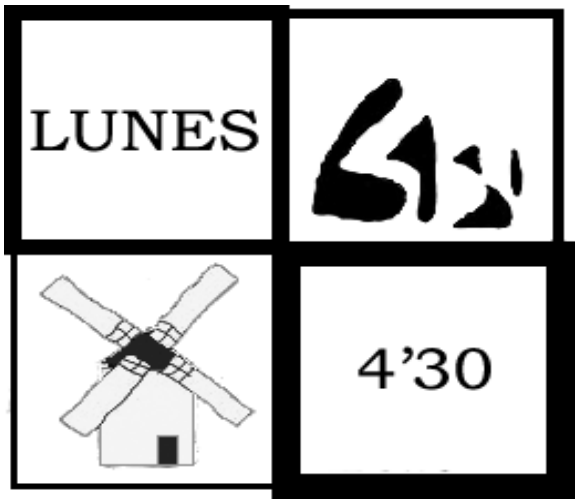
LUNES 4,30

Revista de asuntos registrales

Año XXIII - Núm. 483 - septiembre, 2010



septiembre2010 **Nº483**

Sumario

02 Resoluciones
por ***Silvino Navarro y Francisco Molina***.

07 Sentencias
por ***Alicia Mª de la Rúa Navarro***.

15 Academia
"Las inscripciones derivadas del Procedimiento Ejecutivo Hipotecario"
por ***Begoña Longas***.

40 Academia
"Visión actual del ius ad rem, dº reales in faciendo y obligaciones propter rem y sus relaciones con el Registro de la Propiedad como anexo al t. 29 de civil"
por ***Víctor J. Prado***.

45 Reseña Legislativa
BOE-DOGV 1-31 de agosto 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 Silvino Navarro y Francisco Molina. Registradores de la Propiedad

RDGRN de 17 de mayo de 2010 (BOE 05/07/10)

Anotación preventiva de crédito refaccionario

Una cooperativista que ha causado baja en la Cooperativa de viviendas a la que pertenecía pretende anotar preventivamente a su favor el crédito derivado de su aportación a dicha Cooperativa como un crédito refaccionario. La registradora deniega la solicitud por varios motivos. Entiende que los documentos privados presentados no tienen las firmas legitimadas como exige el art 155 RH. Considera que falta el concurso de todos los interesados en la solicitud, el acuerdo de valoración de las fincas y además que es necesaria o bien la escritura pública o bien resolución judicial al existir hipoteca inscrita sobre la finca objeto de refacción, art 61 LH y 155 RH. Además entiende que no se trata de un crédito refaccionario.

Finalmente señala que aunque fuera un crédito refaccionario la legislación sobre cooperativas impone una responsabilidad personal por las deudas de la cooperativa al cooperativista que cause baja durante cinco años chocando la preferencia del antiguo cooperativista a través de la anotación preventiva sobre los posibles terceros acreedores de dicha cooperativa. La DGRN confirma la calificación de la registradora y se centra en si estamos o no ante un crédito refaccionario que pueda dar lugar a la anotación preventiva.

Resuelve que NO basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La citada jurisprudencia señala que para que podamos hablar de un crédito refaccionario es suficiente la existencia de cualquier contrato, sea o no de crédito, que suponga un incremento de valor en el bien objeto de refacción como consecuencia de la contribución directa a la construcción, reparación, conservación o mejora de un bien inmueble. Pese a la amplitud del concepto, la aportación al capital de una cooperativa que adquiere una finca pero que ni siquiera declara la obra nueva en construcción no cabe dentro de él. Se produce un incremento del patrimonio de la cooperativa pero no un incremento del valor del bien objeto de refacción que es la característica del crédito refaccionario. Además reitera lo dicho por la registradora sobre la legislación de cooperativas en el caso de que el crédito fuera refaccionario.

Silvino Navarro

RDGRN de 19 de mayo de 2010
(BOE 05/07/10)

Reparcelación. Jerarquía normativa

Se presenta un certificado administrativo aprobando un Proyecto de Reparcelación basado en un Plan Parcial que vulnera el Plan General Municipal, el acuerdo del consejo de ministros en ejecución del art 130 de la ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y de orden social y el Decreto 26/2009 de la Junta de Andalucía. Las normas vulneradas por el Proyecto y el Plan Parcial declaran parte de la zona reparcelada como suelo no urbanizable de especial protección por contaminación radiológica.

El registrador deniega la inscripción basándose en los principios de legalidad y jerarquía normativa ya que se vulneran las normas anteriormente mencionadas. La DGRN confirma la calificación porque entiende que ésta ha de determinar si el hecho cuya inscripción se pretende es o no conforme con la legalidad vigente.

Los planes de ordenación forman parte de esa legalidad y deben ser tenidos en cuenta por el registrador, no existiendo por tanto extralimitación en la calificación. También entiende la Dirección General que no puede alegarse una permisibilidad de un Plan Parcial que ignora obligaciones impuestas por una normativa superior, como es la derivada de una ley.

Silvino Navarro

RDGRN de 8 de mayo de 2010
(BOE 16/07/10)

Incapacitado: autorización para enajenar y aplicación del precio obtenido

Se suspende la inscripción de una escritura de compraventa, dado que uno de los titulares transmitentes es un incapacitado sujeto a patria potestad rehabilitada, y, si bien el título lo ha otorgado la titular de dicha patria potestad rehabilitada, actuando con la pertinente autorización judicial, no consta que haya acreditado ante el Juzgado la reinversión del precio obtenido.

La DG considera que la prevención introducida en el auto en virtud del cual se concede la autorización para enajenar, y, según la cual, la madre titular de la patria potestad rehabilitada debe justificar ante el propio Juzgado la reinversión de la cantidad obtenida, debe interpretarse en el marco de las medidas de aseguramiento que el Juez puede adoptar bajo su responsabilidad, en orden a verificar que se cumple la especial finalidad que justifica la concesión de la autorización. Precisamente por ello, el control del cumplimiento de la

reinversión queda en el ámbito de actuación y responsabilidad del Juez, sin que pueda, en ningún caso, considerarse requisito para la inscripción.

Francisco Molina

RDGRN de 11 de mayo de 2010 (BOE 16/07/10)

Anotación preventiva. Prorrogada antes de la entrada en vigor de la LEC 2000. Caducidad

Practicada anotación preventiva de demanda, y prorrogada su vigencia antes de la entrada en vigor de la actual LEC, se pretende su cancelación por caducidad, aplicando la reiterada doctrina de la DGRN, mediante la justificación del transcurso de más de seis meses desde la finalización del procedimiento por aportación de testimonio de una Sentencia del Tribunal Supremo del año 2008.

Sin entrar a valorar si la postura mantenida por la DG para las anotaciones de embargo, admitiendo la aplicación analógica el art. 157 LH, es trasladable a las anotaciones de demanda, lo cierto es que la Sentencia del Tribunal Supremo cuyo testimonio se aporta se limita a confirmar un auto dictado en ejecución de Sentencia, requiriendo a la parte demandada para que otorgue escritura de venta, y, en tales términos, en tanto que no se suple judicialmente la voluntad del demandado, lejos de acreditar la finalización del procedimiento, justifica la no finalización.

Francisco Molina

RDGRN de 13 de mayo de 2010 (BOE 16/07/10)

Propiedad horizontal. Rectificación. Error

En el Registro consta un elemento de una urbanización, configurada como "propiedad horizontal tumbada" o complejo inmobiliario, inscrito formalmente a nombre del constituyente de la propiedad horizontal, si bien en el cuerpo de la inscripción se determina que tal elemento pertenece por cuotas indivisas y como anejo inseparable a los titulares de los elementos privativos. Ahora, una sociedad civil particular, encargada de la gestión y administración del complejo, solicita la rectificación de la inscripción, entendiendo que existe un error material, con la inscripción de la finca como elemento común, considerando el Registrador que el error lo es de concepto, de modo que la subsanación requiere el consentimiento del titular registral.

La rectificación que se pretende modifica, y de qué modo, el sentido general de la inscripción, de manera que no se podría considerar el error como material, sino de concepto. No es erróneo practicar la inscripción a nombre del promotor/constituyente de la propiedad horizontal, sino perfectamente concorde con el art. 8·4 in fine LH, ni que el cuerpo de la inscripción haga constar la vinculación ob rem entre cuotas indivisas de la propiedad de la finca en cuestión y la titularidad de los elementos privativos, sino que, simplemente, la titularidad inscrita a nombre del constituyente ya no es actual y se debe completar con las inscripciones vigentes de los elementos privativos. Y, en cuanto a la pretensión de inscripción como elemento común, no deriva del título inscrito tal naturaleza, y, si bien ésta se puede modificar, requerirá del consentimiento unánime de los titulares de elementos privativos, por implicar una modificación del título constitutivo.

Francisco Molina

RDGRN de 1 de junio de 2010 (BOE 16/07/10)

Propiedad horizontal. Modificación de estatutos: unanimidad. Gananciales

Por escritura se formaliza la venta de un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal, y se aprovecha para modificar los estatutos, en el sentido de permitir al comprador instalar una salida de humos. Para ello, el vendedor y el comprador, como únicos titulares de todos los elementos de la división horizontal, se constituyen en junta y adoptan el pertinente acuerdo. Entiende, no obstante, el Registrador, que, estando casado el vendedor en régimen de la sociedad legal de gananciales, y constando uno de los elementos privativos de que es titular, inscrito precisamente con carácter ganancial, se requiere del consentimiento del cónyuge, o de sus herederos, como acto "uti singuli", por imperativo del principio de tracto sucesivo.

La DG recurre a su doctrina para distinguir entre actos colectivos, no imputables a cada propietario singular de elementos privativos, sino a la Junta, y actos que, afectando al contenido esencial del derecho de dominio, requieren del consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, manifestado en documento público. En el presente caso, la modificación estatutaria constituye un acto colectivo de la Junta, de modo que el Registrador puede calificar si se han cumplido los requisitos pertinentes para la adopción del acuerdo, pero no puede extenderse más allá. La cuestión entonces se traslada a si el acuerdo está correctamente adoptado, cuando ni ha comparecido, ni se ha notificado el tal acuerdo al cónyuge del vendedor, o a sus herederos. Acude la DG para resolverlo al régimen de los elementos privativos de la propiedad horizontal pertenecientes a una comunidad ordinaria, en la que cada comunero no tiene derechos separados ante la comunidad del edificio, sino que operan como una unidad, a modo de comunidad no dividida, sin perjuicio de las

relaciones internas entre ellos. En el caso, el cónyuge habría fallecido, sin acreditarse ésto, ni la condición de herederos de los restantes intervinientes en la adopción del acuerdo, ni la representación conferida por quienes resulten ser los herederos a los efectos de intervenir en la Junta, pero el Registrador no ha apreciado defecto en la formación de la junta y adopción del acuerdo, sino sólo en la necesidad de consentimiento singular, por lo que la DG no entra a resolver sobre este punto, después de haberlo planteado. □

Francisco Molina

Sentencias

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2009. Testamento en peligro de muerte: manifestación de voluntad.

Ponente: Roca Trías, Encarnación.

Artículos citados: 671, 672, 679, 695 y 700 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 27 de marzo de 2001 D. A, ingresado en la UCI del Hospital, quiere otorgar testamento. El médico requiere a cuatro personas para oír al testador y presentes cinco testigos, el enfermo declara que quiere que su última voluntad sea la que había manifestado en su domicilio unos días antes a la oficial de la Notaría de X, quien había recogido en unas notas las previsiones sucesorias del causante, sin que se llegaran a elevar a testamento debido a la mala salud del declarante. Se extiende un documento, que figura sólo en fotocopia, en el que consta: "D. A desea que se cumpla el borrador que existe en la Notaría de X con Dª B. Este documento lo firma en la UCI del Hospital General en presencia del personal sanitario de guardia. 27-3-2001". Figura la firma muy desfigurada de D. A, quien fallece 22 horas después de este acto.

2º.- Dª C insta la protocolización de este documento, como testamento otorgado en peligro de muerte, por medio de expediente de jurisdicción voluntaria. El auto del Juzgado de 1ª Instancia accede; la Audiencia Provincial revoca este auto por falta de manifestación de última voluntad del testador ante los testigos.

3º.- Dª C presenta demanda contra D. D, Dª E y Dª F, posibles herederos, solicitando que se declare válido el testamento otorgado en inminente peligro de muerte por D. A y que se ordene su protocolización.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo señala que la forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria, por lo que no se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de testamentos en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código civil para cumplir las finalidades indicadas. Sin embargo, el problema real del presente caso no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que se discute si existió o no auténtica voluntad testamentaria.

El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el art.

700 C.c., constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. El art. 679 C.c. define este testamento de la siguiente manera: "Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone" y el art. 700 C.c. dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, "puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario". Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el art. 695 C.c., que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento.

En el presente caso, el difunto declaró que quería que valiera un pretendido borrador, que ni tan solo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de Notaría, a la espera de otorgar testamento. Por tanto, los testigos no oyen todas las disposiciones que verdaderamente constituyen la voluntad del causante. Además, el art. 672 C.c. no admite los testamentos per relationem, en los que se oculta la voluntad testamentaria con referencia a papeles privados, al establecer que "Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo", de modo que solo la existencia de forma permitiría la validez de este tipo de disposiciones testamentarias, lo que no ocurre en este caso, en que lo que hay es un documento informático sin las formas exigidas por el Código Civil para su validez como testamento.

En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2009. Comunidad de bienes: interdicto de obra nueva; coposesión del todo entre copropietarios.

Ponente: Roca Trías, Encarnación.

Artículos citados: 350, 394 y 446 del Código Civil; 250 LEC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- D. A, D. B y D. C adquieren por título sucesorio la copropiedad de la finca X, vendiendo D. C su respectiva participación a la sociedad D, S.A., dedicada a explotaciones mineras.

2º.- D, S.A. obtiene unos permisos para construir unas cintas transportadoras de mineral, que ocupan el subsuelo de la finca X.

3º.- D. A y D. B ejercitan acción de suspensión de obra nueva contra la copropietaria D, S.A.

4º.- El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. La demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo parte del art. 350 C.c., conforme al cual "el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo

que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvadas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía"; y ello implica que cuando existen diversos copropietarios, todos ellos estarán beneficiados por dicha norma, es decir, serán propietarios de la superficie y de lo que está bajo ella. No puede admitirse, en consecuencia, que cuando cada uno de los comuneros tenga una actividad económica diferenciada, se produzca una especie de división en razón de las utilidades económicas que la cosa proporciona a cada uno de ellos.

El art. 394 C.c. permite a cada copartícipe "servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho". La copropiedad subsiste al no haberse producido la división, y cuando hay copropiedad, existe coposesión, de acuerdo con el art. 445 C.c., por lo que ambos copropietarios poseen el todo, a no ser que hayan pactado las distintas utilidades y, por tanto, la posesión individual o uso exclusivo de partes de la misma cosa, lo que no consta que haya ocurrido en el caso objeto del litigio.

Por otro lado, y aunque los demandantes se dedicaran a explotación agraria, en virtud de lo ya señalado, por tratarse de coposeedores y no haberse pactado entre ellos las facultades que cada uno podía ejercitar en el terreno en copropiedad, se ha producido claramente una perturbación o perjuicio a los mismos.

Por lo expuesto, se desestima el recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2009. Acción declarativa de dominio: cesión de solar a cambio de obra futura.

Ponente: Roca Trías, Encarnación.

Artículos citados: 609 y 1095 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Dª A y los hermanos D. C y D. D acuerdan la cesión de la parte de una finca, adquirida por aquélla en copropiedad por herencia, a favor de éstos, a cambio del 23% de las viviendas que van a construir, mediante documento privado de 10 de febrero de 1969, acordándose que se otorgaría la escritura pública cuando las viviendas estuviesen en condiciones de ser entregadas.

2º.- El 15 de noviembre de 1971 el otro hermano, D. B, otorga otro contrato de similares características con los mismos promotores, a cambio del 27% de las viviendas construidas en relación a su cuota en el terreno en copropiedad con Dª A.

3º.- Las viviendas construidas en las parcelas son 118, por lo que de acuerdo con los porcentajes establecidos en los respectivos contratos, corresponden a Dª A 14 viviendas y a su hermano D. B 16, en total 30, entregándose a sus herederos, por haber ellos fallecido, 7 y 23 pisos, respectivamente.

4º.- El 19 de diciembre de 1974 Dª A y D. B otorgan, junto a D. C y D. D, escritura por la que aquéllos venden dicha finca a HERMANOS E, S.A.

5º.- Debido a una serie de desavenencias en la ejecución del

contrato, D. D intenta en 1982 un acto de conciliación con los herederos de Dª A, ofreciendo la entrega de las llaves de los 7 pisos que aún faltaba por adjudicar, negándose éstos a recibirlos.

6º.- Los herederos de Dª A demandan a D. C y D. D y HERMANOS E, S.A., ejercitando acción declarativa de dominio sobre 7 pisos.

7º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia en apelación. La demandada HERMANOS E, S.A. formula recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Frente a la alegación de error por la demandada en el acto de conciliación, al considerar que en realidad ya había entregado los 30 pisos a que estaba obligada, aunque entregara 7 correspondientes a Dª A a los herederos de D. B, algunos de los cuales lo eran también de Dª A, lo rechaza el Tribunal Supremo por no haber quedado acreditado.

La cuestión principal en el recurso de casación se centra en los arts. 609 y 1095 C.c., que recogen el sistema del título y el modo para la adquisición de la propiedad.

El art. 609 C.c. exige para la adquisición de la propiedad, el título y el modo, es decir, la causa de la transmisión, el título, y la entrega. Por ello, el art. 1095 C.c. dirá que el acreedor "no adquirirá derecho real" sobre la cosa "hasta que le haya sido entregada". Sin traspaso posesorio no existe transmisión, aunque haya título. Para que se produzca la adquisición de la propiedad, el Código civil admite algunos sistemas no materiales de traspaso posesorio, tal como se establece en los arts. 438 y 1462, 163 y 1464 C.c., de modo que lo que debe cumplirse es la exigencia del art. 1462 C.c. de que la cosa "se ponga en poder y posesión del comprador", regla coincidente con la del art. 438 C.c., que admite que se ha adquirido la posesión cuando la cosa o derecho queden sometidos a la acción de la voluntad de quien adquiere la posesión.

Este esquema inicial debe completarse con otro elemento: deben coincidir la voluntad de quien entrega y la de quien recibe, de modo que el efecto traslativo de la entrega sólamente tiene lugar cuando ambas concuerdan.

En el presente caso, la cesión de solar a cambio de unos pisos o locales en los inmuebles a edificar se realizó en documento privado, constituyendo este contrato el título de los demandantes para la adquisición de la propiedad de los pisos, físicamente inexistentes en el momento del otorgamiento del contrato. La constructora demandada entregó siete de los catorce pisos que les correspondían, y sobre estos siete pisos los demandantes adquirieron la propiedad. Respecto a los otros siete, la entrega de sus llaves fue rechazada por los demandantes en el acto de conciliación, por lo que no se ha producido una entrega traslativa y, en consecuencia, los demandantes, herederos de Dª A, no han adquirido la propiedad. Así, éstos tienen el título a su favor, el contrato de permuta de solar por obra nueva, pero carecen de modo, al no haberse efectuado la tradición.

Como consecuencia de todo ello, los demandantes no podían ejercitar ninguna acción declarativa de dominio, porque ésta tiene como finalidad la declaración de que el demandante es el propietario de la cosa frente a quien le discute este derecho o se lo atribuye, y en este caso no habían adquirido los demandantes la propiedad de los pisos que se reclaman. Lo que procede es interponer

una acción para pedir el cumplimiento del contrato.

Por lo expuesto, se estima el recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2009. Doble venta: falta de buena fe. Resolución contractual extrajudicialmente.

Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier.

Artículos citados: 433 y 1473.2º del Código civil; 34 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 2 de junio de 2000 se celebra contrato privado de compraventa entre Dª A, como vendedora, y la entidad mercantil B, S.L., como compradora, sobre dos fincas debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, por precio de 50.000.000 ptas., de los cuales tres millones se pagan a la firma del contrato y para el resto se estipula su pago en tres tramos a contar desde que se otorgue la correspondiente escritura pública una vez la vendedora entregue determinada documentación, no obstante lo cual el 12 de septiembre de 2000 y 16 de enero de 2001 la entidad compradora entrega a la vendedora 500.000 ptas. y 200.000 ptas., respectivamente, a cuenta del pago pendiente. La sociedad compradora no llega a tomar posesión de las fincas.

2º.- El 20 de junio de 2001, Dª A efectúa a B, S.L. requerimiento notarial en virtud del cual se expone que "ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos pactados en el apartado f) de la estipulación segunda de dicho contrato, el mismo queda rescindido (sic), quedando en consecuencia a su disposición la suma de 3.700.000 ptas.". Dicho requerimiento es contestado por B, S.L. el 28 de junio de 2001 rechazando la resolución del contrato.

3º.- El 22 de octubre de 2001, Dª A otorga escritura pública de compraventa de las expresadas fincas a favor de C, S.L. por precio de 70.000.000 ptas.

4º.- En esa misma fecha, se practica acta de requerimiento contra la entidad B, S.L. para que se dé por notificada de la anterior compraventa e insistiendo en la resolución del contrato privado de compraventa de 2 de junio de 2000, requerimiento nuevamente contestado oponiéndose a la resolución e instando a la vendedora a proceder a la anulación de la compraventa posterior.

5º.- El 31 de octubre de 2001, B, S.L. requiere a C, S.L. exponiéndole que "como bien sabe y conoce y así se le ha comunicado con anterioridad, las fincas le fueron vendidas" a ella con anterioridad, por lo que se le requiere para que proceda a la inmediata anulación de su escritura de compraventa, así como a evitar o anular cualquier tipo de inscripción registral.

6º.- El 17 de diciembre de 2001 se practica la inscripción registral de las fincas enajenadas a favor de C, S.L.

7º.- La entidad B, S.L. presenta demanda contra Dª A, la entidad C, S.L. y el Banco D, solicitando que se declare la validez y eficacia de la compraventa a su favor realizada en documento privado de 2 de junio de 2000 y liquidado el 5 de junio de 2000; la nulidad de la compraventa de 22 de octubre de 2001 entre Dª A y la entidad C, S.L.; y se ordene la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales; y, subsidiariamente, se condene a Dª A a la devolución de 3.700.000 ptas. y a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

8º.- El Juzgado de 1ª Instancia estima la demanda, siendo su sentencia confirmada por la Audiencia Provincial en apelación. La entidad C, S.L. presenta recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo se plantea, en primer lugar, la posible resolución del primer contrato de compraventa de 2 de junio de 2000. Una resolución se produce extrajudicialmente por acuerdo de las partes, pero si no hay acuerdo y tanto más si hay oposición, se precisa la declaración judicial de que está bien hecha y los efectos de la resolución serían ex tunc, para lo cual hace falta el ejercicio de la acción, en demanda o en reconvención. En el presente caso, no ha habido acuerdo extrajudicial, ni declaración judicial, ni ejercicio de la acción que llevara a ella, por lo que debe concluirse que no se ha producido la resolución del contrato de compraventa de 2 de junio de 2000.

En segundo término, se plantea la existencia de doble venta. La doble venta, regulada en el art. 1473 C.c., se da cuando el propietario vende la misma cosa a varios compradores, disponiendo dicho precepto cuál de ellos tiene la preferencia en la adquisición de la misma, quedando ineficaz la otra: si la cosa es inmueble, la adquiere el que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que presupone que antes hubo tradición real o instrumental por la escritura pública, siempre y cuando haya mediado buena fe por su parte.

En tercer lugar, se plantea el concepto de buena fe aplicable al caso de la doble venta. Dicho concepto consiste en ignorar que la cosa había sido vendida a otro. No es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento: el creer o ignorar si la situación registral es o no exacta, respecto a la titularidad registral. Consiste, en su aspecto positivo, en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente. La exigencia de la buena fe al caso de doble venta de inmuebles prevista en el art. 1473.3 C.c., que no la contempla expresamente, se deduce de los principios generales del derecho -ejercicio de los mismos de buena fe- y de relacionar esta norma con el art. 34 LH.

En el presente caso, la sociedad adquirente conocía la anterior venta a otra sociedad y esto significa que tenía mala fe en su adquisición e inscripción en el Registro de la Propiedad a sabiendas de la anterior venta a otra sociedad. En cuanto al momento en que debe concurrir el presupuesto de la buena fe, es el del otorgamiento del título público que luego se inscribirá; lo que responde al texto del art. 34 LH: "... de buena fe adquiera...", y así ha sido declarado en este caso por las sentencias de instancia .

No es obstáculo el que en la primera compraventa no hubiera tradición real o ficticia. Precisamente por ello se da el caso de la doble venta del art. 1473 C.c.; si se hubiera producido la tradición, la segunda venta a C, S.L. hubiera sido una venta de cosa ajena, en la que hubiera faltado el presupuesto de la buena fe en esta sociedad, básico para la aplicación del art. 34 LH.

En conclusión, aquél que inscribió sin la concurrencia de la buena fe no deviene propietario y si el que compró anteriormente de buena fe no recibió la entrega de la cosa, tiene derecho a que se le dé la posesión y a la elevación a escritura pública del contrato que celebró en documento privado, con la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad deviniendo así çpropietario.

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

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009. Compraventa: resolución por impago del precio; diferencia en la cabida de los inmuebles objeto del contrato.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 1471.2 y 1502 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 20 de enero de 2003 se celebra contrato de compraventa en documento privado entre A, S.L. y B, S.L., en cuya virtud la primera vende a la segunda tres solares colindantes por un precio total de 549.910,89 euros, fijándose en el contrato los linderos de cada uno y su extensión superficial; se pacta un primer pago de 90.151,82 euros para el 20 de abril de 2003 mediante entrega por la entidad compradora de un pagaré, que no se hace efectivo, y el resto del precio se pagaría en el momento de otorgamiento de la escritura pública, acto que tendría lugar en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha del visado por parte del Colegio de Arquitectos del proyecto de ejecución de la promoción de la construcción que se proponía efectuar la parte compradora.

2º.- El 30 de julio de 2003 se intenta por la parte vendedora efectuar el requerimiento resolutorio previsto en el art. 1504 C.c. por falta del pago inicial por parte del comprador, sin que pueda realizarse al encontrarse cerrado el domicilio de la mercantil compradora, y efectuándose finalmente a la legal representante de B, S.L., quien contesta oponiéndose a dicho requerimiento y alegando un defecto de cabida de los solares ya que, según el contrato, sumaban 1313,22 m² mientras que en el Registro de la Propiedad aparecían con una extensión de 972,50 m², existiendo por tanto una diferencia de 340,72 m².

3º.- El 21 de agosto de 2003 se produce nuevo requerimiento de la vendedora en igual sentido que igualmente es rechazado.

4º.- A, S.L. interpone demanda contra B, S.L., solicitando que se declare que ésta ha incumplido su obligación de pago del precio, y se declare resuelto el contrato por tal causa. La entidad demandada formula reconvención interesando que se declare la nulidad del contrato de compraventa y, subsidiariamente, su resolución por incumplimiento de la parte vendedora, y además se condene a ésta a indemnizarle los daños y perjuicios causados.

5º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, desestimando la reconvención. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. La demandada recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La recurrente alega que su incumplimiento en el pago del precio estaba justificado por el incumplimiento

de la parte vendedora, por cuanto en el contrato se había determinado una superficie conjunta de los tres solares objeto de venta de 1.313,22 m², mientras que en el Registro de la Propiedad figuraban con una extensión superficial de 972,5 m² y la superficie real según medición pericial era de 1.281,66 m², por lo que podía acogerse a lo dispuesto en el art. 1502 C.c. en relación con el 1471.2.

Sin embargo, el art. 1502 C.c. contempla un supuesto diferente al planteado ya que se refiere a los casos en que, producida la entrega de la cosa, el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, sin referencia a los casos de diferencia en la cabida de los inmuebles objeto del contrato; cuestión que aparece regulada en el art. 1471 C.c., según el cual en el caso de venta como "cuerpo cierto", con precisión de los linderos de la finca, son éstos los que fijan la extensión que ha de ser entregada al comprador aun en el supuesto de que se hubiera designado en el contrato su cabida y resultare una cabida mayor o menor de la mencionada. La venta a cuerpo cierto requiere que el precio no se haya pactado por unidad de medida, y estipulándose un precio sin referencia a este dato, sino de forma alzada, ninguna trascendencia tiene para su calificación como tal venta el que se haga mención de la extensión del objeto comprado. En la venta a precio alzado no tendrá lugar el aumento o disminución del precio aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato, si bien, el párrafo segundo de dicho precepto prevé la venta de cuerpo cierto con designación añadida de cabida o número, supuesto en el cual, si la cabida real es mayor que la expresada en el contrato, el vendedor está obligado a entregar "todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos", y si no pudiere entregar la totalidad del terreno comprendido en los linderos determinados en el contrato, así, por ejemplo, cuando exista un enclave propiedad de tercero, "sufrirá una disminución en el precio proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló", debiendo resaltarse que la entidad compradora, al ser requerida de resolución por impago del precio, ni siquiera intentó acogerse a ninguna de tales posibilidades.

En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación. □

por Begoña Longas y Víctor J. Prado . Registradores de la Propiedad

LAS INSCRIPCIONES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO

por Begoña Longas

El Derecho Real De Garantía De Hipoteca

La hipoteca inmobiliaria es, en esencia, un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor, enajenando los bienes y percibiendo su precio, a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los bienes. (**arts 1857 y ss Cc**).

La acción en virtud de la cual el acreedor promueve la enajenación del bien hipotecado, puesto que se dirige especialmente contra éste se denomina "acción real hipotecaria"; junto a la cual el acreedor cuenta con la acción personal derivada del crédito garantizado, como reconoce el art 105 LH al señalar que la hipoteca no limita la responsabilidad universal del deudor.

La acción hipotecaria podrá ejercitarse, como dispone el **art 129 LH**, **directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la LEC, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado.**

Así el acreedor dispone de:

- el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados (arts 681 y ss LEC)
- el juicio ejecutivo ordinario, si se ejercita conjuntamente la acción personal, o no se dan los requisitos para el primero (arts 571 y ss LEC)
- el procedimiento extrajudicial, ante Notario (regulado por los arts 234 y ss RH).
- además del juicio declarativo ordinario.

Por otra parte, para las hipotecas constituidas a favor de la Hacienda Pública, el procedimiento ejecutivo viene regulado por el RGR (arts 110 y 111) y art 26 RH.

El Procedimiento De Ejecucion Directa Sobre Bienes Hipotecados

El indudable carácter registral del procedimiento (**art. 130 LH**: "***El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo"***) 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.

Todos los documentos presentados en el Registro de la Propiedad al objeto de causar algún asiento son objeto de **calificación** por el Registrador:

Como dijo la DGRN, al instituir la LH 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.

La calificación registral del testimonio del auto de adjudicación y del correlativo mandamiento de cancelación, debe enmarcarse en la teoría general de la calificación de los documentos judiciales, tema que con frecuencia ha sido malinterpretado hasta el punto de haberse considerado en ocasiones incompatible con el principio de atribución exclusiva de la jurisdicción a los Jueces y Tribunales, y ponerse por tanto en cuestión su viabilidad postconstitucional. Por el contrario, ha de entenderse que la CE de 1978 no sólo no impide sino que refuerza la necesidad de dicha calificación. El artículo 24 CE establece el principio de tutela judicial efectiva y con él, la proscripción de la indefensión, indefensión que se produciría si en virtud de la inscripción y su eficacia erga omnes, se dotase de efectos "ultra partes" a las resoluciones judiciales respecto de aquellos titulares de derechos inscritos que no hubieren tenido en el procedimiento la intervención prevista en las leyes.

Así lo confirma el actual artículo 132 LH, cuando, redactado conforme a la disp. ad 9ª de la LEC de 2000, incorpora expresamente, con arreglo a la práctica registral consolidada, un catálogo de cuatro "obstáculos registrales" (entendida esta expresión en el sentido del artículo 100 RH) que, en todo caso se consideran impedimentos o defectos para la inscripción.

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: Al publicarse la resolución judicial en los asientos del Registro, no estamos ante una mera publicidad informativa sino ante una publicidad afectante a terceros, y al 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 **art 18 de la Ley Hipotecaria** (que dice : ***"Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*"**), 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 **art 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**."*

El Título Inscribible

Todo título que pretende su acceso al Registro de la Propiedad debe ser contemplado desde una doble perspectiva, formal (artículo 3 de la Ley Hipotecaria) y material (artículo 2 de la Ley Hipotecaria).

1. Desde el punto de vista formal.

El artículo **133.1 de la Ley Hipotecaria**, considera título inscribible desde el punto de vista formal, el ***"testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, (…), siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas…" Y añade: "El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento…"***

Igualmente, conforme al **674.1 LEC** que se refiere al título inscribible, deberá aportarse testimonio del decreto cualquiera que haya sido el medio de adquisición en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria:

"Inscripción de la adquisición. Título. Cancelación de cargas: 1.- Será título bastante para la inscripción en el R.P. el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción.

GARCÍA GARCÍA pone de relieve la distinción entre la resolución de aprobación del remate que se configura como "título de adquirir" y el decreto de adjudicación que sería "el modo o tradición instrumental."Siendo éste último el que se presenta en el Registro de la Propiedad para su inscripción.

Y continua el artículo 674:

2.- A instancia del adquirente se expedirá, <u>en su caso</u>, <u>mandamiento de cancelación</u> de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación…

El título inscribible, por tanto, podrá **<u>constar en un solo documento, o en dos (decreto y mandamiento</u>**) pero ello es irrelevante*, lo trascendente es que deben presentarse juntos para su calificación e inscripción una vez adquieran firmeza. (Esta presentación conjunta habilitará para practicar un solo asiento de presentación o dos diferentes, según criterio del Registrador, aunque quizá debiera optarse por un único asiento al ser objeto unitario de calificación.)

* Aunque consten en un solo documento seguirá tratándose de dos actos distintos y complementarios: la diferencia responde a la distinta función de los mismos. El primero, título inscribible del dominio del rematante o adjudicatario ha de quedar en poder del mismo, el mandamiento se refiere a la cancelación de cargas ha de expedirse por duplicado, archivándose uno de los ejemplares en el Registro y devolviendo el otro al Juzgado, por el conducto del portados, para su constancia en autos. Ello aparte de que pueden haber circunstancias que no consten en el decreto y puedan subsanarse en el ulterior mandamiento de cancelación (o en otro complementario al mismo o en diligencia adicional). Y ello porque el mandamiento representa la ejecución del auto a efectos de cancelaciones.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se podían presentar e inscribir por separado el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado ya lo percibía como un título complejo (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero 1993). Con la nueva regulación pasaría de ser un título complejo a título unitario, así autores como RIVAS TORRALBA, DÍAZ FRAILE y GARCÍA GARCÍA entienden que han de ser objeto de calificación y de inscripción conjunta.

Es imprescindible, porque sí lo dispone la ley , que sean objeto de presentación y calificación conjunta, pero nada obsta a que una vez notificada la calificación que impide la inscripción completa del título presentado pueda procederse, a solicitud del adjudicatario a su inscripción parcial. Esta interpretación es más coherente con el principio de rogación que impregna el procedimiento registral, y con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en un supuesto de compraventa con condición resolutoria, entendió que "*en el Registro de la Propiedad español no se inscriben abstractamente las titularidades reales inmobiliarias, sino el completo hecho, acto o negocio que las causa, cualquiera que sea su clase"*. No puede desconocerse la unidad negocial, en este caso la unidad establecida por el artículo 132 LH, pero ello no es óbice para que conforme al artículo 19.bis LH se pueda proceder a la inscripción parcial con el consentimiento del beneficiado y no valdría el del mero presentante (en el caso de la resolución era el vendedor a cuyo favor se constituyó la condición resolutoria). Normalmente el adjudicatario no solicitará la cancelación de cargas sin inscribir la adjudicación, pero si puede preferir inscribir, de momento, solamente su adjudicación, dado que la hipoteca tiene un periodo de permanencia

registral mayor que los asientos de anotación preventiva, y por lo tanto mientras está vigente salvaguarda la prioridad.

Además puede interesarle que conste inscrito su derecho respecto a cargas anteriores que pueden ser objeto de ejecución, y respecto de las que el adjudicatario es un tercer poseedor. (La solicitud de inscripción parcial deberá hacerse mediante instancia firmada ante el Registrador de la Propiedad competente o con firma legitimada notarialmente.)

Es necesaria **la firmeza** del decreto de adjudicación, dado el carácter definitivo de los asientos de inscripción y cancelación, lo dispuesto en los arts 3 LH y 82 LH y lo que resulta del art 524.4 LEC; sin que sea suficiente que lo sea "a efectos registrales", de acuerdo con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 2005. Esta misma resolución funda la calificación del Registrador sobre este extremo en el artículo 24 de la Constitución Española que proscribe la indefensión, dado que el interesado puede recurrir las decisiones judiciales, sin perder definitivamente la protección registral.

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 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 en el recurso que motivó la citada Resolución, 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, y del mandamiento presentado resultaba con meridiana claridad que el Auto que ordenaba el levantamiento de la medida cautelar había sido recurrido (aunque en el mandamiento se decía que la providencia que ordenaba la cancelación era "firme a efectos registrales"). 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

2. Desde el punto de vista material.

Nos referimos, en este epígrafe, al contenido mínimo del título que lo hace apto para acceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad, y gozar así de la protección registral. La Ley de Enjuiciamiento Civil en su **artículo 674** distingue entre mandamiento de cancelación y decreto de adjudicación.

Respecto del **decreto de adjudicación** exige, al igual que el artículo 133.1 LH:

- que conste la resolución de la aprobación del remate, (o de la adjudicación o de la transmisión por convenio o persona o entidad especializada)
- que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio,

- así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

- Además en el supuesto del artículo **670.3 LEC**, cuando se ha aplazado parte del importe del remate, deberá expresar también que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo.

- Y, en los supuestos de alternativas a la subasta, citados, contemplados por los arts **640 y 641 LEC,** debe constar el consentimiento no sólo del ejecutante y del ejecutado, sino de todos los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada, en los términos que en ellos se expresa.

Respecto al **mandamiento de cancelación,**

Llama la atención la formulación del precepto cuando dice: **"*A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso*"** porque parece que advierte de la posible no necesidad de expedir mandamiento de cancelación y que lo deja a la voluntad del adjudicatario. La interpretación puede ser doble, o bien se refiere a aquellos casos en que el decreto de adjudicación comprende los dos títulos (art. 133.2 LH) o bien entender que en aquellos casos en que de la expedición de la certificación no resultaren cargas posteriores, ni se hubiera personado ningún interesado en el procedimiento al tener noticia de la ejecución por la constancia de la expedición de la certificación mediante nota marginal en el folio registral , por lo que no hay ni que hacer comunicaciones ni distribuir el sobrante baste el mismo título de adjudicación para cancelar la hipoteca ejecutada. (Esta segunda opción, entiende Mª Emilia Adán, que es más consecuente con el principio de economía procesal y de diligencia en la defensa de los intereses).

En cuanto a su contenido, del mismo artículo resulta que:

- el **artículo 692.3 LEC** dice " ***En el mandamiento que se expida para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, se expresará, además, de lo dispuesto en el artículo 674, que se hicieron las notificaciones del 689 LH***."

- Según el **art 674 LEC** ***deberá ordenar la cancelación de la hipoteca, y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656***

- haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

- También se expresarán ***las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación***.

El artículo **133.3 LH** también incide en el contenido del documento inscribible diciendo que en el mismo ***se consignará en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación***.

Los Extremos Que Son Objeto De Calificación En El Título

Para poder proceder a la calificación del documento aportado ha de procederse previamente a su autoliquidación, la falta de dicha autoliquidación suspende la calificación. Salvo supuestos evidentes de no sujeción que se limitan a los mandamientos dictados en causa criminal y los dictados en procedimientos laborales, (así R. 21 12 87). No puede decirse lo mismo de supuestos de exención, que debe ser examinada en la oficina liquidadora competente.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1998, vigente entonces el artículo 131 de la LH hoy sustituido por la regulación de la LEC y el también vigente 100 del Reglamento Hipotecario circunscribía la calificación a *"a la previa comprobación de que, en el procedimiento en que se dictan, los titulares registrales afectados han tenido la intervención prevista por la Ley y en las condiciones exigidas según el caso, a fin de garantizar que no sufran las consecuencias de una indefensión procesal"* excluyendo aquellos trámites que no estén directamente referidos a la tutela del titular registral, respecto de los cuales bastará una referencia genérica, por lo que no puede el Registrador *exigir que en el testimonio de aquél se hayan de especificar datos como: las fechas acordadas para la celebración de la subasta y las de la publicación de los correspondientes edictos en los periódicos oficiales, la notificación al deudor de las fechas acordadas para la celebración de la subasta, o las fechas en que se celebró la subasta en que se remató la finca y, en su caso, las fechas en que se celebraron las anteriores subastas y el hecho de haber quedado desiertas"*. Hoy el ámbito de la calificación registral sigue estando determinado por el **artículo 100 del Reglamento Hipotecario**, aunque el legislador haya querido perfilarlo más a través del **artículo 132 de la Ley Hipotecaria**. De la conjunción de ambos resulta calificable en el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados lo siguiente:

1- ***Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento*** *(art.132 LH).*

Según el art 685 LEC, también frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, aunque no haya inscrito su título, cuando haya acreditado al acreedor su adquisición.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1998, dictada bajo la vigencia de la anterior regulación, consideraba esencial la realización del requerimiento de pago a la entidad deudora e hipotecante en el domicilio pactado al tiempo de constituirse la hipoteca, distinguiéndolo de las notificaciones de la regla 5ª, entonces vigente, por ello el legislador consideró darle un lugar destacado en el artículo 132 LH. Hay que prestar atención al hecho de que si el tercer poseedor adquirió con posterioridad a la nota de expedición de la certificación, no será defecto el hecho de no constar la realización del requerimiento.

- El adquirente en la enajenación judicial derivada de la ejecución de una segunda o posterior hipoteca debe ser considerado tercer poseedor, no deudor (no hay una "subrogación judicial" en la deuda, como se entendía antes de la nueva LEC).

- No son terceros poseedores los adquirentes de derechos reales limitados distintos a los enumerados en el art 662.2 LEC (usufructuario, nudo propietario, adquirente del dominio útil o del dominio directo), los arrendatarios o los acreedores hipotecarios o anotantes posteriores.

- La concurrencia de la condición o carácter de tercer poseedor no es materia sujeta a calificación registral (R. 12 diciembre 1994).

- Si el dominio o el derecho que se ejecuta consta inscrito con carácter ganancial, ¿debe acreditarse que se ha requerido también al cónyuge del titular registral?. Frente a la tesis que afirma que el cónyuge ya consintió en su día la constitución de la hipoteca, debemos mantener la necesidad de requerirle ya que debe obtener, si no es el deudor el mismo tratamiento que el hipotecante no deudor, y si es deudor por ser la deuda ganancial, deberá al menos ser notificado. No puede alegarse la convivencia, ya que puede tratarse de una comunidad postganancial o pendiente de liquidar tras la separación o divorcio. Además no basta con afirmar que se ha requerido al cónyuge, sino que deberá expresar el nombre y apellido del mismo dado que puede ser diferente del titular registral, por tratarse de nupcias posteriores.

(La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1999, en el supuesto de un cónyuge que compró una vivienda hipotecada subrogándose en la deuda garantizada, consideró que no era necesario el requerimiento, sino que bastaba la notificación a la esposa, refiriéndose a las notificaciones de la regla 5ª del 131 LH. Sin embargo, hoy las notificaciones han sido sustituidas por comunicaciones, que ya no realiza el Secretario judicial sino el Registrador, por lo que para evitar la nulidad del procedimiento por indefensión, creo que debiera procederse a requerir judicialmente o extrajudicialmente.)

- Cuando se haya constituido una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos integrantes del dominio (art 217 RH) la ejecución deberá dirigirse frente a todos los titulares de los derechos hipotecados (R. 21 febrero 1994). En estos casos, la ejecución de una carga preferente que recaiga sobre uno de los derechos conjuntamente hipotecados origina la extinción parcial de la hipoteca en cuanto al derecho de que se trate.

- Lo mismo ocurrirá cuando se trate de una hipoteca unitaria sobre los diferentes pisos o departamentos de un edificio en régimen de propiedad horizontal (último párrafo art 218 RH).

- Si antes de iniciarse la ejecución, el hipotecante no deudor ha transmitido la finca hipotecada, la ejecución deberá dirigirse contra el tercer poseedor, puesto que no tiene sentido dirigirla frente al hipotecante, que no es deudor y ha dejado de ser dueño de la finca.

- El requerimiento de pago debe hacerse en el domicilio que resulte vigente según el Registro, que puede no coincidir con el señalado inicialmente en la escritura de constitución de hipoteca (art 683 LEC). Ha de tenerse en cuenta no obstante que en alguna ocasión el TS (STS 30 mayo 1947 y 24 julio 1991) ha declarado correcto el requerimiento realizado en el domicilio real, cuando no es posible localizar el pactado; o el realizado por edictos cuando el pactado no existe en la realidad (STS 4 febrero 1982 y 29 junio 1992).

La forma del requerimiento no es objeto de calificación: según la DGR en resolución de 26 enero 2004, en que habla de la competencia del Secretario Judicial para la dirección de los actos de comunicación que deban ejecutarse por el Juzgado; y en la de 21 enero 2005, cuando 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 (ahora, tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, del Secretario Judicial).

La importancia de la calificación de este extremo es tal que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo de 2001 consideró que el auto de adjudicación no era inscribible por no haberse requerido al hipotecante no deudor, y el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 2007 consideró que cuando el requerimiento sea infructuoso, y el ejecutante conozca la existencia de otro por ser el que resultaba de la escritura de compra con subrogación, no deberá pasar a notificar por edictos sin hacer antes en éste el requerimiento .

*2- **Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación** (art.132 LH).*

Partiendo del carácter de trámite esencial de las comunicaciones, su calificación supone en palabras de DÍAZ FRAILE una autocalificación. Para permitir la misma, y dado que el Secretario judicial sólo repite lo afirmado en la certificación por el Registrador, entiendo que debiera hacerse constar al margen de la inscripción de hipoteca si, a juicio del Registrador que expide la certificación, se han hecho o no las comunicaciones, de modo que este pronunciamiento vincule a los posteriores Registradores que se sucedan en la llevanza de la oficina que es competente, al quedar bajo la salvaguardia de los tribunales. Defender otra propuesta sería complicado, al tener que rescatar del archivo el expediente de la ejecución, cuando debiera potenciarse el folio registral al que se han de incorporar las incidencias con trascendencia registral del proceso.

*3-**Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria** (art.132 LH).*

La cuestión se plantea exclusivamente cuando hay terceros, ya que si la única carga inscrita es la hipoteca, el acreedor hará suyo el precio del remate hasta el pago total de la

deuda, dado que la limitación hipotecaria juega frente a terceros pero no frente al deudor (arts 114, 118 y 146 LH). En principio la determinación de la cobertura hipotecaria frente a terceros, y su ajuste a la legalidad, ya fue objeto de calificación anteriormente al momento de la inscripción y por lo tanto constitución de la hipoteca, aplicándose en todo caso la previsión del artículo 114 LH. Se ha planteado si el hipotecante no deudor debe considerarse o no tercero, entiendo que se ha de considerar que fue parte en la constitución de la hipoteca, y respecto de él no juega la limitación del 114 LH .

Esta limitación es la plasmación legislativa de los criterios de la Dirección General de los Registros y del Notariado en esta materia, que se manifestó en resoluciones de 27 de julio de 1988 y 8 de febrero de 1999 y más recientemente en la de 6 de julio de 2001. Y la consecuencia de la misma es que *"los excesos de lo reclamado por algún concepto — principal, intereses, costas, etc.—, en la medida en que excedan de su respectiva cobertura hipotecaria, NO puedan ser satisfechos con cargo al excedente de la cobertura de otro concepto respecto de lo reclamado por el mismo, debiendo constar el depósito del exceso en el establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores."*(R 24 de octubre 2000).

El precepto habla de principal intereses y costas, pero en la práctica las hipotecas garantizan también otros conceptos, así puede establecerse cobertura hipotecaria de otros gastos como el seguro del inmueble o los gastos de comunidad, o cobertura para comisiones, o incluso para intereses que en virtud del anatocismo devienen capital. A todos estos conceptos o cualesquiera otros que consten inscritos se aplicará esta norma de compartimientos estancos. Sin embargo hay que recordar que el anatocismo no puede afectar al tercero en la ejecución, sin perjuicio de la validez del pacto en el plano obligacional. Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de 19, 22, 23, 24 y 25 de marzo de 20008 y 6 de mayo de 2008 que los intereses deben reclamarse como tales, pero no incluirlos junto al capital porque así lo establece, tanto el artículo 114 de la Ley Hipotecaria como el principio de especialidad.

Por último en cuanto a los intereses, no cabe englobar bajo una misma cobertura hipotecaria los intereses ordinarios y los de demora, y esta misma distinción deberá realizarse en la adjudicación. La razón está en la específica naturaleza de los intereses de demora que exige la constitución de una hipoteca de seguridad para su garantía (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 1998).

Por ello hay que concluir que se harán tantos compartimientos estancos en la distribución del precio del remate, como garantías independientes se hayan pactado al constituir la hipoteca y consiguientemente se hayan reclamado por impago en la demanda.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha cuestionado como aplicar esta regla cuando se trata de un crédito garantizado con varias fincas. Así la citada resolución de 24 de octubre de 2000 considera que no es necesario que en la demanda ejecutiva se determine la cantidad que por cada concepto se reclama de cada finca, sino que corresponde al Secretario judicial determinarlo en la aplicación del remate en coherencia con el principio de integridad del pago del artículo 1169 CC.

4-***Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores*** *(art.132 LH).*

Se refiere este punto al supuesto de que el precio obtenido en el remate rebase la garantía hipotecaria y existan terceros, pues caso de no existir terceros, conforme al artículo 692.1.párrafo segundo LEC, se pagará el resto del crédito del acreedor si el titular registral es el deudor. No se entra a calificar el destino dado con posterioridad al sobrante pero el Secretario Judicial deberá ocuparse de confirmar su consignación. Por acreedores posteriores se entiende los contenidos en la certificación de cargas, o que se hubieran personado en el procedimiento, siendo curioso en ocasiones que el título afirme que no había acreedores posteriores y no se consignó y sin embargo aparezcan cargas posteriores a la nota de expedición de la certificación. Esta es la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2000 y 20 de diciembre de 2002.

5- ***La competencia del Juzgado*** *(art 100 RH)*

Viene determinada en la Ley de Enjuiciamiento Civil , y así la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2009 tras afirmar que debe ser calificada por el Registrador , afirma: *"Tras la reforma de la ley de Enjuiciamiento Civil, aunque se mantiene como norma general el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, se exceptúan de esa disponibilidad las reglas atributivas de competencia territorial a las que la ley atribuya expresamente carácter imperativo (cfr. artículo 54.1 Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo la falta de competencia territorial apreciable de oficio por el Juez (cfr. artículo 58 Ley de Enjuiciamiento Civil). Por eso este Centro Directivo, en materia de ejecución hipotecaria, ya confirmó la nota denegatoria de una procedimiento de ejecución hipotecaria que no se había seguido ante el juez donde radicaba la finca (Resolución de 24 de mayo de 2007), cambiando el criterio sostenido –con arreglo a la legislación anterior, en el que cabía sumisión tácita en esta materia– por la Resolución de 31 de diciembre de 1981, ya que el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina en la actualidad que si los bienes hipotecados fueren inmuebles, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, al Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en aquella Ley".*

La calificación de 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 relativa exclusivamente 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.

A juicio de RIVAS TORRALBA, en un estudio anterior a las RR citadas, parece más razonable seguir manteniendo el criterio de no calificación de la competencia territorial, toda vez que si el tribunal - que debe hacerlo (art 684.2)- no aprecia la falta de competencia, si el ejecutado - que puede hacerlo (art 547)- no propone declinatoria, y si la falta de competencia territorial no es causa de nulidad de actuaciones (art 238.1 LOPJ), parece desproporcionado y entorpecedor que la calificación registral venga a privar de eficacia a unas actuaciones que pueden ser largas y costosas, en perjuicio de una persona (rematante o adjudicatario), que es, en principio, ajena al defecto observado. Y recoge otros argumentos en este sentido, como el silencio que guarda a este respecto el art 132 LH, norma específica y de rango legal que habría de anteponerse a la regla genérica y de rango reglamentario contenida en el art 100 RH y la tendencia de la DGRN a reducir el ámbito de calificación de los documentos judiciales al exclusivo fin de evitar que el titular registral sufra las consecuencias de una indefensión procesal.

Tratándose de una hipoteca sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, el art 57 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su apartado 1 dispone que: El ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se <u>someterá a la jurisdicción del juez de éste</u>, 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.

<u>6.- La congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado</u>*.(art.100 RH).* En este punto se trataría de determinar si el procedimiento seguido es el adecuado para obtener la realización de la hipoteca. La Dirección General de los Registros y del Notariado a través de sus resoluciones se ha ocupado de diversos supuestos de hecho:

1- Ejecución por cantidad mayor a la garantizada.

La Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que no puede rechazarse el decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se reclamaba una cantidad superior a la cubierta por la garantía hipotecaria, cuando la cantidad que al final se obtiene es inferior a la garantizada (La resolución de Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero de 1999). Habrá que esperar a la finalización del procedimiento, a sabiendas que el procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento de realización de valor limitado a la garantía constituida.

2.- Necesidad de trámites previos a la ejecución hipotecaria.

Es el supuesto de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 2002 en el que se ejecutaba una hipoteca en garantía de una línea de financiación concedida por una entidad proveedora a otra comercial hasta una cantidad máxima, entendiendo la Registradora que la ejecución requería una previa decisión judicial de condena al pago de cantidad determinada. Entiende la Dirección General que queda fuera de la calificación registral la valoración de la existencia y suficiencia del título ejecutivo pues las mismas han sido valoradas por el Secretario judicial.

3.- Imposibilidad de ejecución conjunta de fincas hipotecadas por separado.

Se plantea la posibilidad de ejecutar conjuntamente, en un mismo lote y por un precio único, dos cuotas indivisas de una finca que se materializan en dos plazas de garaje, siendo que pertenecen al mismo dueño y garantizan la misma obligación, la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 24 de octubre de 2000 no lo admite al considerar que fueron hipotecadas como fincas independientes y como tales han de ser ejecutadas , para ello se apoya en los artículos 119 a 123 de la Ley Hipotecaria.

4.-La utilización de un tipo de subasta diferente al pactado, por haber descontado las cargas anteriores.

En principio no debiera ser éste el procedimiento utilizado, pues queda desprovisto de una de las ventajas que tiene, no obstante la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 2007 entiende que con independencia de la nulidad del procedimiento que pudiera eventualmente declararse en el procedimiento correspondiente por no ajustarse a derecho la decisión adoptada respecto al tipo de salida de la subasta , lo cierto es que el Registrador no puede entrar a calificarlo.

La Dirección General de los Registros y del Notariado duda de que sea válido el procedimiento seguido, y cita las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 16 de febrero de 2006 y 7 de febrero de 2007 para recordar como principio general de la ejecución hipotecaria *el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que su extraordinaria limitación de la cognición procesal tiene como contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos, habiendo aludido, por lo que se refiere a la fijación del tipo de la subasta, a la finalidad de la norma y a la función instrumental del procedimiento de ejecución sumaria, que, junto al logro de la satisfacción del interés del acreedor, sitúa la salvaguarda de los derechos de defensa y de los intereses tanto del deudor hipotecario como del tercer poseedor, previniendo el daño patrimonial que pueden*

experimentar por infracción de las reglas legales, y que la correcta indicación del tipo de la subasta aparece como requisito de ineludible cumplimiento, en evitación del perjuicio económico tanto del acreedor, como del deudor hipotecario y del propietario no deudor, de ahí que deba predicarse la existencia de indefensión ínsita en el incumplimiento de las exigencias legales.

7 -Las ***formalidades extrínsecas del documento presentado*** *(art.100 RH).* 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 se expresa la firmeza de la resolución, o, en caso de rebeldía, que han transcurrido los plazos del recurso de rescisión del rebelde.

El mandamiento de cancelación ha de presentarse por duplicado, y el testimonio del decreto así como el mandamiento estarán firmados por el Secretario judicial.

Es conveniente que los distintos folios que conforman el documento aparezcan sellados por el Juzgado para evitar su sustitución o falsificación, dado que ya no existe papel oficial. Esperemos que pronto esté operativa la presentación telemática de los documentos, en cuyo caso la firma digital auténtica la totalidad del documento enviado.

Conforme al **art 98 RH** ***El Registrador considerará como falta de legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los intrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos. Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que, según la ley y este reglamento, debe conterner la inscripción bajo pena de nulidad***. Y según el **Art 21 LH**- han de expresarse ***las circunstancias que necesariamente ha de contener la inscripción, relativas a personas otorgantes, fincas y derechos inscritos*** **,** 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..).

Entre las circunstancias del rematante o adjudicatario, las señaladas por los arts 9 LH y 51 RH, especialmente el régimen económico matrimonial y nombre del cónyuge cuando el régimen fuere de comunidad, o la proporción en que adquieren los adjudicatarios si son varios, como prevé el art 54 RH. Y, conforme a lo previsto por el art 254 LH, (en redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal) el NIF o NIE, y cabría plantearse la necesidad de expresar los datos relativos a los medios de pago empleados (si bien el apartado 3 del artículo, habla del fedatario público que hubiere hecho constar "en la escritura"...)

8 - **La capacidad** (art 18 y 99LH):

- Sería calificable si el adjudicatario no pudiera adquirir los bienes conforme al art 1459 Cc, o si es necesaria alguna autorización especial como resulta de lo previsto en la Ley de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, de 12 de marzo de 1975

en las zonas contempladas por el Real Decreto de 10 de febrero de 1978; o la declaración previa si el adquirente en la subasta reside en paraíso fiscal artículo 3 RD 23 abril 1999, entendiéndose por tales, los países y territorios relacionados en el artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

- Por lo que se refiere al demandado: si necesita un complemento de capacidad, o ha fallecido antes de ser requerido de pago, en cuyo caso, conforme a la doctrina de la DGRN en R de 25 junio 2005 y 20 noviembre 2007, sería necesario nombrar un administrador de la herencia o dirigirse contra los herederos.

En el caso de concurso de acreedores del ejecutado, hay que tener en cuenta que si el juez del concurso ha optado por la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal sustituye a éste en los procedimientos judiciales en trámite.

*9.- **Los obstáculos del Registro** (art.100 RH).*

Los obstáculos que surjan del Registro, "conforme a su legislación específica (art 522 LEC)" son 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.

El principal obstáculo del Registro es el principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Y que especialmente se manifiesta en el mandamiento de cancelación de cargas. El artículo 134 LH determina que se proceda a *"la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento. "*

Pese a la dicción de cancelación "sin excepción" no deberán cancelarse:

Las cargas posteriores que tengan el mismo rango o anterior a la hipoteca que se ejecuta.

– Novaciones de una hipoteca anterior, no de plazo ni de ampliación de capital.

- Deben excepcionarse las anotaciones de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras basadas en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación (art. 131 LH, causas de suspensión, arts 695, 696 y 697 LEC: extinción de la garantía o de la obligación garantizada, error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo de una cuenta, tercería de dominio, causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución).

- Las cargas que se hubiera acordado que subsistan en el convenio de realización (art 640 LEC).

- Las declaraciones de obra nueva, y divisiones horizontales, cuando exista el pacto de extensión de la hipoteca a las edificaciones (art. 134 in fine LH). Tampoco las declaraciones de obra nueva y PH resultantes de derechos de superficie o vuelo a las que no se extienda la hipoteca, pues no tienen el carácter, desde el punto de vista material o sustantivo, de inscripciones posteriores a la hipoteca. Las inscripciones de ON o mejora realizadas por el poseedor deben ser canceladas, pero siempre que se haya seguido el procedimiento teniendo en cuenta la regulación especial del art. 113 LH.

- Los excesos de cabida (art 215 RH), porque al referirse e integrarse en la descripción de la finca hipotecada, no pueden considerarse, a estos efectos, como inscripciones posteriores.

- La hipoteca del derecho del rematante, que se convertirá en hipoteca sobre la finca Los arrendamientos: Siguiendo en este punto a CARBONELL LLORENS, cabe distinguir:

A) - Arrendamientos rústicos (art 22 y 24 LAR): Tratándose de arrendamientos sujetos a la anterior Ley de 1980, LA DG en R 24 de febrero de 2000, confirmó la nota del Registrador que había suspendido la cancelación del arrendamiento inscrito, por entender que subsistía conforme al antiguo art 74 LAR 1980: Se entendió que, si bien la subrogación no podía imponerse al adquirente posterior a la celebración del contrato de arrendamiento, cuando era distinto su adquisición es consecuencia de la enajenación forzosa del derecho del arrendador en virtud de un derecho, la hipoteca, anterior al mismo arrendamiento, en base al antiguo art 78 LAR; que el adjudicatario no estuviera obligado a subrogarse en un arriendo constituido con posterioridad no quería decir que la adjudicación produjera de forma automática la extinción del arrendamiento, pues el art 74 sólo consagraba una alternativa, cual es optar por su subsistencia o reclamar la resolución del arrendamiento. Y el mandamiento de cancelación de cargas no sería suficiente para esta cancelación, siendo necesario que la voluntad del nuevo propietario de resolver el contrato conste de un modo adecuado.

Ahora bien, para los arrendamientos sujetos a la actual Ley, de 2003, concertados a partir de su entrada en vigor, el artículo 24 dice que "El arrendamiento termina: ... Por resolución del derecho del arrendador", así que, siguiendo la argumentación del centro directivo, los arrendamientos concertados a partir de la entrada en vigor de la Ley de 2003 se cancelarían. (Y hay que añadir que el TS en su Sentencia de 16 diciembre 2009 entiende que los únicos arrendamientos excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa son los de vivienda, conforme al artículo 13, pues contempla expresamente el supuesto de la ejecución forzosa.)

No obstante habría de tenerse también en consideración lo previsto por el art 22 de la actual LAR cuando dice, en su art 22: *"Enajenación de la finca arrendada. Derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente. 1. El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se*

trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada. 2. En toda transmisión inter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto".

Si al arrendatario tiene este derecho de tanteo y retracto frente a una enajenación forzosa, parece que es porque el arrendamiento subsiste...

Puede, además, apuntarse la especialidad que suponen los arrendamientos históricos valencianos, de plazo indefinido.

B) - En cuanto a los arrendamientos urbanos:

B.1) - Para los sujetos a la LAU de 1964, sean de viviendas o locales, el art 57 impone su subsistencia, si bien podría el adquirente pedir la resolución del arriendo si las condiciones fueran notoriamente gravosas para la propiedad, en un declarativo.

B.2) - Tratándose de los sujetos a la LAU de 1994:

Para los de viviendas se impone la subsistencia durante los cinco primeros años, en caso de resolución del derecho del arrendador por ejecución hipotecaria, dispone el art 13: "*Resolución del derecho del arrendador. 1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por ... la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria ..., el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1 En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada."*

- Si se trata de un arrendamiento para uso distinto, se extingue, disponiendo el art 29:"*Enajenación de la finca arrendada. El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria."*

El **artículo 661** LEC contempla la posibilidad de que conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble hipotecado, estableciendo que se les notificará la existencia de la ejecución para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación.

El ejecutante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se

haya enajenado en la ejecución. El tribunal hará la declaración solicitada por medio de auto cuando el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente y, en otro caso, declarará que tienen derecho a permanecer en el inmueble, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquéllos...

En definitiva, el auto del art 661 no resuelve la cuestión de si el arriendo se encuentra o no vigente, se produce a los solos efectos de otorgar o no una posesión ultimada la ejecución, pero no resultaría lógico que, si el Juez ha decidido el lanzamiento del arrendatario, aunque sea dentro de un proceso de ejecución, el Registrador exija después la notificación al arrendatario a efectos del retracto. Cosa distinta será que el arriendo esté inscrito: entiende CARBONELL LLORENS que si el Juez de la ejecución ha declarado que el arrendatario no tiene título suficiente para continuar en la posesión de la finca objeto de la ejecución, no obstante debe subsistir la inscripción del arrendamiento cuando de las normas citadas resulte su vigencia.

Se cancelan las anotaciones que aseguren créditos considerados como preferentes al hipotecario (los créditos salariales superprivilegiados del art 32,1 ET, los créditos a favor de la Comunidad de Propietarios art 9.1 e) LPH y los que aseguran el pago de los impuestos garantizados con hipoteca legal tácita, IBI):

- En los casos de mera preferencia creditual (el citado en primer lugar), tercería de mejor derecho. Ultimada la ejecución, las anotaciones se cancelan pues los créditos anotados sólo gozan de preferencia para el cobro, que habrán o no ejercitado a través de la tercería, pero sin que esa preferencia pueda alterar el rango registral.
- En cuanto a los acreedores, no sólo preferentes sino que gozan de una auténtica afección real sobre la finca (segundo y tercero citados) no se cancelarán los últimos, y, los de la comunidad de propietarios, cuando se haya demandado para obtener la declaración judicial de que el crédito en cuestión goza de la afección real de dicho art. no sólo frente al propietario del bien sino frente al acreedor hipotecario inscrito con anterioridad y frente al cual se pretende la declaración de preferencia de la carga real, según R 15 enero 1997 o 26 diciembre 1999.

Visto que han sido notificados y no pueden alegar indefensión, queda determinar si han de señalarse individualizadamente las cargas anteriores a la certificación de cargas que han de cancelarse como señala el artículo 233 RH, o si por el contrario bastaría con una referencia genérica como parece desprenderse del artículo 134 LH. O del propio artículo 233 para las cargas posteriores a la nota de expedición de la certificación. Entiendo que dado que pueden haber cargas no cancelables en virtud del mandamiento cancelatorio, sería conveniente modular la expresión genérica, con expresiones como las referidas en la certificación de cargas, o una relación somera de las mismas, o bien destacando las que subsisten, para evitar expresiones genéricas derivadas de los modelos informáticos, dado que una vez cancelada la carga, ésta no puede revivir con el mismo rango.

RIVAS TORRALBA considera que no podrá inscribirse el decreto y el mandamiento, si se omitió la solicitud de la certificación de cargas, al ser un trámite esencial del procedimiento.

Otros supuestos:

- Si se trata de una hipoteca unilateral, no se podrá iniciar la ejecución hipotecaria mientras no conste en el Registro la nota marginal de aceptación por el acreedor, a que se refiere el art 141 LH.

- Si se trata de hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales (art 134 LH), no podrá instarse la ejecución sin que conste la nota marginal que regula el art 238 RH. (En otro caso, se incurriría en la causa de oposición prevista en el art 695.1 LEC , por inexistencia de la obligación.)

- En el caso de cesión del crédito hipotecario, parece razonable entender que la escritura de cesión debería de estar previamente inscrita, pero el art 540 LEC establece que para acreditar la sucesión respecto de quien aparece como acreedor en el título ejecutivo se presentarán los documentos fehacientes en que aquélla conste y si el tribunal los considera suficientes, procederá sin más trámites a despachar la ejecución a favor del sucesor. Cabe, por tanto, que el cesionario presente la escritura de cesión no inscrita y el tribunal considere suficientemente acreditada la cesión y despache la ejecución. El TS, basándose en el carácter no constitutivo de la inscripción de la cesión, se ha manifestado contra la necesidad de inscripción previa de la escritura correspondiente, para que el cesionario pueda instar el procedimiento. (STS 16 octubre 1982, 12 marzo 1985, 23 noviembre 1993): En definitiva, el crédito cedido será ejecutable aunque la cesión no conste inscrita, y el único problema será a efectos de cumplir el principio de tracto sucesivo, acreditar cumplidamente la cesión antes de inscribir el remate o adjudicación, lo que podrá hacerse aportando la escritura de cesión o bien en el mismo auto de adjudicación o remate, que especifique claramente la escritura de cesión, con su fecha, Notario autorizante, nº de protocolo, identificación de cedente y cesionario, etc..

Si hay una anotación de **concurso del deudor** hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art 56 LC:

"*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.(...)*

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. (..)

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."

Dentro de los obstáculos que surgen del Registro, cabe entender comprendida la falta de las circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria a que se refieren los arts 674 LEC y 133 LH:

- Así, la cuestión relativa a si se han observado los trámites esenciales del procedimiento

al efecto de evitar la indefensión del titular registral, (art 20 LH) lleva a plantearse si cabe calificar la falta de notificación al deudor del lugar, día y hora de la subasta, que habrá de realizarse con veinte días de antelación. Según la STS 1 junio 1995 la omisión de esta notificación produce nulidad de actuaciones, porque representa un vicio esencial respecto a las garantías que han de presidir el desarrollo del procedimiento judicial sumario –sic-. La R. 29 diciembre 1998 (procedimiento judicial sumario) consideró que con relación a la notificación al deudor de la fecha de la subasta (así como la de publicación de los edictos, o la de celebración de las subasta o las anteriores, en su caso, o la circunstancia de haber quedado desiertas) es suficiente, a efectos registrales, "*la genérica afirmación contenida en el auto calificado del cumplimiento de los requisitos legalmente previstos*".

- La falta total de anuncios de la subasta acarrea la nulidad de la misma (STS 24 septiembre 1996), que debe ser reproducida. Es defecto que el Registrador únicamente detectará si la omisión de los anuncios se hace constar en el propio testimonio del decreto de adjudicación, lo que no resulta imaginable.

10.- ***Otras cuestiones derivadas de diversas leyes.***

Deberá acreditarse el cumplimiento de las notificaciones derivadas de los **derechos de tanteo y retracto:**

Transmitido el bien inmueble como consecuencia de su ejecución forzosa, entran en juego la existencia de posibles derechos de tanteo y retracto, dejando a un lado los convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad de las partes y centrándonos en los legales, desde la óptica registral podemos distinguir:

- Derechos de tanteo y retracto legales no calificables.

El no ser calificables por el Registrador implica que no es necesario que se acredite el cumplimiento de los requisitos impuestos por la ley para su ejercicio, a los efectos de lograr la inscripción. Las resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña de fecha 6 de febrero de 2008 y especialmente la de 6 de mayo de 2008 establecen que *la regulación de los derechos legales de adquisición preferente en el derecho catalán no conlleva, como norma general, que la falta de las notificaciones previas de las circunstancias del negocio oneroso traslativo ni la falta de las notificaciones posteriores impidan ni el otorgamiento de la escritura de transmisión ni la inscripción del negocio en el Registro de la propiedad, tal como decíamos en la Resolución de 6 de febrero de 2008. Sólo cuándo la Ley lo dispone de una manera expresa, la falta de notificaciones produce el cierre registral, como sucede en los supuestos de los artículos 54 de la 24/1991, de 29 noviembre, de la vivienda, 26 y 27 de la Ley 9/1993, del patrimonio cultural catalán, y del artículo 35 de la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo."*

Entre estos retractos legales destacan el derecho de tanteo y retracto de comuneros, y el de colindantes. En el primer supuesto, si lo que se ejecutó fue una cuota indivisa de un inmueble, existiría un derecho de tanteo y retracto a favor de los comuneros (art. 1522 CC),

salvo cuando se trate de una división horizontal (art. 396.3 CC).Sin embargo este derecho queda fuera de la calificación registral. En cuanto al segundo, se regula en el artículo 1523 del Código Civil, cuando el bien subastado sea una finca rústica que no exceda de una hectárea.

-Tanteo y retracto calificables:

Los derechos de tanteo y retracto legales sujetos a calificación registral son numerosos, y diseminados en leyes diversas. En estos casos, por mandato expreso del legislador, el Registrador deberá exigir que se le acredite el cumplimiento de las notificaciones dado que la adjudicación judicial es una enajenación forzosa. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1994, en un supuesto de retracto arrendaticio, advirtió que en las subastas judiciales no hay derecho de tanteo porque se desconoce el precio del remate, sin que el hecho de participar en la subasta le despoje del derecho a ser notificado para ejercitar el retracto por el precio del remate. No pudiendo entrar en el análisis de todos ellos veamos alguno de estos supuestos más relevantes:

A) - La Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre).

Hoy es incuestionable la existencia de este derecho en las subastas judiciales, y por lo tanto también en la derivada del procedimiento de ejecución hipotecaria, por ello es aplicable el derecho de adquisición preferente (**art 25 LAU**) a favor del arrendatario, siempre y cuando lo transmitido sea una vivienda (excluidas las viviendas suntuarias y las relacionadas en el artículo 5 LAU), o local de negocio, no aplicándose a las plazas de garaje que no sean accesorios de la vivienda (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 marzo de 2004).

Si lo transmitido es el derecho de usufructo, no habrá derecho de adquisición preferente, debe pues tratarse de la transmisión del pleno dominio, aunque sea una cuota del mismo, aunque en este caso si la adjudicación lo es a un condueño no procederá, pues su derecho es preferente (art.25.4 LAU). No procederá este derecho si lo adjudicado es una finca entera y el arrendatario lo es sólo de un piso, (art. 25.7 LAU) o cuando el arrendatario sólo quiere retraer una parte del bien alquilado como es cuando dos fincas registrales forman una sola vivienda alquilada, y en la subasta sólo se quiere ejercitar el derecho de retracto sobre una de ellas (STS 16 de noviembre de 2006).

El artículo 25.5 LAU relaciona los requisitos exigidos para la inscripción de la transmisión: si estaba la finca arrendada se realizarán las notificaciones fehacientes que se acreditarán al Registrador; si no está arrendada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha suavizado los requisitos en la resolución de 6 de febrero de 2001, permitiendo que sea hecha por el adjudicatario *"en las actuaciones judiciales o en un momento posterior, ante Notario o mediante instancia firmada o ratificada ante el Registrador"*. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 2002 entendió que si el Juez (hoy sería el Secretario judicial) afirmaba que el inmueble no estaba arrendado se cumplía lo dispuesto en el artículo 25 de la LAU, al considerar que se permite al arrendatario hacer las manifestaciones oportunas en el procedimiento conforme al artículo 661 LEC.

También podría darse el caso contemplado por el **artículo 661 LEC** y, de haberse

acreditado al Secretario Judicial, como se ha dicho antes, puede hacerse constar que el inmueble se encuentra desocupado:

("*Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta.*

1. Cuando, por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación.

En el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al Secretario judicial responsable de la ejecución.

2. El ejecutante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución. La petición se tramitará con arreglo a lo establecido en el apartado 3 del artículo 675 *y el tribunal accederá a ella y hará, por medio de auto no recurrible, la declaración solicitada, cuando el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente. En otro caso, declarará, también sin ulterior recurso, que el ocupante u ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquéllos.*

Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior se harán constar en el anuncio de la subasta")

B) *- La ley de arrendamientos rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre).*

También en el caso de arrendamiento de finca rústica existe a favor del arrendatario un derecho de retracto regulado en el **artículo 22** si bien sujeto a la condición de que el arrendatario sea o agricultor profesional o alguna de las entidades, como las SAT, incluidas en el artículo 9.2 de la misma ley. Debemos reiterar aquí lo afirmado anteriormente para el arrendamiento urbano.

C) - La ley de Montes (Ley 43/2003, de 21 de noviembre)

El **artículo 25** de esta ley establece un derecho de tanteo y retracto a favor de la Comunidad Autónoma correspondiente. A efectos de ejecución hipotecaria se establece un derecho de retracto en la transmisión de montes de superficie superior a un límite que es fijado por cada Comunidad Autónoma, cuando se trate de la transmisión de montes declarados protectores, conforme al artículo 24, así como los relacionados en el artículo 24 bis. Para inscribir la adjudicación deberá acreditarse haber realizado las notificaciones previstas en dicha norma.

D) -La ley Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la

Biodiversidad:

Artículo 39. "*Utilidad pública y derecho de tanteo y retracto sobre espacios naturales protegidos.*

1. La declaración de un espacio natural protegido lleva aparejada la declaración de utilidad pública, a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, así como la facultad de la Comunidad autónoma para el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto respecto de los actos o negocios jurídicos de carácter oneroso y celebrados intervivos que comporten la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles situados en su interior.

2. Para facilitar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, el transmitente notificará fehacientemente a la Comunidad autónoma el precio y las condiciones esenciales de la transmisión pretendida y, en su caso, copia fehaciente de la escritura pública en la que haya sido instrumentada la citada transmisión. Dentro del plazo que establezca la legislación de las Comunidades autónomas desde dicha notificación, la administración podrá ejercer el derecho de tanteo obligándose al pago del precio convenido en un período no superior a un ejercicio económico.

La Comunidad autónoma podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo que fije su legislación, a partir de la notificación o de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la transmisión.

Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita cualquier derecho real sobre los bienes referidos sin que se acredite haber cumplido con los requisitos señalados en este apartado.

Los plazos a los que se refiere este apartado serán lo suficientemente amplios para permitir que puedan ejercitarse los derechos de tanteo y de retracto"

E) - *La Ley de Patrimonio Histórico (Ley 16/1985, de 25 de junio)*

El **artículo 38** de esta ley exige, referido a las subastas de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario regulado en el artículo 326, que se notifique a la Administración. Y en el punto 5 obliga a los Registradores a exigir su cumplimiento. Lo que podría plantearse es si el Secretario judicial debe realizar esa comunicación si tiene constancia de que se trata de un bien de estas características. En ocasiones accede al Registro de la Propiedad el carácter protegido del bien, por lo que entiendo que si de la certificación de cargas resulta este extremo, el Secretario judicial deberá comunicarlo a la Administración competente.

F) - Las Viviendas Protegidas con derechos de tanteo y retracto a favor de la administración correspondiente.

El Plan de la vivienda 2009-2012, aprobado por RD 2066/2008 de 12 de diciembre,

en su artículo 5.1.b excluye de autorización previa para enajenar a las viviendas de protección pública objeto de ejecución judicial, ya que al tratarse de una disposición forzosa, es ajena a la voluntad de su titular.

La legislación de viviendas de protección pública es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas por lo que habrá que acudir a su legislación propia. La Comunidad Valenciana (**Ley 8/2004, de 20 de octubre,** de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana) en su **artículo 51.1** establece el derecho de tanteo y retracto en las subastas judiciales, exigiendo al Juez (hoy Secretario judicial) que en el plazo de tres días comunique a la Generalitat *el precio y la identificación del adjudicatario; a quien se advertirá que se cursa la notificación, a fin de que pueda aportar los datos relativos al cumplimiento de las condiciones de acceso a la financiación cualificada de la vivienda.* Aunque se está regulando según la ley un derecho de tanteo, en realidad ya se ha producido la enajenación.

La ley concede a la Generalitat un plazo de 30 días para pronunciarse y un periodo de dos meses para proceder al pago, si ejercita el retracto.

Para verificar que se ha realizado correctamente, al inscribir la adjudicación, el Secretario judicial deberá manifestar que se hicieron las comunicaciones oportunas, ya que es a él a quien la ley valenciana impone la obligación de comunicación. □

VISIÓN ACTUAL DEL IUS AD REM, Dos REALES IN FACIENDO Y OBLIGACIONES PROPTER REM Y SUS RELACIONES CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO ANEXO AL T. 29 DE CIVIL

por Víctor J. Prado

En ocasiones, el temario de oposiciones a Registros de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, teniendo una base esencial, casi diría inmutable, queda en ciertos epígrafes obsoleto, anacrónico y hasta algunos dirían que trasnochado. En este punto es necesario una revisión, bien para dotar de mayor claridad sistemática, facilitando el estudio por los opositores; bien para completarlo mediante adiciones doctrinales o de las RDGRN. Es ésta y no otra, la finalidad por la que iniciamos la consiguiente adaptación de los temas a través de una serie de adendas o anexos, como el que presentamos del Tema 29 de civil, permeable también en la cuestión de numerous apertus-clausus al Tema 15 Hipotecario

En el epígrafe EL DERECHO REAL: CONCEPTO, CARACTERES podría tenerse en cuenta las siguientes consideraciones en torno al concepto:

No es el derecho real una figura de contornos claros e indiscutidos en la doctrina moderna, pues hay una gran disparidad de criterios acerca de su concepto y de los caracteres que lo diferencian de la obligación. Se distinguen tres teorías:

- Teoría bilateral o clásica que diferencia claramente dº real de dº de crédito.
- Teorías unilaterales que pueden ser a su vez obligacionistas o realistas:
- Teorías armónicas.

En los temas editados por Carperi y en algunos realizados por los preparadores se suelen tratar todas las Teorías anteriores menos las realistas. Las teorías realistas afirman que no existen los derechos de crédito, tan sólo los derechos reales. El derecho de obligaciones no es más que un derecho real sobre el patrimonio del deudor. Autores como Díez-Picazo critican esta postura por considerar que sólo tendría el acreedor derecho a la solvencia del patrimonio del deudor.

Pasando al epígrafe del IUS AD REM:

En los temas editados por Carperi y en algunos realizados por los preparadores no proliferan los supuestos que en la actualidad podríamos considerar como de ius ad rem, por esta razón y con la colaboración de Margarita Aranda Mínguez podríamos señalar los siguientes supuestos:

Para **Puig Brutau** existiría ius ad rem en el sentido definido en los temas en los casos de venta con pacto de reserva de dominio y en el supuesto del art. 1095 CC.

D-Picazo señala además del supuesto de la Anotación Preventiva (que sí se refleja en los temas), el caso del art. 403 respecto del derecho de los cesionarios de los partícipes

en una cosa común a concurrir a la división de la cosa y a oponerse a que se verifique sin su concurso por considerar que el artículo está pensado en los casos en que se ha producido la cesión de la cuota pero no se ha verificado la traditio ya que si el negocio fuera completo sería inútil concederles estos derechos, pues los tendrían ya por su cualidad de socio.

Para **De la Cámara** también podría hablarse de ius ad rem en los supuestos de prehorizontalidad con el otorgamiento del título constitutivo; por lo que enlaza con la concepción de prehorizontalidad, a falta de concepción legal Díez-Picazo la define como aquella situación jurídica que aparece como previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal (vide T.44 CIVIL).

En el epígrafe de LOS DERECHOS REALES IN FACIENDO Y LAS OBLIGACIONES PROPTER REM:

Podemos entrar en el examen de su concepto y diferencias entre ambas figuras, la cuestión acerca de su admisibilidad, los supuestos ejemplificativos y el acceso al Registro de la Propiedad.

CONCEPTO

En el examen de las situaciones jurídicas intermedias entre derechos reales y de crédito, se tratan con detenimiento los "derechos reales in faciendo y las obligaciones propter rem", aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina la elaboración de una concepción unitaria.

Peña define los "derechos reales in faciendo" como aquellos que atribuyen a su titular (sujeto activo) el derecho a exigir cierta prestación. La cosa es el objeto del derecho real y el comportamiento puede exigirse al propietario del fundo gravado. Del lado pasivo, determinado titular de un bien o derecho está obligado a realizar un comportamiento también determinado.

Mientras que las "obligaciones propter rem" lo son porque el obligado está determinado no personalmente sino por su relación con la cosa.

Para **Díez-Picazo**, los derechos reales que imponen al sujeto pasivo la obligación de realizar una prestación positiva, dividen a la doctrina:

- Para algunos son derechos reales que por su especial configuración se constituyen como derechos reales in faciendo.

- Para otros son simplemente derechos obligacionales en los que el deudor es determinado por ser propietario o poseedor de una cosa, con lo que se configuran como una obligación propter rem.

CUADRO DE DIFERENCIAS

Con la pretensión de dotar de claridad a la distinción entre ambas elaboramos el presente cuadro.

	Dº reales in faciendo	Obligaciones propter rem
Limite de responsabilidad	Valor del bien	Resp patrimonial universal art. 1911 CC
Abandono liberatorio	Si cabe	No cabe
Alcance de la deuda	Responde de todas las deudas de las que debiera responder el bien.	Sólo responde de las deudas de que en ese momento era deudor el titular del bien, no de las posteriores.

ADMISIBILIDAD

Entrando en el examen de su admisibilidad, hemos de traer a colación en este punto, tal y como ya se habrá comentado en relación a los caracteres de los derechos reales en general, que una de sus características básicas son la inmediatividad (poder directo e inmediato sobre una cosa) y la absolutividad (eficacia erga omnes o deber de los terceros de no inquietar el señorío del titular).

Sin embargo, se plantea por la doctrina si pueden admitirse las figuras (de contornos borrosos según algunos autores) de los derechos reales in faciendo y obligaciones propter rem.

En cuanto al derecho real in faciendo **algunos autores del derecho real señalan que no es posible, porque la conducta de los terceros es negativa: abstenerse o tolerar el señorío del titular. Si para la satisfacción de su interés ese titular requiere la cooperación de un tercero de tal modo que su interés quedaría frustado, saldríamos de la órbita del derecho real para entrar en el ámbito del derecho de obligaciones.**

Otros autores sí lo permiten por ser contenido necesario del derecho real. Es decir, el sujeto activo para obtener la satisfacción de su interés debe obtener una conducta positiva del sujeto pasivo.

En cuanto a la obligación propter rem **la doctrina es unánime en admitir esta figura, en la que el sujeto activo del derecho real, por ser titular activo está obligado a una conducta. Por tanto, quien ostente en cada momento esa posición es el obligado a ejecutar la prestación.**

SUPUESTOS EJEMPLIFICATIVOS

Son derechos reales in faciendo: servidumbres positivas del art. 533 CC y los censos del art 1604.

Son obligaciones propter rem: art.. 9,1 e) LPH.

ACCESO AL Registro de la Propiedad

A nivel registral, no se plantean problemas una vez admitida la existencia de los derechos reales in faciendo. Si bien tampoco debe negarse el acceso de las obligaciones propter rem al Registro de la Propiedad cuando sean cauce de satisfacción de necesidades que de otro modo no se podrían lograr y por tanto para conseguir su oponibilidad. Por ejemplo, en las urbanizaciones carentes de regulación legal suele establecerse: la obligación de edificar de determinada manera, o la limitación de destino de las construcciones entre otras. Por tanto, han tenido acceso al Registro de la Propiedad al amparo de una analogía con los estatutos de la Propiedad Horizontal.

En el epígrafe NUMERUS APERTUS O CLAUSUS podríamos introducir las siguientes consideraciones a los temas:

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se debe introducir la cuestión con una breve reseña histórica señalando que en el derecho romano se siguió la teoría numerus clausus, mientras que en el derecho germánico se siguió teoría numerus apertus.

Sin embargo en el derecho moderno: los códigos latinos (a contrario de lo que, en un principio pudiera parecer) adoptaron la teoría de numerus apertus; mientras los germánicos la de numerus clausus.

TEORÍAS A FAVOR Y EN CONTRA (se siguen los temas)

CONCLUSIÓN

Díez-Picazo afirma que es una discusión inútil en la actualidad ya que no se trata de una creación ex novo sino una matización de los derechos reales existentes.

Roca Sastre afirma que nuestro sistema obedece formalmente a una teoría numerus apertus, aunque materialmente abraza una teoría de numerus clausus.

La **RDGRN 11/4/1930** afirma que el sistema de numerus apertus no autoriza la constitución o creación omnímoda de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real, ni tampoco significa que a la voluntad se puedan configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impiden la amortización de la propiedad inmueble.

En las **RDGRN 5/6/1987; 4/3/1993; 20/9/1966; 18/7/05** y más reciente **4/5/09,** se señalan ciertos requisitos (los tres primeros) que a su vez se complementan con los

pronunciamientos doctrinales de autores como Gómez Gálligo (los tres siguientes), estableciendo las siguientes exigencias:

La existencia de una razón justificativa suficiente para la creación del derecho real pretendido.

La determinación precisa del derecho real configurado.

La inviolabilidad del principio de libertad de tráfico.

La fijación de un plazo determinado, sin posibilidad de constituir gravámenes perpetuos. Es conocido el disfavor de nuestro ordenamiento jurídico al mantenimiento y proliferación de cargas perpetuas.

La voluntad clara de constituir un derecho real con efectos erga omnes.

Y finalmente el cumplimiento de las demás exigencias sustantivas de constitución de derechos reales. □

BIBLIOGRAFÍA

Temario de Oposiciones de la Editorial Carperi.
Base de datos legal y Jurisprudencial: noticias.jurídicas.com y notariosy registradores.com
Fichero Inmobiliario Registral de Constancio Villaplana.

◄ DISPOSICIONES ESTATALES ►

♦ TRABAJO

LEY 32/2010, de 5 de agosto (BOE 6/08), por la que se establece un sistema específico de protección por cese de los trabajadores autónomos.

♦ VISADOS

REAL DECRETO 1000/2010, de 5 de agosto (BOE 6/08), sobre visado colegial obligatorio.

♦ CONTRATACIÓN

LEY 34/2010, de 5 de agosto (BOE 9/08), de modificación de las Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

♦ CONCURSO ASPIRANTES

Resolución de 28 de julio de 2010 (BOE 10/08), de la DGRN por la que se resuelve el concurso entre miembros del Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, constituido por Orden JUS/1150/2010, de 26 de abril, convocado por Resolución de 21 de junio de 2010, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

♦ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD nº 1017-2010 (BOE 12/08), en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña.

♦ MERCADO DE VALORES

CIRCULAR 1/2010, de 28 de julio (BOE 16/08), de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión.

♦ DESEMPLEO

RD-LEY 12/2010, de 20 de agosto (BOE 23/08), por el que se prorroga el programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado en la Ley 14/2009, de 11 de noviembre.

♦ CORRECCIÓN DE ERRORES

CORRECCIÓN DE ERRORES del RD 716/2009, de 24 de abril (BOE 31/08), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

◄ DISPOSICIONES AUTONÓMICAS ►

♦ COMUNIDAD VALENCIANA – FUNCIÓN PÚBLICA

LEY 10/2010, de 9 de julio (BOE 6/08), de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana.

♦ ANDALUCÍA – MEDIDAS TRIBUTARIAS

LEY 8/2010, de 14 de julio (BOE 10/08), de medidas tributarias de reactivación económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

♦ CATALUÑA – CONCURSO ASPIRANTES

RESOLUCIÓN de 28 de julio de 2010 (BOE 10/08), de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, del Departamento de Justicia, por la que se resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles convocado por Resolución de 21 de junio de 2010.

♦ ARAGÓN – COOPERATIVAS

LEY 4/2010, de 22 de junio (BOE 12/08), por la que se modifica la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón.

♦ ARAGÓN – MEDIDAS EXTRAORDINARIAS

LEY 5/2010, de 24 de junio (BOE 12/08), por el que se adoptan medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para la reducción del déficit público.

♦ CATALUÑA – IRPF

LEY 24/2010, de 22 de julio (BOE 14/08), de aprobación de la escala autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

♦ CANARIAS – JUEGO

LEY 8/2010, de 15 de julio (BOE 17/08), de los Juegos y Apuestas

♦ CATALUÑA – CÓDIGO CIVIL

LEY 25/2010, de 29 de julio (BOE 21/08), del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

♦ CATALUÑA – ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LEY 26/2010, de 3 de agosto (BOE 21/08), de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña.

♦ BALEARES – URBANISMO

LEY 10/2010, de 27 de julio (BOE 26/08), de medidas urgentes relativas a determinadas infraestructuras y equipamientos de interés general en materia de ordenación territorial, urbanismo y de impulso a la inversión.

♦ COMUNIDAD VALENCIANA – ORGANIZACIÓN GVA

DECRETO 6/2010, de 25 de agosto (DOGV 26/08), del President de la Generalitat, de modificación del Decreto 19/2009, de 3 de noviembre, por el que se determinan las Consellerias en que se organiza la administración de la Generalitat.

♦ ANDALUCÍA – AGUAS

LEY 9/2010, de 30 de julio (BOE 27/08), de Aguas para Andalucía.

♦ CANTABRIA – URBANISMO

LEY 6/2010, de 30 de julio (BOE 28/08), de medidas urgentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana