar que, en todo caso, queda en suspenso a partir de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mencionado artículo y el Registrador ha de comunicar a los Jueces con anotación de embargo, la declaración de concurso, con lo que todos ellos paralizarán su ejecución[17]. Este autor ha matizado recientemente su postura sobre la base de dos argumentos:

1.- El artículo 24 LC cierra el Registro, tras la anotación del concurso, a los embargos posteriores, posterioridad que parece referirse, no a la fecha de la traba, sino a la fecha de presentación del mandamiento en el Registro.

2.- Razones de economía procesal, pues la Ley impone la suspensión y acumulación de la ejecución, siendo la anotación inútil.

CARRASCO PERERA, entre otros se inclina por esta postura que parece defendible, máxime en un caso como el que se planteó, con decisiones judiciales posteriores a la expedición del mandamiento y a la fecha de declaración del concurso.

A la vista de estas fundamentadas opiniones doctrinales ha de quedar al arbitrio del Registrador optar por una u otra, pero parece aconsejable, que se suspenda el embargo y se notifique al Juez que conoce de la ejecución singular, en virtud de lo dispuesto en el artículo 135 LH, que dispone que el Registrador deberá comunicar al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución, para que pueda remitir la causa al Juez de lo Mercantil que conoce del Concurso. Y para garantizar esa suspensión, el artículo 55.3 ordena la nulidad de pleno derecho de las resoluciones judiciales que se practiquen en contravención de la misma.

Si el mandamiento ordenando la práctica de la anotación preventiva de embargo se presenta una vez practicada la anotación preventiva de concurso, la solución debe ser la misma, pero no por aplicación del principio de prioridad, sino de oponibilidad del artículo 32 LH, por lo que se suspendería la práctica de la anotación preventiva de embargo y se comunicaría al Juzgado la paralización por efecto de la de declaración de concurso, para que pueda acumularse al procedimiento concursal.

Respecto a las que se encuentren en tramitación al declararse el concurso, conforme al artículo 55.2, 3 y 4: "las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos. 3. Las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 anteriores serán nulas de pleno derecho. 4. Se exceptúa de las normas contenidas en los apartados anteriores lo establecido en esta Ley para los acreedores con garantía real".

Si se presenta mandamiento del Juez que conoce de la ejecución singular, ordenando expedir certificación de dominio y cargas ordenando la práctica de la nota marginal correspondiente, el registrador expedirá certificación indicando que consta anotada declaración de concurso, lo que provocará la suspensión de la ejecución (art. 55.2 LC)[18].

Para finalizar este apartado, si no constase anotado el concurso, y el Registrador no pudiere advertir su existencia, y el Juez continuase la tramitación de la ejecución, pero cuando se presentase el testimonio del auto de adjudicación, ya se hubiere presentado el mandamiento ordenando la anotación de declaración de concurso o cuando ésta ya se hubiere practicado, el Registrador habrá de denegar la inscripción del auto de adjudicación, porque sería nulo de pleno derecho, conforme al artículo 55.3, como ocurriría también en el caso de ejecución de garantías reales.

5.1.2.- Ejecuciones de garantías reales.

La Ley Concursal engloba dentro del concepto de garantía real, no sólo los derechos reales de garantía sobre bienes inmuebles, sino también las acciones resolutorias de ventas de inmuebles con precio aplazado garantizados con condición resolutoria explícita inscrita en el Registro de la Propiedad.

Respecto a ellos, a los créditos con garantía real, se impone la paralización en los términos del artículo 56, al disponer:"1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.
Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo, cuando se refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.
A tal respecto conviene recordar que, conforme al artículo 135 LH, el Registrador deberá comunicar al Juez, ante el que se sustancia el procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución.

2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento y podrán reanudarse en los términos previstos en ese apartado. Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.
Esta norma es de extraordinaria importancia desde la perspectiva registral, pues según se haya producido o no la circunstancia en ella señalada, procede practicar la inscripción del testimonio del auto de adjudicación que se presente o denegar su inscripción. La fecha de publicación de los anuncios es un dato que no constará al Registrador que haya de calificar el testimonio, a menos que el Juez, en el propio auto exprese, como uno de los presupuestos que han hecho posible la subasta a pesar de la declaración de concurso la relación de fechas de la publicación de los anuncios y la declaración de concurso, por lo que si esta circunstancia no consta, procede suspender la inscripción del testimonio del auto de adjudicación en tanto no se aclare la relación de fechas[19], debiendo constar la fecha de publicación de los anuncios de la subasta, para comprobar que es anterior a la de la declaración de concurso[20], aunque para algunos autores, esa comprobación cae fuera del limitado ámbito de calificación de los documentos judiciales[21], sin embargo, conforme a los principios hipotecarios, es lógico que el Registrador suspenda la inscripción de ese testimonio, pues es contrario a la regla general de suspensión o paralización de las ejecuciones singulares, si no se acredita que se está en el supuesto de hecho la que se refiere esta norma.

3. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.
Por tanto, para que pueda iniciarse o continuarse la ejecución en el caso de los bienes del concursado afectos a la actividad empresarial o profesional, se requiere la aprobación de convenio que no afecte al derecho real de garantía o que transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación. El inicio de la ejecución debe hacerse bajo la jurisdicción del Juez del Concurso, con ciertas peculiaridades, conforme al artículo 57 que dispone:

"Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales.
1. El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda."
Como pone de relieve CURIEL LORENTE, el legislador no quiere poner límites a la ejecución de garantías reales salvo cuando recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado; y es que la ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial puede continuar, si ya estuviera iniciada, ante el propio Juez del concurso, en pieza separada y por los trámites del procedimiento judicial o extrajudicial correspondiente, según el artículo 57.1 LC, con la obligación de remitir el remanente que quede, tras satisfacer al acreedor con garantía real ejecutante y a los ulteriores de igual naturaleza que deban quedar cancelados por la ejecución de la garantía hasta el límite de las cantidades aseguradas por tales garantías, a la masa activa del concurso, como resulta del artículo 568 LEC[22].
2. Iniciadas o reanudadas las actuaciones, no podrán ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso.
Cesará la suspensión de las ejecuciones singulares anteriores o coetáneas a la declaración de concurso, cuando se apruebe el convenio, a menos que el Convenio contemple expresamente el régimen de las garantías reales y de algún modo limite su efectividad, pues la aprobación del convenio determina el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, conforme al artículo 133, incluida la suspensión prevista en el artículo 56.2 y la competencia exclusiva del Juez del Concurso, por lo que la tramitación de la ejecución puede continuar ante el Juez que la inició, siendo el auto de adjudicación que recaiga inscribible[23].

Pero abierta la fase de liquidación, dispone el artículo 57.3 LC:
3. "Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada."
Ello es consecuencia lógica, pues la apertura de la fase de liquidación, no altera la competencia exclusiva del Juez del Concurso, el cual deberá decidir sobre esas ejecuciones acumulándolas al procedimiento concursal como pieza separada.

5.2.- Ejecuciones posteriores a la inscripción del convenio o a la apertura de la fase de liquidación.

Inscrito el convenio, que no pone fin al concurso, la cuestión que se plantea es si con posterioridad a la inscripción del convenio pueden inscribirse otros actos o anotarse embargos. Partiendo del artículo 137 LC habrá que estar a los términos del concurso, pero aunque se establezcan restricciones, su infracción no hace nulo el acto o contrato, sino tan sólo rescindible, por lo que los actos posteriores son inscribibles pero advirtiendo en la inscripción que están sujetos a la posible rescisión de conformidad con el articulo 137 LC, que dispone "Facultades Patrimoniales del concursado convenido.- 1. El Convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada por cualquier acreedor. 2. Las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite".

Desde la perspectiva registral, si en el Convenio no se establecen medidas prohibitivas o limitativas, no se plantean problemas respecto a los actos posteriores del concursado convenido, pero, si se contienen esas medidas y el concursado convenido las contraviene, el precepto parece permitir su inscripción en el apartado 2, supeditada a la acción de reintegración de los bienes a la masa, lo que en la práctica va a producir que nadie se atreva a infringir el convenio, pues la inscripción se va a obtener condicionada por el posible ejercicio de la acción de reintegración, de forma indefinida, hasta que sea cancelada esa restricción, cuando se cancele el Convenio, por su cumplimiento o la terminación de la liquidación, por lo que parece que sea más practico al acreedor no anotar el embargo y denunciar el concurso.

Sin embargo, puede tratarse de deudas generadas con posterioridad al concurso y al convenio, por lo que el criterio del 137.2, no es tan extraño. Como dice PAU PEDRÓN, la referencia a que la acción de reintegración de la masa que en su caso se ejercite, perjudicará a cualquier titular registral, lo que requiere que se haga constar en el acta de inscripción la circunstancia de que el derecho se ha adquirido con vulneración de las prohibiciones o limitaciones inscritas y, por tanto, que el derecho queda sujeto al posible ejercicio de la acción de reintegración, lo que también se advertirá en la nota a pie de título[24]. La única forma de que perjudique a "cualquier titular registral"-incluso terceros- es la constancia en el Registro indicada, pero para consignar registralmente todos estos extremos, se requeriría previamente notificación al interesado, pues se trata de inscripción en forma distinta a la solicitada, lo que acerca la cuestión a la "inscripción parcial" del artículo 19 bis 2º LH[25]. Entonces, como dice DOMINGUEZ CALATAYUD, la fe pública registral del artículo 34 LH protege al que adquiere, a título oneroso y con los demás requisitos exigidos por el citado artículo, del que adquirió del concursado, al subadquirente del concursado, el cual no podrá ver invalidada su adquisición por los vicios del negocio por virtud del cual su causante adquirió lo ahora transmitido del concursado. La inoponibilidad de la situación concursal

al tercero del artículo 34 LH, está expresamente reconocida en los artículos 72.2 y 73.2 LC respecto de las acciones de reintegración, y en el 137.2 LC respecto de los adquirentes de quien, a su vez, adquirió de un concursado que transmitió sin respetar las restricciones que se le impusieron en el convenio[26].

En todo caso, los problemas de aplicación práctica que puede plantear la aplicación del precepto, se soslayan si cumplido el concurso, el deudor solicita la declaración judicial de cumplimiento del mismo, conforme al artículo 139 LC, que una vez hecho constar registralmente terminaría con las restricciones derivadas del 137.2 y en caso de incumplimiento, cualquier acreedor que estime incumplido el convenio, podrá solicitar del Juez la declaración de incumplimiento, que supondrá la rescisión del Convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136, conforme al artículo 140 y la apertura de la fase de liquidación conforme al artículo 143.2.

SUPUESTO DE HECHO Nº 6:
EL CONVENIO Y SU INSCRIPCIÒN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como dice la Exposición de Motivos de la LC, «la solución normal del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud», sin llegar a ser absoluta, ya que deberá respetar el contenido mínimo y las limitaciones y condiciones impuestas en el artículo 100 LC. La aprobación del convenio no produce la conclusión del concurso, y hasta que el convenio se apruebe seguirán aplicándose las normas establecidas para la fase común del concurso contenidas en el Título III de la LC; aprobado el convenio, salvo que el Juez decrete la suspensión de su eficacia o su eficacia provisional, el convenio producirá sus efectos, consistentes, según el artículo 133.2 LC, en el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que se establezcan en el propio convenio y el cese, correlativo, de los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pueda encomendarles hasta su íntegro cumplimiento.

Por su parte, el artículo 137.2 LC prevé la posibilidad de que el convenio contenga medidas prohibitivas o limitativas que serán inscribibles en los registros públicos, y en particular, en aquéllos en los que el concursado tenga inscritos bienes o derechos afectos a ellas. Por ello se plantea la posibilidad de si sólo debe inscribirse el convenio cuando contenga dichas medidas prohibitivas o limitativas, o por el contrario debe inscribirse en todo caso. La conclusión a que nos lleva el artículo 137 es a que el Convenio debe inscribirse en todo caso ya que es muy importante que conste registralmente el momento procedimental en el que se encuentra el concurso, por lo que es trascendente dar publicidad de que existe un convenio y el contenido del mismo, además el artículo 132 ordena que se dé a la sentencia que apruebe el Convenio la publicidad registral prevista en los artículos 23 y 24 LC.

En cuanto a la cuestión relativa a la clase de asiento a practicar, el juez del concurso partiendo de la dicción de la ley suele ordenar que se anote el concurso, por entender que

no sólo es lo más ajustado al tenor de la ley, sino que no tendría sentido que estuviera inscrito un convenio una vez hubiera ya caducado la anotación del concurso de la que traía su causa. Sin embargo, el convenio debe ser objeto de inscripción, especialmente en el caso de que se establezcan medidas prohibitivas o limitativas, dado que estas medidas deben constar indefinidamente en el Registro hasta que se ponga fin al concurso. Lo que se desprende del tenor del artículo, en interpretación sistemática del mismo es que el Convenio debe inscribirse si la sentencia que lo aprueba es firme, y si no lo fuera debe ser objeto de anotación preventiva, conforme al criterio del artículo 524.4 LEC y del artículo 24.5 LC, relativo al auto de declaración de concurso, conforme al cual "El Juez acordará expedir y entregar al procurador del solicitante del concurso los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo. En tanto no sea firme el auto de declaración del concurso será objeto de anotación preventiva en los correspondientes registros".

Criterio que debe mantenerse también, con mayor motivo, para el supuesto de Convenio, el cual produce efectos desde la fecha de la sentencia de aprobación, cesando todos los efectos del concurso, que se sustituyen por los del convenio (art. 133), sin que estos efectos, si la sentencia es firme estén supeditados a ninguna limitación temporal, pues no la dispone la Ley, por lo que, en caso de firmeza, el convenio ha de inscribirse.

Además la Ley prevé también que la conclusión del Concurso por cumplimiento del Convenio, en virtud de auto, al que se dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC, conforme a los artículos 141 y 177 LC; la lógica nos lleva a interpretar que el Juez deberá decretar la cancelación de todos los asientos relativos a la situación concursal, puesto que la Ley distingue el auto de cumplimiento de convenio y el auto de conclusión del concurso por cumplimiento del Convenio.

El primero está previsto en el artículo 139 y goza también de la misma publicidad registral, siendo el asiento adecuado, siguiendo el mismo criterio, el de inscripción si la resolución judicial es firme, o el de anotación preventiva si no lo es. Se plantea la duda de si este auto provoca la cancelación de la inscripción del convenio; desde un punto de vista lógico, así debiera ser, pero por aplicación de los principios hipotecarios, esa cancelación ha de ser ordenada por el Juez, por aplicación del principio de rogación, y porque la Ley Concursal no ha ordenado la cancelación de oficio por el Registrador.

El auto de conclusión de concurso por cumplimiento del convenio, está previsto en el artículo 141 y es el que formalmente pone fin al procedimiento de concurso, y según el artículo 178.1 "En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación", para lo cual, el Juez ha de ordenar la cancelación de todos los asientos derivados del procedimiento concursal, a través del correspondiente mandamiento ordenándolo[27], si no lo hubiere hecho en el auto de conclusión del concurso.

SUPUESTO DE HECHO Nº 9:
NECESIDAD DE PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

La respuesta ha de ser negativa, pues se trata de asientos que tienen objetos y funciones diferentes y compatibles, por ello el artículo 24 LC los enumera como diferentes tipos de publicidad registral, una que recae sobre la persona del concursado, y otra que recae sobre sus bienes, además, el asiento en este caso es ordenado por la autoridad judicial en virtud del correspondiente mandamiento y la Ley Concursal en ningún precepto exige la previa inscripción en el mercantil, aunque es conveniente la más rápida inscripción del auto de declaración de concurso en el mismo, para que la situación pueda ser conocida en todos los Registros de la Propiedad en que tenga bienes inscritos el concursado, a través de la interconexión informática a la que antes hemos aludido. Si el Concurso está inscrito en el Registro Mercantil, debemos recordar que el artículo 323 RRM considera como título inscribible del Concurso la certificación del Registrador Mercantil que contenga los datos esenciales del Concurso para el Registro de la Propiedad, resultantes de la resolución judicial en la que se ha declarado el Concurso, que se inscribirá en los Registros de la Propiedad, en que existan bienes inmuebles del Concursado; el precepto parece imponer esta actuación de los Registradores Mercantiles como obligatoria, si del mandamiento resultan los datos necesarios para la identificación de los bienes inmuebles del concursado. Pero la inscripción previa en el Mercantil no es requisito necesario para la anotación de la declaración de concurso en el folio registral de un inmueble del concursado si se presenta el correspondiente mandamiento en el Registro de la Propiedad que así lo solicite, sin que se imponga al Registrador de la Propiedad la obligación de comunicarlo al Registro Mercantil de la Provincia, pues no se ha previsto así en la Ley.

SUPUESTO DE HECHO Nº 10
TRANSMISIÓN DE FINCAS POR LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

En caso de transmisión de bienes inmuebles del concursado, la regla general es que se requiere autorización judicial, salvo que se trate de un acto del giro o tráfico de la empresa, en cuyo caso, basta la intervención de la administración concursal, en cuyo caso debiera constar que es un acto del giro o tráfico de la empresa que según la RDGRN 28-XI-2007 corresponde al Juez determinarlo, sin embargo, el artículo 44.2 la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la empresa que, por razón de su naturaleza y cuantía, quedan autorizados con carácter general, por lo que atendiendo al tenor literal del precepto, bastará la declaración al respecto de la administración concursal compareciente, sin que sea necesaria una ulterior aprobación judicial al respecto, lo cual se desprende también del artículo 44.3 al disponer que en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor corresponderá a la administración adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial o profesional.

La actuación de la administración concursal, si está formada por varios administradores concursales, es colegiada, conforme al artículo 35.2, por lo que las actuaciones se adoptarán por mayoría, y de no alcanzarse resolverá el Juez, por lo que en caso de ser tres, el artículo

exige que en el acuerdo intervengan los tres administradores concursales, que han de formalizar el acuerdo por mayoría en un libro de actas legalizado por el Juez. Por lo que en la escritura pública correspondiente, deberán comparecer los tres, pero si no pudieran comparecer los tres, entiende PAU PEDRÓN que puede comparecer uno de ellos, al menos, con certificación del acuerdo adoptado por mayoría. Cuando sólo comparecen dos de los tres administradores nombrados, y no hay certificación, se exige la ratificación del tercero por ser decisiones colegiadas, o bien certificación del acuerdo tomada del libro de actas.

SUPUESTO DE HECHO Nº 11
LA LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO Y SU CONEXIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La alternativa al convenio es la liquidación que puede pedir el propio concursado con la solicitud del concurso voluntario y en los casos del artículo 142.1 y 2, o cuando, durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio, conforme al artículo 142.3. Si el deudor no lo solicitare podrá hacerlo el acreedor que acredite la insolvencia patrimonial del deudor. Podrá también abrirse la fase de liquidación de oficio por el Juez conforme al artículo 142.4, en los casos del artículo 143 LC.

La resolución judicial que abre la liquidación, es el auto dictado por el Juez de lo mercantil que conoce del concurso al que se dará, como exige el artículo 144 LC, la publicidad prevista en el artículo 23 y 24 LC, que será objeto de anotación preventiva si no es firme, y de inscripción si es firme y de toma de razón en el Libro de Incapacitados. Lo cual está justificado, pues el único título a presentar a partir de entonces es el de la enajenación realizada por los administradores designados por el Juez, que si la resolución judicial es firme, no tiene porqué someterse al plazo de caducidad de las anotaciones preventivas, dada la regla general de inscripción voluntaria en nuestro derecho. Si no fuera firme, tendrán que presentar la resolución judicial que haya ganado firmeza, o en caso contrario, el título público que origine la liquidación deberá presentarse durante la vigencia de la anotación preventiva. PAU PEDRÓN plantea la posibilidad de que el Registro publique no sólo la apertura de la fase de liquidación, sino también el plan de liquidación, pues éste puede contener reglas de atribución de facultades dispositivas, por un lado y excepciones a la regla de enajenación por subasta, por otro, por lo que parece conveniente esa constancia registral como alternativa a la necesidad de que el plan se aporte junto con cada acto inscribible para comprobar si ese acto inscribible está ajustado o no a las previsiones del plan[28].

El objetivo de la fase de liquidación es la realización de los bienes de la masa activa del concurso para pagar todas las deudas del concursado que integran la masa pasiva, por ello, el artículo 146 LC nos dice que la apertura de la liquidación producirá, además de los efectos establecidos en el capítulo II del Título III , el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en créditos dinerarios, más que en dinero, como pone de manifiesto el profesor BLASCO GASCÓ, de los créditos que consistan en otras prestaciones[29]; si se trata de garantías reales, entiende DOMINGUEZ LUELMO, que dada

su especialidad, no precisan del efecto automático del vencimiento anticipado, de la misma manera que no se suspende en este tipo de créditos el devengo de intereses por la declaración de concurso. En cuanto a la capacidad de obrar del concursado se refiere, se suspenden sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, como dispone el artículo 145.1 LC, por lo que, cuando en virtud de la eficacia del convenio hubieren cesado los administradores concursales, el Juez los repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otros, una vez acordada la apertura de la liquidación. El efecto de la publicidad registral de la apertura de la fase de liquidación es el cierre del Registro a los actos del concursado que no hayan sido realizados por la administración concursal, conforme al artículo 40 y 145 LC.

En conclusión, éstos son los principales supuestos de hecho que plantean las relaciones del Concurso con el Registro de la Propiedad, y la aplicación a los mismos de las geniales aportaciones doctrinales de los autores citados a lo largo del artículo, con el propósito de que pueda ayudar al compañero a resolver las posibles dudas respecto. La práctica se encargará de demostrar el carácter incompleto del presente trabajo. □

Notas a pie de página

1. DOMINGUEZ CALATAYUD, V. Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal. BCNR nº 102. Abril 2004. Página 1252.
2. DOMINGUEZ CALATAYUD, V. Op Cit. Página 1240.
3. DOMINGUEZ CALATAYUD, V. Op Cit. Página 1240.
4. DOMINGUEZ CALATAYUD, V. Op Cit. Página 1241.
5. GARCÍA GARCÍA, J. M. Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil. V Edición. Thompson-Civitas. Pamplona 2006. Comentario al artículo 24 en nota 40. Página 2868.
6. MANZANO SOLANO A. y MANZANO FERNÁNDEZ M.M. Op Cit. Página 623.
7. ROCA SASTRE, R. M. Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. Derecho Hipotecario. BOSCH. Barcelona 2008, Tomo II, página 333.
8. PELAYO HORE. La angustiosa prioridad. RDP nº 421. 1952. Páginas 281 y 282.
9. CURIEL LORENTE, F. Actos inscribibles, capacidad y calificación en la nueva ley concursal. BCNR nº 118. Página 2475.
10. TAMAYO HAYA, S. Op Cit. Páginas 223 y 224.
11. SÁNCHEZ RUS H. y A. Comentario de la Ley Concursal, dirigida por Ángel Rojo y Emilio Beltrán. Madrid 2004. Página 543.
12. PAU PEDRÓN A. La publicidad registral del Concurso. Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola. Centro de Estudios Registrales. Madrid 2006. Página 2711.
13. CURIEL LORENTE, F. Aspectos Registrales de la nueva Ley Concursal. RCDI nº 679. Septiembre-Octubre 2003. Página 2705.
14. GARCÍA GARCÍA, J.M. Op Cit. Página 2868.
15. CURIEL LLORENTE, F. Op Cit. Página 2476.
16. GARCÍA GARCÍA, J.M. Op Cit. Comentario al artículo 55 número 73. Página 2882.
17. CURIEL LORENTE, F. Op Cit. Página 2730.
18. PAU PEDRÓN, A. Op cit en nota 11, página 2718.
19. PAU PEDRÓN, A. Op Cit en nota 11. Página 2723.
20. CURIEL LORENTE, F. Op Cit . PáginA 2735.
21. SÁNCHEZ RUS, H. y A. Op Cit, Página 1080.
22. DOMINGUEZ CALATAYUD, V. Op Cit. Página 1254.
23. PAU PEDRÓN, A. Op Cit en nota 11. Página 2724.
24. PAU PEDRÓN, A. Las limitaciones patrimoniales del concursado. Cuadernos de Derecho Registral. Colegio de Registradores. Madrid. 2004. Página 98.
25. GARCÍA GARCÍA, J.M. Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil. V Edición. Thompson-Civitas. Navarra 2006. Comentario al artículo 137 de la Ley Concursal. Página 2919.
26. DOMINGUEZ CALATAYUD, V. Op Cit. Página 1251.
27. GARCÍA GARCÍA, J. M. Op Cit. nota 224 comentando el artículo 178.1 LC. Página 2932.
28. PAU PEDRÓN, A. Op Cit en nota 25 Página 105 y 106.
29. DOMINGUEZ CALATAYUD, V. Op Cit. Página 1266.

por Inmaculada García Fabra. Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de B.M.

RESUMEN DEL INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE CALIFICACIÓN-SECCIÓN DE HIPOTECAS- SOBRE LA CALIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA TRAS LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2007 DEL ARTÍCULO 12 LH Y LAS CONSECUENCIAS REGISTRALES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2009

La ley 41/2007 de 7 de diciembre modificó el artículo 12 de la Ley hipotecaria de 8 de febrero de 1946, quedando redactado en los siguientes términos: "En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las clásulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización".

La nueva dicción del artículo derivó en controversias en orden a la forma de inscripción de las hipotecas y en orden a la calificación que sobre las mismas debía hacer el Registrador.

En esta línea, entendía la Comisión y entiende que debe ser superada la doctrina de la Dirección General que distinguía entre aspectos personales y reales de la obligación garantizada. Con la redacción dada al artículo 12 debe incluirse en la inscripción de la hipoteca todo el contenido de la obligación con la condición de que efectivamente integre la misma, bien porque influya en la determinación o cuantía, bien porque influya en la ejecución de la hipoteca por elevarse a causa de vencimiento anticipado, es decir, por tener trascendencia real.

Por otro lado, el problema que se planteaba a tenor de la dicción literal de artículo 12 en su párrafo 2º era si las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras debían ser transcritas literalmente sin previa califación de su validez. La Comisión, en informe elaborado el 17 de enero de 2008, defendió una interpretación del nuevo artículo 12 en el

sentido de entender que tanto el párrafo primero como el segundo se referían directamente al contenido de la inscripción de hipoteca y no al alcance de la calificación, y por tanto, el artículo 18 de la ley hipotecaria en modo alguno se veía sesgado por la dicción del artículo 12. Así pues, el artículo 18 de la ley hipotecaria continuaría imponiendo al Registrador el deber de calificar la validez de los actos dispositivos cuya inscripción se solicita, y por ende, el de las citadas cláusulas. Por ello, sólo debe denegarse el acceso al Registro de la Propiedad aquellas cláusulas que sean ininscribibles según norma hipotecaria, contrarias a norma imperativa o prohibitiva general o aquellas clásulas que hayan sido declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

A título ilustrativo, la Comisión ha elaborado una casuística de las citadas cláusulas que no deben constar en el asiento de hipoteca:

Pactos relativos a intereses ordinarios que redondeen el interés por encima del 1/8 de punto, que fijen la variación sólo al alza o que señalen un tipo de referencia no objetivo por incluir en todo o en parte el tipo de la propia entidad (disposición adicional 12ª ley 44/2002, art.1256 Cc, art. 10 LGDCU…).

Pactos referidos al pago de comisiones y compensaciones que excedan el máximo permitido por las normas que las regulan o los pactos que impongan al deudor el abono de gastos o impuestos cuyo pago corresponde por ley al acreedor (art. 89.3 LGDCU).

Pacto de vencimiento anticipado por no inscripción, no inscripción en plazo determinado o denegación parcial.

Pacto de vencimiento anticipado en caso de declaración en concurso de la parte prestataria (art. 61.3 ley concursal 22/2003).

Pacto de vencimiento anticipado en caso de enajenación o realización de actos dispositivos respecto de la finca hipotecada (art. 27 y 107.3 ley hipotecaria).

Pacto de vencimiento anticipado en caso de arrendamiento sin consentimiento del arrendador o con rentas bajas referidas a un baremo objetivo o en que se anticipen rentas, o cuando afecten a arrendamientos sujetos a purga (art. 27 ley hipotecaria, 219 y 175.2 reglamento hipotecario).

Pacto de vencimiento anticipado en caso de despacho de mandamiento de ejecución o embargo contra la finca hipotecada o contra la parte hipotecante (art. 131 y 133 ley hipotecaria).

Pacto de vencimiento anticipado en caso de disminución de patrimonio, riesgo de insolvencia, impago de otras obligaciones ajenas al contrato o existencia de cualquier acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario. Hay que matizar, no obstante, que serían inscribibles si la causa de vencimiento anticipado se supedita a la no aportación de la garantía complementaria pactada para el caso de superviniencia de una insolvencia objetiva.

Pacto de vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca "a juicio del prestamista o apreciada por perito vinculado a éste", si no se amplía la garantía a otros bienes. No obstante, sería inscribible si se objetiviza esa disminución (art. 1256 Cc y 85.3 LGDCU).

Cláusulas relativas a obligaciones accesorias del deudor, salvo que se garanticen con hipoteca o con cláusula de vencimiento anticipado.

Cláusulas de sumisión expresa al juez o tribunal distinto del que corresponda al lugar en que se encuentre el bien (art. 684 Ley enjuiciamiento civil).

Pacto comisorio (art. 1859 Cc).
Pacto de obtención de segundas copias con fuerza ejecutiva, poderes, fianzas….
Pacto de renuncia del deudor a la cancelación parcial (art 124 ley hipotecaria).

Con posterioridad al mencionado informe, la Dirección General en resolución de 24 de julio de 2008 interpretó que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado debían simplemente recogerse en el asiento de inscripción, aún cuando carecieran de trascendencia real, siempre que las cláusulas de trascendencia real hubieran sido calificadas favorablemente. Así, entiende el Centro directivo que la cláusulas de trascendencia real del párrafo 1º son objeto de calificación por el Registrador, mientras que las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado del párrafo 2º del artículo 12 no son objeto de calificación ni de propiamente inscripción, sino de mera transcripción a los efectos de una simple publicidad noticia.

No obstante, la Comisión, siguiendo las directrices del informe de enero de 2008, reitera en este nuevo informe su criterio. Defiende su postura en los términos antes vistos y además, hace una serie de matizaciones.

Se defiende que no cabe hablar de publicidad noticia en relación de las cláusulas financieras y demás de vencimiento anticipado; como se ha señalado, la calificación no se ve afectada por el tenor literal del párrafo 2º.

Las cláusulas de vencimento anticipado, en cuanto afectan a la duración de la hipoteca y pueden provocar la ejecución de la misma, y por otro lado, las cláusulas financieras, en cuanto establecen los criterios de determinación de la obligación asegurada, tienen trascendencia real.

Esta postura de la Comisión ha recibido un fuerte espaldarazo con la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, dictada en casación en un procedimiento promovido por la OCU contra algunas entidades financieras. A continuación analizaremos los puntos más destacados de la misma.

Si bien la regla general, conforme al artículo 84 LGDCyU, es denegar la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas cuya sentencia que así lo declarase constase inscrita en el Registro de condiciones generales de la contratación, la sentencia que nos ocupa llega a reconocer que siendo firme la misma, se permite la denegación de la cláusula por el registrador, aún antes de que se haya inscrito la sentencia en el citado Registro.

Las cláusulas no inscribibles no son sólo las declaradas de tal modo por la sentencia, sino áquellas en que existe una identidad de razón, criterio que debe adoptarse con prudencia.

En relación a las estipulaciones impugnadas, se hacen las siguientes consideraciones:

Cláusulas que deben denegarse por ser abusivas o contrarias a las normas:

Pacto de compensación de la deuda con cualquier crédito que el mismo deudor tenga con la entidad, el cual se considera una estipulación no financiera que carece de trascendencia real y por tanto se rechaza su inscripción, con independencia de su validez, y teniendo en cuenta que no sería válido especialmente si se refiere a la totalidad de un crédito indistinto de varios titulares.

Pacto de vencimiento anticipado del préstamo por cualquier embargo de bienes del prestatario o disminución de solvencia del deudor por cualquier causa, el cual se considera como no inscribible por abusivo, salvo en el caso de que se condicionase a la prestación de las garantías complementarias pactadas si se produce un supuesto de insolvencia objetivizado.

Pacto de vencimiento anticipado por prohibición absoluta de arrendar o de constituir un arrendamiento urbano de vivienda por plazo superior al mínimo legal de cinco años.

Prohibición de la facultad de enajenar, condicionada o absoluta.

Renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito o del préstamo.

Pacto de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias, el cual se considera no inscribible por abusivo, en tanto sólo se reconoce la validez de un vencimiento supeditado al incumplimiento de una obligación esencial; teniendo en cuenta que en la apreciación de uno u otro carácter debe atenerse a un criterio prudente.

Pacto de vencimiento anticipado del préstamo por falta de inscripción de la hipoteca por motivos ajenos al prestatario, el cual se considera no inscribible por abusivo.

Como claúsulas válidas e inscribibles, reconoce la sentencia las siguientes:

Pacto de cobertura hipotecaria en garantía de posibles costas de ejecución.

Pacto de liquidación unilateral por la entidad financiera;

Vencimiento anticipado del préstamo por impago de una sola cuota del mismo y vencimiento anticipado por arrendamiento urbano de vivienda por plazo inferior al mínimo legal de cinco años, o en que pacte una renta baja por debajo de baremos objetivos o con anticipos de rentas.

A modo de conclusión, reiteramos el espaldarazo que la sentencia da a la postura asumida por la Comisión. Así pues y desde un punto de vista de la mecánica registral, en la nota de despacho deberá constar con claridad que se ha inscrito el derecho real de hipoteca y que se han hecho constar en el asiento las cláusulas financieras y las de vencimiento anticipado conforme a lo dispuesto en el artículo 12 LH, en los términos anteriormente expuestos. Por tanto, la denegación de las cláusulas pertinentes, no impedirá la inscripción de la hipoteca. Y sólo en el caso de que la entidad acreedora no consintiera la inscripción parcial y pretendiera la inclusión de las cláusulas cuya inscripción se deniega, habría de denegarse la inscripción entera de la hipoteca. □

por Guillermo José Dromant Jarque. Registrador de la Propiedad

LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO Y LA DIVISIÓN HORIZONTAL TUMBADA

(Revista La Buhaira, nº 217, Febrero y Marzo 2010)

Antonio Camella Gaminde, Registrador de la Propiedad, analiza en este trabajo una importante problemática práctica que se plantea en sede de fincas calificadas como suelo no urbanizable, y, al respecto, expone:

Con relativa frecuencia se presentan en el Registro escrituras de división horizontal tumbada sobre una finca indivisible, calificada como suelo no urbanizable, en cuyo interior se levantan dos o más edificaciones destinadas a vivienda familiar, las cuales, por lo general, son preexistentes al otorgamiento del título constitutivo, y no inmersas en situación de fuera de ordenación.

La finca, que catastral y registralmente es una sola, por lo general, pertenece pro indiviso a varios titulares, los cuales, a través de este mecanismo, cesan en la proindivisión, con adjudicación de las viviendas y del uso exclusivo de una porción de terreno adyacente, manteniendo como elementos comunes el suelo y el vuelo, además de los caminos de acceso a la vía, y los internos de la finca, si bien el suelo restringido por el uso privativo atribuido a cada entidad.

Sobre la validez o no de tal actuación, parece que, en principio, la respuesta debe ser negativa, por varias razones:

1. PROHIBICIÓN DE QUE EN EL SUELO NO URBANIZABLE SE REALICEN PARCELACIONES URBANÍSTICAS.

Así, la DGRN, en diversas Resoluciones, afirma que el Legislador, desde la Ley del Suelo de 1956, sujeta a licencia las parcelaciones urbanísticas, aunque dejando sin definir qué se entiende por tales, con referencias a la formación de un núcleo de población, en la forma que reglamentariamente se determine, tarea en la que los Reglamentos se han remitido a los instrumentos de ordenación.

Por su parte, el art 259-3º TRLS de 26 Junio 1992, declarado expresamente vigente por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997, imponía a los Notarios y Registradores la obligación de exigir la obtención de licencia, o declaración de su innecesariedad, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, sin referencia a que implicaren una parcelación urbanística, y con independencia de cuál fuera su clase.

Parece, por ello, conveniente delimitar el concepto de parcelación urbanística.

Al respecto, el art 79 RD 1093/1997, al referirse a divisiones o segregaciones realizadas en suelo no urbanizable, señala que pueden entenderse por tales los supuestos en que "por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas, surgiere duda fundada sobre creación de un núcleo de población, en los términos señalados por la legislación o por la ordenación urbanística aplicable".

2. LA SEGUNDA RAZÓN VIENE DADA POR EL HECHO DE QUE EN SUELO NO URBANIZABLE NO PUEDEN REALIZARSE DIVISIONES O SEGREGACIONES DE SUPERFICIE INFERIOR A LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO O FORESTAL, BAJO SANCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA.

El art 24 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias señala:

1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.
2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior.
3. La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por Ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos.

El Tribunal Supremo interpreta de forma rigurosa la prohibición, con la consiguiente sanción de nulidad de los actos y contratos que la contravengan, independientemente de que el suelo se halle o no cultivado. En este sentido, la Sentencia de 18 de Marzo de 2009 señala que el art 24 de la Ley de 4 de Julio de 1995 constituye uno de los límites que conforman el régimen normal y ordinario del derecho de propiedad, consecuencia de la función social de la misma, en armonía con el art 33-2º de la Constitución, límites tanto más justificativos cuanto que sirven al objetivo de modernización del sector agrario. La ley está dirigida a impedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas, y no exige que estén cultivándose, lo que, por otro lado, no resultaría razonable, porque, entonces, bastaría dejar de cultivar la finca para que pudiera tener lugar la división.

3. El tercer argumento se encuentra en el art 17-2º del Real Decreto Legislativo de 20 de Junio de 2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, el cual no permite divisiones o segregaciones de fincas que, en general, no se ajusten a la legislación aplicable y a la ordenación territorial y urbanística.

Dicho precepto dispone:

«La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística.

Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.

En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable.

El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción.

Los notarios y registradores de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles».

Ahora bien, el autor plantea que el interés de estas reflexiones radica en contrastar el peso de los argumentos anteriores con el supuesto fáctico al que se aludía al principio, esto es, la constitución de una propiedad horizontal tumbada sobre finca calificada como no urbanizable, y en la que ya se encuentran ubicadas edificaciones preexistentes, y si realmente existen razonamientos que debiliten la solidez de dichos argumentos:

1. El art 25 de la Ley de 4 de Julio de 1995 permite la división o segregación cuando la porción segregada se destina, de modo efectivo, durante el año siguiente, a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la ordenación urbanística, y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción en los plazos establecidos en la propia licencia, de conformidad con dicha legislación.

Por ello, si puede excepcionarse la prohibición de la segregación de una porción de terreno de extensión inferior a la de la Unidad Mínima de Cultivo, por la previsión de ser destinada a una futura construcción o edificación permanente, con mayor razón podría aplicarse esta excepción a aquellos supuestos en los que la edificación o construcción ya existiera y reuniera los requisitos exigidos por la legalidad urbanística.

En el fondo, lo que se considera ilegal es, como recoge el art 183-3º del TR de la Ley de Urbanismo de Cataluña de 26 de Julio de 2005, toda división o segregación que facilite, o tenga por finalidad facilitar, la construcción de edificaciones o la implantación de usos que no estén permitidos en suelo no urbanizable.

2. La constitución de una división horizontal tumbada sobre una sola finca, en la que las entidades vienen determinadas por el número de viviendas preexistentes, y por el derecho al uso privativo de una porción de terreno, el cual no deja de ser elemento común, al igual que el vuelo, no constituye una operación de fraccionamiento, y, por ende, queda fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre división y segregación de fincas.

Así, la RDGRN de 3 de Diciembre de 2009, recogiendo las tesis de la de 10 de Diciembre de 2003, señala que la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca, o derecho de vuelo, que le sirve de soporte, no puede equipararse al complejo inmobiliario privado, pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, al no producirse alteración de la forma, superficie o linderos.

Bajo el calificativo de "tumbada" que se aplica a la propiedad horizontal, continúa diciendo la DGRN, pueden cobijarse dos tipos:

a) LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS, en los que la formación de fincas que pasan a constituir elementos privativos, en cuanto crean nuevos espacios de suelo objeto de propiedad totalmente separada, a los que se vincula en comunidad "ob rem" otros elementos, que pueden ser tanto porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación, a los efectos de exigir la oportuna licencia o declaración municipal de su innecesariedad.

b) LAS PROPIEDADES HORIZONTALES ESTRICTU SENSU, en las que el suelo es elemento común, y se adjetivan como tumbadas tan sólo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales, sino que se sitúan en el mismo plano horizontal, la solución debe ser la contraria, no siendo por ello necesaria la obtención de licencia de parcelación.

3. El art 17-3º del TR de la Ley del Suelo de 2008, de aplicación plena en todo el territorio nacional, según la Disposición Final 1ª, excepciona claramente el párrafo 2º antes citado, permitiendo las divisiones horizontales tumbadas así constituidas, al disponer:

"La constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de ésta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior". □

◄ DISPOSICIONES ESTATALES ►

♦ CONCURSO REGISTROS VACANTES

RESOLUCIÓN de 5 de mayo de 2010 (BOE 14/05), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se resuelve el concurso ordinario nº 279 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 12 de marzo de 2010, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

♦ MEDIDAS CRISIS

REAL DECRETO-LEY 8/2010, de 20 de mayo (BOE 24/05), por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

♦ CORRECCIÓN DE ERRORES

del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE 25/05), por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

♦ SERVICIOS DE PAGO

REAL DECRETO 712/2010, de 28 de mayo (BOE 29/05), de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

◄ DISPOSICIONES AUTONÓMICAS ►

♦ COMUNIDAD VALENCIANA – ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

LEY 3/2010, de 30 de abril (DOGV 7/05), de la Generalitat, de Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana.

♦ COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA – VIVIENDA

LEY FORAL 10/2010, de 10 de mayo (BOE 31/05), del Derecho a la Vivienda en Navarra.

♦ COMUNIDAD VALENCIANA – MEDIDAS ANTICRISIS

DECRETO LEY 2/2010, de 28 de mayo (DOGV 31/05), del Consell, de medidas urgentes para agilizar el desarrollo de actividades productivas y la creación de empleo.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana